

COUR DE CASSATION

DROIT DU TRAVAIL

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – COMMENTAIRES
ET DOCTRINE

Table des matières

JURISPRUDENCE

Page

COURS EUROPÉENNES

II. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES 3

II.1. – Cour de justice des Communautés européennes

Numéros

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

5. *Statuts particuliers*

* Artistes du spectacle 478

B. – Durée du travail et rémunérations

1. *Durée du travail, repos et congés*

* Congés payés 479

TRIBUNAL DES CONFLITS

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

4. *Contrats particuliers*

* Agent d'un service public à caractère administratif 480

5. *Statuts professionnels particuliers*

* Marins 481

Pages

COUR DE CASSATION (*)

I. – AVIS, ARRÊTS D'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET DE CHAMBRE MIXTE DE LA COUR DE CASSATION

A. – Arrêt du 23 juin 2006 rendu par l'assemblée plénière 7

CONFLIT COLLECTIF DU TRAVAIL – Grève..... 8

POUVOIRS DES JUGES – Appréciation souveraine 8

PRUD'HOMMES – Référé 8

(*) Les sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, *dans leur rédaction définitive*, au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES	29
	Numéros
	—
A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Contrats à durée déterminée	482
* Contrats à durée déterminée dits d'usage.....	483
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Clause de mobilité	484
* Clause de non-concurrence	485-486
* Modification du contrat de travail.....	487-488
* Pouvoir de direction de l'employeur	489-490-491
3. <i>Modification dans la situation juridique de l'employeur</i>	
* Cession d'une unité de production	492
* Redressement et liquidation judiciaires.....	493-494-495
* Transfert irrégulier de salariés	496
4. <i>Contrats particuliers</i>	
* Contrats de qualification.....	497
* Contrats conclus par les associations intermédiaires	498
5. <i>Statuts particuliers</i>	
* Artiste du spectacle.....	499
* Journaliste	500
* Marin.....	501-502
* Travailleur à domicile.....	503-504
B. – Durée du travail et rémunérations	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Congés payés	505
* Durée du travail (règles générales)	506
* Infraction à la durée du travail	507
* Temps partiel – temps complet	508
* Temps de travail – temps effectif	509
2. <i>Rémunérations</i>	
* Intéressement.....	510
* Majoration pour travail de nuit	511
* Salaire.....	512
* Salaire (à travail égal, salaire égal)	513-514
* Garantie AGS.....	515-516-517
C. – Santé et sécurité au travail	
* Obligation de sécurité pesant sur l'employeur.....	518
* Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail.....	519-520-521
	522

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail	
1. <i>Accords et conventions collectifs</i>	
* Accords collectifs et conventions collectives diverses	523-524-525
* Dénonciation d'un accord collectif	526
* Application d'un accord de réduction du temps de travail.....	527
2. <i>Conflits collectifs du travail</i>	
* Grève.....	528
E. – Représentation du personnel et élections professionnelles	
1. <i>Elections professionnelles</i>	529-530-531
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.2. <i>Institutions représentatives du personnel</i>	
* Comités d'entreprise et d'établissement – attributions	532
* Délégué syndical	533
* Syndicat – activité syndicale.....	534
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre le licenciement	535-536-537
F. – Rupture du contrat de travail	
2. <i>Licenciements</i>	
2.1. <i>Mise en œuvre</i>	
* Entretien préalable	538
* Lettre de licenciement	539
* Pouvoir d'y procéder.....	540
* Transaction	541
G. – Actions en justice	
* Appel (décisions susceptibles)	542
* Cassation (pourvoi)	543
* Conflit de juridictions.....	544
* Prescription	545-546
* Preuve-moyens de preuve (licéité ou non).....	547-548-549 550
* Unicité de l'instance.....	551

COURS ET TRIBUNAUX

Numéros
—

A. – Contrat de travail, organisation et exécution	
1. <i>Emploi et formation</i>	
Jurisprudence des cours d'appel sur la définition du contrat de travail et la présomption légale de salariat	
* Caractérisation du contrat de travail	552-553-554 555
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
Jurisprudence des cours d'appel sur la clause de mobilité	
* Clause de mobilité	556-557-558 559

Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon sur la modification du contrat de travail
et ses applications

* Modification du contrat de travail..... 560-561-562

B. – Durée du travail et rémunérations

2. *Rémunérations*

Jurisprudence des cours d'appel sur le principe « à travail égal, salaire égal »

* Salaires (à travail égal, salaire égal)..... 563-564-565
566

F. – Rupture du contrat de travail

2. *Licenciements*

Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon sur les licenciements économiques

2.4. Licenciement économique..... 567-568-569
570

DOCTRINE

Pages 81

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

II. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

II.1. – Cour de justice des Communautés européennes

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

5. Statuts particuliers

* Artiste du spectacle

N° 478

Faits et griefs :

La Commission européenne a saisi la Cour de justice des Communautés d'un recours en manquement contre la France au regard du principe de libre prestation de services concernant la réglementation (articles L. 762-1 et suivants du code du travail principalement) qui, d'une part, soumet l'octroi d'une licence à une agence de placement des artistes établie dans un autre Etat membre au critère de l'intérêt de l'activité de l'agence au regard des besoins de placement des artistes et, d'autre part, impose la présomption de salariat à un artiste qui est reconnu comme prestataire de services établi dans son Etat membre d'origine où il fournit habituellement des services analogues.

Droit communautaire en cause :

Articles 43 et 49 du Traité CE.

Règlement (CEE) N° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

Dispositif :

La Cour juge qu'en soumettant l'octroi d'une licence aux agents de placement des artistes établis dans un autre Etat membre aux besoins de placement des artistes et en imposant une présomption de salariat aux artistes qui sont reconnus comme prestataires de services établis dans leur Etat membre d'origine où ils fournissent habituellement

des services analogues, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 du Traité CE.

Elle constate notamment que « la présomption de salariat » prévue par l'article L. 762-1 du code du travail « constitue, indépendamment de son caractère plus ou moins difficile à réfuter, une entrave à la libre prestation de services au sens de l'article 49 du Traité CE. En effet, (selon l'arrêt), même si elle ne prive pas stricto sensu les artistes en question de la possibilité d'exercer leur activité en France à titre indépendant, elle entraîne pour ceux-ci, néanmoins, un inconvénient de nature à gêner leurs activités en tant que prestataires. Afin d'éviter que leur contrat ne soit qualifié de contrat de travail, ce qui impliquerait des coûts supplémentaires en raison de l'obligation de payer, en France, des cotisations ou contributions dues au titre de l'affiliation au régime de la sécurité sociale des travailleurs salariés, ainsi que la soumission au régime des congés payés, ils doivent prouver qu'ils n'agissent pas dans le cadre d'un travail subordonné, mais, au contraire, à titre indépendant. Ainsi, (la Cour estime que) la présomption de salariat en cause est de nature à décourager, d'une part, les artistes en question de fournir leurs services en France et, d'autre part, les organisateurs de spectacles français d'engager de tels artistes ».

Arrêt de la Cour du 15 juin 2006

Commission c/ France

Affaire C-255/06

B. – Durée du travail et rémunérations

1. Durée du travail, repos et congés

* Congés payés

N° 479

Faits :

C'est une brochure d'information publiée par le ministère néerlandais des affaires sociales et

du travail, intitulée « Nouvelle législation sur les congés : une plus grande place au travail sur mesure », B 089, février 2001 qui est à l'origine du litige. Il y est notamment indiqué que les travailleurs peuvent épargner des jours de congé et les reporter sur les années suivantes, pour prendre des congés prolongés. Un travailleur pourrait, en outre, renoncer à prendre des jours de congé, moyennant compensation, les « vendre » en quelque sorte. Cela vaudrait, durant l'année en cours, pour tous les jours de congé reportés des années antérieures, de même que pour les jours de congé de l'année en cours au-delà du congé minimal de quatre semaines. Le ministère néerlandais du travail estime que les jours de congé légaux et extra-légaux, accumulés à partir d'années antérieures, excèdent le droit au congé minimal et peuvent donc faire l'objet d'un rachat.

La question préjudicielle posée est la suivante :
« Une disposition légale d'un Etat membre qui permet, pendant la durée du contrat de travail, de convenir par écrit qu'une compensation financière est octroyée au cours d'une année ultérieure à un travailleur qui n'a pas pris ou n'a pas complètement pris son congé annuel minimal au cours d'une année donnée est-elle compatible avec le droit communautaire et, en particulier, avec l'article 7, paragraphe 2, de la Directive 93/104 [...] ? »

Or la Directive communautaire sur le temps de travail impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre

semaines, cette période minimale ne pouvant être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail.

Droit communautaire en cause :

Directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 2000, modifiant la Directive 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite Directive (JO L 195, p. 41).

Dispositif :

La Cour rappelle que le droit au congé annuel payé est un important principe du droit social communautaire. Elle considère que la période minimale de congé annuel « *ne perd pas de son intérêt, pour l'objectif de protection des travailleurs, lorsqu'il est utilisé au cours d'une période ultérieure* ». Mais la Cour ajoute que « *la possibilité d'une compensation financière pour le congé annuel minimal reporté créerait une incitation à renoncer au congé de repos ou à faire en sorte que les travailleurs y renoncent* », ce qui est incompatible avec les objectifs de la Directive.

En conclusion, « *la Directive s'oppose à ce que la période minimale de congé annuel payé soit remplacée par une indemnité financière en cas de report sur une année ultérieure* ».

Arrêt de la Cour du 6 avril 2006

Federatie Nederlandse Vakbeweging/Staat der Nederlanden.

Affaire C-124/05.

TRIBUNAL DES CONFLITS

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

4. Contrats particuliers

* Agent d'un service public à caractère administratif

N° 480

Sauf dispositions législatives contraires, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi.

Tel est le cas des agents contractuels employés dans un groupement d'intérêt public constitué conformément à l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 et au décret n° 88-1034 du 7 novembre 1988, entre l'Etat et un département afin de mettre en œuvre, dans le cadre de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 et du décret n° 90-794 du 7 septembre 1990, le plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées et d'attribuer les aides du fonds départemental de solidarité pour le logement ; en effet un tel groupement d'intérêt public est une personne de droit public nonobstant la circonstance que peuvent y adhérer des personnes physiques ou morales de droit privé, et le service public qu'il gère présente un caractère administratif eu égard à son objet, à ses ressources, et à ses modalités d'organisation et de fonctionnement, notamment le contrôle exercé par un commissaire du gouvernement délégué par le préfet.

Il résulte de ce qui précède que la juridiction judiciaire est incompétente pour connaître du litige relatif à la fin du contrat liant ces agents publics, quels que soient les termes de leur contrat de travail, à un tel groupement d'intérêt public.

22 mai 2006

Mme Mazars, Pt. – M. Martin, Rap. – M. Duplat, Com. du gouv.

5. Statuts professionnels particuliers

* Marins

N° 481

Aux termes de l'article premier du code du travail maritime, tout contrat d'engagement maritime conclu entre un armateur ou son représentant et un marin et ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire en vue d'une expédition maritime est un contrat d'engagement maritime régi par les dispositions dudit code ; selon l'article 2 de ce code et pour son application, est considéré comme armateur tout particulier, toute société, tout service public pour le compte duquel un navire est armé.

Il en résulte que les relations de travail des marins du service des phares et balises avec le service public qui les emploie sont soumises aux règles de droit privé dudit code.

Il s'ensuit que le litige qui oppose ces marins à leur employeur, un service des phares et balises, à raison de l'exécution du contrat d'engagement maritime que chacun d'eux a conclu avec cet armateur, qui est sans portée sur un acte réglementaire d'organisation du service, relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

22 mai 2006

Mme Mazars, Pt. – M. Chagny, Rap. – M. Chauvaux, Com. du gouv.

COUR DE CASSATION

I. – ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 23 juin 2006 rendu par l'assemblée plénière

	Pages
– Communiqué	8
– Titre et sommaire	8
– Arrêt	9
– Rapport	12
– Avis	18

COMMUNIQUÉ

L'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt du 23 juin 2006 sur les conditions d'exercice du droit de grève d'un pilote d'avion, commandant de bord.

A la suite de sa participation à un mouvement de grève, un commandant de bord avait été sanctionné, la compagnie aérienne lui ayant reproché d'avoir interrompu son service au terme d'un vol Paris – Pointe-à-Pitre alors que ses obligations de service, qu'il avait acceptées, devaient, selon la compagnie, le conduire à effectuer un vol Pointe-à-Pitre – Paris. Subsidiairement, il lui était reproché d'avoir abusé du droit de grève, en ne prévenant que tardivement son employeur de sa participation au mouvement en cause.

Saisie du litige, la cour d'appel de Paris avait, en référé, considéré que la sanction infligée était constitutive d'un trouble manifestement illicite.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la compagnie aérienne. Rappelant que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent et qu'aucun salarié ne peut être sanctionné en raison de l'exercice normal de ce droit, elle a approuvé la cour d'appel d'avoir déduit des faits de l'espèce, dont il résultait que le pilote avait cessé son service entre deux vols distincts séparés par un temps de repos, que la sanction était illicite. En effet, ni la mission spécifique du commandant de bord et la nécessité d'assurer la continuité des vols résultant du code de l'aviation civile ni les dispositions du code du travail ne prohibaient l'exercice du droit de grève par le commandant de bord dans les conditions dans lesquelles il en avait fait usage. En outre, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé qu'aucun abus dans l'exercice du droit de grève n'était caractérisé, dès lors que le salarié n'a pas l'obligation d'informer son employeur de son intention de participer à la grève avant le déclenchement de celle-ci, que la signature d'un planning de rotation ne valait pas engagement de ne pas cesser le travail et que le commandant de bord avait avisé la compagnie suffisamment tôt pour être remplacé.

Cet arrêt a été rendu sur l'avis non conforme de l'avocat général.

(Source : Service de documentation et d'études)

1^o POUVOIRS DES JUGES

Appréciation souveraine – Contrat de travail – Pouvoir disciplinaire de l'employeur – Véritable motif du prononcé d'une sanction

2^o PRUD'HOMMES

Référé – Mesures conservatoires ou de remise en état – Trouble manifestement illicite – Applications diverses – Conflit collectif du travail – Sanction prononcée contre un salarié exerçant normalement son droit de grève

3^o CONFLIT COLLECTIF DU TRAVAIL

Grève – Droit de grève – Abus – Définition

1^o C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que, sans dénaturation ni modification de l'objet du litige, une cour d'appel a retenu que le véritable motif de la sanction infligée à un salarié tenait à sa participation au mouvement de grève.

2^o Lorsque le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent, aucun salarié ne peut être sanctionné en raison de l'exercice normal de ce droit.

Dès lors, c'est sans méconnaître ni la mission spécifique d'un commandant de bord et la nécessité d'assurer la continuité des vols résultant du code de l'aviation civile ni les dispositions du code du travail, qu'une cour d'appel a pu déduire que les sanctions prises contre un commandant de bord, chargé d'assurer une rotation d'équipage comprenant deux services distincts de vol séparés par un temps de repos et qui avait cessé son service après le premier vol, étaient constitutives d'un trouble manifestement illicite.

3^o Ayant exactement retenu qu'il ne pouvait être imposé à un salarié d'indiquer à son employeur son intention de participer à la grève avant le déclenchement de celle-ci et relevé que la signature d'un planning de rotation ne pouvait être considéré comme un engagement de ne pas cesser le travail, puis constaté que le salarié avait avisé de son état de gréviste suffisamment tôt pour permettre son remplacement dans le commandement du vol de route, de sorte que le risque de désorganisation de l'entreprise n'était pas caractérisé, la cour d'appel a pu en déduire que l'abus dans l'exercice du droit de grève n'était pas établi.

