

## FLASH SOCIAL

Novembre 2008

Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique en droit du travail.

Nous attirons toutefois votre attention sur le fait que les articles de cette lettre d'information ne sont pas exhaustifs et n'ont pas vocation à constituer un avis juridique.

N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires et/ou questions.



**BERSAY & ASSOCIES**  
Société d'Avocats

31, avenue Hoche  
75008 Paris

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

Téléphone 33 (0)1 56 88 30 00 Téléphone 33 (0)5 62 26 20 79

Télécopie 33 (0)1 56 88 30 01 Télécopie 33 (0)5 62 26 08 34

www.bersay-associés.com

contact@bersay-associés.com

### **Mobilité : la mise en œuvre de la clause de mobilité ne doit pas porter atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale** (Cass, soc. 14 octobre 2008, n° 07-40.523)

Nous le savons, la clause de mobilité doit être mise en œuvre de bonne foi par l'employeur, sans imposer de sujétions particulières et disproportionnées au salarié.

C'est ainsi que la Haute juridiction vient de consacrer un principe auquel elle s'était référée dans un arrêt isolé de 2007 (Cass. Soc, 20 février 2007, n° 05-43628). Désormais, l'employeur doit veiller à ce que la mise en œuvre de la clause de mobilité ne porte pas atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale (Cass, soc. 14 octobre 2008, n° 07-40.523).

Dans le cas d'espèce, une salariée considère que la mise en œuvre de sa clause de mobilité la mutait de Marseille à Paris

pendant trois mois alors qu'elle travaille à temps partiel dans le cadre d'un congé parental porte atteinte à son droit à une vie

personnelle et familiale. Elle refuse donc la décision de mutation et l'employeur la licencie au motif que la clause de mobilité prévoyait l'exécution de missions en dehors de Marseille justifiant l'établissement temporaire de la résidence du salarié sur place. La Cour d'appel estime que le licenciement est fondé. Cependant, sous le visa de l'article L. 120-1 devenu L. 1121-1 du Code du travail, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que la Cour d'appel aurait dû rechercher si la mise en œuvre de la clause ne portait pas atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché.

Ainsi, l'employeur est-il tenu de vérifier deux critères avant de mettre en œuvre la clause de mobilité :

⇒ Sa mise en œuvre porte-t-elle atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié ?

⇒ Une telle atteinte est-elle justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ?

A défaut, la clause de mobilité ne pourrait pas être mise en œuvre, et l'employeur ne serait pas fondé à licencier le salarié qui s'y opposerait.

Par ailleurs, la Haute juridiction en a profité pour rappeler, par deux autres arrêts du même jour, quelques principes gouvernant l'application d'une clause de mobilité :

- une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur la faculté d'en étendre unilatéralement la portée (Cass, soc. 14 octobre 2008, n° 06-46.400 et 07-42.352),
- lorsqu'elle s'accompagne d'une modification du contrat de travail (passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour, en l'espèce), la mise en œuvre de la clause de mobilité, nonobstant toute clause contractuelle ou conventionnelle contraire, suppose que le salarié y ait donné expressément son accord (Cass, soc. 14 octobre 2008, n° 07-40.092).

**PSE : L'effectif à prendre en compte pour la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi est constitué par les seuls salariés relevant des établissements de la société situés en France** (Cass, soc. 23 septembre 2008, n° 07-42.862)

La Cour de cassation estime qu'en vertu du principe de territorialité de la loi française, seuls les salariés rattachés à l'activité de l'employeur en France sont à prendre en compte pour apprécier l'effectif de 50 salariés à partir duquel l'entreprise est tenue de mettre en place un PSE (Cass, soc. n° 07-42.862).

