



RAPPORT DE Mme SOMME, CONSEILLER

Arrêt n° 1415 du 8 décembre 2021 – Chambre Sociale

Pourvoi n° 20-11.738

Décision attaquée : arrêt du 27 novembre 2019 - Cour d'appel de Paris

M. [N] [E]

C/

la société La Banque centrale populaire du Maroc

comportant des propositions de rejet non spécialement motivé des première, deuxième et quatrième branches du premier moyen du pourvoi principal

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [E] a été engagé le 1^{er} novembre 1979 par la Banque centrale populaire du Maroc (la BCP) en qualité d'attaché commercial. La relation de travail s'est d'abord exécutée au Maroc. A compter du 21 novembre 1983, le salarié a été affecté au sein du bureau de représentation de la BCP en France, à Paris. Il a ensuite travaillé exclusivement à Paris où il exerçait en dernier lieu les fonctions de délégué commercial.

Par lettre du 21 mai 2010, la BCP a informé le salarié que, dans le cadre du plan de mobilité des cadres du Crédit populaire du Maroc et pour des raisons de service, il

était affecté au siège social de la BCP, situé à [Localité 3] au Maroc, au sein du pôle marocains du monde, à compter du 1^{er} juillet 2010.

Le 18 juin 2010, le salarié a refusé cette affectation en soutenant qu'elle était constitutive d'une modification de son contrat de travail et partant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le 29 juin 2010, M. [E] a saisi le conseil de prud'hommes de Paris de diverses demandes.

Le 27 juillet 2010, la BCP a adressé au salarié une lettre par laquelle elle constatait la rupture du contrat de travail pour abandon de poste depuis le 1^{er} juillet 2010.

Par jugement du 11 avril 2012, la juridiction prud'homale a écarté l'exception d'incompétence soulevée par la BCP. Puis, par jugement du 27 février 2013, elle a dit que le droit français et la convention collective des banques s'appliquaient au contrat de travail et condamné la BCP au paiement de diverses sommes à titre d'indemnité de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés sur préavis et d'indemnité pour licenciement abusif.

Par arrêt du 6 octobre 2015, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement déféré en ce qu'il a dit le droit français applicable au contrat de travail et, l'infirmité pour le surplus, a dit que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par M. [E] était fondée et avait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et condamné la BCP à payer à M. [E] diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts pour préjudices distincts toutes causes confondues.

Par arrêt du 8 mars 2017 (pourvoi n° 15-28.021), la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cette décision en toutes ses dispositions et renvoyé l'affaire et les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

Par arrêt du 27 novembre 2019, la cour d'appel de renvoi a confirmé le jugement du 27 février 2013 en ce qu'il a dit le droit français applicable au contrat de travail et, l'infirmité pour le surplus, dit que la prise d'acte de M. [E] est bien fondée et a les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné la BCP au paiement de diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts pour préjudices distincts.

M. [E] a formé un pourvoi par déclaration du 27 janvier 2020 et a déposé un mémoire ampliatif le 17 juin 2020. Le 23 octobre 2020, la société BCP a déposé un mémoire en défense et un mémoire avec pourvoi incident (prorogation des délais pendant la crise sanitaire). Le 15 décembre 2020, M. [E] a déposé un mémoire en réponse au pourvoi incident, auquel la BCP a répliqué par mémoire du 14 janvier 2021.

Les parties demandent, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, pour le salarié la somme de 3 500 euros et pour l'employeur celles de 4 000 euros et de 3 500 euros.

2 - Analyse des moyens

▣ Pourvoi principal du salarié :

Le **premier moyen** du salarié fait grief à l'arrêt de limiter son indemnisation aux sommes de 5 819,46 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, 581,94 euros au titre des congés payés afférents au préavis, 17 124,29 euros au titre de l'indemnité de licenciement et 50 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors :

1/ qu'interdiction est faite au juge de dénaturer les documents de la cause ; que les bulletins de salaires versés aux débats par M. [E] comportaient en bas à droite, sous la mention du montant net en dirhams, le montant du salaire net exprimé en euros précédé de la mention « montant net en devise, transféré à votre profit sur la base d'un taux privilégié » ; qu'en affirmant que ces bulletins de salaires étaient rédigés en dirhams pour reprocher à M. [E] d'exprimer son salaire en valeur nette et en euros sans expliquer ses calculs, et pour procéder à sa propre conversion en euros sans tenir compte du taux de change privilégié consenti au salarié, la cour d'appel a dénaturé lesdits bulletins de salaires en violation du principe susvisé ;

2/ que le salaire de référence servant de base au calcul des indemnités de rupture est égal à la totalité de la rémunération versée en contrepartie du travail au cours des 12 ou 3 derniers mois précédant la rupture, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié ; que la cour d'appel a retenu la moyenne du salaire brut sur trois mois que l'employeur avait évaluée à la somme de 1 939,82 euros, sur la base d'un salaire de 29 456,15 dirhams, 17 682,42 dirhams et 15 890,29 dirhams ; qu'en statuant ainsi lorsque ces montants ne correspondant pas au salaire brut figurant sur les bulletins de salaires des mois d'avril, de mai et de juin 2010 précédant le licenciement de M. [E], qui mentionnaient respectivement un salaire brut de 25 711,86 dirhams, 15 890,29 dirhams et 26 566,48 dirhams, la cour d'appel, qui n'a pas indiqué quels étaient les trois mois sur lesquels elle s'était fondée, n'a pas mis la cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a ainsi privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-5, L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail ;

3/ que le salaire de référence servant de base au calcul des indemnités de rupture est égal à la totalité de la rémunération versée en contrepartie du travail au cours des 3 ou 12 derniers mois, dont ne peuvent être déduites les sommes prélevées par l'employeur au titre de l'impôt sur le revenu, qui ne viennent pas diminuer le montant de la rémunération du salarié ; qu'en refusant pourtant de réintégrer dans le montant du salaire de base l'impôt sur le revenu prélevé directement par l'employeur, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-5, L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail ;

4/ que le salaire de référence servant de base au calcul des indemnités de rupture est égal à la totalité de la rémunération versée en contrepartie du travail au cours des 3 ou 12 derniers mois, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié ; que les bulletins de salaires mentionnaient qu'aux éléments de salaires soumis à cotisations, venaient s'ajouter

*une aide au logement d'un montant net de 115 dirhams et une indemnité d'expatriation d'un montant net de 5 398 dirhams ; **qu'en prenant pour base de calcul du salaire de référence les seuls chiffres indiqués en brut, la cour d'appel qui n'a pas pris en compte la totalité du salaire versé en excluant l'indemnité logement et l'indemnité d'expatriation, a violé les articles L. 1234-5, L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail ;***

*5/ qu'une convention collective étendue est applicable à l'ensemble des entreprises entrant dans son champ d'application professionnel et territorial ; **qu'en retenant, après avoir jugé le droit français applicable, qu'il n'était pas établi que la banque centrale populaire du Maroc ait souscrit à la convention collective nationale française des banques pour en écarter l'application, lorsque cette convention collective étant étendue, il importait seulement de déterminer si la banque entraînait dans son champ d'application, la cour d'appel qui a statué par un motif inopérant, a violé les articles L. 2261-15 et L. 2261-16 du code du travail, ensemble l'article 1er de la convention collective nationale des banques.***

Le **second moyen** reproche à l'arrêt de limiter à la somme de 50 000 euros l'indemnisation des préjudices distincts subis par M. [E] et de débouter ce dernier du surplus de ses demandes :

*alors que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs ; que dans ses conclusions, M. [E] faisait valoir que dans le cadre de son règlement intérieur, la banque faisait bénéficier ses salariés d'un régime complémentaire de prévoyance auquel il avait cotisé et qui lui ouvrait droit à la somme de 370 663, 27 dirhams par suite de son licenciement, qui ne lui avait pas été réglée (ses conclusions d'appel p. 33-34) ; **qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen péremptoire pour statuer sur les préjudices distincts dont M. [E] demandait réparation, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile;***

▣ Pourvoi incident de l'employeur

Le **premier moyen** fait grief à l'arrêt de dire que le droit français était applicable au contrat de travail, de décider que la prise d'acte était bien fondée et avait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, de condamner la BCP au paiement de diverses sommes, de statuer sur les intérêts et leur capitalisation et de débouter la BCP de ses demandes :