Arrêt

La chambre sociale a, par arrêt du 22 novembre 2005, décidé le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse invoque, devant l'assemblée plénière, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par M^e Cossa, avocat de la société Air France ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. Le Bras, du syndicat national des pilotes de lignes, du syndicat des pilotes d'Air France, du syndicat Alter, du syndicat national du personnel navigant, du syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile, du syndicat Sud aérien, du syndicat CGT Air France et du syndicat des pilotes de l'aviation civile, M^e Cossa a également déposé un mémoire de production et d'observations complémentaires ;

Une note du 8 mars 2006 du directeur général de l'aviation civile adressée au procureur général a été communiquée aux parties ;

Le rapport écrit de M. Taÿ, conseiller, et l'avis écrit de M. Duplat, avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 novembre 2003), rendu en matière de référé, que le syndicat des pilotes d'Air France (SPAF) de même que plusieurs autres syndicats de pilotes de ligne ont déposé un préavis de grève pour la période comprise entre le 2 février 2003 à 0 heure 01 et le 5 février à 23 heures 59 ; que M. Le Bras, président du SPAF, a effectué, en qualité de commandant de bord, le vol Paris – Pointe-à-Pitre le 31 janvier 2003 ; que, sans assurer le vol Pointe-à-Pitre – Paris du 2 février 2003 à 23 heures, heure de Paris, compris dans sa mission, il a quitté Pointe-à-Pitre le 1^{er} février à 23 heures, heure de Paris, comme passager d'un avion qui est arrivé le 2 février à 10 heures 25 à l'aéroport d'Orly où il s'est joint au mouvement de grève déclenché depuis 0 heure 01 ; qu'il a fait l'objet d'une sanction disciplinaire ; que M. Le Bras a, sur le fondement de l'article R. 516-31 du code du travail, saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes d'une

action tendant à faire juger que cette sanction était constitutive d'un trouble manifestement illicite ; que l'arrêt a retenu l'existence d'un tel trouble ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Air France fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué alors, selon le moyen :

1^o/ qu'il ressort des termes clairs et précis de la lettre du 11 avril 2003 par laquelle la société Air France a prononcé à l'encontre de M. Le Bras la sanction litigieuse, expressément rappelés par l'arrêt, que celui-ci a été sanctionné pour un abandon de poste antérieur au déclenchement de la grève ; que, dès lors, en affirmant « qu'il n'est pas reproché au commandant de bord son retour à sa base d'affectation comme passager d'un vol parti une heure avant le début de la grève mais les conséquences de cet acte, à savoir de ne pas avoir assuré le vol Pointe-à-Pitre – Paris du 2 février qui constituait la deuxième partie de sa rotation », la cour d'appel a tout à la fois dénaturé la portée de ladite lettre et méconnu les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles 1134 du code civil et L. 122-40 du code du travail ;

2^o/ que, après avoir déduit de la dénaturé de la portée de la lettre de sanction que « l'appréciation du comportement de Michel Le Bras ne peut être dissocié de sa participation au mouvement », la cour d'appel a limité ensuite cette appréciation à la seule question de savoir si l'intéressé avait ou non commis une faute en n'assurant pas le vol Pointe-à-Pitre – Paris du 2 février après le déclenchement de la grève, sans s'interroger à aucun moment sur le caractère fautif de l'abandon de poste antérieur ; que, ce faisant, elle a entaché sa décision tout à la fois d'une méconnaissance des termes du litige, en violation de l'article 4 du nouveau code de procédure civile, et d'un manque de base légale au regard des articles L. 122-40 et L. 122-43 du code du travail ;

3^o/ qu'un acte illicite ne perd pas son caractère d'illicéité du fait qu'il a été commis en vue de l'accomplissement d'un acte licite ; que, dès lors, à supposer que la cour d'appel ait implicitement jugé que, l'appréciation de l'abandon de poste antérieur au déclenchement de la grève reproché à M. Le Bras ne pouvant être dissocié de sa participation ultérieure au mouvement de grève, la licéité – par hypothèse – de la participation de l'intéressé à la grève privait nécessairement de tout caractère fautif l'abandon de poste, elle a alors violé les articles L. 122-40, L. 122-43 et L. 122-45 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel a, sans dénaturation ni modification de l'objet du litige, souverainement retenu que le véritable motif de la sanction infligée à M. Le Bras tenait à sa participation au mouvement de grève ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Air France fait le même reproche que ci-dessus à l'arrêt alors, selon le moyen :

1^o/ qu'en réduisant les contraintes exceptionnelles que génère la réglementation de l'aviation civile aux seules prérogatives et obligations du commandant de bord en cours de vol, pour en déduire, au prix d'ailleurs d'une lecture partielle et erronée des dispositions du code de l'aviation civile, que la mission dont celui-ci est investi est assimilable à la notion de vol et que, la définition de la rotation ni celle de courrier ne faisant référence à la notion de mission, le commandant de bord en escale ne saurait être tenu, après le déclenchement d'un mouvement de grève auquel il participe, d'assurer un vol prévu par sa rotation, la cour d'appel a violé les articles L. 122-45, L. 134-1, L. 412-1, L. 521-1 du code du travail, ensemble l'article R. 516-31 du même code ;

2^o/ que, à tout le moins, en se cantonnant dans une lecture, au demeurant restrictive, des dispositions du code de l'aviation civile relatives à la mission du commandant de bord, sans s'interroger sur ce que recouvre la nécessité d'assurer la continuité des vols au-delà du seul constat d'achever un vol commencé ni rechercher si, de par ses caractéristiques et sa finalité, la rotation – définie comme une « période d'activité aérienne » – n'est pas au nombre des contraintes exceptionnelles inhérentes à la réglementation de l'aviation civile applicable au sein de la société Air France et si l'obligation d'achever une rotation ne participe donc pas elle aussi de la nécessité d'assurer la continuité des vols, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-45, L. 134-1, L. 412-1, L. 521-1 du code du travail, ensemble l'article R. 516-31 du même code ;

Mais attendu que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ; qu'aucun salarié ne peut être sanctionné en raison de l'exercice normal de ce droit ; qu'ayant constaté que M. Le Bras, commandant de bord, était chargé d'assurer une rotation d'équipage comprenant deux services distincts de vol Paris – Pointe-à-Pitre et retour séparés par un temps de repos et qu'il avait cessé son service après le premier vol, la cour d'appel, sans méconnaître ni la mission spécifique du commandant de bord et la nécessité d'assurer la continuité des vols résultant du code de l'aviation civile ni les dispositions du code du travail, a pu en

déduire que les sanctions prises contre M. Le Bras étaient constitutives d'un trouble manifestement illicite ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Air France fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1^o/ que même si la grève en escale était licite, abuserait du droit de grève, eu égard aux responsabilités dont il est investi, le commandant de bord qui n'informe que tardivement son employeur de sa participation au mouvement collectif, après avoir non seulement dissimulé son intention d'y participer, mais encore fait croire qu'il assurerait normalement son service ; que la société Air France faisait valoir que tel était le cas en l'espèce, M. Le Bras ayant tu son intention de participer à la grève bien qu'il eût acheté le billet de retour comme passager avant même d'effectuer le vol du 31 janvier, ayant signé sans réserve son planning par lequel il s'engageait à assurer le vol du 2 février et n'ayant prévenu son co-pilote (et non d'ailleurs sa hiérarchie) que plus de dix heures après son retour à Paris et donc moins de quatre heures avant l'heure prévue du vol qu'il devait assurer ; que, dès lors, en considérant que ces faits, dont elle n'a pas contesté la réalité, ne caractérisaient pas un abus du droit de grève, la cour d'appel a violé les articles L. 122-40, L. 122-45 et L. 521-1 du code du travail ;

2^o/ que le risque de désorganisation de l'entreprise suffit à caractériser l'abus d'exercice du droit de grève peu important que ce risque ne se réalise pas, du fait notamment qu'y a fait obstacle un événement contingent ; qu'en l'espèce, la société Air France faisait valoir que c'était uniquement par un heureux concours de circonstances que s'était trouvé sur place, disponible, un commandant de bord susceptible de remplacer M. Le Bras pour assurer le vol Pointe-à-Pitre – Paris et être l'instructeur du co-pilote, ce qui n'avait pas moins entraîné des remplacements en cascade impromptus et en fin de compte nécessité l'envoi sur place d'un commandant de bord supplémentaire ; que, dès lors, en considérant que l'intéressé avait fait part suffisamment tôt de sa défaillance puisqu'il avait pu être remplacé sur le vol Pointe-à-Pitre – Paris qui avait pu être assuré à l'heure prévue, et en se déterminant ainsi par un motif rendu inopérant par l'absence de recherche des circonstances qui avaient permis ce remplacement, la cour d'appel a en toute hypothèse privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-40, L. 122-45 et L. 521-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant exactement retenu qu'il ne pouvait être imposé à un salarié d'indiquer à son employeur son intention de participer à la grève avant le déclenchement de celle-ci et relevé que la signature d'un planning de rotation ne pouvait être considérée comme un engagement de ne pas cesser le travail, puis constaté que M. Le Bras avait avisé de son état de gréviste suffisamment tôt pour

permettre son remplacement dans le commandement du vol Pointe-à-Pitre – Paris, de sorte que le risque de désorganisation de l'entreprise n'était pas caractérisé, la cour d'appel a pu en déduire que l'abus dans l'exercice du droit de grève n'était pas établi ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Ass. Plén. – 23 juin 2006.

Rejet

N° 04-40.289. – C.A. Paris, 20 novembre 2003.

M. Canivet, P. Pt. – M. Taÿ, Rap., assisté de Mme Martinez, greffier en chef – M. Duplat, Av. Gén. – M^e Cossa, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Rapport de M. Taj̄, Conseiller rapporteur

1. Rappel des faits et de la procédure

Les faits

Plusieurs syndicats de pilote de ligne de la société Air France, dont le syndicat des pilotes d'Air France (SPAF), ayant pour président M. Le Bras, ont régulièrement déposé un préavis pour une grève comprise entre le 2 février 2003 à 0 heure 01 et le 5 février suivant à 23 heures 59, grève qui eut effectivement lieu.

M. Le Bras, commandant de bord sur Boeing 747 à la société Air France, devait effectuer une « rotation » Paris – Pointe-à-Pitre – Paris, en partant le 31 janvier 2003 à 12 heures, arrivant à Pointe-à-Pitre le même jour à 15 heures 30, heure locale. Il devait en repartir le 2 février suivant à 18 heures, heure locale, soit 23 heures, heure de Paris, pour arriver à l'aéroport d'Orly le lendemain à 7 heures.

Ayant décidé de participer à la grève, M. Le Bras a regagné Paris en empruntant le vol Air France partant de Pointe-à-Pitre le 1^{er} février 2003 à 23 heures (heure de Paris).

Le vol Pointe-à-Pitre – Paris de la nuit du 2 au 3 février 2003 a été assuré par un autre commandant de bord.

Le 21 février 2003, la société Air France a prononcé la mise à pied conservatoire de M. Le Bras.

Le 11 avril suivant, elle lui notifiait une mise à pied sans solde de quinze jours, à titre de sanction disciplinaire, lui reprochant un abandon de poste le 1^{er} février 2003, antérieurement au déclenchement de la grève.

Le 3 mars 2003, M. Le Bras a saisi le conseil des prud'hommes de Bobigny aux fins d'annulation de la procédure disciplinaire poursuivie à son encontre et de la mise à pied conservatoire dont il faisait l'objet et pour paiement de sa rémunération du mois de février. Huit syndicats sont intervenus volontairement à l'instance.

Le 25 avril suivant, le conseil de prud'hommes en formation de référé a constaté l'absence de troubles manifestement illicites, a dit n'y avoir lieu à référé et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir, après avoir retenu que le fait, pour un commandant de bord, de faire grève en escale constituait un manquement à l'obligation d'assurer la continuité des vols et un abus dans l'exercice du droit de grève.

Sur appel de M. Le Bras et de six des huit syndicats, les deux autres étant intervenus volontairement à l'instance, la cour d'appel de Paris, saisie non

seulement du recours contre l'ordonnance rendue par le conseil de prud'hommes mais encore aux fins d'annulation de la sanction notifiée le 11 avril 2003, a retenu que le grief d'abandon de poste reproché à M. Le Bras, justifiant apparemment sa mise à pied, devait, en réalité, s'analyser comme celui d'exercice abusif du droit de grève par un commandant de bord s'étant refusé à assurer la seconde partie de sa « rotation », que l'obligation d'assurer la continuité des vols n'était relative à l'exécution de sa mission qu'en ce que cette dernière était assimilable à la seule notion de vol et non de « rotation » d'équipage, qu'enfin M. Le Bras n'avait pas exercé son droit de grève de façon abusive. Infirmant l'ordonnance entreprise, la cour d'appel a retenu la réalité d'un trouble manifestement illicite, constaté la nullité tant de la mise à pied conservatoire que de celle de quinze jours infligée à titre de sanction définitive. Elle a ordonné à la société Air France de payer à M. Le Bras les salaires dont il avait été privé.

La procédure devant la Cour de cassation

L'arrêt a été notifié à la société Air France le 26 novembre 2003.

Cette société a formé à son encontre un pourvoi le 12 janvier 2004.

Mémoire en demande déposé le 9 avril 2004, notifié le 14 avril suivant.

Mémoire en défense de M. Le Bras et des huit syndicats déposé le 6 décembre 2004.

Mémoire afin de production et d'observations complémentaires de la société Air France déposé le 5 octobre 2005.

Demandes formées sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile :

- la société Air France, aucune ;
- M. Le Bras et les huit syndicats, la somme de 4 000 euros.

Par arrêt du 22 novembre 2005, la chambre sociale a renvoyé l'examen du pourvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

2. Analyse succincte des moyens

Premier moyen. La société Air France reproche à l'arrêt attaqué d'avoir constaté la nullité de la mise à pied conservatoire et de la mise à pied de quinze jours infligées à M. Le Bras et de lui avoir ordonné de verser à ce dernier les salaires dont il avait été privé en exécution de ces mesures. A suivre ce

premier moyen divisé en trois branches, la société Air France se prévaut de l'existence d'un abandon de poste antérieur au déclenchement de la grève, le seul reproche qu'elle faisait à son préposé.

Première branche : dénaturation de la portée des termes de la lettre de notification de la sanction et méconnaissance par la cour d'appel de ses propres constatations (violation des articles 1134 du code civil et L. 122-40 du code du travail) ;

Deuxième branche : méconnaissance de l'objet du litige (violation de l'article 4 du nouveau code de procédure civile) et manque de base légale au regard des articles L. 122-40 et L. 122-43 du code du travail, la cour d'appel ne s'étant pas interrogée sur le caractère fautif de l'abandon de poste commis par M. Le Bras antérieurement au déclenchement de la grève et à sa participation à ce mouvement ;

Troisième branche : violation des articles L. 122-40, L. 122-43 et L. 122-45 du code du travail, l'arrêt retenant, ne serait-ce qu'implicitement, que la participation de M. Le Bras au mouvement de grève privait nécessairement de tout caractère fautif l'abandon illicite de poste commis antérieurement.

Deuxième moyen présenté comme subsidiaire. Le reproche fait à l'arrêt étant le même que ci-dessus, la société Air France soutient que la grève serait interdite au commandant de bord en cours de « rotation ». Ce moyen est articulé en deux branches.

