



## Numéros 55 - 56 Janvier - Février 2011

### TEXTES

#### Publication de la loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle

La loi du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle est publiée au Journal officiel.

Elle prévoit que dans certaines sociétés, la proportion des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance de chaque sexe ne peut être inférieure à 40%. Il s'agit :

- des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ;
- et, à l'issue de la plus prochaine assemblée générale ayant à statuer sur des nominations, des sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins 500 salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros.

La loi prévoit deux types de sanctions en cas de non-respect de cette obligation :

- d'une part, toute nomination intervenue en violation de cette obligation est nulle. Néanmoins, la loi précise que cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles l'administrateur irrégulièrement nommé aura pris part ;
- d'autre part, le versement des jetons de présence est suspendu, et ne sera rétabli que lorsque la composition du conseil sera régulière.

L'entrée en vigueur de ces dispositions est fixée au 1er janvier 2017.

Néanmoins, la loi prévoit d'ores et déjà que si l'un des deux sexes n'est pas représenté au sein du conseil d'administration ou de surveillance à la date de publication de la loi, au moins un représentant de ce sexe doit être nommé lors de la plus prochaine assemblée générale ordinaire statuant sur une nomination d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance.

En outre, dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la proportion des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance de chaque sexe ne peut être inférieure à 20% à l'issue de la première assemblée générale ordinaire suivant le 1er janvier 2014.

Enfin, la loi impose aux conseils d'administration et de surveillance une obligation de délibérer annuellement sur la politique de la société en matière d'égalité professionnelle et salariale, le cas échéant, sur la base du rapport de situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise prévu à l'article L.2323-57 du Code du travail, ou sur celle du plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes visé par l'article L.1143-1 dudit code (**Loi n°2011-103 du 27 janvier 2011, JO du 28 janvier 2011, p. 1680**).

Notons que la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites prévoit qu'à compter du 1er janvier 2012, les entreprises de plus de 50 salariés devront être couvertes par un accord sur l'égalité professionnelle ou, à défaut, par un plan d'action destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Pour les entreprises comptant au moins 300 salariés, ce plan d'action devra apparaître dans le rapport de situation comparée des conditions générales d'emploi des femmes et des hommes de l'article L.2323-57 du Code du travail.

A défaut de plan d'action ou d'accord, l'entreprise sera redevable d'une pénalité d'un montant fixé par l'Inspection du travail au maximum à 1% des rémunérations versées au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise n'aura pas été couverte par le plan ou l'accord. L'entrée en vigueur de ces mesures est soumise à la publication de décrets d'application.

## **Envoi d'un contrat par lettre recommandée électronique**

Le décret du 2 février 2011 précise les modalités d'application de l'article 1369-8 du Code civil qui autorise l'envoi par courriel d'une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat.

Le destinataire de la lettre recommandée électronique (LRE) est informé par le tiers chargé de l'acheminement, par un courrier électronique, qu'une LRE va lui être envoyée et qu'il a la possibilité pendant un délai de 15 jours de l'accepter ou de la refuser, sans être informé à ce stade de l'identité de l'expéditeur de la LRE. Dès acceptation par le destinataire, le tiers procède à l'envoi de la LRE et conserve pendant un an une preuve de cet envoi. Sur demande, l'expéditeur peut avoir accès à cette preuve.

Si l'expéditeur a choisi l'option « avec avis de réception », le tiers lui adresse un courrier électronique comprenant la date et l'heure à laquelle le destinataire a accepté ou refusé de recevoir la LRE ou l'absence de prise de connaissance de celle-ci. Une option plus classique permet d'envoyer un double « imprimé sur papier » (**D. n°2011-144 du 2 février 2011, JO 4 février 2011**).