*alors qu'en application des articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, la loi applicable au contrat de travail est celle choisie par les parties ; que l'article 6 se borne à prévoir, à titre de correctif, que le salarié a néanmoins droit, dans le cadre de l'application du droit étranger, à la protection que lui assurerait la mise en oeuvre des dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix ; **qu'en décidant que le contrat de travail était régi, dans son ensemble, par le droit français quand les parties avaient choisi la loi marocaine, les juges du fond, s'écartant du dispositif prévu par l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, en ont violé les termes.***

Le **second moyen** fait le même grief à l'arrêt en soutenant :

*que la comparaison entre le droit choisi et le droit applicable au titre de loi d'exécution du contrat s'effectue bloc par bloc ; **qu'à supposer même que le droit français ait été applicable comme plus protecteur du salarié en tant qu'il assimilait, au titre des modes de rupture, la prise d'acte à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, de toute façon, une fois ce constat opéré, le droit marocain, choisi par les parties, recouvrait son***

empire ; que les juges du fond devaient dès lors l'appliquer sauf à constater, au stade des droits indemnitaires, que le droit français assurait une protection non prévue par le droit marocain ; que faute de procéder de la sorte, les juges du fond ont violé l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

Le demandeur au pourvoi incident sollicite, pour le cas où un doute surgirait quant aux solutions invoquées par l'un et l'autre des deux moyens, de **transmettre à la Cour de Justice de l'Union européenne des questions préjudicielles**, dont les termes sont précisés infra (aux points 4.1.3.1. et 4.1.3.2.).

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- loi applicable au contrat de travail - convention de Rome - dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix

- assiette de calcul des indemnités de rupture - prise en compte des sommes prélevées par l'employeur au titre de l'impôt sur le revenu - application des dispositions d'une convention collective nationale étendue

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Sur le pourvoi incident qui est préalable : détermination de la loi applicable selon la convention de Rome

4.1.1. Les règles de conflit permettant de déterminer la loi applicable aux contrats de travail internationaux ont été fixées en premier lieu par la Convention du 19 juin 1980, dite convention de Rome. Elles résultent désormais du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), qui remplace, pour les contrats conclus à compter du 17 décembre 2009, la convention de Rome.

En l'espèce, le contrat de travail ayant été conclu le 1^{er} novembre 1979, la convention de Rome lui est applicable.

Les dispositions pertinentes de cette convention sont les suivantes :

« Article 3 Liberté de choix

1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2. [...]

3. *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives ».*
[...]

« Article 6 Contrat individuel de travail

1. *Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.*

2. *Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi:*

a) *par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays*
ou

b) *si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ».*

« Article 7 Lois de police

1. *Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.*

2. *Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».*

Il résulte de ses dispositions que le juge, saisi par une partie revendiquant l'application de la loi objective comme étant plus favorable que la loi choisie par les parties, doit déterminer quelle aurait été la loi applicable à défaut de choix, puis procéder à la comparaison des deux lois en cause et préciser en quoi la loi revendiquée est plus favorable s'il entend la retenir ou au contraire moins favorable s'il l'écarte :

* Soc., 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-13.497, Bull. V, n° 152

Il résulte des articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles que la faculté offerte aux parties de désigner la loi applicable à leur contrat ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui lui serait applicable à défaut de choix ; qu'à défaut de choix des parties, le contrat est notamment régi par la loi où le travailleur accomplit habituellement son travail.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui écarte l'application de la loi française aux demandes formées par un salarié à l'encontre de ses employeurs et relatives notamment à la rupture du contrat de travail et au paiement d'heures supplémentaires, sans rechercher, comme il lui était demandé, après avoir pourtant constaté que le lieu d'exécution habituel du travail était en France, si les dispositions des lois belge et espagnole choisies par les parties et relatives aux différents chefs de demandes du salarié, étaient plus protectrices que les dispositions de la loi française qui aurait été applicable à défaut de ces choix.

* Soc., 27 janvier 2010, pourvoi n° 08-45.579

Vu les articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, alors en vigueur ;

Attendu qu'en vertu du premier de ces textes, le contrat est régi par la loi choisie par les parties, que celles-ci peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat, qu'elles peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente Convention ; que selon le second, le choix de la loi applicable par les parties à un contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions de la loi qui lui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article ; que selon ce paragraphe, le contrat est régi, à défaut de choix des parties : a) par la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail, ou b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ;

[...]

Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté que M. [X] et la société Socficom avaient conclu un contrat de travail prévoyant que la loi du Liechtenstein serait applicable, sans relever en quoi cette loi était moins protectrice que la loi française revendiquée par le salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

* Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-14.019 :

*Et attendu qu'ayant constaté que le salarié affecté à une activité mobile internationale recevait ses ordres de mission et ses instructions de voyage à son domicile en France, lequel était la base à partir de laquelle il commençait et terminait ses prestations de travail et où les bulletins de salaire lui étaient adressés par l'employeur qui lui avait proposé par ailleurs l'adhésion à une assurance privée de groupe pour la prévoyance santé, invalidité et décès auprès d'une société d'assurance de droit français, **la cour d'appel a pu décider que la loi applicable au contrat de travail en l'absence de choix effectué par les parties aurait été la loi française et que les dispositions impératives de celle-ci étant plus favorables que celles de la loi helvétique choisie par les parties, le salarié ne pouvait être privé du bénéfice de ces dispositions ;***

* Soc., 1^{er} février 2017, pourvoi n° 15-23.723

Vu les articles 3 et 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

[...]

Qu'en se déterminant ainsi, sans justifier en quoi les dispositions impératives de la loi française, dont font partie les dispositions du code du travail, celles relatives au contrat à durée déterminée et au licenciement, seraient plus protectrices que celles de la loi choisie par les parties dans le contrat de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Par arrêt du 12 novembre 2002, la chambre sociale a précisé que la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapprochant de la même cause.

Le même arrêt a défini la notion de « *dispositions impératives* » visées aux articles 3 et 6 de la convention de Rome : « *Il résulte des articles 3-3 et 6-1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 que le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix et que **ces dispositions impératives sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat** » et a décidé que sont des normes impératives les dispositions de la loi française relatives notamment à l'entretien préalable au licenciement aux dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il ne peut y être dérogé par contrat :*

* Soc., 12 novembre 2002, pourvoi n° 99-45.821, 99-45.888, Bull. V, n° 339

[...]

Sur le pourvoi de l'Institut culturel autrichien :

[...]

Sur le deuxième moyen

[...]

Mais attendu, d'abord, que la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapportant à la même cause ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des dispositions de l'article 3-3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 que les dispositions impératives d'une loi sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat ;

Et attendu qu'il ne peut être dérogé par contrat aux dispositions de la loi française concernant l'entretien préalable au licenciement et la proposition d'une convention de conversion en cas de licenciement pour motif économique ;

Qu'il s'ensuit que la cour d'appel qui a constaté, sans inverser la charge de la preuve, que ces dispositions n'avaient pas d'équivalent en droit autrichien, a légalement justifié sa décision ;

[...]

Mais sur le troisième moyen du pourvoi de la salariée, pris en sa première branche :

Vu les articles 3-3 et 6-1 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers textes que le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix et que ces dispositions impératives sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat ;

Attendu que la cour d'appel pour rejeter la demande de la salariée en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse énonce que la salariée en application de la loi autrichienne bénéficie d'un préavis de cinq mois et d'une indemnité de licenciement égale à neuf mois de salaire et qu'il n'apparaît pas que la loi française, même en tenant compte d'une indemnité au moins égale à six mois de salaire pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, aurait été plus favorable ;

Qu'en statuant ainsi alors que le texte du droit français qui prévoit la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse auquel il ne peut être dérogé par contrat, n'a pas d'équivalent en droit autrichien et n'a pas le même objet ou la même cause que les indemnités de préavis et de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Voir également sur les dispositions impératives de la loi française relatives au licenciement :

* Soc., 21 mars 2018, pourvoi n° 17-10.220 :

Vu l'article 6, § 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

*Attendu qu'aux termes de ce texte, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du § 2 du présent article ; qu'il résulte des dispositions de l'article 3, § 3, de la Convention de Rome que les dispositions impératives d'une loi sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat ; **qu'il ne peut être dérogé par contrat aux dispositions de la loi française concernant la durée légale du travail, les congés payés, l'entretien préalable au licenciement, le délai de préavis, ainsi que la cause réelle et sérieuse du licenciement ;***

Attendu que, pour débouter le salarié de ses demandes en paiement de rappel de salaire après majoration pour heures supplémentaires et de congés payés afférents ainsi que de rappel d'indemnité de congés payés sur les salaires perçus, l'arrêt énonce que celui-ci n'établit pas que les dispositions de la loi française quant à la durée légale du travail, la détermination du nombre de congés payés, la base et le mode de calcul de l'indemnité y afférents relèvent de dispositions impératives ; que, pour débouter le salarié de ses demandes en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, de droits à congés payés afférents, d'une indemnité légale de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, l'arrêt énonce que le salarié n'établit pas le caractère impératif des dispositions de la

législation française qu'il invoque, dont le non-respect est civilement sanctionné ; que le salarié invoque donc, en vain, l'application des dispositions légales françaises ;

Qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

4.1.2. Dans son précédent arrêt du 8 mars 2017, la chambre sociale a censuré l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 octobre 2015 sur le deuxième moyen du pourvoi de la BCA, qui soutenait :

Première branche :

« Ce n'est qu'à défaut de choix par les parties de la loi applicable, que le contrat de travail est régi, sauf s'il présente des liens plus étroits avec un autre pays, par la loi du pays où le salarié accomplit habituellement son travail ; la cour d'appel a constaté que les parties avaient choisi la loi marocaine ; en retenant néanmoins l'application de la loi française, au motif inopérant que la BCP ne soutenait pas que la loi marocaine était plus protectrice des droits du salarié que la loi française, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L.1221-1 du code du travail ».

