



# La Lettre

## RH/Social - Février 2013

VOTRE GESTIONNAIRE PAIE VOUS INFORME...

INFOS

### LE STATUT DE GERANT MANDATAIRE INCOMPATIBLE AVEC LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

Deux personnes ont conclu avec une société de distribution plusieurs contrats de cogérance non salariée, le dernier, en date du 3 septembre 1990, pour l'exploitation d'un magasin de vente au détail situé à Marseille.

L'une d'elles a été, par application de l'article 37 de l'accord collectif national des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés, "gérants-mandataires" du 18 juillet 1963 révisé et étendu par arrêté du 25 avril 1985, désignée déléguée syndicale à compter d'octobre 2001 et a été élue déléguée du personnel en juin 2004.

Les intéressés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant notamment à la requalification de leur contrat de gérance en contrat de travail et à la résiliation judiciaire de ce dernier aux torts de la société.

La Cour d'Appel a débouté les demandeurs de leur demande aux motifs que la société de distribution confie la gestion de ses magasins intégrés à des personnes, au titre desquelles compte les demandeurs, qui ont le statut légal de gérants non-salariés de succursales de commerce de détail alimentaire régi par les articles L.7322-1 et suivants du code du travail liant le propriétaire du fonds au gérant, lequel jouit d'une indépendance dans l'organisation de son propre travail, tout en bénéficiant de garanties de nature social.

En application des articles L.311-2 et L.311-3, 6 du code de la sécurité sociale, les gérants non-salariés sont obligatoirement affiliés aux assurances

sociales du régime général, conduisant ainsi la société de distribution à procéder à une déclaration préalable auprès de l'URSSAF et à précompter des cotisations sociales sur les commissions versées.

Ces gérants sont, en outre, pris en charge par le régime commun d'assurance chômage conduisant, là encore, la société de distribution à cotiser et à faire cotiser les gérants non-salariés à ce régime et à leur délivrer, en fin de contrat de cogérance, une attestation mentionnant la période d'activité et une autre leur permettant de recevoir les prestations servies par Pôle emploi.

Ainsi, tout l'environnement législatif et réglementaire intéressant ces gérants de succursales de commerce de détail alimentaire fait que ces personnes ne sont pas des salariés.

Le pouvoir du gérant mandataire de recruter et de licencier le personnel de l'établissement qu'il gère, d'organiser et de définir ses horaires de travail sous son entière responsabilité juridique et financière, ainsi que de définir ses conditions d'exploitation, est incompatible avec l'existence d'un rapport de subordination.

Aussi la Cour d'Appel a-t-elle décidé que la requalification du contrat de cogérance liant les parties en un contrat de travail ne pouvait être ordonnée.

Cette décision est validée par la Cour de Cassation.

Cass. Soc. 9 Janvier 2013, pourvoi n°11-26.418



### ORGANISATION DU TRAVAIL - 5 ENJEUX MAJEURS A RELEVÉR

*L'organisation du travail s'adapte en permanence aux changements de la société. Sandra Enlart et Olivier Charbonnier, fondateurs d'un laboratoire d'innovation et de prospective, dessinent les principaux enjeux à relever pour l'entreprise dans leur livre "A quoi ressemblera le travail demain ?"*

[Les Echos: Article du 8 Février 2013](#)



### LES HONORAIRES DU CHSCT

*Prévoir quelle partie du budget mettre de côté pour les missions d'expertises du CHSCT est un casse-tête annuel pour DRH*

## QUAND LA CONVENTION COLLECTIVE IMPOSE, AVANT UN ENTRETIEN PREALABLE, DE NOTIFIER AU SALARIE LES MOTIFS DE LA MESURE DISCIPLINAIRE ENVISAGEE PAR L'EMPLOYEUR

Un employé d'une association a été licencié pour motif disciplinaire.

Contestant son licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale de demandes d'indemnités.

Saisie du pourvoi formé par l'employeur, la Cour de cassation rappelle que l'article 34 de la convention collective nationale du travail du personnel des institutions de retraites complémentaires du 9 décembre 1993 dispose en ses alinéas 4 et 5 que le motif de la mesure disciplinaire envisagée par la direction doit être notifié par écrit à l'intéressé avant que la mesure entre en application et que tout agent doit être entendu par la direction avant une mesure disciplinaire pour obtenir la justification du motif invoqué et faire valoir ses explications.

Il résulte donc de ces dispositions, qui concernent l'ensemble des mesures disciplinaires, que l'employeur doit, antérieurement à l'entretien préalable au licenciement pour motif disciplinaire, notifier au salarié par écrit les motifs de la mesure qu'il envisage



Ce texte, qui institue une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi, constitue une garantie de fond.