Première branche : *qu'en réduisant les contraintes exceptionnelles que génère la réglementation de l'aviation civile aux seules prérogatives et obligations du commandant de bord en cours de vol, pour en déduire, au prix d'une lecture partielle et erronée des dispositions du code de l'aviation civile, que la mission dont celui-ci est investi est assimilable à la notion de vol et que, la définition de la rotation ni celle du courrier ne faisant référence à la notion de mission, le commandant de bord en escale ne saurait être tenu, après le déclenchement d'un mouvement de grève auquel il participe, d'assurer un vol prévu par sa rotation, la cour d'appel a violé les articles L. 122-45, L. 134-1, L. 412-1, L. 521-1 du code du travail, ensemble l'article R. 516-31 du même code ;*

Seconde branche : *qu'à tout le moins, en se cantonnant dans une lecture, au demeurant restrictive, des dispositions du code de l'aviation civile relatives à la mission du commandant de bord, sans s'interroger sur ce que recouvre la nécessité d'assurer la continuité des vols au-delà du seul constat de l'obligation d'achever un vol commencé ni rechercher si, de par ses caractéristiques et sa finalité, la rotation – définie comme « une période d'activité aérienne » – n'est pas au nombre des contraintes exceptionnelles inhérentes à la réglementation de l'aviation civile applicable au sein de la société Air France et si l'obligation d'achever une rotation ne participe donc pas elle aussi de la nécessité d'assurer la continuité des vols, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-45, L. 134-1, L. 412-1, L. 521-1 du code du travail, ensemble l'article R. 516-31 du même code.*

Troisième moyen, subsidiaire, le grief fait à l'arrêt étant le même que précédemment. Ce moyen est divisé en deux branches :

Première branche : la société Air France reproche à l'arrêt d'avoir violé les articles L. 122-40, L. 122-45 et L. 521-1 du code du travail pour ne pas avoir retenu, alors que les faits étaient constants, que M. Le Bras s'était rendu coupable d'un abus du droit de grève, en ayant non seulement dissimulé son intention de participer à la grève mais encore en ayant fait croire qu'il assurerait normalement son service ;

Seconde branche : la société Air France se prévaut d'un manque de base légale au regard de ces mêmes textes, l'arrêt s'étant déterminé par des motifs inopérants pour relever que l'abandon de son poste par M. Le Bras, afin de participer à la grève, n'avait pu caractériser un abus d'exercice du droit de grève, puisqu'ayant avisé son co-pilote suffisamment tôt de sa défaillance, il avait pu être remplacé par un autre commandant de bord pour assurer le vol Pointe-à-Pitre - Paris.

3. Identification du point de droit faisant difficulté à juger et discussion

C'est le deuxième moyen qui justifie le renvoi de l'examen de l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, les deux autres, l'un, le premier, préalable, l'autre, le troisième, subsidiaire, ne soulevant pas de difficultés particulières.

La question à résoudre est la suivante :

Un commandant de bord qui a accepté une mission suivant un planning de rotation, c'est-à-dire un vol aller et retour long courrier, peut-il interrompre cette mission au terme de l'aller pour participer à une grève ou doit-il différer sa participation à la grève jusqu'à son retour ?

Sans qu'il y ait lieu de broser un historique du droit de grève, il suffit de rappeler qu'il s'agit d'un droit constitutionnellement reconnu, qui ne peut être enserré dans des limites étroites, seule la loi pouvant en réglementer l'exercice (1). Pareilles lois sont peu nombreuses : celle du 11 février 1950, complétée par celles des 17 juillet 1978 et 25 juillet 1982, toutes dispositions reprises aux articles L. 521-1 et L. 122-45, alinéa 2, du code du travail (2).

Ce n'est qu'en 1963, après échec de la réquisition quelques mois plus tôt à l'occasion de la grève nationale des mineurs de Charbonnages de France, qu'est intervenue la loi du 31 juillet 1963, aujourd'hui

(1) Alinéa 7 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel il est fait référence par la Constitution du 4 octobre 1958.

(2) Article L. 521-1 du code du travail : « La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié – Son exercice ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux – Tout licenciement prononcé en violation du premier alinéa du présent article est nul de plein droit. »

Article L. 122-45, alinéa 2, même code : « ... Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève... »

codifiée sous les articles L. 521-2 (3) à L. 521-6 du code du travail, encadrant l'exercice du droit de grève dans les services publics et notamment quant aux « entreprises mentionnées par le décret prévu à l'alinéa 2 de l'article L. 134-1 [ancien] » (4), dont la société Air France, entreprises présumées participer à la gestion d'un service public.

Cette loi instaure la nécessité d'un préavis (5) émanant « de l'organisation ou d'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé » (6), préavis pendant la durée duquel « les parties intéressées sont tenues de négocier » (7), prohibe certaines formes de grève particulièrement paralysantes (8) et organise les retenues à apporter aux traitements ou salaires des grévistes (9).

A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il convenait de concilier le droit de grève, droit constitutionnel, avec d'autres règles de nature constitutionnelle, ainsi :

– le principe de la continuité du service public, permettant l'instauration d'un service minimum (10) ;

– la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, principe de valeur constitutionnelle (11) ;

et, à l'occasion de l'examen du texte devenu la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social, notamment en ses dispositions relatives aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et de services publics, le Conseil constitutionnel précisait que les constituants, en ayant décidé que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » « ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte » ; ... en conséquence,

(3) Article L. 521-2 du code du travail : « Les dispositions de la présente section s'appliquent aux personnels de l'Etat, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ainsi qu'aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés, lorsque ces entreprises, organismes ou établissements sont chargés de la gestion d'un service public. Ces dispositions s'appliquent notamment aux personnels des entreprises mentionnées par le décret prévu à l'alinéa 2 de l'article L. 134-1 [ancien]. »

(4) Décret n° 50-635 du 1^{er} juin 1950, remplacé par celui n° 73-1048 du 15 novembre 1973 (JO du 21 novembre 1973) : « Est arrêtée comme suit la liste des entreprises publiques prévue à l'article L. 134-1, dont le personnel est soumis pour les conditions de travail relevant des conventions collectives à un statut législatif ou réglementaire particulier : ... Air France... ».

(5) Article L. 521-3, premier alinéa, du code du travail.

(6) Article L. 521-3, 2^e alinéa.

(7) Article L. 521-3, 5^e alinéa.

(8) Article L. 521-4 du code du travail, alinéas 1 et 2 : prohibition des grèves tournantes.

(9) Article L. 521-6 du code du travail.

(10) Décision du 25 juillet 1979 (D. 1980, J, 101, note M. Paillet), à propos de l'instauration d'un service minimum dans l'audiovisuel.

(11) Décision du 22 juillet 1980 (Dr. Soc., 1980, 441 sq., Chron. D. Turpin) examen du texte devenu loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.

poursuit le Conseil constitutionnel, « il est loisible au législateur de définir les conditions d'exercice du droit de grève et de tracer la limite séparant les actes et les comportements qui constituent un exercice licite de ce droit des actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif ; que, dans le cadre des services publics la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays » (12).

Quelques lois, au demeurant antérieures à cette dernière décision du Conseil constitutionnel, interdisent le recours à la grève à certaines catégories de fonctionnaires ou agents publics (13). D'autres, peu nombreuses, organisent un service minimum (14).

Aucun texte ne limite expressément l'exercice du droit de grève ouvert aux personnels navigants, qu'ils soient techniques ou commerciaux, des entreprises de transports aériens chargées ou non de l'exécution d'un service public.

Dans un conflit qui opposait la société Union des transports aériens (UTA) au Syndicat du personnel navigant commercial (SPCNC), la chambre sociale de la Cour de cassation, le 25 octobre 1979 (15), a retenu que « si les dispositions de l'article L. 521-3 du code du travail ne sont pas applicables en l'état à UTA (16), il résulte de la réglementation de l'aviation civile le principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols, ce dont il suit la nécessité d'observer dans le déclenchement et la poursuite des arrêts de travail des modalités compatibles avec ces contraintes exceptionnelles ». Cet arrêt a été rendu au visa des articles L. 423-2 et L. 423-3 du code de l'aviation civile. Il s'agit de la seule décision de la Cour de cassation intéressant la question qui nous est posée, sur laquelle se fonde la société Air France au soutien du pourvoi.

Le commandant de bord, comme tout personnel navigant professionnel qu'il soit technique ou

(12) Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987 (JO du 29 juillet 1987, p. 8508 et 8509).

(13) Les fonctionnaires des CRS (loi du 27 décembre 1947), les personnels de police (loi du 28 septembre 1948), les personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (ordonnance du 6 août 1958), les magistrats de l'ordre judiciaire (ordonnance du 22 décembre 1958), les agents du service des transmissions du ministère de l'intérieur (loi du 31 juillet 1968), les militaires (loi du 13 juillet 1972).

(14) Loi du 31 décembre 1984 prévoyant un service minimum dans le secteur de la navigation aérienne ou encore loi du 30 septembre 1986 relative à l'exercice du droit de grève dans le service public de la communication audiovisuelle.

(15) D. 1980, J, 313, note critique H. Sinay.

(16) Société qui, n'assurant aucun service public, n'était pas soumise aux dispositions des articles L. 521-2 sq. du code du travail.

commercial (17), est lié à la société qui l'emploie par un contrat de travail écrit auquel s'appliquent les règles particulières des articles L. 423-1 à L. 423-6 et R. 423-1 à R. 423-6 du code de l'aviation civile.

Le commandant de bord, qui n'est, eu égard à ses responsabilités, jamais doublé, alors que l'équipage, du fait de la longueur du voyage, peut l'être (18), a des pouvoirs que son employeur ne peut méconnaître et sa situation est tout autre que celle des autres membres du personnel navigant : « son contrat d'engagement, à la base un contrat de louage de service, se complique et se couronne en quelque sorte d'un mandat » (19).

« Préposé de l'employeur auquel il est lié par un contrat de travail écrit (20), le commandant de bord est tout à la fois membre de l'équipage au sens de navigant professionnel ayant une mission technique de conduite de vol et de sécurité de l'aéronef et de ses passagers, délégataire d'autorité publique en tant qu'agent de la chaîne générale du service de sécurité de l'aéronef à bord duquel il a une fonction administrative de police, mandataire de son employeur en disposant du pouvoir d'accomplir certains actes de droit privé nécessaires à l'exécution de sa tâche, en d'autres termes technicien, doté du pouvoir disciplinaire et représentant commercial de l'exploitant. » (21)

Le code de l'aviation civile consacre de nombreux développements aux pouvoirs du commandant de bord, « responsable de l'exécution de la mission » (22), lequel assure le commandement de l'aéronef pendant toute la durée de celle-ci (23) :

1. Des pouvoirs extra-patrimoniaux :

- il dispose d'une indépendance certaine dans la conduite de l'avion (24) ;
- l'équipage est placé sous ses ordres (25) ;
- seulement en vol et sur l'ordre du commandant de bord, les personnels navigants peuvent se voir confier des fonctions autres que celles spécifiées dans leur contrat de travail (26) ;
- selon l'avis donné par le Conseil d'Etat, suite à une question écrite d'un parlementaire, eu égard aux exigences propres à une mission aérienne et à

(17) Par « personnel navigant technique » (PNT), il convient d'entendre dans la composition de l'équipage d'un avion, les pilotes, dont le commandant de bord (CDB), le cas échéant, les personnes exerçant « le service à bord des moteurs, machines et instruments divers nécessaires à la navigation de l'aéronef » (mécanicien) et par personnel navigant commercial (PNC), les « stewards » et hôtesses de l'air.

(18) E. du Pontavice et a., *Traité de droit aérien*, 2^e éd., LGDJ, 1989, n° 889.

(19) M. Lemoine, *Traité de droit aérien*, Sirey, 1947, n° 344.

(20) Article L. 423-1, alinéa premier, du code de l'aviation civile.

(21) Rev. Fr. Dr. Aérien 1996, 233, Concl. de Y. Chauvy sous Soc., 24 janvier 1996, *Bull.* 1996, V, n° 29.

(22) Article L. 422-2, alinéa premier, du code de l'aviation civile.

(23) Article L. 423-3, alinéa 2, du code de l'aviation civile.

(24) Article L. 422-2 du code de l'aviation civile : « Dans les limites définies par les règlements et les instructions des autorités compétentes et de l'exploitant, il choisit l'itinéraire, l'altitude de vol et détermine la répartition du chargement de l'aéronef. – Il peut différer ou suspendre le départ et, en cours de vol, changer éventuellement la destination chaque fois qu'il l'estime indispensable à la sécurité et sous réserve d'en rendre compte en fournissant les motifs de sa décision. »

(25) Article L. 422-1 du code de l'aviation civile.

(26) Article L. 423-5, alinéa premier, du code de l'aviation civile.

la nécessaire unité de commandement et d'action à bord d'un aéronef, les dispositions du code de l'aviation civile feraient obstacle à ce qu'un membre de l'équipage puisse se prévaloir de son droit de retrait d'une situation de travail dangereuse prévu par les articles L. 231-8 et 231-8-1 du code du travail, seul le commandant de bord ayant le pouvoir de décider si l'aéronef est en état d'exécuter sa mission (27).

– « le commandant de bord a autorité sur toutes les personnes embarquées. Il a la faculté de débarquer toute personne parmi les passagers (...) qui peut présenter un danger pour la sécurité, la salubrité ou le bon ordre à bord de l'aéronef. » (28)

– de même, il a la faculté de débarquer, ou larguer en vol, tout ou partie du chargement qui pourrait présenter un danger (29).

2. Des pouvoirs patrimoniaux :

Aux termes de l'article L. 422-4 du code de l'aviation civile, « le commandant de bord est consignataire (30) de l'appareil et responsable de son chargement. En cas de difficultés dans l'exécution de son mandat, il doit demander des instructions à l'exploitant. S'il lui est impossible de recevoir des instructions précises, il a le droit sans mandat spécial :

- a) D'engager les dépenses nécessaires à l'accomplissement de la mission entreprise ;
- b) De faire exécuter les réparations nécessaires pour permettre à l'aéronef de continuer sa mission dans un délai rapproché ;
- c) De prendre toutes dispositions et d'effectuer toutes dépenses pour assurer la sécurité des personnes embarquées et la sauvegarde du fret ;
- d) D'engager du personnel supplémentaire pour l'achèvement de la mission et de le congédier ;
- e) D'emprunter les sommes indispensables pour permettre l'exécution des mesures visées aux paragraphes précédents.

Le règlement du litige est porté, le cas échéant, devant le tribunal de commerce ».

La « mission » est prise en considération dans les dispositions du code de l'aviation civile relatives au contrat de travail des personnels navigants. Ainsi, « le contrat de travail à durée déterminée et dont le terme survient au cours d'une mission est prorogé jusqu'à l'achèvement de la mission.

– Le contrat de travail à durée indéterminée résilié au cours d'une mission prend fin à l'expiration du délai de préavis, qui commence à courir du jour de l'achèvement de la mission » (31).

Les personnels de la société Air France, jusqu'à la mise en œuvre de la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003

(27) JO, débats du Sénat, 13 juin 1985, 1116.

(28) Article L. 423-3, alinéa premier, du code de l'aviation civile.

(29) Même article.

(30) Consignataire : fonction du commandant de bord quant à la remise des marchandises transportées ou à la réception des marchandises à embarquer – Voir M. Lemoine, *op. cit.*, n° 348.

(31) Article L. 423-2 du code de l'aviation civile, les deux premiers alinéas.

organisant sa privatisation, étaient régis par un statut établi par le conseil d'administration soumis à l'approbation des autorités de tutelle (32). Ce statut était susceptible d'être complété par des accords d'entreprise « dans les limites fixées par le statut » (33).