La Cour de cassation désavoue ainsi la Cour d'appel qui avait jugé que « doit être pris en compte pour l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi la globalité de l'entreprise et l'ensemble de la communauté des salariés en dépendant, que ce soit en France ou à l'étranger. »

La décision de la Cour de cassation s'inscrit dans la droite ligne des jurisprudences précédentes relatives au principe de territorialité de la loi française appliqué au cadre d'appréciation de l'effectif prévu par les dispositions du Code du travail. Ainsi :

- le fait qu'une entreprise employant en France plus de 50 salariés ait son siège social à l'étranger ne saurait la dispenser d'appliquer la législation sur les comités d'entreprise (CE, 29 juin 1973, n° 77982, Syndicat général du personnel de la compagnie des wagons-lits) ;
- de même, le cadre d'appréciation de l'effectif prévu par le Code du travail relatif au régime d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse ou irrégulier (à savoir 11 salariés), s'apprécie par rapport au nombre de salariés que la société étrangère emploie en France. (Cass, soc. 22 mars 2006, n° 03-47056).

A noter que lorsque le législateur souhaite prendre en compte l'effectif des entreprises domiciliées hors de France, il le précise expressément. Ainsi l'article L. 2341-1 du Code du travail relatif à la mise en place d'un comité d'entreprise européen, dispose que les entreprises de dimension communautaire sont celles qui emploient 1000 salariés et plus dans les Etats membres et qui comportent au moins un établissement employant 150 salariés et plus dans au moins deux de ces Etats.

**Congés payés et RTT** (Cass, ass. plén. 24 octobre 2008, n° 07-42799)

En cas de concours d'accords collectifs, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, seul le plus favorable d'entre eux pouvant être accordé.

C'est en application de ce principe qu'un employeur refusait d'accorder les jours de congés payés supplémentaires prévus par l'accord de branche (SYNTEC) au motif que l'accord d'entreprise accordait notamment un nombre de jours de RTT plus important

Cette position est toutefois censurée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 octobre 2008 au motif suivant: « les jours de récupération qui sont acquis par le salarié au titre d'un accord d'aménagement et de réduction du temps de travail et représentent la contrepartie des heures de travail qu'il a exécutées en plus de l'horaire légal ou de l'horaire convenu, n'ont ni la même cause ni le même objet que les congés payés d'ancienneté auxquels il a droit, en sus des congés annuels obligatoires. »

En conséquence ces avantages se cumulent.

## LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET

### • FUSIONS ET ACQUISITIONS

Ingénierie de reprise et du montage juridique approprié, audit juridique, opérations de restructuration, *joint ventures*, obtention des autorisations administratives nécessaires, rédaction et négociation des actes (lettres d'intention, conventions de cession, garanties d'actif et de passif, garanties bancaires, pactes d'actionnaires, etc.), opérations de fusion, reprises d'entreprises en difficultés ou dans le cadre d'une procédure collective.

### • CAPITAL INVESTISSEMENT ET LBO

Intervention pour des fonds d'investissement, des sociétés émettrices ou cibles ou des dirigeants, tant en phase d'audit que de conseil et de négociations.

### • DROIT DES SOCIETES

Opérations de « haut de bilan », augmentations de capital, émissions de valeurs mobilières composées (obligations convertibles ou remboursables en actions, bons de souscription d'actions, certificat d'investissements, actions à dividende prioritaire etc.), plans de souscription ou d'achat d'actions (« *stock-options* »), plans de bons de parts de créateur d'entreprises, groupements momentanés d'entreprises, *management fees* et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

### • DROIT BOURSIER

Introduction en bourse, opérations préalables à une introduction en bourse, rédaction de prospectus, secrétariat juridique des sociétés cotées, relations avec les autorités de marchés, contentieux boursier.

### • BANQUE ET FINANCE

Conseil en matière de contrats de prêts, de financement, de garanties et sûretés, de syndication, de réglementation bancaire, de financement d'acquisitions et de financements structurés d'actifs (notamment immobiliers).

### • CONTRATS COMMERCIAUX / DROIT ECONOMIQUE

Conseil et contentieux en matière de contrat commerciaux notamment de prestations de services, de vente, de distribution, de concession, de franchise, d'agence commerciale, de relations distributeurs/fournisseurs, de conditions générales de vente et d'achat, de partenariats commerciaux, de contrats de fabrication et de sous-traitance, de cession et location-gérance de fonds de commerce, de droit de la consommation, de marchés publics et privés.