Ainsi, dès lors que le salarié, qui n'avait pas reçu, avant l'entretien préalable au licenciement, notification des motifs de la mesure de licenciement disciplinaire envisagée, le licenciement doit être déclaré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse.

*Cass. Soc. 9 Janvier 2013, pourvoi n°11-25.646*

### CLAUSE DE NON CONCURRENCE ET CONTRAT DE GERANCE NON SALARIE DE SUCCURSALE DE MAISON D'ALIMENTATION DE DETAIL

En application du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L.7322-1 du code du travail, une clause de non-concurrence stipulée dans le contrat d'un gérant non salarié de succursale de maison d'alimentation de détail n'est licite que si elle comporte l'obligation pour la société de distribution de verser au gérant une contrepartie financière.

La stipulation d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au gérant.

*Cass. Soc. 9 Janvier 2013, pourvoi n°11-26.418*



La cassation d'une décision "dans toutes ses dispositions" investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit, de sorte qu'elle ne laisse subsister aucun chef du dispositif de cette décision, concernerait-il des personnes qui n'ont pas été parties à l'instance de cassation ou qui, par suite d'un désistement partiel des demandeurs au cours de cette instance, n'y ont plus figuré.

*Cass. Soc. 15 Janvier 2013, pourvoi n°11-26.039*

## GERANT NON SALARIE DES SUCCURSALES DE COMMERCE DE DETAIL ALIMENTAIRE ET FONCTIONS DE REPRESENTANT DU PERSONNEL

Il résulte des articles L.2251-1, L.7322-1, L.7322-3, L.2143-17, L.2315-3, L.3232-1, L.3232-3, D.3231-5 et D.3231-6 du Code du Travail que le temps nécessaire à l'exercice des fonctions de représentant du personnel est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale.

Ce représentant ne doit subir aucune perte de rémunération du fait de l'exercice de sa mission.

Si les accords collectifs peuvent déterminer la rémunération minimum garantie des gérants non-salariés des succursales de commerce de détail alimentaire compte tenu de l'importance de la succursale et des modalités d'exploitation de celle-ci, il demeure qu'en application de l'article

L.7322-3 du Code du Travail, la rémunération convenue ne peut jamais être inférieure au SMIC.

En conséquence, lorsque le représentant est payé en tout ou en partie par des commissions, la

somme qui lui est allouée pendant une période où du fait de ses fonctions il ne peut travailler, doit être calculée d'après son salaire réel et être au moins égale au SMIC.

*Cass. Soc. 9 Janvier 2013, pourvoi n°11-26.418*

## INFOS



## LICENCIEMENT ET GESTION D'AFFAIRES

*Une salariée engagée le 19 Août 2002 en qualité d'auxiliaire de vie par un homme aveugle et âgé de 71 ans, a été licenciée par la fille de ce dernier pour faute grave, par lettre du 11 Septembre 2008.*

*Par ordonnance du 6 Novembre suivant, le père a été mis sous sauvegarde de justice et par jugement du 15 Mai 2009 sous tutelle, sa fille étant désignée successivement mandataire spécial et tutrice. ; la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à voir prononcer la nullité de son licenciement notifié par la fille de son employeur, ainsi qu'à obtenir diverses sommes au titre de rappel de salaires, de résiliation judiciaire et de dommages-intérêts,*

*Elle a été déboutée de l'intégralité de ses demandes et a formé un pourvoi en cassation.*

*La Cour suprême a relevé que la fille de l'employeur, devenue ultérieurement tutrice de son père, était, depuis que ce dernier se trouvait dans l'incapacité de s'occuper de ses affaires en raison de la dégradation de son état de santé, l'interlocutrice habituelle de la salariée dans l'exécution de son contrat de travail.*

*Compte tenu du caractère conservatoire pour les intérêts de l'employeur de la mesure de licenciement prononcé pour faute grave consistant dans une atteinte à son patrimoine, la chambre sociale a relevé que la Cour d'Appel avait parfaitement caractérisé les conditions de la gestion d'affaires, et a justement décidé que le licenciement avait été valablement prononcé.*

*Cass. Soc. 29 Janvier 2013, pourvoi n°11-23.267*

## ENCORE PLUS D'INFOS

*Retrouvez toute l'actualité sociale et RH auprès de votre gestionnaire paie*

[www.rheaconcept.fr](http://www.rheaconcept.fr)



*Lorsque deux jours fériés chômés coïncident, le salarié ne peut prétendre à l'attribution de ces deux jours ou au paiement d'une indemnité qu'à la condition qu'une convention collective garantisse un nombre déterminé de jours chômés correspondant aux jours de fêtes légales ou qu'elle prévoie le paiement d'un nombre déterminé de jours fériés dans l'année.*

*Cass. Soc. 17 Janvier 2013, pourvoi n°11-17.745*

## REQUALIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL A TEMPS PARTIEL EN TEMPS PLEIN DU SALAIRE PLACE DANS L'IMPOSSIBILITE DE PREVOIR QUEL RYTHME IL DOIT TRAVAILLER

Un salarié a travaillé pour une société d'audiovisuel en qualité de chef-opérateur du son-vidéo, dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée successifs.