La société Air France, au soutien de son pourvoi, se prévaut de diverses définitions énoncées à l'accord PNT (personnel navigant technique) du 8 mars 1996, rappelant que cet accord, quoique de droit privé, relève de la « réglementation de l'aviation civile », afin d'établir que la « rotation d'équipage » recouvre la notion de « mission ». Ces définitions sont :

– « Rotation d'équipage » : « Ensemble de caractéristiques d'itinéraire, d'horaire, d'activité et de repos définissant un courrier » ;

– « Courrier » : « Période d'activité aérienne qui consiste à effectuer un ou plusieurs services de vol entre deux repos à la base d'affectation. Cette période est définie en itinéraire, horaire et repos » ;

– « Base d'affectation » : « Les aéroports d'Orly et de Roissy constituent la base normale d'affectation du personnel navigant technique ».

Il convient encore de préciser, à suivre le mémoire en demande, que l'activité aérienne d'une entreprise comme Air France se caractériserait par la juxtaposition de deux types de rotation : celle des équipages, commandée par l'impératif de repos en escale, et celle des avions, beaucoup plus rapide, soumise à des impératifs de rentabilité.

La société Air France fait grief à l'arrêt, pour admettre la licéité de la participation de M. Le Bras à la grève ayant débuté le 2 février 2003, d'avoir assimilé la notion de « mission » du code de l'aviation civile, à celle de vol ou « service de vol », alors que cette notion de « mission » recouvre celle de « période d'activité aérienne », c'est-à-dire celle de « courrier » ou encore celle de « rotation d'équipage », abstraction alors faite des repos à la base d'affectation antérieurs et subséquents à la période d'activité aérienne que constitue le « courrier », étant acquis que la nécessité d'assurer la continuité des vols posée par l'arrêt UTA c/ SPCNC du 25 octobre 1979 ne peut s'apprécier que dans le cadre de la période d'activité aérienne ou « courrier ».

(32) Article R. 342-13, alinéa 2, du code de l'aviation civile (dans sa dernière rédaction) : « Le conseil d'administration [de la société Air France] soumet le statut du personnel à l'approbation du ministre chargé de l'aviation civile, du ministre de l'économie et du ministre chargé du budget. A défaut de la décision expresse intervenant dans le délai de deux mois à compter de la réception de la délibération, l'approbation est considérée comme acquise de plein droit. » Cet article a été abrogé par le décret n° 2003-571 du 27 juin 2003 pris pour l'application de la loi du 9 avril 2003.

(33) Tribunal des conflits, 3 juillet 2000, Bull. 2000, T. conflits, n° 19 : « Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 134-1 du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi du 13 novembre 1982, combinées avec celles de l'article R. 343-13 du code de l'aviation civile, les personnels de la société Air France sont au nombre des catégories de personnels relevant d'un statut réglementaire particulier, qui n'est susceptible d'être complété par des conventions ou accords d'entreprises que « dans les limites fixées par le statut » ; que les dispositions statutaires élaborées par le conseil d'administration puis soumises à l'approbation de l'autorité de tutelle apparaissent comme des éléments de l'organisation du service public exploité, qui présentent le caractère d'un acte administratif réglementaire... ».

Les faits de l'espèce ayant conduit à ce dernier arrêt étaient quelque peu différents de ceux de la présente. Alors qu'il est reproché à M. Le Bras, sous réserve du grief développé par le premier moyen, d'avoir mis fin au « courrier » dont il était chargé, alors qu'il se trouvait en repos, à l'escale, terme du premier service de vol et point de départ du second, il était alors imputé à des préposés de la société UTA, des personnels navigants commerciaux, d'avoir participé à plusieurs grèves en escales de relève d'équipage ou de transit (34).

En réponse à la question posée de savoir si un commandant de bord qui a accepté une mission, c'est-à-dire un vol aller et retour d'un avion long courrier, peut ou non interrompre cette mission au terme de l'aller pour participer à une grève ou s'il doit différer sa participation à la grève jusqu'à son retour, le directeur général de l'aviation civile estime qu'eu égard à la responsabilité du commandant de bord et aux prérogatives dont il est investi, sa mission ne saurait s'interrompre lors d'une escale intermédiaire séparant l'aller du retour d'un courrier alors que l'exploitant lui a confié le soin de ramener un appareil à sa base (35).

Les questions à résoudre :

1. Y a-t-il lieu de maintenir la doctrine de la chambre sociale posée par son unique arrêt du 25 octobre 1979, suivant laquelle « il résulte de la réglementation de l'aviation civile le principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols » ?

2. Dans l'affirmative, cette obligation, pour un commandant de bord :

a) S'impose-t-elle seulement afin d'achever un service de vol, c'est-à-dire d'assurer jusqu'à sa destination finale le voyage (service de vol) entrepris ?

b) Ou recouvre-t-elle l'ensemble du courrier qui lui a été confié, c'est-à-dire, à reprendre la définition ci-dessus rapportée, les différents services de vol entre deux repos à l'un des aéroports parisiens, base d'affectation ?

Le premier moyen, dont l'examen est préalable, fondé sur la dénaturation de la lettre de notification de la sanction infligée à M. Le Bras, une modification de l'objet du litige et encore, à suivre la troisième branche du moyen, une violation des articles L. 122-40, L. 122-43 et L. 122-45 du code du travail, la cour d'appel ayant implicitement admis que l'abandon de poste reproché à M. Le Bras, antérieur au déclenchement de la grève, aurait perdu son caractère d'illicéité car commis en vue de l'accomplissement d'un acte licite, la participation de celui-ci à la grève, n'appelle guère d'observations.

Si le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner l'annulation d'une sanction disciplinaire même

(34) Les différentes décisions rendues dans cette affaire sont reproduites à la Rev. Fr. Dr. Aérien 1982, 508 sq.

(35) Lettre du directeur général de l'aviation civile en date du 18 mars 2006, communiquée aux parties.

irrégulière (36), il recouvre son pouvoir d'annulation pour rétablir le salarié dans ses droits en cas de trouble manifestement illicite (37).

Le contrôle du juge, face à la contestation d'une sanction infligée par l'employeur, s'opère par rapport au motif allégué dans la lettre de notification de la sanction, dont les termes fixent les limites du débat (38). Il appartient au juge de vérifier si le fait fautif visé dans cette lettre est le motif véritable de celle-ci (39). Il dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier la réalité et la véracité de la faute alléguée au soutien de la sanction (40).

Le troisième moyen, qui ne pose aucune difficulté, ne nécessite une réponse qu'en cas de rejet des deux autres moyens.

Le grief, pris en sa première branche, soutient que la cour d'appel aurait commis une violation de la loi en n'ayant pas retenu caractérisé un abus du droit de grève imputable à M. Le Bras, alors qu'elle avait retenu établi le retard par lui apporté pour aviser son employeur de sa participation à la grève, précision étant apportée que non seulement il avait dissimulé son intention de s'y associer, mais encore qu'il avait laissé croire qu'il assurerait normalement son service et, en sa seconde, que l'arrêt souffre d'un manque de base légale, alors que la cour d'appel s'était abstenue de rechercher les circonstances

purement contingentes (la présence à Pointe-à-Pitre d'un pilote remplissant les conditions réglementaires lui permettant d'assurer le commandement du vol retour) qui avaient permis à la société Air France de pallier la défaillance de M. Le Bras, dont le remplacement se serait avéré d'autant plus difficile que non seulement il remplissait les fonctions de commandant de bord, mais encore l'emploi de pilote instructeur.

La chambre sociale, pour caractériser l'abus du droit de grève, a abandonné le critère de l'intention de nuire de la part du gréviste fautif, inadéquat dans la mesure où la finalité de la grève est de nuire à l'employeur (41), pour retenir que la grève ne dégénère en abus qu'au cas où elle entraîne la désorganisation de l'entreprise (42) ou, à suivre un unique arrêt du 18 janvier 1995, risque d'entraîner pareille désorganisation (43), à distinguer de celle de la production (44) ou encore de celle ayant pour conséquence, s'agissant d'une compagnie d'armement naval, un renchérissement des coûts et des difficultés pour l'exploitation des lignes (45). Cette doctrine est d'actualité (46).

Nombre de projets préparés :

Un projet au rejet avec deux variantes.

Un autre projet à la cassation sur le deuxième moyen, avec deux variantes.

(36) Soc., 7 janvier 1988, *Bull.* 1988, V, n° 12 ; 4 novembre 1988, *Bull.* 1988, V, n° 568.

(37) Soc., 26 septembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 387.

(38) « La protection du salarié - Jurisprudence récente relative au droit disciplinaire dans l'entreprise », Étude de G. Soury, rapport de la Cour de cassation 2000, p. 125 sq.

(39) Soc., 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-42.662 ; 10 novembre 1999, pourvoi n° 97-43.435 ; 8 février 2000, pourvoi n° 97-44.352 ; 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 01-40.765.

(40) Soc., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 01-40.765.

(41) Voir l'étude du doyen Waquet, « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève » RJS 1995, p. 139 sq.

(42) Soc., 4 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 529.

(43) Soc., 18 janvier 1995, *Bull.* 1995, V, n° 27, Dr. Soc. 1995, 183 avec les conclusions du doyen Waquet.

(44) Soc., 7 avril 1993, *Bull.* 1993, V, n° 111.

(45) Soc., 5 juillet 1995, *Bull.* 1995, V, n° 232.

(46) Soc., 16 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 319 ; 9 mars 2004, pourvoi n° 02-30.294.

Avis de M. Duplat,

Avocat général

LA QUESTION DE PRINCIPE POSÉE

Contenue dans le deuxième moyen, elle peut être ainsi formulée :

Un commandant de bord, qui a accepté une mission, c'est-à-dire un vol aller/retour d'un avion long courrier peut-il interrompre cette mission au terme de l'aller pour participer à une grève ou doit-il différer sa participation à la grève jusqu'à son retour ?

Cette question revêt un intérêt de principe dans la mesure où elle pose le problème de l'influence de la réglementation spécifique de l'aviation civile sur l'exercice d'un droit fondamental reconnu par la Constitution.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le 24 janvier 2004, plusieurs syndicats de salariés de la société Air France, dont le syndicat pilotes d'Air France (SPAF) dont M. Michel Le Bras est le président, ont déposé un préavis de grève pour la période comprise entre le 2 février 2003 à 0 h 01 et le 5 février à 23 h 59.

Le 1^{er} février 2003 à 23 heures, M. Le Bras, après avoir assuré le vol Paris – Pointe-à-Pitre du 31 janvier 2003, a quitté Pointe-à-Pitre comme passager de l'avion qui est arrivé le 2 février 2003 à 10 h 25 à Orly, où il s'est joint au mouvement de grève qui avait débuté le 2 février 2003 à 0 h 01.

Se fondant sur le fait qu'il n'avait pas assuré, conformément au planning de rotation, le vol Pointe-à-Pitre – Paris du 2 février 2003 à 23 heures (heure de Paris), le chef de division de M. Le Bras a demandé le 5 février 2003 au directeur du personnel navigant technique d'engager à son encontre une procédure disciplinaire pour abandon de poste et de procéder à la mise à pied conservatoire sans solde de l'intéressé.

Le 21 février 2003, une mise à pied a été notifiée à l'intéressé par la direction d'Air France qui a engagé le 25 février 2003 une procédure pour sanction du deuxième degré, pouvant aller jusqu'au licenciement sans préavis pour faute lourde.

Le 3 mars 2003, Michel Le Bras, auquel s'étaient joints huit syndicats, a saisi en référé le conseil de prud'hommes de Bobigny. Les demandes tendaient à l'annulation de la mesure de mise à pied et de la sanction disciplinaire ainsi qu'à la condamnation de son employeur à lui verser le salaire de la période de mise à pied.

Par ordonnance du 25 avril 2003, le conseil de prud'hommes de Bobigny, statuant en départage, a dit n'y avoir lieu à référé sur ces demandes, estimant que M. Le Bras avait commis un abus dans l'exercice du droit de grève en manquant à l'obligation d'assurer la continuité des vols, de sorte que la décision de le sanctionner ne constituait pas un trouble manifestement illicite.

M. Le Bras et cinq syndicats ont relevé appel de cette décision.

Parallèlement, la procédure disciplinaire aboutissait à la notification à l'intéressé d'une mise à pied sans solde de quinze jours.

Par arrêt infirmatif du 20 novembre 2003, la cour d'appel de Paris a annulé la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre de M. Le Bras aux motifs que l'assimilation entre rotation et mission était dépourvue de base juridique et ne pouvait servir de fondement à l'atteinte au droit de grève que constituait l'obligation pour un commandant de bord d'assurer un vol après le déclenchement du mouvement de grève auquel il participe, que l'usage abusif du droit de grève n'était pas par ailleurs caractérisé et qu'en conséquence la nullité de la sanction intervenue ne pouvait qu'être constatée.

C'est cet arrêt du 20 novembre 2003 qui est attaqué par le pourvoi de la société Air France et qui est soumis à l'assemblée plénière par arrêt de la chambre sociale du 22 novembre 2005, rendu en application de l'article L. 131-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire.

LES MOYENS PROPOSÉS

A l'appui du pourvoi, le mémoire ampliatif de la société Air France et des syndicats présentent trois moyens.

1. Le premier moyen soutient que la sanction infligée au commandant de bord ne serait que la sanction d'un abandon de poste antérieur au déclenchement de la grève.

Il ne semble pas nécessaire de s'étendre sur ce premier moyen qui paraît devoir être écarté dès l'abord.

En effet, la société Air France avait fait valoir devant la cour d'appel que l'abandon de poste reproché au commandant de bord ne devait pas être analysé par rapport à sa qualité de gréviste puisque la faute, à savoir le retour à Paris le 1^{er} février 2003 à 23 heures, avait été commise avant le déclenchement de la grève intervenue le 2 février 2003 à 0 h 01.

La cour d'appel avait écarté cette argumentation au motif qu'il n'était pas reproché au commandant de bord son retour à sa base d'affectation, comme passager d'un vol parti une heure avant le début de la grève, mais les conséquences de cet acte, à savoir ne pas avoir assuré le vol Pointe-à-Pitre – Paris du 2 février 2003, qui constituait la deuxième partie de sa rotation.

La cour d'appel a conclu en conséquence que le comportement du commandant de bord ne pouvait être dissocié de sa participation au mouvement, dès lors que le départ de ce vol était prévu le 2 février 2003 à 23 heures, heure de Paris, soit à la fin de la première journée de grève.

La société Air France fait valoir devant vous que la cour d'appel aurait ainsi dénaturé les termes de la lettre du 11 avril 2004 prononçant la sanction litigieuse.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris est en réalité conforme à la jurisprudence de la chambre sociale relative au contrôle juridictionnel sur le fait fautif.

En effet, selon une jurisprudence constante (Soc., 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-42.662, 10 novembre 1999, pourvoi n° 97-43.435 et 8 février 2000, pourvoi n° 97-44.352), le fait fautif visé dans la lettre de notification de la sanction doit être le motif véritable.

Ainsi, c'est en réalité hors dénaturation du document prononçant la sanction que la cour d'appel, exerçant son office de qualification juridique des faits, a recherché le véritable motif de la sanction, présenté comme un abandon de poste, pour en déduire, par une appréciation souveraine, que le véritable motif de la sanction de l'absence du commandant de bord à son poste le lendemain était en réalité sa participation à la grève.

2. Le second moyen qui, en revanche, retiendra toute votre attention, pose la question essentielle de la compatibilité de l'exercice du droit de grève en escale par un commandant de bord avec « les contraintes exceptionnelles résultant de la réglementation de l'aviation civile et du principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols ».