### • DROIT SOCIAL

Conseil et contentieux en matière collective et individuelle ainsi qu'en droit de la sécurité sociale et en droit pénal du travail.

### • CONTENTIEUX / ARBITRAGE INTERNATIONAL

L'activité du Cabinet en matière de Contentieux et d'Arbitrage recouvre l'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, ainsi que les procédures collectives et le droit pénal des affaires. Le Cabinet intervient à tous les stades de l'évolution du litige, à savoir précontentieux, contentieux judiciaire et arbitral, mesures conservatoires et voies d'exécution.

### • DROIT IMMOBILIER

Conseil et contentieux en matière de baux commerciaux, audits immobiliers, acquisitions et ventes d'immeubles et de sociétés à prépondérance immobilière, financement d'acquisitions immobilières.

### • PROCEDURES COLLECTIVES

Procédure d'alerte, restructuration et redressement, mandat ad hoc et conciliation. Redressement judiciaire, plans de redressement, plans de cession et de sauvegarde, liquidation.

### • DROIT DE LA CONCURRENCE (FRANÇAIS ET COMMUNAUTAIRE)

Conseil et contentieux en matière d'accords de coopération industrielle et de structuration de réseaux de distribution. Représentation devant les autorités de concurrence et les juridictions en matière de cartels, de pratiques anticoncurrentielles, d'abus de position dominante et de concurrence déloyale. Contrôle des concentrations (réalisation d'études de faisabilité, constitution de dossiers de notification, négociation avec les autorités de contrôle nationales et communautaire), aides d'Etat.

### • INFORMATIQUE

Développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels ; infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, expertises relatives à l'examen de la conformité des prestations informatiques ; lutte contre le piratage.

### • COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

Domaine réglementaire ; construction de réseaux, colocalisation d'installations, conventions et conditions générales de fournitures de services, conventions d'accès et d'interconnexion ; contentieux judiciaires ou administratifs (contre les décisions de l'autorité de régulation).

### • INTERNET

Création et hébergement de sites, affiliations, partenariats ; audits de sites web ; dépôt et défense de noms de domaine ; places de marchés ; ventes aux enchères sur Internet ; licences ASP.

### • MEDIA

Publicité (protection, exploitation) et marketing ; sponsoring ; réglementation de la radiodiffusion et des services de communication électronique (TV, télévision sur mobile, sur Internet, vidéo à la demande etc.).

### • PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES ET VIE PRIVEE

Relations avec la CNIL ; réglementation spécifique aux communications électroniques (services de géolocalisation, conservation des données de trafic etc.) ; atteinte à la vie privée, diffamation.

### • PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, DROITS D'AUTEUR ET DROITS VOISINS

Protection et valorisation des droits d'auteur et droits voisins ; production et coproduction audiovisuelle (cinéma, télévision) et multimédia (jeux vidéos en ligne et off line, cd-roms, etc.) ; réglementation cinématographique ; licences de distribution (télévision, merchandising, distribution vidéo, droits dérivés) ; droits des artistes interprètes, droit du sport ; contentieux de la contrefaçon (saisies en douanes, saisies contrefaçon, procédures devant les juridictions civiles et pénales).

### • PROPRIETE INDUSTRIELLE

Conseil et contentieux en matière de marques, de brevets et/ou de dessins et modèles ; transferts de technologie et/ou de know-how ; concurrence déloyale et parasitaire.

### UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS

Le Cabinet a tissé un important réseau de correspondants à l'étranger, dans la plupart des pays industrialisés et dans certains pays en voie de développement.

### ISO 9001

Le Cabinet a été le premier cabinet d'avocats parisien à être certifié ISO 9001 et ce, dès 1998.

31, avenue Hoche  
75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00  
Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

Téléphone : 33 (0)5 62 26 20 79  
Télécopie : 33 (0)5 62 26 08 34

www.bersay-associés.com  
contact@bersay-associés.com