## **JURISPRUDENCE**

### **La cessation d'activité d'une filiale dont la société-mère a la qualité de co-employeur doit-elle être justifiée par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la nécessaire sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise?**

La société MIC devient, en 1974, la filiale de la société JFH, qui détenait également une autre filiale en France, la société Jungheinrich France. En 2002, la société MIC cède à la société Jungheinrich France toute son activité, sans pour autant que les contrats de travail soient transférés en totalité. En effet, l'article L.1224-1 du Code du travail n'était pas applicable à cette cession, et une partie des salariés avaient refusé le transfert volontaire de leur contrat de travail à la société Jungheinrich France. Un an plus tard, la société MIC licencie pour motif économique tout le personnel resté à son service. Les salariés, contestant leur licenciement, saisissent le juge du fond de demandes dirigées contre leur employeur, mais également contre la société

Jungheinrich France en qualité de co-employeur. La Cour d'appel ayant fait droit à leurs demandes, la société Jungheinrich France forme un pourvoi en cassation, estimant, d'une part, qu'elle n'a pas la qualité de co-employeur, et d'autre part, que la cessation d'activité d'une entreprise constitue, en soi, une cause de licenciement, et n'a pas à être justifiée par un motif économique.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle constate que les juges du fond ont relevé l'existence, entre les deux sociétés, d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, démontrée par la dépendance économique de la filiale par rapport au groupe, une absence d'autonomie de gestion administrative de la filiale et une gestion commune du personnel des deux sociétés, ce qui caractérise « *la qualité de co-employeur à l'égard du personnel de la société MIC* ».

La Haute Juridiction souligne que « *lorsque le salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent* ». Or ce n'était pas le cas en l'espèce, la Cour ayant relevé que la cessation d'activité de la société MIC n'était que la conséquence de choix stratégiques au niveau du groupe (**Cass. soc. 18 janvier 2011, n°09-69.199**).

### **Le salarié qui n'a pas eu à respecter une clause de non-concurrence nulle peut-il prétendre à une indemnisation ?**

Un salarié saisit la juridiction prud'homale de diverses demandes dont la résiliation judiciaire de son contrat de travail, ainsi qu'une indemnisation du préjudice subi du fait de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence stipulée à son contrat. Si le contrat de travail a bien été résilié par les juges du fond, ces derniers déboutent le salarié de sa demande de dommages-intérêts, au motif que la nullité de la clause ayant été prononcée en même temps que ladite résiliation, le salarié n'avait jamais eu à la respecter et son préjudice était donc inexistant.

Le salarié forme un pourvoi devant la Cour de cassation, qui censure l'arrêt de la Cour d'appel, en

énonçant que « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* ». Jusqu'à présent, la Cour de cassation décidait que « *le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue* » (**Cass. soc. 11 janvier 2006, n°03-46.933**). Le préjudice était donc constitué par le fait d'avoir respecté une clause nulle. Désormais, peu importe que le salarié n'ait pas eu à exécuter la clause de non-concurrence, la seule stipulation dans le contrat d'une telle clause lui cause un préjudice qu'il appartient à l'employeur de réparer (**Cass. soc. 12 janvier 2011, n°08-45.280**).

#### **Quelle est la date à prendre en compte pour apprécier la recevabilité du recours en contestation des élections professionnelles ?**

Un salarié saisit le tribunal d'instance, par lettre postée le 17 juillet 2009, d'une demande d'annulation des élections professionnelles ayant eu lieu le 2 juillet 2009. Le tribunal d'instance ayant déclaré le recours du salarié recevable, la société forme un pourvoi en cassation. Elle soulève qu'en vertu de l'article R.2314-28 alinéa 3 du Code du travail, les contestations relatives à la régularité des élections ne sont recevables que si la déclaration au greffe du tribunal d'instance est faite dans les 15 jours suivant l'élection, et qu'il en résulte que ladite déclaration doit parvenir au secrétariat-greffe du tribunal dans les 15 jours suivant les élections.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle énonce que « *lorsqu'il est formé par déclaration écrite adressée au greffe du tribunal d'instance, le recours prévu par l'article R. 2314-28 du Code du travail a pour date celle de l'envoi de la déclaration* » (**Cass. soc. 6 janvier 2011, n°09-60.398**).

La Cour de cassation avait pourtant posé la solution contraire dans un précédent arrêt où elle avait approuvé le tribunal d'instance d'avoir rejeté une demande d'annulation des élections formée par un syndicat au motif que la lettre de saisine, bien que postée dans le délai de 15 jours, lui était parvenue un jour après l'expiration dudit délai (**Cass. soc. 26 mai 2010, n°09-60.453**).

#### **Comment procéder au décompte des voix obtenues par une liste électorale pour la mesure de l'audience syndicale ?**

La Cour de cassation apporte des précisions sur le mode de décompte des voix obtenues par une liste syndicale aux élections professionnelles.