Ce salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant, notamment, à la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée à temps complet.

Il a été débouté de ses demandes de requalification de son contrat de travail en un contrat à temps plein et de rappel de salaire consécutifs et s'est vu limiter le montant des indemnités de requalification et de rupture qu'il sollicitait aux motifs qu'il ressortait des contrats à durée déterminée et des bulletins de salaires produits que, dans les faits, la durée du travail effectuée par le salarié a été variable et constamment inférieure à la durée légale du travail, de sorte que, pendant la période considérée le salarié a travaillé à temps partiel pour la société d'audiovisuel.

L'arrêt de la Cour d'Appel relève également que les planifications des personnels nécessaires pour garantir la continuité du service chez l'employeur étaient généralement réalisées d'une semaine sur l'autre selon un tableau prévisionnel et que les salariés employés à temps partiel pouvaient donc prévoir quel serait leur emploi du temps.

Aucune clause d'exclusivité ne les liait à l'entreprise, ils pouvaient refuser les contrats qui leur étaient proposés et n'étaient pas

obligés de déférer à un appel de l'employeur pour une intervention ne figurant pas au planning.

Le salarié n'était pas le seul chef opérateur du son-vidéo auquel l'employeur avait recours à temps partiel : il pouvait donc parfaitement prévoir à quel rythme il devait travailler.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation : en effet, la chambre sociale rappelle, tout d'abord, que selon l'article 3123-14 du Code du Travail, le contrat écrit du salarié à temps partiel doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

Il en résulte, ainsi, que l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet : il incombe alors à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

Or, le contrat de travail à temps partiel du salarié ne répondait pas aux exigences de l'article L.3123-14 du code du travail de sorte que la cour d'appel ne pouvait écarter la présomption de travail à temps complet qui en résultait sans constater que l'employeur faisait la preuve de la durée de travail exacte, mensuelle ou hebdomadaire.

*Cass. Soc. 9 Janvier 2013, pourvoi n°11-16.433*

## MISE A LA RETRAITE D'UN SALARIE ET OBLIGATION D'EXECUTER LOYALEMENT LE CONTRAT DE TRAVAIL

Un salarié a été mis à la retraite par décision du 24 Décembre 2008 avec effet au 28 Avril 2009, date à laquelle le salarié a atteint l'âge de 65 ans.

Celui-ci a saisi la juridiction prud'homale en contestant les conditions de sa mise à la retraite.

La Cour d'Appel a jugé la mise à la retraite du salarié constitutive d'un licenciement nul et a rappelé que la mise à la retraite est un mode de rupture autonome à l'initiative de l'employeur auquel il revient, en cas de contestation, d'établir

que les conditions légales, et d'ordre public, sont satisfaites, que les dispositions légales sont celles de la date de la notification de la mesure.

La Cour d'Appel rapporte qu'à cet égard, la loi n°2008-1330 du 17 Décembre 2008, publiée au Journal officiel le 18 Décembre 2008 prévoit en son article 90 la modification de

l'article L.1237-5 du Code du Travail relative à la mise à la retraite par l'employeur d'un salarié âgé de 65 ans : en vertu de ces dispositions, l'employeur est tenu d'interroger le salarié par écrit, trois mois avant la

date anniversaire de ses 65 ans, sur son intention de quitter volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse ; en cas de réponse négative du salarié dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'employeur l'aura interrogé, ou à défaut d'avoir respecté la procédure mentionnée ci-dessus, l'employeur ne peut faire usage de la possibilité de mettre le salarié à la retraite pendant l'année qui suit la date de son anniversaire ;

Par dérogation à cette loi, le décret n°2008-1515 du 30 Décembre 2008, paru le 31 Décembre au journal officiel, prévoit une période transitoire du 1er Janvier 2009 au 31 Décembre 2009 au cours de laquelle une mise à la retraite d'office peut prendre effet par dérogation aux dispositions ci-dessus appelées si celle-ci a été notifiée avant le 1er

Janvier 2009 ou si le salarié interrogé par l'employeur au moins trois mois avant la date

d'effet de la mise en retraite n'a pas, dans le délai d'un mois manifesté son intention de poursuivre son activité.