3. A titre subsidiaire, le troisième moyen fait valoir que, même si la grève en escale était « licite », abuserait du droit de grève, eu égard aux responsabilités dont il est investi, le commandant de bord qui n'informe que tardivement son employeur de sa participation au mouvement collectif après avoir non seulement dissimulé son intention d'y participer mais encore fait croire qu'il assurerait durablement son service.

Le moyen retient en outre que le risque de désorganisation de l'entreprise suffit à caractériser l'abus d'exercice du droit de grève, peu important que ce risque ne se réalise pas du fait notamment qu'y a fait obstacle un événement contingent.

Préalablement à l'examen du cœur du litige, il n'est pas inutile de rappeler brièvement les raisons

historiques du rôle particulier du juge en matière de droit de grève ainsi que l'évolution du rôle du juge des référés en matière disciplinaire.

1. Les raisons historiques du rôle particulier du juge en matière de droit de grève :

L'histoire du droit de la grève est indissolublement liée à celle des conquêtes sociales des salariés.

En dépit de la suppression du délit de coalition en 1864, Planiol (D. 1894.441) estimait encore à la fin du XIX^e siècle que la grève est un « droit contraire au droit » et les tribunaux l'ont considérée jusqu'en 1945 comme une faute civile.

La grève n'est-elle pas en effet l'inexécution concertée des obligations des salariés à l'égard de l'employeur et le droit de grève le droit de déroger à la force obligatoire du contrat ?

Mais le XX^e siècle, selon la pénétrante analyse de M. Supiot (Revisiter le droit d'action collective, DS, 2001, p. 718) a permis, à travers les conflits collectifs, la « conversion de la force en droit », par un jeu de poids et de contrepoids entre l'action économique des entrepreneurs et l'action collective des salariés.

Cette énergie issue de l'action collective a été créatrice de règles nouvelles, à l'origine de la législation industrielle, puis du droit du travail.

De « droit contraire au droit », le droit de grève a servi de « droit à la transformation du droit » et a accédé à la vie juridique par l'alinéa 7 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 comme ayant vocation à « s'exercer dans le cadre des lois qui le réglementent ».

La loi du 19 octobre 1946 relative au statut des fonctionnaires étant restée muette sur l'exercice du droit de grève, il est revenu au Conseil d'Etat, dans l'arrêt Dehaene du 7 juillet 1950 (Rec. 426), de préciser la valeur juridique du préambule de la Constitution de 1946 pour le fonctionnaire et de poser le principe « *qu'en l'absence de réglementation du droit de grève, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations* ».

Depuis 1946, le législateur n'est intervenu que sporadiquement pour interdire à certaines catégories de fonctionnaires (CRS, police, administration pénitentiaire, magistrats, militaires) l'exercice du droit de grève.

La loi du 31 juillet 1963 a précisé certaines modalités de la grève dans les services publics par l'interdiction des grèves surprises et des grèves tournantes.

Pour le secteur privé, la loi du 11 février 1950, codifiée dans l'article L. 521-1, alinéa 1, s'est contentée d'énoncer que « *la grève ne rompt pas le contrat de*

travail sauf faute lourde imputable au salarié », le principe de la non-discrimination salariale étant posé par la loi du 17 juillet 1978 dans l'alinéa 2 dudit article et celui de la nullité du licenciement prononcé pour fait de grève, en l'absence de faute lourde, par la loi du 25 juillet 1985 dans l'alinéa 3 du même article.

Enfin, le principe de l'interdiction de toute sanction, licenciement ou mesure discriminatoire, en raison de l'exercice normal du droit de grève a été également posé dans l'article L. 122-45 du code du travail par la loi du 25 juillet 1985.

Il est en conséquence revenu au juge judiciaire et au juge administratif, en présence de la carence du législateur, de définir les contours du droit de grève pour l'ensemble des salariés du secteur privé et du secteur public et de veiller au respect des droits fondamentaux à valeur constitutionnelle.

Les difficultés se sont encore accrues dès lors que se sont développées des grèves au sein des entreprises chargées d'une mission de service public où, comme dans l'administration, le conflit, de « binaire », est devenu « ternaire », avec la nécessité de prendre en compte également l'intérêt des usagers.

C'est ainsi qu'au fil des ans les entreprises de transport public sont devenues les lieux d'élection des conflits les plus sensibles, au point que le professeur J.E. Ray a pu écrire récemment (Liaisons sociales, novembre 2003) que « la grève dans les services publics de transport constitue l'*Himalaya du droit des conflits collectifs* », en raison de leur complexité à la fois technique, sociologique et juridique.

Le litige qui vous est soumis, qui oppose Air France à l'un de ses commandants de bord, se situe antérieurement à la loi du 9 avril 2003 qui a amorcé le processus de privatisation d'Air France.

Quoi qu'il en soit, et cette question n'est d'ailleurs pas discutée, la société Air France figure dans le décret du 1^{er} juin 1950 qui prévoit, aux termes des dispositions de l'article L. 521-2 du code du travail, l'application des dispositions de l'article L. 521-3 relatives à l'obligation d'un préavis de cinq jours avant le déclenchement de la grève aux entreprises mentionnées dans ce décret.

Selon M. le professeur Teyssié (J. Classeur Travail, fasc. 70.30) « il en résulte une présomption irréfragable de participation à la gestion d'un service public. Le personnel de l'une des entreprises visées n'est pas admis à prouver que l'organisme en cause n'assume pas le fonctionnement d'un tel service ».

2. L'évolution de la compétence du juge des référés en matière de sanction disciplinaire :

La promotion du juge des référés s'est exprimée, entre autres manifestations, par l'affirmation de ses pouvoirs en matière de contentieux disciplinaire du travail.

En effet, traditionnellement, le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner l'annulation d'une

sanction disciplinaire irrégulière (Soc., 7 janvier 1988, *Bull.* 1988, V, n° 12 ; 4 novembre 1988, *Bull.* 1988, V, n° 568).

Mais à la suite de la réforme de l'article R. 516-31 du code du travail par le décret du 17 juin 1989, qui a étendu au juge des référés prud'homal la réforme de l'article 809 du nouveau code de procédure civile par le décret du 17 juin 1987, l'existence d'une difficulté sérieuse n'exclut plus l'intervention du juge des référés en matière de remise en état consécutive à un trouble manifestement illicite.

Dès lors, la jurisprudence de la chambre sociale a évolué dans le sens de l'attribution au juge des référés du pouvoir d'ordonner la poursuite du contrat de travail, pour rétablir le salarié dans ses droits en cas de trouble manifestement illicite.

Cette solution a d'abord été admise pour les licenciements pour fait de grève, lorsque la faute lourde n'est pas caractérisée (Soc., 26 septembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 387) et a été étendue (Soc., 23 novembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 458) au cas d'une rétrogradation prononcée sans vérifier si la sanction concernait des faits prescrits et était constitutive d'un trouble manifestement illicite.

En toute hypothèse, la compétence du juge des référés n'est pas contestable dans le cas d'espèce, s'agissant d'une sanction prononcée alors même qu'existait une contestation sérieuse sur les conditions d'exercice normal du droit de grève et qu'il était demandé de faire cesser un trouble manifestement illicite.

Pour examiner le cœur du litige et centrer le débat, il convient de partir des dispositions de l'article L. 122-45 du code du travail aux termes desquels :

« *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de l'exercice normal du droit de grève.* »

Ainsi, l'exercice normal du droit de grève, reconnu par la Constitution, suspend le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Celui-ci ne retrouve ce pouvoir qu'en cas de participation à un mouvement illicite étranger à la grève ou en cas d'exercice anormal ou abusif du droit de grève.

Dans le cas d'espèce, un préavis de grève avait été régulièrement déposé par plusieurs organisations syndicales le 24 janvier 2003 en vue d'un mouvement qui devait se dérouler entre le 2 février 2003 à 0 h 01 et le 5 février 2003 à 23 h 59 pour soutenir des revendications de nature salariale.

On n'est donc pas en présence d'un mouvement illicite, étranger à la grève, mais bien en présence d'un mouvement de grève régulièrement déclaré.

Seul fait question le fait de savoir si, en interrompant sa mission en cours d'escale sans avoir prévenu sa hiérarchie, pour participer à ce mouvement de grève, M. Le Bras, commandant de bord, se trouvait « dans l'exercice normal du droit de grève » et ne pouvait être sanctionné à ce titre, ou bien si, ce

faisant, il a exercé « anormalement » ou « de façon abusive » son droit de grève, ce qui autorisait son employeur à le sanctionner.

Il y a lieu de réunir les deuxième et troisième moyens, dès lors que le juge, en l'absence de règles légales, a le pouvoir de qualifier d'abusives une grève en raison du choix du moment dans le déclenchement de la grève.

LES DEUX THÈSES EN PRÉSENCE

I. – THÈSE EN FAVEUR DE L'INTERRUPTION PAR LE COMMANDANT DE BORD DE SA MISSION EN COURS D'ESCALE POUR PARTICIPER AU MOUVEMENT DE GRÈVE CONSIDÉRÉE COMME « L'EXERCICE NORMAL DU DROIT DE GRÈVE » :

Alors qu'aucun texte ne limite l'exercice du droit de grève des personnels navigants techniques ou commerciaux, le principe essentiel de la continuité des vols résultant de la réglementation de l'aviation civile posé par l'arrêt du 25 octobre 1979 (*Bull.* 1979, V, n° 786, D. 1979, 313) ne peut être étendu à l'exécution de la mission d'un commandant de bord au cours d'une rotation qui peut comporter deux ou plusieurs vols distincts.

La notion de mission devrait être « plutôt » assimilée à la notion de vol (arrêt attaqué).

Le mémoire en défense soutient que l'assimilation entre rotation et mission est dépourvue de toute base juridique et que la notion de vol doit être définie au regard du contrat de transport (mémoire en défense).

Il en est déduit qu'en cas de rotation comportant deux vols distincts, le commandant de bord peut exercer son droit de grève au milieu de la rotation entre deux vols distincts et ne peut être sanctionné à ce titre.

II. – THÈSE EN FAVEUR DE L'INTERRUPTION PAR LE COMMANDANT DE BORD DE SA MISSION EN COURS D'ESCALE POUR PARTICIPER AU MOUVEMENT DE GRÈVE CONSIDÉRÉE COMME « L'EXERCICE ANORMAL OU ABUSIF DU DROIT DE GRÈVE » :

Le principe essentiel de la continuité des vols résultant de la réglementation de l'aviation civile est incompatible avec la grève du commandant de bord en escale en raison des « contraintes exceptionnelles » que fait peser cette réglementation.

Ainsi, le principe de la continuité des vols dépasse le temps du service de vol et s'applique aux vols successifs au cours d'une rotation.

Par ailleurs, la responsabilité du commandant de bord résultant de la réglementation de l'aviation civile pour l'exécution de sa mission dépasse le cadre du vol.

Dès lors, ces « contraintes exceptionnelles » justifient une limitation à l'exercice du droit de grève et autorisent l'employeur à sanctionner le

commandant de bord qui abuse du droit de grève en interrompant sa mission au cours d'une escale pour participer au mouvement de grève, de surcroît sans prévenir la hiérarchie.

DISCUSSION

Est-on en présence d'un exercice normal ou abusif du droit de grève ?

La réponse à la question posée par le pourvoi passe par les deux interrogations suivantes :

– le principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols justifiant des modalités spécifiques d'exercice du droit de grève est-il applicable à la « mission » du commandant de bord ?

– la sanction de l'interruption par le commandant de bord de sa mission en cours d'escale est-elle une atteinte à son droit de grève ?

I. – LE PRINCIPE ESSENTIEL DE L'OBLIGATION D'ASSURER LA CONTINUITÉ DES VOLS JUSTIFIANT DES MODALITÉS SPÉCIFIQUES D'EXERCICE DU DROIT DE GRÈVE EST-IL APPLICABLE À LA « MISSION » DU COMMANDANT DE BORD ?

Après avoir rappelé le contenu de l'arrêt du 25 octobre 1979 (A), il conviendra de s'interroger sur la portée juridique des notions de rotation d'équipage, de courrier, de mission et de vol, issues de la réglementation de l'aviation civile (B) et sur la notion de « contraintes exceptionnelles » au regard de la mission du commandant de bord (C).

A) Le contenu de l'arrêt du 25 octobre 1979 :

Cette décision a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait déclaré licites les arrêts collectifs de travail pratiqués au cours d'escales de vols intercontinentaux par le personnel navigant commercial de la compagnie UTA, en s'appuyant sur « le principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols » résultant de la réglementation de l'aviation civile, qui impose d'observer dans le déclenchement et la poursuite des arrêts de travail des modalités compatibles avec « ces contraintes exceptionnelles ».

La solution retenue par cet arrêt n'a donc pas réglé directement la question de la grève en escale d'un commandant de bord exerçant sa mission dans le cadre d'une rotation, mais uniquement celle de la grève en escale du personnel navigant commercial, dans le cadre de vols à escales multiples, par étapes successives.

Il convient toutefois de souligner deux éléments qui confèrent à cet arrêt le caractère d'une décision de principe :

– d'une part, l'affirmation du « principe essentiel d'assurer la continuité des vols » (au pluriel), ce principe devant être considéré comme un des fondements de la réglementation de l'aviation civile. Il est au nombre de ces principes qui, selon l'expression du président Pierre Sargos (« Les prin-

cipes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », JCP 2001, I, 306) constituent la « *ratio legis* » d'une législation pour le moins complexe dont on cherche à déterminer la finalité et doivent servir de base à son interprétation.

Ce principe peut être rapproché du principe de valeur constitutionnelle de la continuité des services publics dont le Conseil constitutionnel a admis, dans sa décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, Rec. 33, qu'il devait être concilié avec le droit de grève, les limitations apportées par le législateur pouvant aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève dans certains services publics « dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays » ;

– d'autre part, la référence « aux circonstances exceptionnelles résultant de la réglementation de l'aviation civile » constitue l'affirmation de la spécificité de la réglementation de l'aviation civile par rapport au droit commun.

La société Air France, demandeur au pourvoi, s'accorde d'ailleurs avec les défendeurs pour admettre que la continuité du vol doit être assurée du point d'origine jusqu'au point de destination et qu'il n'est pas question, lorsque l'escale n'est qu'une étape technique d'un vol, que la grève empêche l'avion de rejoindre sa destination et contraigne au débarquement forcé des centaines de passagers qui peuvent ne pas être en règle avec la législation du pays en cause, voire y être en danger.

Mais la société Air France et les défendeurs donnent néanmoins à l'arrêt une portée différente.

Selon les défendeurs au pourvoi, l'arrêt de 1979 a seulement voulu rappeler que le transport aérien concerné doit être achevé et que les particularités des contraintes exceptionnelles qu'impose un vol intercontinental interdisent la cessation brutale d'un transport en cours.

Selon l'auteur du pourvoi, le principe de l'obligation d'assurer la continuité des vols posé par l'arrêt de 1979 pour le personnel navigant commercial a une portée plus large et s'applique également, et *a fortiori*, à la période d'activité aérienne correspondant à la mission spécifique du commandant de bord.

B) La portée juridique des notions de rotation d'équipage, de mission, de courrier et de vol issues de la réglementation de l'aviation civile :

Selon l'arrêt attaqué et le mémoire en défense, la notion de rotation désigne une situation purement factuelle et l'assimilation entre rotation et mission du commandant de bord apparaît dépourvue de base juridique.