Seconde branche :

« Subsidiairement ce n'est qu'à défaut de choix par les parties de la loi applicable, que le contrat de travail est régi, sauf s'il présente des liens plus étroits avec un autre pays, par la loi du pays où le salarié, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail ; la BCP avait observé que toutes les pièces versées au débat par le salarié lui-même montraient un rattachement au territoire marocain, au droit du travail marocain et à la sécurité sociale marocaine ; en ne recherchant pas, si, indépendamment du lieu d'exécution du contrat, la référence à la monnaie marocaine, aux organismes marocains de sécurité sociale, à la nationalité d'origine du demandeur, ne permettaient pas de retenir que seule la loi marocaine pouvait être appliquée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil et L.1221-1 du code du travail ».

Les motifs de la cassation sont les suivants :

« Vu les articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

Attendu qu'en vertu du premier de ces textes, le contrat est régi par la loi choisie par les parties, que celles-ci peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ; que, selon le second, le choix de la loi applicable par les parties à un contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui lui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du même texte ; que, selon ce paragraphe, le contrat est régi, à défaut de choix des parties : a) par la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail, ou b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ;

Attendu que pour dire le droit français applicable au contrat de travail, l'arrêt retient que la Banque centrale populaire ne soutient pas, et il n'est pas justifié, que la loi marocaine serait plus protectrice des droits du salarié que la loi française de sorte que le litige sera examiné au regard de la loi française en matière de droit du travail ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'elle constatait que les parties avaient fait le choix de la loi marocaine et qu'il lui appartenait de rechercher en quoi cette loi était moins protectrice que la loi française revendiquée par les salariés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés »

Sur la loi applicable au litige, la cour de renvoi a statué en ces termes :

« Il est constant que les deux parties au contrat de travail ont choisi de faire régir le contrat par la loi marocaine mais précisément l'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 autorise le juge à écarter la loi issue de la volonté des parties lorsque son application aurait pour effet de priver le travailleur de la protection que lui confèrent les dispositions de la loi objective, soit celle où il accomplit habituellement son travail.

En l'espèce, concernant la rupture du contrat de travail, le code du travail marocain n'a prévu pour le salarié en son article 34 que l'hypothèse de la démission et en son article 40, a limitativement énuméré les cas de fautes graves commises par l'employeur de nature à dire le licenciement abusif si le salarié quitte son travail en raison de l'une de ces fautes établies : "insulte grave, pratique de toute forme de violence ou d'agression dirigée contre le salarié, harcèlement sexuel, incitation à la débauche".

La loi marocaine ne prévoit pas le mécanisme français de la prise d'acte motivée par des fautes autres que celles visées à l'article 40 ci-dessus rappelé, alors que la jurisprudence française est venue consacrer ce droit du salarié s'il est démontré que le manquement de l'employeur était suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat, ce qui englobe un plus large champ d'hypothèses.

En conséquence, la cour estime que la loi française dans le cas d'espèce doit recevoir application, la loi marocaine se révélant moins protectrice des droits du travailleur salarié » (cf., arrêt, p. 5).

4.1.3. Au préalable il convient de relever que la décision de la cour d'appel, en ce qu'elle a retenu in fine que la loi applicable au contrat de travail en l'absence de choix effectué par les parties aurait été la loi française, n'est pas discutée.

4.1.3.1. Le pourvoi incident de la BCP soutient en son premier moyen, qu'en application des articles 3 et 6 de la convention de Rome, la loi applicable au contrat de travail est celle choisie par les parties, que l'article 6 se borne à prévoir, à titre de correctif, que le salarié a néanmoins droit, dans le cadre de l'application du droit étranger, à la protection que lui assurerait la mise en oeuvre des dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix, de sorte qu'en décidant que le contrat de travail était régi, dans son ensemble, par le droit français, alors que les parties avaient choisi la loi marocaine, la cour d'appel s'est écartée du dispositif prévu par l'article 6 de la convention qu'elle a violé.

La BCP fait valoir que la loi qui aurait été applicable à défaut de choix n'a pas vocation à se substituer, dans son ensemble, à la loi choisie par les parties, qu'elle peut seulement être invoquée à titre de correctif lorsque sur une question donnée elle assure une meilleure protection du salarié, en sorte que le juge ne peut, face à une loi choisie par les parties, décider, en dehors du mécanisme correcteur prévu par l'article 6, que la loi applicable est celle du lieu d'exécution, comme si les parties

s'étaient abstenues de formuler une *electio juris*, ce qu'a précisément fait la cour d'appel en énonçant dans le dispositif de son arrêt « *confirme le jugement entrepris du 27 février 2013 en ce qu'il a dit le droit français applicable au contrat de travail* ».

Elle en déduit qu'une erreur de droit aurait été commise par les juges du fond.

Elle affirme que si un doute pouvait surgir sur ce point, il conviendrait alors de poser une **question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne** rédigée dans les termes suivants :

« En présence d'une clause insérée dans un contrat de travail et portant choix de la loi applicable, les articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 autorisent-ils le juge à décider, dans une formulation générale et abstraite, qu'est applicable à l'ensemble de la relation de travail, le droit du lieu d'exécution tel que désigné par l'article 6.2 de la Convention ? »

Le dispositif de l'arrêt critiqué « *Confirme le jugement entrepris du 27 février 2013 en ce qu'il dit le droit français applicable au droit du travail* », puis, infirmant le jugement, « *dit que la prise d'acte de rupture de son contrat de travail par M. [E] est bien fondée et a les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* » et « *Condamne la Banque centrale populaire à payer à M. [E]* » diverses sommes à titre d'indemnités de rupture, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts pour préjudices distincts.

Par conséquent, dans son dispositif, d'une part l'arrêt n'énonce pas que le droit français est applicable « *dans son ensemble* » au contrat de travail, d'autre part les chefs de condamnation sont afférents à la prise d'acte de la rupture et à ses conséquences financières. Et dans ses motifs la cour d'appel a explicité sa décision en retenant in fine que les dispositions de la loi française relatives à la rupture du contrat de travail étaient plus favorables que celles de la loi marocaine.

Si la chambre retenait qu'il ne peut être déduit de la seule mention du dispositif de l'arrêt confirmant le jugement entrepris en ce qu'il a dit le droit français applicable au contrat de travail que la cour d'appel a déclaré le droit français applicable « *dans son ensemble* » au contrat de travail, mais qu'elle a seulement déclaré applicables, comme étant plus favorables, les dispositions de la loi française relatives à la prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le moyen pourrait être considéré comme inopérant.

Sur la question préjudicielle :

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, il résulte de l'article l'article 267, troisième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, que lorsqu'une question est soulevée dans le cadre d'une affaire pendante devant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle. Une telle obligation n'incombe pas à cette

juridiction lorsque celle-ci constate que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable (CJCE 6 oct. 1982, aff. Cilfit C-283/81, pt 21).

Cette obligation de motivation de refus de transmission d'une question préjudicielle à la CJUE a été rappelée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt récent du 13 février 2020 (Sanofi Pasteur c. France 25137/16).

Les développements qui suivent empruntent au rapport du conseiller François Le Masne de Chermont sous l'arrêt de la chambre sociale du 13 janvier 2021 (pourvoi n° 19-17.157) :

« La convention de Rome ne relève pas de l'obligation de renvoi prévue à l'article 267, alinéa 3, TFUE, selon laquelle lorsqu'une question d'interprétation des actes pris par l'Union est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Notre chambre n'est par conséquent pas tenue de suivre les lignes fixées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt précité du 6 octobre 1982.