En l'espèce, la notification de la mise à la retraite était intervenue le 24 Décembre 2008.

Les nouvelles dispositions relatives au droit de refus du salarié n'étaient, par conséquent, pas encore applicables.

Toutefois, l'employeur était tenu de respecter les dispositions de la convention collective : la convention collective de l'immobilier à laquelle le salarié comme l'employeur étaient soumis prévoit en son article 34 :

*« Le départ en retraite du personnel peut intervenir :*

*- à l'initiative du salarié lorsqu'il est en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse*

*- à l'initiative de l'employeur à partir de 65 ans, soit à un âge inférieur mais au moins égal à 60 ans dès lors que les salariés remplissent les conditions pour bénéficier d'une retraite à taux plein du régime d'assurance vieillesse et que l'employeur s'engage à :*

*- favoriser la conclusion de contrats de professionnalisation ou d'apprentissage pour promouvoir l'emploi des jeunes.*

*- mettre en œuvre un bilan de compétences pour les salariés de 45 ans et plus.*

*- donner un accès prioritaire au plan de formation pour les salariés de 45 ans et plus. (...)*

*En cas de départ à l'initiative de l'employeur, celui-ci est tenu d'avoir avec le salarié un entretien préalable à la notification de mise à la retraite et de respecter le préavis prévu à l'article 32 en cas de licenciement. ».*

Le salarié a soutenu devant la Cour d'Appel que sa mise à la retraite lui avait été notifiée au terme d'un entretien préalable qui n'en était pas un, de façon anticipée, avec un délai de préavis supérieur au délai de préavis de trois mois prévu par la convention collective afin de contrer l'application de la loi du 17 Décembre 2008.

A l'inverse, l'employeur fait valoir sa bonne foi et soutient que le salarié ne s'était pas opposé jusqu'alors à son projet de mise à la retraite, qu'il ne pouvait prévoir l'évolution législative et qu'il ne peut lui être reproché d'avoir accordé un délai de préavis supérieur au délai minimum de la convention collective afin de lui permettre de bénéficier de l'intégralité de ses droits à la retraite.

Pour la Cour d'Appel, contrairement à ce que laisse entendre l'employeur, la mise à la retraite du salarié n'était pas envisagée avec son accord ; en effet, si tel avait été le cas, il n'était nul besoin de se référer aux conditions de la mise à la retraite à l'initiative de l'employeur, telles qu'elles résultent de l'article 34 de la convention collective nationale de l'immobilier.

La convention collective de l'immobilier prévoit qu'en cas de départ à l'initiative de l'employeur, celui-ci est tenu d'avoir avec le salarié un entretien préalablement à la notification de mise à la retraite et de respecter le préavis prévu à l'article 32 en cas de licenciement, soit trois mois pour les cadres.

Or l'employeur a notifié au salarié sa mise à la retraite par courrier du 24 Décembre 2008,



soit plus de quatre mois avant la date de son 65ème anniversaire (le 28 Avril 2009) et il n'apporte aucune explication objective de nature à justifier l'allongement du délai de préavis prévu à l'article 32 de la convention collective de l'immobilier, ne produit aucune pièce démontrant que l'augmentation du délai de préavis de trois mois à quatre mois est une pratique régulière et établie au sein de la société, ne démontre pas davantage, alors que le compte rendu de la réunion mensuelle du 15 Février 2008 expose que la direction de la société envisage « notamment » la mise à la retraite du salarié, ce qui établit qu'il n'était pas le seul salarié concerné, avoir accordé à d'autres salariés mis à la retraite antérieurement ou consécutivement, un délai supérieur à celui prévu par la convention collective.

Pour les juges du fonds, 'il y a aussi lieu de constater qu'en employant le terme d'entretien préalable, la convention collective se référait à l'entretien préalable au licenciement lequel impose que cet entretien soit préalable à la décision de l'employeur qui soit précédé d'une convocation.

Or, il résulte des termes des courriers du salarié comme de l'employeur que cet entretien du 19 Décembre 2008 a été effectué de manière précipitée et sans que le salarié ne soit informé de son objet, la discussion devant, selon l'employeur, porter sur « les prochains mois à venir ».

Il résulte, par ailleurs, du courrier même de l'employeur « quant à l'entretien en lui-même, nous vous avons effectivement expliqué qu'à compter du 28 avril 2009, date de vos 65 ans, nous ferions valoir vos droits à la retraite » : il ne s'agissait nullement d'un entretien préalable à la décision de l'employeur, puisque la notification de la mise à la retraite a eu lieu au cours de cet entretien.