Le pourvoi soutient, en revanche, en se référant notamment aux définitions figurant dans l'accord PNT du 8 mars 1996, que la rotation d'équipage est une notion juridique et non pas un simple mode d'organisation propre à la société Air France.

Il convient d'observer liminairement que si la notion de rotation peut être considérée comme une notion factuelle, s'appliquant indifféremment aux rotations d'équipage ou d'aéronefs, la rotation d'équipage comme la mission, le courrier ou le vol, sont des notions juridiquement définies.

Mais avant d'examiner ces différentes notions et les effets juridiques attachés à la notion de mission, il est utile de rappeler le contenu du « bloc de légalité » de la réglementation de l'aviation civile.

1. Quel est le contenu du « bloc de légalité » de la « réglementation de l'aviation civile » sur lequel l'arrêt de 1979 s'est appuyé ?

La cour d'appel s'étant référée, dans le cas d'espèce, à certaines dispositions du code de l'aviation civile, au règlement GEN OPS et à l'accord PNT du 8 mars 1996, il est nécessaire de déterminer la portée exacte de ces dispositions qui réglementent l'aviation civile.

Outre les dispositions du code de l'aviation civile, le personnel d'Air France est en effet soumis à un statut établi en application de l'article R. 342-13 du code de l'aviation civile et complété par des règlements propres à chaque catégorie de personnel, le personnel navigant technique relevant du « RPNT » (règlement du personnel navigant technique).

Aux termes de la décision du Tribunal des conflits du 15 janvier 1968 (Rec. 789, Epoux Barbier), ces règlements sont des actes administratifs.

Dans deux décisions du 17 avril 2000 (*Bull.* 2000, T. conflits, n° 10) et 3 juillet 2000 (*Bull.* 2000, T. conflits, n° 19), le Tribunal des conflits a précisé que :

« *Les personnels de la société Air France sont au nombre des catégories de personnels relevant d'un statut réglementaire particulier qui n'est susceptible d'être complété par des conventions ou accords d'entreprise que dans les limites fixées par le statut.* »

Ainsi, l'accord PNT du 8 mars 1996, comme d'ailleurs l'accord collectif ultérieur du personnel navigant commercial du 23 décembre 2002, n'ont pu compléter le statut que dans les limites qu'il fixe.

En conséquence, ces accords, comme le règlement GEN OPS, doivent être considérés comme participant de « la réglementation de l'aviation civile » applicable, au sens de l'arrêt du 25 octobre 1979.

Les deux thèses en présence tirant toutefois des définitions contenues dans le code de l'aviation civile, dans le règlement et dans l'accord PNT du 8 mars 1996 des conséquences différentes – l'arrêt et le mémoire en défense assimilent la mission du commandant de bord au vol, tandis que le pourvoi assimile ladite mission à la rotation d'équipage – il importe dès lors de se référer aux définitions données par les textes.

2. La notion de mission, comme celle de rotation d'équipage, de courrier ou de vol sont des notions juridiquement définies :

– Le code de l'aviation civile :

Tout d'abord, les articles L. 422-2 et L. 423-3 du code de l'aviation civile posent le principe que « le commandant de bord est responsable de l'exécution de la mission » et qu'« il assure le commandement de l'aéronef pendant la durée de la mission ».

Par ailleurs, le code de l'aviation civile fait produire à la notion de mission des effets juridiques.

Ainsi, s'agissant du terme d'un contrat à durée déterminée, l'article L. 423-2, alinéa 1, du code de l'aviation civile prévoit que « le contrat à durée déterminée dont le terme intervient au cours d'une mission est prorogé jusqu'à l'achèvement de la mission ».

En outre, s'agissant de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée au cours d'une mission, l'alinéa 2 de l'article L. 423-2 du code de l'aviation civile prévoit que « le contrat prend fin à l'expiration du délai de préavis qui commence à courir du jour de l'achèvement de la mission ».

Les dispositions de ce texte signifient donc clairement que la mission ne s'achève pas en escale.

Enfin l'article L. 422-4 du code de l'aviation civile autorise, en cas de nécessité, le commandant de bord à engager du personnel supplémentaire pour l'achèvement de la mission et à le congédier.

L'ensemble de ces dispositions de nature législative démontre déjà que la durée de la mission ne peut être assimilée à la simple durée du vol.

– L'accord PNT du 8 mars 1996 précise les notions de courrier, de rotation d'équipage et de service de vol.

Ainsi, après avoir défini le courrier comme « une période d'activité aérienne qui consiste à effectuer un ou plusieurs vols entre deux repos à la base d'affectation », l'accord définit la rotation d'équipage par renvoi à celle de courrier comme étant « l'ensemble des caractéristiques d'itinéraire, d'horaires d'activité et de repos définissant un courrier ».

Le service de vol est, pour sa part, défini comme « l'activité liée à l'exécution d'un ou plusieurs vols entre deux repos successifs ».

– L'accord collectif du personnel navigant commercial du 23 décembre 2002, qui assimile totalement les notions de mission et de courrier définit le courrier comme « mission qui consiste à effectuer un ou plusieurs services de vols entre deux repos à la base d'affectation » et la rotation d'équipage comme « l'ensemble des caractéristiques du courrier et du temps de repos afférent ».

Il convient de rappeler que la définition du courrier et son assimilation à la mission contenues dans l'accord du 23 décembre 2002 ne font que reprendre les termes de la convention collective du personnel navigant commercial du 16 décembre 1975, en vigueur à l'époque où l'arrêt de 1979 a été rendu,

qui définissait sous le vocable courrier : « mission qui consiste à effectuer un ou plusieurs services de vol entre deux repos à la base d'affectation. »

On peut donc conclure de ces rapprochements que les notions de « mission », de « courrier » et de « rotation d'équipage », loin d'être des notions purement factuelles, apparaissent comme étant des qualifications juridiques qui se rejoignent et sont contenues dans des textes qui participent de la réglementation de l'aviation civile, la rotation d'équipage intégrant seulement, en sus des notions de courrier et mission, les repos précédant et suivant le courrier.

– En revanche, la thèse de l'assimilation de la notion de mission à celle de vol, retenue par l'arrêt attaqué et soutenue par le mémoire en défense, ne saurait être justifiée par la notion de contrat de transport au regard de laquelle se définirait le vol, en raison du caractère réducteur de ce rattachement.

En effet, le contrat de transport, qui lie seulement le passager à la société de transport, ne correspond pas nécessairement au vol.

Un contrat de transport peut en effet, sous un même numéro de vol, correspondre à plusieurs vols successifs sur des appareils distincts pilotés par des équipages différents.

A l'inverse, un vol peut ne correspondre à aucun contrat de transport lorsqu'il s'agit, par exemple, d'acheminer l'appareil à vide pour récupérer des passagers bloqués.

Enfin, il résulte des dispositions du code de l'aviation que les pouvoirs et la responsabilité du commandant de bord au cours de sa mission dépassent largement le cadre du vol et doivent être examinés au regard de la notion de « contraintes exceptionnelles » susceptibles de justifier le principe essentiel de la continuité des vols.

C) Les contraintes inhérentes à la mission du commandant de bord sont-elles des « contraintes exceptionnelles » justifiant l'application du principe essentiel de la continuité des vols ?

Les contraintes inhérentes à la mission du commandant de bord résultent de la combinaison entre :

- d'une part, les particularités de son statut ;
- d'autre part, les spécificités du transport intercontinental.

1. Un statut particulier :

Pour exécuter la « mission » qui lui est confiée, le commandant de bord bénéficie d'un statut particulier qui fait peser sur lui, selon M. Pestel (RFD Aérien 1988, 266), des « responsabilités juridiques hors du commun », comparables à celles d'un capitaine de navire.

– Le statut de commandant de bord issu de la réglementation de l'aviation civile :

Le commandant de bord a un statut à multiples facettes.

– Tout d’abord, le commandant de bord est d’abord le chef de l’équipage qui est placé sous ses ordres (art. L. 422-1 du code de l’aviation civile).

Une illustration de cette unicité du commandement est donnée par l’exercice du droit de retrait. Selon un avis du Conseil d’Etat, à la suite d’une question écrite d’un parlementaire (JO, débats du Sénat, 13 juin 1985, 1116), il résulte des dispositions spéciales du code de l’aviation civile que, pour tenir compte des exigences propres à une mission aérienne et de la nécessaire unicité de commandement et d’action à bord d’un aéronef en service aérien, le législateur a, sans préjudice des pouvoirs dévolus aux officiers de police judiciaire, entendu confier dans l’intérêt commun des passagers et de l’équipage, au commandant de bord, et à lui seul, le pouvoir de décider si un aéronef est en mesure d’exécuter la mission qui lui est confiée, sans créer un danger pour la sécurité ou la santé des membres de l’équipage et des passagers.

Ainsi, le Conseil d’Etat en a déduit que les dispositions du code de l’aviation civile font obstacle à ce qu’un membre d’équipage puisse se prévaloir des dispositions des articles L. 231-8 et L. 231-8-1 du code du travail pour se retirer de sa situation de travail pendant l’exécution d’une mission de service aérien.

– Il est aussi préposé de l’employeur, auquel il est lié par un contrat de travail écrit et chargé à ce titre d’une mission technique de conduite de vol (art. L. 422-2 du code de l’aviation civile), de sécurité de l’aéronef, des passagers et de la cargaison (art. L. 422-3 du code de l’aviation civile).

– Par ailleurs, il est aussi le mandataire de l’employeur en tant qu’il dispose du pouvoir d’accomplir certains actes de droit privé nécessaires à l’accomplissement de sa tâche.

Ainsi, l’article L. 422-4 du code de l’aviation civile le désigne comme consignataire de l’appareil et responsable du chargement.

Il va de soi que l’exercice de ces attributions dépasse largement la notion de vol, dans la mesure où elles sont nécessairement exercées au sol.

En cas de nécessité, il peut même, sans mandat spécial, engager les dépenses nécessaires à l’accomplissement de la mission, faire exécuter les réparations nécessaires pour permettre à l’aéronef de continuer sa mission ou engager du personnel supplémentaire pour l’acheminement de la mission et le congédier, s’il se trouve dans l’impossibilité de recevoir des instructions précises.

– Enfin, le commandant de bord est délégué d’autorité publique en tant qu’il exerce une fonction administrative de police en vertu de la Convention de Tokyo du 14 septembre 1963 relative aux infractions et à certains actes commis à bord des aéronefs.

Son titre III l’autorise à « prendre les mesures raisonnables y compris de contrainte à l’égard de toute personne

qui a commis ou est sur le point de commettre à bord un acte contre la sécurité, le bon ordre ou la discipline à bord ».

Un des signes tangibles de cette responsabilité, proche de celle de l’employeur, est la qualité d’électeur aux élections des délégués consulaires et d’éligible aux fonctions de délégué consulaire reconvenue par les articles L. 713-7 et 713-10 du code de commerce, issus de l’article 3 de l’ordonnance du 15 avril 2004, aux pilotes de l’aéronautique civile exerçant le commandement d’un aéronef immatriculé en France.

Un statut qui présente des analogies avec celui du capitaine de navire.

La doctrine (Emmanuel du Pontavice et Michel de Juglart, « Traité de droit Aérien », LGDJ, 503) effectue souvent le rapprochement entre le statut du commandant de bord et celui du capitaine de navire.

Outre les fonctions de service public d’officier de l’état civil qui lui sont confiées en raison de l’isolement du navire en haute mer, le capitaine de navire est, comme le commandant de bord, le chef de la société à bord et investi à ce titre de pouvoirs de police et disciplinaires.

Mais il a également la double qualité de préposé et de représentant de l’armateur.

L’article 40 du code disciplinaire et pénal de la navigation marchande lui interdit, sous peine de sanctions pénales, hors le cas de force majeure, de rompre son engagement et d’abandonner son navire avant d’avoir été remplacé.

L’article 108 du code du travail maritime prévoit par ailleurs que « tout capitaine engagé pour un voyage est tenu de l’achever, à peine de tous dommages et intérêts envers les propriétaires et les affréteurs ».

Un parallèle peut donc être établi entre les contraintes résultant de la « mission » du commandant de bord et le « voyage » que doit achever le capitaine de navire, incluant également les escales.

Enfin, comme les commandants de bord, les capitaines de navire exerçant le commandement d’un navire immatriculé en France sont également électeurs aux élections des délégués consulaires et éligibles aux fonctions de délégués consulaires (articles L. 713-7 et L. 713-10 du code de commerce).

2. Les spécificités du transport aérien intercontinental :

Les spécificités du transport aérien intercontinental en long courrier sont nombreuses et les principales contraintes sont liées à la distance et à l’éventuelle dissociation entre la rotation des équipages et celle des aéronefs, la rotation des équipages ne correspondant généralement pas à celle des aéronefs, en raison de l’impératif de repos en escale imposée à l’équipage.

La gestion de cette dissociation impose incontestablement des contraintes de gestion du personnel

très importantes, au regard notamment des impératifs de sécurité des passagers et de santé de l'équipage et du personnel navigant commercial.

La mission du commandant de bord, qui s'exécute à l'intérieur d'une période d'activité aérienne, correspondant à un ou plusieurs services de vol entre deux repos à la base d'affectation, s'inscrit dans cette éventuelle dissociation de la rotation des aéronefs et des équipages, mais a pour finalité la réalisation de vols ou l'attente en escale de la réalisation de vols successifs dont la continuité doit être assurée.

Cette mission de service public qui lui est confiée paraît difficilement compatible, pendant le déroulement de la mission, avec une décision qui aurait pour effet de bloquer l'appareil, le reste de l'équipage et les passagers d'un vol retour.

En effet, l'appareil immobilisé ne peut être utilisé par les non-grévistes de la base d'affectation.

Le reste de l'équipage, s'il n'est pas gréviste, est pris en otage et privé de la liberté de travailler.

Enfin, les passagers, même si ce ne sont pas les mêmes que ceux du vol aller, peuvent éventuellement se trouver bloqués dans des lieux où les conditions de santé et de sécurité peuvent être dangereuses et, le cas échéant, dans des situations administratives illégales.

La spécificité de la situation du commandant de bord en escale, comme d'ailleurs celle des autres navigants, s'applique également à l'égard du temps de repos en escale entre les deux vols d'un courrier.

En effet, ce temps n'est ni du temps de travail ni un temps d'astreinte, même s'il est pour une large part rémunéré comme du temps de travail effectif.

Toutefois, les intéressés ne sont pas totalement libres de leurs faits et gestes, contrairement à ce que soutient le mémoire en défense, puisqu'ils doivent pouvoir être joints dans les conditions fixées par chaque fiche d'escale.

Ainsi, il peut être raisonnablement soutenu que les spécificités de la réglementation de l'aviation civile, en général, et du statut du commandant de bord, en particulier, justifient que les contraintes afférentes à l'exercice de sa mission, entre le départ et le retour à la base d'affectation, soient considérées comme des « contraintes exceptionnelles », justifiant l'application du principe essentiel de la continuité des vols et la nécessité subséquente d'observer dans le déclenchement et la poursuite des arrêts de travail des modalités compatibles avec ces contraintes exceptionnelles, conformément à la règle posée par l'arrêt du 25 octobre 1979.

II. – LA SANCTION DE L'INTERRUPTION PAR LE COMMANDANT DE BORD DE SA MISSION EN COURS D'ESCALE EST-ELLE UNE ATTEINTE À SON DROIT DE GRÈVE ?

Le principe est indiscutablement celui de la légitimité de l'exercice normal du droit de grève.

Le caractère de droit fondamental du droit de grève constitutionnellement garanti conduit à s'interroger d'abord sur sa conciliation avec d'autres droits et libertés fondamentaux (A), mais son absence de réglementation a aussi rendu nécessaire le contrôle de l'abus par le juge (B).