Néanmoins, en vertu de l'article 1er du premier protocole, du 19 décembre 1988, concernant l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention de Rome, et de l'article 1er du deuxième protocole, du même jour, attribuant à la Cour de justice des Communautés européennes certaines compétences en matière d'interprétation de cette convention, la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer sur l'interprétation de ladite convention.

En vertu de l'article 2 du premier protocole, en France, la Cour de cassation a la faculté, et non l'obligation, de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur l'interprétation de la même convention.

Le premier protocole est entré en vigueur le 1er août 2004 ».

Si la chambre retenait que la question préjudicielle de la BCP repose sur le postulat erroné selon lequel la cour d'appel a jugé qu'est applicable à l'ensemble de la relation de travail la loi française, la question pourrait être considérée comme étant dénuée de pertinence.

4.1.3.2. Le second moyen du pourvoi incident soutient qu'à supposer même que le droit français ait été applicable comme plus protecteur du salarié, en tant qu'il assimilait, au titre des modes de rupture, la prise d'acte à un licenciement sans

cause réelle et sérieuse, une fois ce constat opéré, le droit marocain, choisi par les parties, recouvrait son empire, de sorte que les juges du fond devaient l'appliquer, sauf à constater, au stade des droits indemnitaires, que le droit français assurait une protection non prévue par le droit marocain (violation de l'article 6 de la convention de Rome).

La société BCP fait valoir qu'à aucun moment les juges du fond n'ont procédé à la comparaison que leur imposait l'article 6-1 de la convention de Rome pour déterminer si, s'agissant des droits indemnitaires du salarié, les dispositions impératives du droit français étaient plus favorables que celles du droit marocain.

Ainsi qu'il a été rappelé supra, la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapportant à la même cause.

La thèse du pourvoi est celle d'une appréciation restrictive de la notion d'objet ou de cause, en considérant que les règles indemnitaires constituent un sous-ensemble en quelque sorte autonome des règles régissant la rupture du contrat de travail, en sorte que pour la détermination du caractère plus favorable d'une loi, une première comparaison devrait être faite entre les modes de rupture prévus par les législations concurrentes et, ensuite, une seconde comparaison entre les régimes indemnitaires prévus par lesdites législations.

A/ M. [E] soulève au préalable l'irrecevabilité du moyen en ce que la thèse qu'il invoque serait incompatible avec celle soutenue en appel par celle-ci. Il fait valoir à ce titre qu'au stade de l'appel l'employeur soutenait à titre principal que la loi marocaine était seule applicable en raison du choix qu'en avait fait les parties et, à titre subsidiaire, à la lumière du droit français, que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail devait s'analyser en une démission, mais qu'il n'a jamais soutenu, dans l'hypothèse subsidiaire d'application du droit français à la prise d'acte, que la loi marocaine devait régir les indemnités éventuellement dues par le salarié.

La BCP répond que sa thèse est parfaitement compatible avec celle soutenue devant les juges du fond dès lors qu'elle se prévalait du droit marocain et qu'en tout état de cause le moyen est de pur droit, la Cour de cassation pouvant statuer sur son bien-fondé sans avoir à s'emparer d'éléments de fait étrangers aux constatations de l'arrêt attaqué.

A titre subsidiaire, elle indique que *si ces deux objections avaient une quelconque consistance, la Cour de cassation serait inévitablement conduite à poser, sur ces deux chefs* », une **question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne** dans les termes suivants :

- S'agissant de l'objection prise du caractère contradictoire de la thèse souvenue à hauteur de cassation avec celle développée devant les juges du fond :

« En tant que juge national, la Cour de cassation peut-elle opposer que la thèse du demandeur au pourvoi est contraire à celle qu'il a soutenu devant la juridiction du fond alors que cette fin de non-recevoir aurait pour effet de maintenir une solution contraire au droit de l'Union européenne ? »

- Et s'agissant de la nouveauté :

« En tant que juge national, la Cour de cassation peut-elle opposer que la thèse du demandeur au pourvoi en cassation est nouvelle, pour n'avoir pas été soutenue devant la juridiction du fond, alors même que la Cour de cassation peut statuer au vu des constatations de fait de l'arrêt attaqué, si cette fin de non-recevoir a pour effet de maintenir une solution contraire au droit de l'Union européenne ? »

Dans ses conclusions établies lors de la procédure d'appel avant cassation (étant relevé qu'il s'agit des seules conclusions produites dans le cadre du présent pourvoi¹), la BCP soutenait qu'était seule applicable la loi marocaine choisie par les parties (p. 12 à 14) et, à titre subsidiaire, si l'application du droit français était retenu, que la prise d'acte du salarié devait être requalifiée en démission (p. 19 et sv).

Dès lors que l'employeur sollicitait à titre principal l'application du droit marocain, il pourrait être considéré que la thèse soutenue dans son second moyen n'est pas incompatible avec celle développée devant les juges du fond.

En tout état de cause, il est constant qu'est recevable un moyen nouveau de pur droit, c'est à dire qui ne se prévaut d'aucun fait qui n'ait été constaté par les juges du fond (3e Civ., 9 juin 2004, pourvoi n° 03-70.053, Bull. III, n° 116 ; Soc., 16 février 2005, pourvoi n° 03-40.721, Bull. V, n° 56). En l'occurrence, le moyen invoque l'application d'une règle de conflit de loi en ne se prévalant d'aucun fait qui n'ait été constaté par les juges du fond. Le moyen pourrait donc être considéré comme recevable.

B/ Sur le fond, sur la thèse soutenue par la BCP, selon laquelle la cour d'appel aurait du, après avoir retenu que la loi française était plus favorable s'agissant des modes de rupture, effectuer ensuite une comparaison des droits indemnitaires prévus par la loi marocaine et la loi française pour déterminer lequel était le plus favorable, on relèvera les éléments suivants :

Dans son arrêt publié du 12 novembre 2002 (pourvoi n° 99-45.821, précit.), la chambre sociale a énoncé qu'il ne pouvait être dérogé par contrat aux dispositions de la loi française concernant l'entretien préalable au licenciement et la proposition d'une convention de conversion en cas de licenciement pour motif économique,

¹Le mémoire en pourvoi incident de la BCP indique en page 13 qu'il produit les conclusions soutenues devant la cour de renvoi ; l'examen de la pièce produite (Prod 3) montre cependant qu'il s'agit des conclusions établies devant la première cour d'appel puisqu'elles mentionnent en tête de leur première page : « *Audience de plaidoirie du 30/06/2015 - 13h30* ».

mais a aussi, par le même arrêt, considéré que le texte du droit français qui prévoit la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse auquel il ne peut être dérogé par contrat, n'a pas d'équivalent en droit autrichien et n'a pas le même objet ou la même cause que les indemnités de préavis et de licenciement, conduisant ainsi à une application distributive de la loi française et de la loi autrichienne au sein même du droit du licenciement selon les chefs d'indemnisation en cause.

Toutefois la chambre a jugé dans un arrêt postérieur du 28 janvier 2015 que le droit français est plus favorable en matière de rupture du contrat de travail, sans autre précision :

* Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.315 :

Mais attendu, d'abord, que le choix de la loi applicable ne peut pas priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix ; qu'ayant constaté que le lieu d'accomplissement habituel du travail était à Paris, que l'entreprise avait jusqu'en 2001 un site à Paris et que le contrat de travail du 1er août 1981 prévoyait que la salariée exercera son activité en France, la cour d'appel qui a fait ressortir que la durée du travail résultant du code du travail français était plus favorable que celle régie par les conventions collectives de l'Association suisse des graphistes fixée à 44 heures par semaine et que le droit français était plus favorable en matière de rupture du contrat de travail, n'encourt pas les griefs des quatre premières branches du moyen.

Cet arrêt a été commenté en ces termes à la RJS (2015, n° 240) :

Dans cette affaire, compte tenu de la date de conclusion du contrat de travail, en 1981, ni la Convention de Rome du 19 juin 1980, applicable aux contrats conclus entre le 1er avril 1991 et le 17 décembre 2009, ni le règlement Rome I du 17 juin 2008, valant pour les seuls contrats conclus après cette date, ne s'appliquaient au litige. Dans une telle situation, les règles de conflit de loi fixées par la jurisprudence et la doctrine auraient dû s'appliquer. Cependant, rien n'empêchait les parties de revendiquer l'application des règles conventionnelles et le juge de les mettre en œuvre, ce qui a été le cas en l'espèce.