Un syndicat désigne une déléguée syndicale dans l'établissement d'une entreprise. L'employeur conteste la désignation et en demande l'annulation devant le tribunal d'instance.

Ce dernier déboute l'employeur de sa demande en retenant que le syndicat avait effectivement atteint un score de 10% aux élections professionnelles, ce qui lui conférerait la représentativité requise par l'article L.2143-3 du Code du travail pour désigner un délégué syndical. Pour parvenir à ce résultat, le tribunal d'instance a retenu que, si la liste présentée par le syndicat a recueilli 28 voix, les trois candidats de cette liste ont recueilli à eux tous 84 voix sur 320 suffrages valablement exprimés, ce qui est supérieur au seuil de 10%.

La Cour de cassation censure le raisonnement du tribunal d'instance. Elle énonce que « *le nombre de voix recueillies par les organisations syndicales à prendre en considération pour le décompte des suffrages exprimés en leur faveur est le nombre de suffrages exprimés au profit de chaque liste, sans qu'il y ait lieu, s'agissant de la mesure de la représentativité des organisations syndicales, de tenir compte d'éventuelles ratures de noms de candidats* ». Le juge devait donc « *prendre en compte pour une unité chaque voix obtenue par les listes présentées pour vérifier si le score obtenu était ou non au moins égal à 10%* ». (**Cass. soc. 6 janvier 2011, n°10-60.168**). Cette nouvelle méthode de décompte des voix, propre à la mesure de l'audience syndicale, ne remet pas pour autant en cause la méthode de décompte des voix proportionnelle, après déduction des éventuels noms raturés, qui s'applique à la répartition des sièges.

#### **Le juge peut-il prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur ?**

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2011, la Cour de Cassation s'est interrogée sur les éléments pouvant être pris en compte par les juges du fond pour établir l'existence

d'une légèreté blâmable de l'employeur dans le cadre de licenciements économiques découlant d'une cessation d'activité.

En l'espèce, la société K-DIS a cessé son activité en 2006 entraînant le licenciement de l'ensemble de ses salariés. Ces derniers ont contesté leur licenciement et la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans un arrêt du 10 Novembre 2009 a fait droit à leurs demandes.

La société Goodyear Dunlop Tires France, venant aux droits de la société K-DIS, a reproché à cet arrêt d'avoir déclaré les licenciements sans cause réelle et sérieuse du fait de la légèreté blâmable de l'employeur déduite de l'absence de difficultés économiques.

La Cour de Cassation a rejeté ce moyen au motif que « *si, en cas de fermeture définitive ou totale de l'entreprise, le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie de ce motif de licenciement, déduire la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur de la seule absence de difficultés économiques [...], il ne lui est pas interdit de prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur* » (Cass. soc. 1er février 2011, n°10-30.045).

En l'espèce, la Cour d'appel avait relevé que « *la baisse d'activité de la société K-DIS était imputable à des décisions du groupe, qu'elle ne connaissait pas de difficultés économiques, mais qu'elle obtenait au contraire de bons résultats[...] que la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise* ».

### **Quelles sont les conditions de validité d'une clause de rupture imputable à l'employeur ?**

La Cour de cassation s'est prononcée sur les conditions de validité des clauses permettant à un salarié de rompre son contrat de travail tout en imputant cette rupture à l'employeur. Une telle clause est connue dans le milieu de la presse sous l'expression « clause de conscience ».

En l'espèce, il s'agissait d'une salariée « *chief performance officer* » chez Havas, dont le contrat de travail prévoyait qu'en cas de « *changement de contrôle d'Havas* », cette dernière serait fondée, dans

un délai de 30 jours, à compter de la réalisation de l'évènement, à considérer comme une modification de son contrat de travail et comme une rupture unilatérale de celui-ci imputable à l'employeur « *tout changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction* ». L'employeur devrait alors lui verser « *à titre de dommages-intérêts, une indemnité de rupture brute égale à 21 mois de sa rémunération fixe brute [...] augmentée du montant de la rémunération variable brute au titre des 24 mois précédant la cessation des fonctions* ».

Suite à la prise de participation du groupe Bolloré dans le capital de la société Havas, un nouveau PDG et une nouvelle équipe de direction ont été nommés. La salariée a donc invoqué les dispositions de son contrat et a pris acte de la rupture de celui-ci en l'imputant à son employeur. Elle a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement des sommes prévues (l'indemnité contractuelle s'élevant à 1.165.000€).