A) Conciliation du droit de grève avec d'autres droits et libertés fondamentaux :

Depuis sa décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, déjà citée, le Conseil constitutionnel énonce régulièrement que le droit de grève dans le service public doit être concilié avec la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte.

Dans l'ensemble des décisions relatives au droit de grève, la limitation de ce droit a été admise en vue d'assurer le respect d'un autre principe de valeur constitutionnelle : la continuité des services publics (décisions 79-105 DC, déjà citée, et 87-230 DC du 28 juillet 1987, Rec. 50), la sauvegarde de la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens (décision 80-117 DC du 22 juillet 1980, Rec. 42) et le principe d'égalité et de responsabilité (décision 82-144 DC du 22 octobre 1982, Rec. 61).

Cette approche, par le principe de proportionnalité, a été amplifiée dans le domaine du droit privé sous l'influence du droit communautaire et du droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, les articles 8, 9, 10 et 11 de cette Convention, après avoir posé le principe d'un droit ou d'une liberté, admettent que l'exercice de ce droit ou de cette liberté peuvent être soumis à certaines restrictions pour tenir compte d'autres impératifs, notamment le respect des droits et libertés d'autrui.

Par deux décisions des 10 juin 2002 et 27 juin 2002 (D. 2003, 9), la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu comme but légitime de restriction au droit de grève la protection des droits et libertés d'autrui, d'une part, et la protection de la sécurité publique et de la société, d'autre part.

Plusieurs droits et libertés fondamentaux, qui sont également des droits constitutionnels reconnus, sont susceptibles d'être mis en cause et confrontés avec l'exercice du droit de grève du commandant de bord.

Est en cause la liberté du travail des membres de l'équipage non-grévistes.

Il est en effet constant en jurisprudence que l'exercice du droit de grève ne doit pas empêcher les non-grévistes de travailler (Soc., 7 juillet 1983, *Bull.* 1983, V, n° 423 ; 25 février 1988, *Bull.* 1988, V, n° 133) ni empêcher l'employeur de faire face à la grève et d'organiser l'entreprise pour assurer la continuité de son activité (Soc., 11 janvier 2000, pourvoi n° 97-22.025).

Il est dès lors permis de se poser la question de savoir si l'exercice du droit de grève pendant sa mission par le seul commandant de bord, qui immobilise en escale un aéronef que personne ne

peut prendre en charge et empêche l'employeur d'organiser l'activité avec les non-grévistes sur place ou à la base d'affectation, n'est pas de nature à constituer une atteinte à la liberté du travail de ces autres personnels.

L'arrêt de la chambre sociale du 9 mars 2004, pourvoi n° 02-30.294, a en effet admis que l'entrave à la liberté du travail du personnel non-gréviste était susceptible de faire dégénérer un mouvement de grève en abus.

Est en cause également la protection de la santé et la sécurité des personnes et des biens.

En effet, dès lors que le commandant de bord est consignataire de l'appareil et responsable de la cargaison, l'appareil reste sous sa surveillance en cas d'incident ou d'avarie lors de l'atterrissage, tant que les responsables de l'exploitant ou les administrateurs de l'aérodrome n'ont pas pris la relève.

Il en est de même en ce qui concerne la sécurité des passagers, dont il est également responsable et qui peut être temporairement compromise au début ou pendant toute la durée de l'escale.

Cette philosophie de l'équilibre dans le respect des droits fondamentaux inspire également, en l'absence de normes expresses concernant directement le droit de grève, les principes formulés au fil des ans sur le droit de grève par le comité de la liberté syndicale et par la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT.

On peut ainsi relever dans le texte relatif aux principes de l'OIT sur le droit de grève (BIT, édition 2000) l'observation suivante :

« Tenu par les organes de contrôle de l'OIT pour fondamental, le droit de grève n'est pas pour autant un droit absolu et il doit s'exercer dans le respect des droits fondamentaux des citoyens et des employeurs (p. 42) » et plus loin « les principes de la liberté syndicale ne protègent pas l'usage abusif du droit de grève ; les sanctions auxquelles donneraient lieu les abus ne devraient pas être excessives cependant au regard de la gravité des faits ».

Mais on est déjà dans le domaine du contrôle par le juge de l'abus du droit de grève.

B) Contrôle de l'abus du droit de grève par le juge :

Dans ses décisions 82-144 DC du 22 octobre 1982 et 87-230 DC du 28 juillet 1987, le Conseil constitutionnel a précisé qu'il était loisible au législateur « de définir les conditions d'exercice du droit de grève et de définir les limites séparant les actes et les comportements qui constituent un libre exercice de ce droit des actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif... »

Si le juge administratif (CE, 7 juillet 1950, arrêt Dehaene déjà cité ; 1^{er} juin 1984, Fédération nationale P et T – CGT, Dr. Adm. 1984, n° 323) en raison de l'absence de réglementation d'ensemble voulue par les constituants de 1946, reconnaît au gouvernement, en tant que responsable de l'ordre public, une compétence supplétive pour édicter des limitations

destinées à éviter un usage abusif du droit de grève, le juge judiciaire s'est reconnu depuis longtemps compétent (Soc., 9 juillet 1951, *Bull.* 1951, III, n° 567, DS 1952, p. 115) pour tracer la limite séparant les actes qui constituent un exercice normal de ce droit des actes qui en constitueraient un usage abusif.

Le juge a été ainsi amené à préciser les contours de la définition de l'usage abusif du droit de grève et les limites de la sanction de l'abus.

1. Le contrôle de la définition de l'abus :

L'exercice du contrôle de la définition de l'abus n'est pas en soi évident, dans la mesure où, comme le relèvent pertinemment de nombreux auteurs (v. notamment H. Sinay, « La grève », *Dalloz* n° 117 ; Ph. Waquet, « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », *RJS* 1995, p. 143), un mouvement revendicatif est précisément exercé dans l'intention de nuire à l'employeur et la nocivité concertée anime ceux qui veulent exercer un tel moyen de pression.

« Le choix du mode de grève le plus nocif, de même que le choix du moment le plus gênant pour assurer le travail, fait *a priori* partie de l'exercice normal du droit de grève », remarque Ph. Waquet.

Certes, l'abus borne l'exercice du droit de grève, comme de tous les autres droits, mais il ne doit pas l'étouffer.

En revanche, l'exercice du droit de grève, par nature empreint d'une certaine malice voire d'une certaine agressivité, ne doit pas cautionner certains excès.

C'est précisément le rôle du juge que d'effectuer cette « balance ».

L'existence d'un abus du droit de grève, comme tout autre abus de droit constitutif d'une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait à dessein un usage préjudiciable à autrui, est soumise à votre contrôle.

Il suffit de rappeler, à travers quelques exemples, que vous contrôlez l'abus du droit :

– d'agir en justice (2^e Civ., 29 mai 1996, *Bull.* 1996, II, n° 110 ; 3^e Civ., 26 avril 2006, pourvoi n° 05-12.045) ;

– d'exercer une voie de recours (2^e Civ., 21 juin 1995, *Bull.* 1995, II, n° 188 ; 28 février 2006, pourvoi n° 03-10.39) ;

– de la liberté d'expression (Soc., 15 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 327 ; 9 janvier 2002, pourvoi n° 99-45.875) ;

– du droit de licencier (Soc., 17 juillet 1996, *Bull.* 1996, V, n° 290 ; 21 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.788) ;

– du droit de démissionner (Soc., 18 janvier 1995, *Bull.* 1995, V, n° 29, 28 juin 2000, pourvoi n° 98-43.249).

En ce qui concerne l'abus du droit de grève, le critère de l'abus retenu par la chambre sociale depuis une vingtaine d'années est celui de « la désorganisation ou du risque de désorganisation de l'entreprise » (Soc., 22 février 1986, *Bull.* 1986, V,

n° 47 ; 10 juillet 1991, *Bull.* 1991, V, n° 349 ; 4 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 529 ; 18 janvier 1995, *Bull.* 1995, V, n° 27 ; 5 juillet 1995, *Bull.* 1995, V, n° 232 ; 11 janvier 2000, *Bull.* 2000, V, n° 16 ; 16 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 319).

Il convient de noter que l'application de ce critère n'a visé que des situations où était en cause la poursuite d'une grève régulièrement commencée.

Mais l'abus ne peut-il pas être caractérisé dès le déclenchement du mouvement ?

A cet égard, il peut être déduit de l'arrêt du 25 octobre 1979 qu'en raison précisément du principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols, l'abus peut être caractérisé au début du déclenchement de la grève sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il y a eu ou non désorganisation de l'entreprise.

Le doyen Philippe Waquet dans son étude sur « la grève, les mouvements illicites et les abus du droit de grève » (déjà citée) a approuvé cette orientation jurisprudentielle selon laquelle le choix du moment où le travail s'arrête peut, à lui seul, dans des circonstances exceptionnelles, présenter un caractère abusif.

Dans le cas d'espèce, eu égard aux responsabilités légales dont il est investi, il n'apparaît précisément pas excessif de considérer que l'interruption par le commandant de bord de sa mission en cours d'escale puisse être qualifiée d'exercice abusif du droit de grève en raison de l'information tardive donnée à son employeur de sa participation au mouvement et de l'abandon de l'équipage sur place.

Il n'est en effet pas contesté que le commandant de bord, non seulement n'a pas prévenu sa hiérarchie, mais qu'il a informé seulement son co-pilote près de six heures après son retour à Paris, soit moins de quatre heures avant l'heure prévue du vol qu'il devait assurer.

Et ce n'est que fortuitement que son remplacement a pu être assuré grâce à la présence sur place d'un pilote instructeur ayant accepté d'anticiper son tour sur le planning de rotation.

Il convient également d'avoir présent à l'esprit le même abandon, non plus en territoire français mais en territoire étranger hostile, sans possibilité de remplacement, en présence de problèmes de sécurité physique de l'avion ou des passagers, de questions sanitaires liées au débarquement ou à l'embarquement de passagers malades...

Ainsi que l'observe M. le professeur J.-E. Ray (« La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits », DS 2003, p. 747) ne se trouve-t-on pas, au-delà de la notion juridique de l'intérêt général, « en présence du respect d'un principe de morale élémentaire : le respect d'autrui » ?

Mais la pesée du juge, au regard du principe de proportionnalité, doit être aussi effectuée pour contrôler les limites de la sanction de l'abus.

2. Le contrôle des limites de la sanction de l'abus :

La sanction de l'abus n'aboutit pas à une interdiction du droit de grève lui-même, mais seulement à un cantonnement de l'exercice de ce droit par rapport à la personne titulaire du droit et à une limitation de son exercice dans le temps.

– Le titulaire du droit :

Il va de soi que la spécificité de la mission du commandant de bord ne concerne que le commandant de bord lui-même.

Le commandant de bord, seul investi de lourdes responsabilités, a le privilège, mais aussi la charge, de pouvoir seul prétendre à tenir ce rôle.

En effet, sur de longs parcours, l'équipage, pour des raisons techniques et de sécurité, est parfois doublé, alors que le commandant de bord n'est pas doublé.

Monsieur Venet, dans son article « Statut juridique et responsabilité des commandants de bord » (RFDA 190, p. 193), souligne que la plupart des dispositions légales et réglementaires ayant trait à l'exercice de la fonction « commandement » du commandant de bord sont basées sur l'unicité et la continuité.

Les « contraintes exceptionnelles » résultant de la réglementation de l'aviation civile, qui justifient le principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité d'où découle la nécessité d'observer, dans le déclenchement et la poursuite des arrêts de travail, des modalités compatibles avec ces contraintes exceptionnelles, pèsent en conséquence sur ses épaules avec une particulière intensité.

Si vous lui reconnaissiez cette responsabilité particulière, la même solution n'aurait pas vocation à s'appliquer à toutes les autres catégories de personnel.

– Limitation de l'exercice du droit de grève dans le temps :

Il va également de soi que la limitation du droit de grève du commandant de bord ne pourrait s'appliquer qu'à la seule durée de la mission.

Bien évidemment, le commandant de bord jouirait en toute hypothèse du libre exercice de son droit de grève dans la période d'activité qui précède et celle qui suit la mission proprement dite.

En effet, le commandant de bord a toute latitude pour participer à la grève avant le début ou à l'issue de la mission alors qu'il est programmé sur une activité non aérienne ou bien encore sur une période de repos post-courrier.

La chambre sociale a en effet incidemment admis dans un arrêt du 24 juin 1998 (*Bull.* 1998, V, n° 345) que des pilotes pouvaient être considérés comme grévistes, alors que d'après leur programme individuel d'activité ils étaient en repos et n'avaient donc pas à effectuer de travail, en considérant que le salarié qui s'est associé au mouvement de grève doit être considéré, sauf preuve contraire de sa part, comme gréviste pendant toute la durée du

mouvement et qu'il ne peut en conséquence prétendre au paiement de sa rémunération pendant cette période, « *peu important que certains jours, il n'ait eu normalement aucun service à assurer* ».

En définitive, dans le cas d'espèce, les responsabilités légales spécifiques qui pèsent sur le commandant de bord et les circonstances particulières des

conditions d'abandon de son poste, qui peuvent être qualifiés d'abusives, permettent de considérer que la sanction disciplinaire prise à son encontre ne constitue pas un trouble manifestement illicite.

Pour l'ensemble de ces motifs, je suis favorable à la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris sur les deuxième et troisième moyens réunis.

II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. *Emploi et formation** *Contrats à durée déterminée*

N° 482

En application de l'article L. 122-1-1 1° du code du travail, le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour le remplacement d'un salarié absent.

Encourent dès lors la cassation des arrêts qui déboutent des salariés de leur demande en requalification de contrats de travail à durée déterminée dont chacun comportait les noms de plusieurs salariés remplacés en raison de leur absence.

Soc. – 28 juin 2006. Cassation
N° 04-40.455 – C.A. Aix-en-Provence, 30 septembre 2003

Soc. – 28 juin 2006. Cassation
N° 04-43.053 – C.A. Limoges, 16 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Marzi, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

L'article L.122-1-1 1° du code du travail dispose que l'employeur peut avoir recours au contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié, en cas d'absence ou de suspension de son contrat de travail.

Le salarié doit être recruté pour remplacer un salarié déterminé et nommément désigné. L'omission du nom et de la qualification du salarié remplacé entraîne la requalification du contrat en un contrat à durée indéterminée (Soc., 30 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 149, p. 146).

Dans chacune des deux espèces soumises à la Cour, un contrat à durée déterminée avait été conclu pour le remplacement de plusieurs personnes absentes en raison de congés payés par un seul salarié.

Ce contrat pouvait-il prévoir un tel remplacement ou devait-il être requalifié en contrat à durée indéterminée ?

La Cour de cassation autorise le remplacement « en cascade », l'employeur n'étant pas tenu d'affec-

ter le salarié engagé sous contrat à durée déterminée au poste du salarié absent (Soc., 15 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 306, p. 293).

En revanche, se conformant à la lettre de l'article L. 122-1-1 1° du code du travail, la Cour juge dans les deux litiges qui lui étaient soumis que le contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié en cas d'absence. Le contrat par lequel un travailleur est embauché pour remplacer simultanément ou successivement plusieurs employés absents, en violation de cette disposition, doit être requalifié en contrat à durée indéterminée.

La chambre sociale avait déjà jugé qu'un contrat conclu pour le remplacement de l'ensemble du personnel titulaire absent en raison des congés annuels ou d'une maladie devait être requalifié en contrat à durée indéterminée (Soc., 24 février 1998, *Bull.* 1998, V, n° 98, p. 71).