Il résulte de la combinaison des articles 3.1 et 6.1 de la Convention de Rome (repris aux articles 3.1 et 8.1 du règlement Rome I) que le contrat de travail international est régi par la loi choisie par les parties, sous réserve que ce choix n'ait pas pour effet de priver le salarié de la protection résultant des dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix, c'est-à-dire soit la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail, soit celle du pays où se situe l'établissement d'embauche si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, à moins qu'il ne résulte des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas c'est la loi de ce pays qui s'applique.

Dans son pourvoi, l'employeur faisait valoir que la loi choisie par les parties était la loi suisse, et qu'en tout état de cause, si, à défaut de choix, le contrat de travail devait être régi par la loi du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, les circonstances rattachaient le contrat à la Suisse, en raison de liens plus étroits : affiliation de la salariée

aux organismes d'assurance suisses, lieu de conclusion du contrat, lieu du siège social de l'entreprise, localisation des clients et de l'activité de l'atelier, déplacements et séjours réguliers et prolongés de la salariée en Suisse, paiement du salaire en francs suisses.

Mais la Cour de cassation valide la position de la cour d'appel et son raisonnement : celle-ci a fait ressortir que la loi française offrait davantage de protection à la salariée que la loi suisse, notamment en matière de durée du travail et de rupture du contrat de travail. En effet, le juge français ne peut pas écarter une loi étrangère sans relever en quoi elle est moins protectrice que la loi française (Cass. soc. 27 janvier 2010 n° 08-45.579 ; Cass. soc. 28 octobre 2014 n° 13-20.025). En présence de dispositions impératives, relatives à la durée du travail et la rupture du contrat de travail, plus protectrices pour le salarié, c'est la loi du lieu d'accomplissement habituel du travail qui doit s'appliquer, en l'espèce la loi française compte tenu des éléments suivants : travail habituel à Paris, entreprise ayant un site dans cette ville jusqu'en 2001, contrat de travail prévoyant l'exercice de l'activité en France.

Un autre commentateur, Jean-Philippe Tricoit² (in La Semaine Juridique Social n° 17-18, 28 Avril 2015, 1154) approuve la solution de notre chambre en ces termes :

« [...] Ici entre en jeu la technique des dispositions impératives de la loi qui seraient applicables à défaut de choix (V. Conv. Rome, art. 6, § 1 et Règl. CE n° 593/2008, art. 8, § 2). Elle est bien connue par la chambre sociale (Cass. soc., 19 juin 2002, n° 00-45.471 : JurisData n° 2002-015036 ; TPS 2002, comm. 333, note P. Coursier. - Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.821 et n° 99-45.888 : JurisData n° 2002- 016325; TPS 2003, comm. 166, note P. Coursier) qui énonce que « le choix de la loi applicable ne peut pas priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix » (Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-14.315, arrêt reproduit).

Or, dans l'affaire de 2015, la loi applicable à défaut de choix est la loi française. Dès lors, viennent à la rescousse du salarié ses dispositions impératives, c'est-à-dire celles auxquelles il n'est pas possible de déroger par contrat. Le droit travail français est une terre fertile pour ce genre de dispositions. Précédemment, ont été reconnues comme ayant qualité de dispositions impératives de la loi française celles régissant la rupture des contrats à durée déterminée (Cass. soc., 12 mars 2008, n° 01-44.654 : JurisData n° 2008-043200), le paiement des salaires (Cass. soc., 16 juill. 1987, n° 84-45.052 : Bull. civ. 1987, V, n° 523), l'entretien préalable au licenciement et la proposition de mesures d'accompagnement social en cas de licenciement pour motif économique (Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.821 et n° 99-45.888, préc.), etc. L'apport de l'arrêt du 28 janvier 2015 est de considérer, à juste titre, que les dispositions de la loi française relatives à la durée du travail et à la rupture du contrat de travail appartiennent à la catégorie des dispositions impératives ».

Postérieurement la chambre a jugé :

² maître de conférences HDR à l'université de Lille 2, directeur de l'Institut des sciences du travail à l'université de Lille 2

* Soc., 21 mars 2018, pourvoi n° 17-10.220

Vu l'article 6, § 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

*Attendu qu'aux termes de ce texte, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du § 2 du présent article ; qu'il résulte des dispositions de l'article 3, § 3, de la Convention de Rome que les dispositions impératives d'une loi sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat ; **qu'il ne peut être dérogé par contrat aux dispositions de la loi française concernant la durée légale du travail, les congés payés, l'entretien préalable au licenciement, le délai de préavis, ainsi que la cause réelle et sérieuse du licenciement ;***

Attendu que, pour débouter le salarié de ses demandes en paiement de rappel de salaire après majoration pour heures supplémentaires et de congés payés afférents ainsi que de rappel d'indemnité de congés payés sur les salaires perçus, l'arrêt énonce que celui-ci n'établit pas que les dispositions de la loi française quant à la durée légale du travail, la détermination du nombre de congés payés, la base et le mode de calcul de l'indemnité y afférents relèvent de dispositions impératives ; que, pour débouter le salarié de ses demandes en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, de droits à congés payés afférents, d'une indemnité légale de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, l'arrêt énonce que le salarié n'établit pas le caractère impératif des dispositions de la législation française qu'il invoque, dont le non-respect est civilement sanctionné ; que le salarié invoque donc, en vain, l'application des dispositions légales françaises ;

Qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Si le moyen est jugé recevable, nous devons dire s'il résulte de cette jurisprudence que les modes de rupture, d'une part, et les régimes indemnitaires de la rupture, d'autre part, n'ont pas le même objet ou ne se rapportent pas à la même cause comme le soutient in fine la BCP.

Il soit être souligné à cet égard que le régime indemnitaire de la rupture s'évince du mode de celle-ci. Ainsi la rupture s'analysant en démission n'ouvre droit à aucune indemnité au profit du salarié, à l'inverse de celle ayant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qu'illustre l'espèce soumise à la chambre.

En effet la cour d'appel a retenu que le code du travail marocain n'a prévu pour le salarié que l'hypothèse de la démission et a limitativement énuméré, en son article 40, les hypothèses de fautes graves (« *insulte grave, pratique de toute forme de violence ou d'agression dirigée contre le salarié, harcèlement sexuel, incitation à la débauche* ») commises par l'employeur de nature à dire le licenciement abusif si le salarié quitte son travail en raison de l'une de ces fautes établies, susceptibles par conséquent d'ouvrir droit à des indemnités pour licenciement abusif au profit du salarié. Or il est constant que le licenciement de M. [E] a été prononcé par la BCP

pour abandon de poste et qu'aucune des fautes reprises à l'article 40 précité n'était invoquée par le salarié à l'encontre de l'employeur, ce qui excluait par conséquent que, selon la loi marocaine, son licenciement puisse être déclaré abusif avec toutes conséquences de droit en termes indemnitaires.

La BCP fait en outre valoir qu'à supposer que la solution qu'elle préconise découlant de l'article 6 suscite l'hésitation, il y aurait lieu dans cette hypothèse à **question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne** rédigée comme suit:

« Dans l'hypothèse où il est fait application de la loi du lieu d'exécution du contrat s'agissant du point de savoir si la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge a-t-il l'obligation, au regard de l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, de revenir au droit choisi par les parties, s'agissant de la détermination et de la liquidation des indemnités de rupture, sauf à constater le cas échéant, après comparaison des règles applicables à la détermination et à liquidation des indemnités que le droit du lieu d'exécution assure au salarié une protection que ne lui confère pas la loi choisie ? ».

Il conviendra, le cas échéant, de dire s'il y a lieu de transmettre la question préjudicielle soumise par l'employeur sur l'application de l'article 6 de la convention de Rome au regard des critères de transmission rappelés supra (p. 13 et 14).

4.2. Sur le premier moyen du pourvoi principal du salarié : l'assiette de calcul des indemnités de rupture et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'application de la convention collective de la banque

4.2.1. Sur les quatre premières branches du moyen : le montant du salaire de référence

Pour fixer le salaire de référence à 1 939,82 euros, la cour d'appel a statué aux motifs suivants :

« Le salarié demande à la cour de rectifier l'erreur commise par les premiers juges qui ont cru pouvoir fixer son salaire mensuel net à la somme de 2 800 euros, alors qu'il était de 4 985,46 euros.

L'employeur indique qu'il suffit à la cour de reprendre les bulletins de paie de M. [E] pour constater que son salaire est au mieux de 1 854,62 euros et même en intégrant l'impôt sur le revenu il est de 2 178,84 euros.