Pour la Cour d'Appel, l'employeur n'a donc pas respecté l'esprit des dispositions de l'article 34 de la convention collective et a jugé la mise à la retraite du salarié constitutive d'un licenciement nul.

L'employeur s'est pourvu en cassation : pour la Cour Suprême, la cour d'appel, qui a souverainement estimé qu'il était établi que l'employeur avait, en prononçant la mise à la retraite du salarié, agi précipitamment et dans le but de se soustraire aux nouvelles conditions de mise à la retraite alors en discussion devant le Parlement, notamment en effectuant l'entretien préalable exigé par l'article 34 de la convention collective de l'immobilier de façon précipitée et sans que le salarié soit informé préalablement de son objet ainsi qu'en allongeant le délai de préavis de trois mois prévu par la convention collective sans en justifier objectivement la nécessité, a pu décider que l'employeur avait manqué à l'obligation d'exécuter loyalement le contrat de travail et que la mise à la retraite constituait une discrimination fondée sur l'âge et dès lors un licenciement nul.

*Cass. Soc. 15 Janvier 2013, pourvoi n°11-15.646*

## REUNION DU CHSCT, MANDAT DE REPRESENTATION EN JUSTICE

Courant 2010, une société a mis en œuvre un projet de réorganisation de sa force de vente dénommé "déploiement de la force de vente locale".

Aussi, par deux lettres motivées des 15 Novembre et 20 Décembre 2010, trois membres représentants du personnel, ont sollicité la réunion du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) avec comme unique point à l'ordre du jour, l'information et la consultation du CHSCT sur le déploiement de la force de vente locale.

L'employeur n'ayant pas procédé à la convocation demandée, l'un de ces membres a, par une assignation en référé délivrée le 3 Mars 2011, demandé qu'il soit enjoint à la société employeur de convoquer le CHSCT sur cet ordre du jour.

Pour annuler cette assignation et l'ordonnance de référé rendue le 8 Avril 2011, la Cour d'Appel énonce que seul le CHSCT, dont la réunion est sollicitée par deux au moins de ses membres sur un ordre du jour précis, a capacité à désigner un représentant spécialement mandaté pour en exiger judiciairement l'exécution ou faire sanctionner cette inexécution et que le CHSCT n'ayant pas donné de pouvoir au demandeur à cette fin, l'assignation est entachée de nullité.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation qui retient qu'en cas de défaillance de l'employeur, l'auteur d'une demande de réunion du CHSCT présentée conformément aux dispositions de l'article L.4614-10 du code du travail, est recevable à demander en justice la réunion de ce CHSCT.

Or, conformément à ce texte, au moins deux membres, dont le demandeur, représentants du personnel au CHSCT en avaient sollicité la réunion.

*Cass. Soc. 15 Janvier 2013, pourvoi n°11-27.651*

## RUPTURE CONVENTIONNELLE ET HARCELEMENT MORAL

Un acte de rupture conventionnelle doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors que le salarié était au moment de la signature de l'acte de rupture conventionnelle dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral dont il a constaté l'existence et des troubles psychologiques qui en sont résultés.

*Cass. Soc. 30 Janvier 2013, pourvoi n°11-22.332*

### INFOS



### INFORMATION DES SYNDICATS

Il résulte des articles L.3326-1, D.3325-1 et D.3325-3 du Code du Travail, ensemble l'article R.523-12 du Code Rural alors applicable que le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise permettant le calcul de la réserve spéciale de participation sont établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes.

Pour dire irrecevable l'action des syndicats et des salariés, un arrêt de Cour d'Appel a retenu que, par courrier motivé du 24 Mai 2002 répondant à l'argumentation de l'expert-comptable du comité d'entreprise, les commissaires aux comptes avaient certifié que le calcul de la réserve spéciale de participation respectait les dispositions légales et réglementaires.

En statuant ainsi, alors que le document délivré le 24 Mai 2002 par les commissaires aux comptes ne comportait aucune information sur le montant des capitaux propres ni sur celui de l'excédent net répartisable retenu et sur l'exercice auquel ces montants se rapportaient, la Cour de cassation a jugé que la Cour d'Appel avait violé les textes susvisés.

*Cass. Soc. 30 Janvier 2013, pourvoi n°12-11.875*



### DE LA DISSIMULATION D'EMPLOIS SALARIES

La dissimulation d'emploi salarié prévue par l'article L.8221-5 du code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué.

*Cass. Soc. 23 Janvier 2013, pourvoi n°11-23.428*