Dans un arrêt du 17 septembre 2009, la Cour d'appel de Versailles a estimé que la clause de changement de contrôle était valable et a condamné la société Havas à verser les sommes demandées.

Saisie par l'employeur, la Cour de Cassation, dans un attendu de principe, a affirmé que : « *la clause contractuelle qui permet au salarié de rompre le contrat de travail, ladite rupture étant imputable à l'employeur, en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction, est licite dès lors qu'elle est justifiée par les fonctions du salarié au sein de l'entreprise et qu'elle ne fait pas échec à la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'une ou l'autre des parties* ».

En l'espèce les conditions étaient réunies, les juges du fond ayant relevé que « *la salariée était chargée de mettre en œuvre les projets stratégiques organisationnels, faisait partie de l'équipe dirigeante restreinte [...], que la clause litigieuse ne faisait pas obstacle à la possibilité, pour l'une ou l'autre des parties, de rompre le contrat de travail, [...], et qu'elle avait un objet déterminé en ce qu'elle définissait avec précision les évènements pouvant être invoqués par la salariée comme étant la cause de rupture de son contrat*

*de travail* ». La Cour a également retenu que : « *le montant de l'indemnité contractuelle due à la salariée n'était pas, au regard de la capacité financière de la société, de nature à empêcher toute évolution de l'actionnariat ou tout changement de stratégie ou de direction* » (**Cass. soc. 26 janvier 2011, n°09-71271**).

### **Quelles sont les conséquences du défaut d'information du statut de salarié protégé à l'employeur ?**

La protection du conseiller prud'hommes s'applique à compter de la proclamation des résultats des élections, même en cas d'ignorance par l'employeur de l'existence de ce mandat. Seule la fraude du salarié peut le priver de la protection attachée à son mandat. Le manquement par le salarié à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur, en ne l'informant pas de son statut protecteur, ne peut avoir d'incidence que sur le montant de l'indemnisation due au titre de la violation de son statut (**Cass. soc. 16 février 2011, n°10-10.592**).

### **Dénigrer sa hiérarchie par courriel peut-il justifier un licenciement disciplinaire ?**

Dans quatre arrêts récents la Cour de Cassation a rappelé les limites de la liberté d'expression du salarié et le caractère professionnel du courriel.

Elle juge ainsi qu'outre les abus résultant de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées.

Tout courriel obtenu par l'employeur de manière licite et ayant un rapport avec l'activité professionnelle du salarié ne revêt pas un caractère privé et peut donc être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire. La Cour a ainsi considéré qu'un tel courriel professionnel porté à la connaissance de l'employeur par un salarié destinataire (par erreur) est obtenu de manière licite et justifie une sanction disciplinaire (**Cass. soc. 2 février 2011 n°09-72.449, n°09-72.450, n°09-72.313 et n°09-69.351**).

### **Dans quelles conditions la vidéosurveillance est-elle un mode de preuve licite ?**

Lorsque l'ensemble du personnel a été avisé de la présence de caméras de vidéosurveillance fonctionnant en permanence, conformément aux dispositions légales, alors, les enregistrements vidéo de ces caméras constituent un moyen de preuve licite, peu important la finalité originelle de la mise en place de ces caméras (**Cass. soc. 2 février 2011 n°10-14.263**).

### **La convocation à l'entretien préalable de licenciement peut à présent être envoyée via le service de distribution « Chronopost », qui permet de justifier de la date d'expédition et de réception de la lettre.**

(**Cass. soc. 8 février 2011, n°09-40.027**).

---

Mayer Brown is a leading global law firm serving many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest investment banks. We provide legal services in areas such as Supreme Court and appellate; litigation; corporate and securities; finance; real estate; tax; intellectual property; government and global trade; restructuring, bankruptcy and insolvency; and environmental.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, São Paulo, Washington DC  
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai  
EUROPE: Berlin, Brussels, Cologne, Frankfurt, London, Paris  
TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro  
ALLIANCE LAW FIRMS: Spain (Ramón & Cajal); Italy and Eastern Europe (Tonucci & Partners)

Please visit our web site for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com)

Mayer Brown is a global legal services organisation comprising legal practices that are separate entities (the Mayer Brown Practices). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP, a limited liability partnership established in the United States; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership (regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership, and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the individual Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2011. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.