La cour constate que la décision de première instance n'explicite pas le montant retenu, que M. [E] ne produit aucun calcul sur ce point et exprime son salaire en valeur nette et en euros, se contentant de produire ses derniers bulletins de salaire, lesquels sont rédigés en dirhams.

Il résulte de ces bulletins que les chiffres indiqués en brut sont ceux reportés par l'employeur dans son tableau n°1 et il n'y a pas de raison de réintégrer l'impôt sur le revenu prélevé directement comme les autres cotisations.

En considération de ces éléments, il y a lieu de retenir que le salaire moyen brut le plus favorable est celui calculé sur trois mois et s'établit à 1 939,82 euros » (cf. arrêt, p. 7).

4.2.1.1. M. [E] conteste le montant du salaire de référence retenu par la cour d'appel en soutenant, dans la première branche du moyen, que la cour d'appel, en affirmant que les bulletins de salaire étaient rédigés en dirhams, a dénaturé lesdits bulletins de salaire et a procédé à une conversion en euros sans tenir compte du taux de change privilégié consenti au salarié, dès lors qu'ils comportaient, sous la mention du montant net en dirhams, le montant du salaire exprimé en euros sous la mention « *montant net en devise, transféré à votre profit sur la base d'un taux privilégié* ».

Il convient de relever à titre préalable que devant la cour d'appel, M. [E], qui soutenait que son salaire mensuel net s'élevait à 4 985,46 euros après réintégration de l'impôt sur le revenu indûment prélevé par la BCP (cf. conclusions devant la cour de renvoi, p. 16 et 30), ne consacrait aucun développement dans ses écritures à la question de la conversion en euros de son salaire selon un taux de change favorable.

Les bulletins de salaire litigieux sont ceux des mois de janvier à juin 2010 (prod MA n° 8). Ils sont exprimés en dirhams et portent la mention, sous le montant « *net payé* », un autre montant précédé de la mention suivante : « *montant net en devise, transféré à votre profit sur la base d'un taux privilégié* », sans précision de la devise de conversion, bien qu'il s'agisse à l'évidence de l'euro, M. [E] exécutant sa prestation de travail et étant domicilié en France à cette période.

D'une part il est constant que les bulletins de salaire sont bien « *rédigés en dirhams* » ainsi que l'a relevé la cour d'appel. D'autre part, c'est dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation des pièces qui lui étaient soumises, que la cour d'appel, après avoir relevé que le salarié ne produisait aucun calcul et se contentait de produire ses derniers bulletins de paye, rédigés en dirhams, a estimé qu'il résultait de ces bulletins que les chiffres indiqués en brut correspondaient à ceux reportés par l'employeur dans son tableau n° 1.

La première branche du moyen, qui n'est pas de nature à entraîner manifestement la cassation, relève par conséquent d'une décision de rejet non spécialement motivé.

4.2.1.2. Selon la deuxième branche, qui énonce en sa prémisse que le salaire de référence servant de base au calcul des indemnités de rupture est égal à la totalité de la rémunération versée en contrepartie du travail au cours des 12 ou 3 derniers mois précédant la rupture, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, affirme que la cour d'appel n'aurait pas mis la Cour de cassation en mesure

d'exercer son contrôle en ne précisant pas quels étaient les trois mois sur lesquels elle s'était fondée pour retenir la moyenne du salaire brut évaluée à 1 932,82 euros (défaut de base légale au regard des articles L. 1234-5, L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail).

En application de l'article L. 1234-5 du code du travail, l'inexécution du préavis n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise.

Aux termes de l'article L. 1234-9 du même code, les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail.

Et selon l'article R. 1234-4, le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

- 1° Soit la moyenne mensuelle des douze derniers mois précédant le licenciement, ou lorsque la durée de service du salarié est inférieure à douze mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement ;
- 2° Soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

Dans ses conclusions, le salarié ne précisait pas la base de calcul lui permettant de revendiquer un salaire mensuel de référence de 4 985,46 euros.

La cour d'appel, pour calculer le salaire moyen du salarié, s'est reportée aux bulletins de salaire produits en estimant que les montants exprimés en brut correspondaient à ceux reportés par l'employeur dans son tableau n° 1. Faisant ressortir que les salaires qu'elle retenait pour base de calcul correspondaient aux trois derniers mois de salaire, la cour d'appel, qui a souverainement estimé que le salaire moyen brut le plus favorable était celui calculé sur trois mois et s'établissait à 1 939,82 euros, a légalement justifié sa décision.

Il est dès lors proposé de rejeter la deuxième branche du moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation, par une décision de rejet non spécialement motivé.

4.2.1.3. Sur les troisième et quatrième branches du moyen

A/ Il est constant que l'inobservation du préavis par l'employeur ouvre droit à une indemnité compensatrice égale au montant du salaire brut, assujetti au paiement par l'employeur des cotisations sociales, que le salarié aurait reçu s'il avait travaillé pendant la durée du préavis (Soc., 15 novembre 1990, pourvoi n° 89-41.746, Bull. V, n° 558), incluant les primes ou indemnités dues ou versées au salarié pendant

cette période (Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 00-44.882, Bull. V, n° 27) et excluant les sommes correspondant à des remboursements de frais (Soc., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-45.281). Il est également de règle que l'inexécution du préavis n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnités de congés payés comprises (Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-27.928, Bull. V, n° 120).

De même le montant de l'indemnité de licenciement doit être déterminé sur la base la rémunération perçue par le salarié dont peuvent seulement être déduites les sommes représentant le remboursement de frais (Soc., 29 mai 1991, pourvoi n° 87-44.297 ; Soc., 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-44.771 ; Soc., 22 mai 2019, pourvoi n° 18-11.274: *Mais attendu que le montant de l'indemnité de licenciement doit être déterminé sur la base de la rémunération perçue par le salarié dont peuvent seulement être déduites les sommes représentant le remboursement des frais exposés pour l'exécution du travail*). En revanche, un avantage en nature, qui est un élément de rémunération, doit être inclus dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture (Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-15.884 ; Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-12.760).

B/ En l'espèce, M. [E] soutenait que devait être incluse dans son salaire de référence la somme prélevée par l'employeur au titre de l'impôt sur le revenu marocain (cf. conclusions, p. 16 et 31). Ce prélèvement figure effectivement sur les bulletins de salaires qui comportent une ligne intitulée « *prélèvements IR* ».

La BCP répondait sur ce point qu'« *il n'y a aucune raison d'intégrer [dans le salaire de référence] l'impôt sur le revenu marocain spécialement tenu compte (sic) de ce que M. [E] n'a jamais payé l'impôt sur le revenu français* » (cf. conclusions d'appel, p. 30).

On rappellera que la cour d'appel a refusé de réintégrer la somme précomptée par l'employeur au titre de l'impôt sur le revenu dans le salaire de référence aux motifs suivants :

« *[...] il n'y a pas de raison de réintégrer l'impôt sur le revenu prélevé directement comme les autres cotisations* » (cf. arrêt, p. 7).

La troisième branche du moyen le lui reproche en soutenant que le salaire de référence servant de base au calcul des indemnités de rupture est égal à la totalité de la rémunération versée en contrepartie du travail au cours des 3 ou 12 derniers mois, dont ne peuvent être déduites les sommes prélevées par l'employeur au titre de l'impôt sur le revenu (violation des articles L. 1234-5, L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail).

Le prélèvement à la source par l'employeur de l'impôt sur le revenu dû par le salarié s'opère au même titre que le précompte des cotisations sociales dues par ce dernier, lesdits prélèvement et précompte s'effectuant au bénéfice d'un tiers. Or il est constant que c'est la rémunération brute, avant précompte des cotisations, qui constitue l'assiette de calcul des indemnités de rupture, qui sont elles-mêmes exprimées en brut et soumises à cotisations.

A la connaissance du rapporteur la chambre se s'est pas encore prononcée sur ce cas de figure précis.

Nous devons dire si la cour d'appel peut être approuvée en ce qu'elle a refusé de réintégrer dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture les sommes correspondant au montant prélevé par l'employeur sur le salaire de M. [E] au titre de l'impôt sur le revenu dû par celui-ci.

La quatrième branche du moyen affirme que les bulletins de salaire de M. [E] mentionnaient qu'aux éléments de salaire soumis à cotisations, venaient s'ajouter une aide au logement d'un montant net de 115 dirhams et une indemnité d'expatriation d'un montant de 5 398 dirhams et reproche à la cour d'appel d'avoir pris pour base de calcul du salaire de référence les seuls chiffres indiqués en brut, sans prendre en compte la totalité du salaire versé, en excluant l'indemnité de logement et l'indemnité d'expatriation (violation des articles L. 1234-5, L. 1234-9 et R. 1234.4 du code du travail).

Le mémoire en défense oppose l'irrecevabilité du moyen en soutenant qu'il est nouveau, mélangé de fait et de droit, dès lors que le salarié n'invitait pas les juges du fond à prendre en compte la prime d'expatriation ou la prime de logement pour calculer l'indemnité de licenciement.

Il ne ressort en effet ni des énonciations de l'arrêt ni des conclusions d'appel du salarié (p. 30 et suivants) que ce dernier ait sollicité la prise en compte des indemnités de logement et d'expatriation pour la fixation de son salaire de référence.

Le moyen étant donc nouveau, mélangé de fait et de droit, et partant irrecevable, il est proposé de le déclarer irrecevable par décision non spécialement motivée.

4.2.2. Sur la cinquième branche du moyen : l'application de la convention collective nationale de la banque

4.2.2.1. Les dispositions d'une convention collective obligatoire constituent des normes impératives au sens des articles 3 et 6 de la convention de Rome.

« Dans la mesure où les dispositions du droit applicable en l'absence de choix protègent mieux les travailleurs que la loi choisie, par exemple en accordant un délai de préavis plus long, ces dispositions écartent les dispositions correspondantes de la loi choisie, et s'appliquent à leur place.

*Les dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger sont non seulement les dispositions relatives au contrat de travail proprement dit, mais également les dispositions telles que celles concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs qui sont qualifiées dans certains Etats membres de dispositions de droit public. **Il résulte en particulier de ce texte que, si la loi du pays où le travailleur***

accomplit habituellement son travail rend obligatoires pour l'employeur dans ce pays les conventions collectives de travail, le travailleur ne pourra être privé de la protection que lui accordent ces conventions collectives par le choix de la loi d'un autre Etat dans le contrat individuel de travail » (Rapport sur la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, M. Giuliano et P. Lagarde : JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980).

La chambre sociale a statué dans le même sens :

* Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-68.851, Bull. V, n° 200 :

[...]

Sur le deuxième moyen commun aux pourvois 09-68.851, 09-68.852, 09-68.853 et 09-68.854 :

Attendu que la société CGS fait grief aux arrêts de faire application des dispositions de la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien et de la condamner à verser une indemnité conventionnelle de licenciement, une prime d'ancienneté et une gratification, alors, selon le moyen, qu'il résulte des articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 que, par principe, la loi applicable au contrat de travail est celle choisie par les parties, sauf si son application a pour résultat de priver le travailleur "de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix"; qu'une convention collective nationale ne constituait pas une disposition légale impérative au sens de l'article 6 de la Convention de Rome du 18 juin 1980 ; qu'en faisant néanmoins application de la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien au prétexte qu'il y aurait eu lieu de faire application des protections offertes par les dispositions impératives de la loi française, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Mais attendu que les règles d'application des conventions collectives étant fixées par des normes légales et impératives tendant à protéger les salariés, l'application du droit français emporte celle des conventions qu'il rend obligatoires ;

[...].

4.2.2.2. Sur la question des conditions d'applicabilité d'une convention collective étendue le code du travail prévoit :

Art. L2261-2 :

« La convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur.

En cas de pluralité d'activités rendant incertaine l'application de ce critère pour le rattachement d'une entreprise à un champ conventionnel, les conventions collectives et les accords professionnels peuvent, par des clauses réciproques et de nature identique, prévoir les conditions dans lesquelles l'entreprise détermine les conventions et accords qui lui sont applicables ».

Art. L. 2261-3 :

« Peuvent adhérer à une convention ou à un accord toute organisation syndicale représentative de salariés ainsi que toute organisation syndicale ou association d'employeurs ou des employeurs pris individuellement.

Toutefois, si l'activité qu'ils exercent ou qu'exercent leurs adhérents n'entre pas dans le champ d'application de la convention ou de l'accord, leur adhésion est soumise aux dispositions des articles L. 2261-5 ou L. 2261-6, selon le cas.

L'adhésion est notifiée aux signataires de la convention ou de l'accord et fait l'objet d'un dépôt dans des conditions prévues par voie réglementaire, à la diligence de son ou de ses auteurs ».

Art. L.2261-15 alors applicable (étant précisé que la dont la version actuelle du texte, issue de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, n'a modifié que l'intitulé de la Commission ci-dessus citée, devenue Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle) :

« Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la sous-section 2, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective.

L'extension des effets et des sanctions de la convention ou de l'accord se fait pour la durée et aux conditions prévues par la convention ou l'accord en cause ».

Art. L. 2261-16 :

« Le ministre chargé du travail peut également, conformément à la procédure d'extension prévue à la sous-section 3, rendre obligatoires, par arrêté, les avenants ou annexes à une convention ou à un accord étendu.

L'extension des avenants ou annexes à une convention ou à un accord étendu porte effet dans le champ d'application de la convention ou de l'accord de référence, sauf dispositions expresses déterminant un champ d'application différent ».

Art. L. 2261-19, alors applicable dans sa rédaction antérieure à la loi n°2014-288 du 5 mars 2014³ :

³Le texte actuel, issue de l'ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 dispose :

« Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus au sein de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9.

Cette commission est composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré.

Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, ne doivent pas avoir fait l'objet dans un délai d'un mois à compter de la publication par l'autorité administrative d'un avis d'extension au Journal officiel de la République française, de l'opposition écrite et motivée d'une ou de plusieurs organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau. Cette opposition est notifiée et déposée dans les conditions prévues par les articles L. 2231-5 et L. 2231-6 ».

« Nota : Ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017, article 5 : Les conventions et accords conclus antérieurement au 1er janvier 2018 demeurent régis, pour leur extension, par les

« Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus au sein de la commission paritaire.

Cette commission est composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré ».

La Cour de cassation jugeait de manière constante (Soc., 16 mars 2005, pourvoi n° 03-16.616, Bull. V, n° 97; Soc., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-13.601, Bull. V, n° 351 ; Soc., 6 avril 2016, pourvoi n° 14-27.042 et sv., Bull. V, n° 66) que, dans le cadre d'un accord professionnel ou interprofessionnel étendu, le juge judiciaire devait vérifier si les employeurs compris dans le champ d'application professionnel et territorial auxquels il était demandé l'application de l'accord étaient signataires de l'accord ou relevaient d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de l'accord.

Par arrêt du 27 novembre 2019, la chambre sociale, opérant un revirement partiel, a décidé que lorsqu'il est saisi du champ d'application d'un accord professionnel étendu, le juge judiciaire n'a pas à vérifier que l'employeur, compris dans le champ d'application professionnel et territorial de cet accord, en est signataire ou relève d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de celui-ci.

* Soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 17-31.442, PBRI

Vu les articles L. 2261-15 et L. 2261-19 du code du travail, ensemble le principe de séparation des pouvoirs :

5. Selon l'article L. 2261-15 du code du travail, les dispositions d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou cet accord par arrêté du ministre du travail. L'extension suppose, selon l'article L. 2261-19 du code du travail, que la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel ait été négocié et conclu au sein d'une commission paritaire composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré.

6. L'extension étant formalisée par un arrêté, c'est au ministre du travail, sous le contrôle du juge administratif, qu'il appartient donc de vérifier si les conditions de négociation de l'accord permettent son extension.

7. Le Conseil d'Etat a précisé que la légalité de l'arrêté d'extension était subordonnée à la condition que toutes les organisations syndicales et patronales représentatives dans le secteur aient été invitées à la négociation de l'accord, peu important que toutes ne l'aient pas signé (CE, 6 décembre 2006, n° 273773).

dispositions des articles L. 2261-19 et L. 2261-25 du code du travail dans leur rédaction antérieure à la présente ordonnance ».

8. En application du principe de séparation des pouvoirs, le juge judiciaire n'a pas compétence pour vérifier la régularité des conditions de négociation et de conclusion d'un accord collectif étendu, dès lors que ce contrôle incombe ainsi que rappelé ci-dessus au seul juge administratif dans le cadre de son contrôle de la légalité de l'arrêté d'extension.

9. En revanche, il appartient au juge judiciaire de statuer sur les contestations pouvant être élevées par une ou plusieurs entreprises déterminées sur le champ d'application sectoriel d'un accord interprofessionnel étendu, dès lors que ce dernier ne précise pas ce champ.

10. La Cour de cassation en a déduit, par une jurisprudence constante (Soc., 16 mars 2005, pourvoi n° 03-16.616, Bull. 2005, V, n° 97; Soc., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-13.601, Bull. 2006, V, n° 351) que, dans le cadre d'un accord professionnel ou interprofessionnel étendu, le juge judiciaire devait vérifier si les employeurs compris dans le champ d'application professionnel et territorial auxquels il était demandé l'application de l'accord étaient signataires de l'accord ou relevaient d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de l'accord.

11. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un accord collectif professionnel, l'arrêté d'extension suppose nécessairement, sous le contrôle du juge administratif, vérification de la représentativité dans ce champ des organisations syndicales et patronales signataires ou invitées à la négociation. Il y a lieu dès lors de juger désormais que le juge judiciaire n'a pas à vérifier, en présence d'un accord professionnel étendu, que l'employeur, compris dans le champ d'application professionnel et territorial de cet accord en est signataire ou relève d'une organisation patronale représentative dans le champ de l'accord et signataire de celui-ci.

12. En l'espèce, l'avenant n° 37 de la convention Syntec avait expressément pour objet de rendre la convention Syntec applicable au secteur des activités d'analyses, essais et inspections techniques. Dès lors que cet avenant avait fait l'objet d'un arrêté d'extension, le juge judiciaire n'avait pas à contrôler qu'il avait été signé par les organisations syndicales et patronales représentatives de ce secteur sauf, en cas de doute sérieux sur la légalité de l'arrêté d'extension, à saisir le juge administratif d'une exception d'illégalité. Il lui appartenait seulement de vérifier si l'activité des sociétés concernées par le litige relevait du secteur analyses, essais et inspections techniques, champ d'application visé par l'avenant n° 37.

13. Pour déclarer inopposable aux sociétés Apave, Socotec France, et au Bureau Veritas l'avenant n° 37 de la convention Syntec, la cour d'appel retient que ces sociétés n'adhèrent pas aux fédérations signataires et qu'aucune organisation patronale représentative dans le secteur des activités de contrôle dont relèvent ces sociétés n'y adhère.

14. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés.

4.2.2.3. En l'espèce, pour le calcul de l'indemnité de préavis et de l'indemnité de licenciement, M. [E] sollicitait (cf., ses conclusions d'appel, p. 30 et 31) l'application

des dispositions de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, laquelle a été étendue par arrêté du 17 novembre 2004 (JORF 11 décembre 2004).

Le champ d'application de la convention collective de la banque est définie par l'article 1^{er} de la convention qui dispose :

« La présente convention est conclue en application de la législation et de la réglementation en vigueur (1).

Elle s'applique, en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer, aux entreprises agréées en qualité de banques en application de l'article L. 511-9 du code monétaire et financier, à l'exclusion de celles qui, au 30 juin 2004, relevaient du champ d'application de la convention collective des sociétés financières. Elle pourra être adaptée, dans un cadre paritaire, aux territoires d'outre-mer, sous réserve de la législation en vigueur.

Les parties signataires conviennent que le champ d'application visé à l'alinéa précédent est étendu au Groupe Banques populaires dans le cadre des dispositions de l'article L. 132-16 du code du travail.

[...] »

La cour d'appel a écarté l'application de la convention collective de la banque aux motifs suivants :

« Le salarié prétend à l'application des dispositions de la convention collective nationale française des banques mais aucun élément ne permet de dire que la Banque Centrale Populaire y a souscrit, de sorte que l'indemnisation du salarié doit être calculée selon les dispositions d'ordre public prévues aux articles L.1231-4 et R.1234-2 du code du travail, dans leur version applicable au litige » (cf. arrêt, p. 7).

Le moyen pris en sa cinquième branche reproche à la cour d'appel d'avoir statué par un motif inopérant dès lors qu'il lui appartenait seulement, en vertu de la règle selon laquelle une convention collective étendue est applicable à l'ensemble des entreprises entrant dans son champ d'application professionnel et territorial, de déterminer si la BCP entrait dans le champ d'application de la convention collective nationale française des banques (violation des articles L. 2261-15, L. 2261-16 du code du travail et de l'article 1^{er} de la convention collective nationale de la banque).

La pertinence du moyen s'appréciera au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus.

4.3. Sur le second moyen du pourvoi principal du salarié : l'indemnisation des préjudices distincts

Sur les préjudices distincts dont M. [E] demandait l'indemnisation, la cour d'appel a statué comme suit :

« Le salarié réclame un préjudice découlant de la perte de l'indemnisation qu'aurait versé les Assedic pendant la période de chômage si son employeur avait cotisé à cet organisme et à la perte de quinze années de travail et/ou de manque à gagner.

Il sollicite une autre somme correspondant à un pécule que lui devrait l'employeur au titre du régime complémentaire de prévoyance du crédit populaire du Maroc.

Enfin, M. [E] se prévaut d'un préjudice découlant de l'absence de cotisation au régime d'assurance maladie français correspondant à 22 ans de cotisations auprès d'une compagnie d'assurance comparable au régime français de droit commun.

Il résulte des éléments produits que l'employeur n'a pas affilié M. [E] au régime de sécurité sociale français, ni à un régime de retraite complémentaire et ne cotisait pas aux Assedic, alors que compte tenu de l'exercice par M. [E] d'un travail en France pendant une aussi longue période dans le cadre d'un établissement situé en France, les dispositions dérogatoires de la convention franco-marocaine ne pouvaient s'appliquer.

Les bulletins de salaires font ressortir cependant que l'employeur a cotisé pour l'ensemble de ces organismes au Maroc et le salarié reconnaît percevoir de deux caisses marocaines la somme mensuelle de 842,43 euros.

Si il est exact comme le souligne la Banque Centrale Populaire que M. [E] ne peut demander à mettre rétroactivement à néant les droits et obligations nés d'une affiliation antérieure, **M. [E] est en droit, au vu des manquements de son employeur concernant l'absence de diligences à le faire bénéficier des droits et avantages des régimes de protection sociale notamment en cas de chômage, de sécurité sociale, et de retraite français, manifestement plus avantageux que ceux du Maroc, à obtenir une indemnisation au titre de la perte de chance pour l'ensemble des préjudices invoqués et ce de façon distincte du préjudice issu de la perte de son emploi.**

La cour est en mesure de fixer l'indemnisation de M. [E] à la somme de 50.000 euros » (cf. arrêt, p. 7 et 8).

Le moyen reproche à la cour d'appel de ne pas avoir répondu aux conclusions du salarié qui faisait valoir que dans le cadre de son règlement intérieur la BCP faisait bénéficier ses salariés d'un régime complémentaire de prévoyance auquel il avait cotisé et qui lui ouvrait droit à la somme de 370 663,27 dirhams par suite de son licenciement, qui ne lui avait pas été réglée (violation de l'article 455 du code de procédure civile).

Au titre des dommages-intérêts pour préjudices distincts, M. [E] demandait paiement des sommes suivantes (cf. dispositif de ses conclusions devant la cour d'appel de renvoi, p. 36) :

- « Manque à gagner au titre des Assedic (85 981,50 €) et indemnité de complément de retraite (15 ans) : 271 860 €, ou une indemnité arbitrer par la Cour au moins la somme de 300 000 €
- Indemnité pour couverture d'assurance maladie (22 ans) : 7 568,00€
- Remboursement du pécule d au titre de la RCP-CPM, soit la contre-valeur en euros de la somme de 370 663,27 dirhams » (

A l'appui de ce dernier chef de préjudice, M. [E] soutenait que dans le cadre de son règlement intérieur la BCP faisait souscrire à ses salariés un régime complémentaire (la « RCP-CPM ») et qu'en application des articles 12 et 13 de ce règlement intérieur, déterminant la liquidation et les montants à verser aux salariés, il lui était dû la somme totale de 370 663,27 dirhams qui ne lui avait jamais été versée (cf. conclusions, p. 33 et 34).

Dans les motifs de son arrêt, la cour d'appel a bien relevé la demande formée à ce titre par M. [E], en énonçant que ce dernier « *sollicite une autre somme correspondant à un pécule que lui devrait l'employeur au titre du régime complémentaire de prévoyance du crédit populaire du Maroc* », mais sa motivation au terme de laquelle elle alloue une somme au titre des préjudices distincts subis par le salarié ne comporte aucun motif relatif au régime complémentaire souscrit par la BCP.

Nous devons dire si l'arrêt encourt le grief de non-réponse à conclusions ou si, comme il est soutenu par le mémoire en défense, le moyen critique une omission de statuer, en sorte qu'il serait irrecevable.

5 - Orientation proposée : FS2