Les deux affaires jugées le 28 juin 2006 lui permettent de préciser qu'il en est de même lorsque le remplacement concerne un nombre déterminé de salariés, dès lors que plusieurs sont concernés. On doit souligner – et ce point a été pris en compte par la chambre sociale – que si cette interprétation paraît rigoureuse, elle est seule de nature à permettre un contrôle effectif du bien-fondé du recours à un contrat à durée déterminée de remplacement.

* *Contrats à durée déterminée dits d'usage*

N° 483

Selon les articles L. 122-1-1 3° et L. 122-3-1 du code du travail, le contrat de travail à durée déterminée conclu dans les secteurs d'activités définis par décret ou par voie de convention ou accord collectif étendu où il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. Il en résulte qu'un ordre de mission de l'employeur ne comportant pas la signature du salarié ne peut être assimilé à un contrat écrit.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déboute le salarié de sa demande de requalification de contrats à durée déterminée dits d'usage en relation à durée indéterminée au motif que les ordres de mission adressés par l'employeur au salarié constituent des

contrats de travail à durée déterminée puisqu'ils comportent l'objet de la mission ponctuelle confiée au salarié.

Soc. – 31 mai 2006. Cassation partielle

N° 04-47.656 – C.A. Rouen, 28 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

L'article L. 122-3-1 du code du travail dispose que le contrat de travail à durée déterminée doit être conclu par écrit et comporter la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée.

La Cour devait déterminer si ces dispositions pouvaient trouver application à un contrat conclu dans un secteur où, par application de l'article L. 122-1-1 3°, il est d'usage de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée et si un ordre de mission établi dans ce cadre par l'employeur sans être signé par le salarié pouvait être qualifié de contrat écrit.

La chambre sociale réaffirme en premier lieu qu'un contrat de travail conclu dans les secteurs d'activités définis par décret ou par voie de convention ou accord collectif étendu où il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif, à défaut de quoi il est réputé conclu pour une durée indéterminée (Soc., 28 septembre 2005, pourvoi n° 03-48.369, non publié au *Bulletin*).

Les contrats à durée déterminée, même conclus dans les secteurs où il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, n'échappent donc pas aux formalités prévues à l'article L. 122-3-1 du code du travail.

La Cour précise en outre qu'un ordre de mission, qui n'est pas revêtu de la signature du salarié, ne peut pas être assimilé à un contrat écrit. Elle s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence soucieuse de la protection du salarié qui édicte que, faute de comporter la signature du salarié, un contrat à durée déterminée ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit (Soc., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 401, p. 295 ; Soc., 19 février 2003, pourvoi n° 00-46.065, non publié au *Bulletin*).

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

* Clause de mobilité

N° 484

Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne

peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée.

Soc. – 7 juin 2006. Cassation partielle partiellement sans renvoi

N° 04-45.846 – C.A. Metz, 29 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

La chambre sociale affirme dans cet arrêt qu'une clause de mobilité, qui doit définir de manière précise sa zone géographique d'application, ne peut autoriser l'employeur à étendre unilatéralement le secteur géographique sur lequel le salarié peut être amené à exercer ses fonctions.

Une clause dont l'exécution dépend de la seule volonté de l'une des parties est en effet nulle, car subordonnée à une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

La chambre sociale a ainsi jugé qu'une clause du contrat de travail ne pouvait pas permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle (Soc., 27 février 2001, *Bull.* 2001, V, n° 60, p. 45). Ainsi, elle a décidé que la clause par laquelle l'employeur se réservait le droit de modifier à tout moment les taux et modalités des commissions versées au salarié était nulle.

Plus récemment, (Soc., 16 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 166, p. 156) la Cour a retenu la même solution concernant une clause réservant à la société le droit de modifier unilatéralement le secteur de prospection d'un représentant exclusif.

En l'espèce la clause ne permettait pas au salarié de connaître, au moment de son engagement, le contenu exact de ses obligations.

* Clause de non-concurrence

N° 485

Méconnaît la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle et, comme telle, est nulle, la clause de non-concurrence qui ne prévoit le versement d'une contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

Soc. – 31 mai 2006. Rejet

N° 04-44.598 – C.A. Orléans, 8 avril 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

La jurisprudence considère que le droit d'exercer une activité professionnelle constitue une liberté fondamentale (Soc., 17 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 346, p. 310). En tant que tel, par application de l'article L. 120-2 du code du travail, ce droit ne peut

recevoir de restriction qui ne soit pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

La chambre sociale avait énoncé les conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans des arrêts de principe en date du 10 juillet 2002 (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 239, p. 234), dont la solution a été constamment réaffirmée depuis lors. Selon ces arrêts, « Conformément au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et à l'article L. 120-2 du code du travail, une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

Une clause de non-concurrence prévoyant le versement d'une contrepartie financière, uniquement lorsque la rupture du contrat de travail émane de la volonté de l'employeur et donc non en cas de démission du salarié, est-elle nulle au regard de ce principe de libre exercice d'une activité professionnelle ?

La Cour répond ici par l'affirmative et ce, alors même que dans l'espèce qui lui était soumise, le salarié avait été licencié. La clause étant nulle, elle ne peut recevoir application, quelles que soient les circonstances effectives de la rupture.

N° 486

1° Le souci de rigueur et d'autorité qui s'impose à tout responsable de service ne peut autoriser le dénigrement ou l'humiliation envers ses subordonnés ; un tel comportement est susceptible de constituer une faute grave nonobstant l'ancienneté ou les résultats du salarié.

2° Le salarié lié par une clause de non-concurrence devant bénéficier d'une contrepartie financière, les parties ne peuvent dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation en privant le salarié licencié pour faute grave du bénéfice de l'indemnité que le contrat institue.

Soc. – 28 juin 2006.

Cassation partielle sans renvoi

N° 05-40.990 – C.A. Toulouse, 21 janvier 2005.

M. Bailly, Pt (f.f.). – M. Béraud, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

1° Dans le présent arrêt, la Cour de cassation affirme que le dénigrement et l'humiliation envers des salariés, en l'espèce subordonnés de l'intéressé, directeur d'agence, est susceptible de constituer une faute, quels que soient l'ancienneté et les résultats obtenus par l'intéressé.

La chambre sociale avait déjà admis que « des propos particulièrement insultants et injurieux consistant notamment dans le dénigrement des services et

des membres du personnel de l'entreprise et entendus en dehors du bureau où ils étaient tenus » pouvaient constituer une faute grave (Soc., 25 juin 2002, pourvoi n° 00-44.001). Elle avait même retenu que les insultes et menaces proférées à l'encontre des collègues de travail « malgré l'ancienneté du salarié, rendaient impossible (...) son maintien dans l'entreprise (...) et constituaient une faute grave » (Soc., 2 juillet 2003, pourvoi n° 01-43.786).

2° Le contrat prévoyait que l'indemnité financière stipulée en contrepartie de l'obligation de non-concurrence (six mois de salaire) ne serait pas attribuée au cas où le salarié serait licencié pour faute grave. La question posée était de savoir si le contrat qui instaure une clause de non-concurrence peut dissocier l'application de la clause de sa contrepartie financière.

Les conditions de validité d'une clause de non-concurrence ont été énoncées dans les trois arrêts du 10 juillet 2002 (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 239, p. 234) : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

La chambre sociale affirme dans le présent arrêt que les parties ne peuvent dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation en privant le salarié licencié pour faute grave du bénéfice de l'indemnité que le contrat institue. Une telle clause est nulle puisqu'elle élimine le bénéfice de la contrepartie financière en cas de faute grave tout en maintenant une obligation pour le salarié. Elle méconnaît le principe du libre exercice d'une activité professionnelle.

** Modification du contrat de travail*

N° 487

Constitue une mutation dans un même secteur géographique celle d'un salarié dont le lieu de travail se trouvait dans un établissement situé au chef-lieu du département et qui, en raison de sa fermeture, est muté dans un autre établissement de la couronne urbaine de ce même chef-lieu. Une telle mutation constitue dès lors une modification des conditions de travail dont le refus est constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Soc. – 3 mai 2006.

Rejet

N° 04-41.880 – C.A. Angers, 3 février 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Capitaine, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Selon une jurisprudence bien ancrée de la Cour de cassation, le changement du lieu de travail dans un même secteur géographique, en l'absence d'une clause du contrat de travail claire précisant

que le travail doit être effectué exclusivement à un endroit déterminé, ne constitue pas une modification du contrat de travail mais seulement un changement dans les conditions de travail qui s'impose au salarié (3 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 185, p.181 ; 15 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 102, p. 95). Ainsi, à défaut d'une clause qui prévoirait un lieu de travail exclusif, un salarié peut se voir imposer une mobilité dans le même secteur géographique.

Mais les juges du fond sont parfois confrontés à des difficultés de détermination du secteur géographique. Qu'en est-il d'un salarié dont le lieu de travail se trouvait dans un établissement situé au chef-lieu du département et qui, en raison de sa fermeture, est muté dans un autre établissement de la couronne urbaine de ce même chef-lieu ?

La chambre sociale juge qu'un tel changement constitue une mutation dans le même secteur géographique.

Dans la présente espèce, il n'y a donc pas eu modification du contrat de travail du salarié, dont le licenciement n'était ainsi pas dépourvu de cause réelle et sérieuse.

N° 488

Dès lors qu'une proposition de mutation faite à un salarié a pour effet de conférer à une partie de sa rémunération un caractère provisoire dont le maintien est laissé à la discrétion de l'employeur, ce salarié est en droit de la refuser nonobstant la clause de mobilité figurant dans son contrat et son licenciement consécutif à ce refus est sans cause réelle et sérieuse.

Soc. – 3 mai 2006.

Rejet

N° 04-46.141 – C.A. Colmar, 8 juin 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Capitaine, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

La chambre sociale réaffirme régulièrement la règle selon laquelle, lorsqu'une clause de mobilité est insérée dans le contrat de travail, le salarié ne peut refuser sa mutation, ce changement ne constituant pas une modification du contrat de travail mais un simple changement de ses conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur.

Cependant, l'employeur ne peut imposer à un salarié la modification d'un élément essentiel de son contrat de travail, comme une modification des fonctions ou de la rémunération (Soc., 4 janvier 1996, *Bull.* 1996, V, n° 2, p. 1). La Cour a ainsi jugé que la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne peut être imposée au salarié lorsqu'elle entraîne une réduction de sa rémunération car l'employeur procède alors à une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser (Soc., 15 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 336, p. 301).

C'est ce que rappelle ici la chambre sociale en énonçant qu'un salarié a le droit de refuser une

proposition de mutation assortie d'une rémunération ayant pour partie un caractère provisoire, dont le maintien est laissé à la discrétion de l'employeur. Le refus du salarié n'étant pas fautif, son licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

** Pouvoir de direction de l'employeur*

N° 489

Le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi.

Manque à cette obligation l'employeur qui, après avoir fait assurer pendant dix ans le transport de nuit du domicile à ses lieux de travail de la salariée inventoriste, supprime cet avantage lié à sa fonction, la mettant dans l'impossibilité d'exécuter normalement sa prestation de travail.

Soc. – 10 mai 2006.

Cassation

N° 05-42.210 – C.A. Paris, 7 septembre 2004.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – M. Gosselin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

N° 490

1° Manque à l'exigence de bonne foi contractuelle dans la mise en œuvre d'un changement des conditions de travail d'un salarié, l'employeur qui, bien qu'ayant décidé depuis plusieurs mois de transférer son siège social dans une autre localité, n'en informe les salariés qu'un mois avant le déménagement. Est donc légalement justifié l'arrêt condamnant l'employeur à payer des dommages-intérêts à un salarié qui, du fait de ce bref délai, n'avait pu prendre sa décision au regard de ce changement dans les meilleures conditions.

2° Le refus d'un salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail en raison d'un simple changement des conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction rend ce salarié responsable de l'inexécution du préavis qu'il refuse d'exécuter aux nouvelles conditions et le prive des indemnités compensatrices de préavis et de congés payés afférents.

3° Il y a lieu à cassation sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort qu'un salarié avait droit à des indemnités compensatrices de préavis et de congés payés afférents, la Cour de cassation pouvant mettre fin au litige en déboutant le salarié de ces chefs de demande.

Soc. – 4 avril 2006.

**Cassation partielle
sans renvoi**

N° 04-43.506 – C.A. Paris, 9 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

Ces deux arrêts réaffirment l'importance que la chambre sociale attache à la notion de bonne foi

contractuelle dans l'exécution du contrat de travail, notion mise en lumière dans le rapport annuel de 2005, p. 221 et 233.

L'arrêt du 10 mai 2006 concernait une salariée effectuant des inventaires dans le secteur de la distribution, ce qui l'obligeait à se rendre sur divers lieux de travail à des heures où les transports en commun ne fonctionnaient pas. La salariée était donc acheminée depuis dix ans vers son lieu de travail par un véhicule de la société qui l'employait. La société a mis fin à cette pratique, qui ne figurait pas dans le contrat de travail de la salariée. Les juges du fond avaient considéré, en l'absence d'une telle mention, d'un engagement unilatéral de l'employeur ou d'un usage caractérisé, que l'entreprise n'avait aucune obligation de prendre en charge les trajets de la salariée et avait donc débouté celle-ci de sa demande de résiliation du contrat de travail.

La Cour censure cette approche et considère que l'entreprise, qui a placé la salariée dans l'impossibilité de travailler, a manqué à son obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi. Elle avait déjà précédemment jugé qu'un employeur qui impose à un salarié un nouveau lieu de travail à un horaire ne lui permettant pas d'emprunter les transports en commun et sans lui assurer des moyens de s'y rendre abuse du droit qu'il tient de son pouvoir de direction (Soc., 10 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 3, p. 2).

Par l'arrêt du 4 avril 2006, la Cour juge qu'un employeur qui n'a informé ses salariés du transfert du siège social de l'entreprise qu'un mois à l'avance, alors que la décision avait été prise plusieurs mois auparavant, manque à cette obligation. Il peut donc être condamné à payer des dommages-intérêts au salarié qui avait refusé de travailler dans les nouveaux locaux alors que, du fait de la brièveté du délai de prévenance, il n'avait pu prendre sa décision au regard de ce changement dans les meilleures conditions.

Ce même arrêt rappelle l'obligation pour le salarié de se soumettre au pouvoir de direction de l'employeur, lorsque celui-ci procède à un simple changement des conditions de travail, et confirme que son refus de travailler aux nouvelles conditions décidées par l'employeur est fautif et le rend responsable de l'inexécution du préavis (Soc., 25 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 396, p. 284 ; Soc., 17 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 327 p. 254), et ce alors même que l'intéressé avait été licencié à tort pour faute grave, le refus d'un changement des conditions de travail ne constituant pas en lui-même une faute grave (Soc., 23 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 64 (2), p. 56).

N° 491

Aux termes de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; selon l'article L. 120-2 du code du travail, « nul ne peut apporter aux droits

des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Il en résulte que si le secrétaire parlementaire peut être tenu de s'abstenir de toute position pouvant gêner l'engagement politique de son employeur, aucune autre restriction ne peut être apportée à sa liberté d'opinion.

Soc. – 28 avril 2006.

Rejet

N° 03-44.527 – C.A. Poitiers, 13 mai 2003.

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

La question posée par le présent litige était de savoir si l'expression par un secrétaire parlementaire d'un désaccord politique avec son employeur était constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

En l'espèce, le salarié avait été licencié pour s'être retiré de la liste, constituée par son employeur, des élections municipales, et ce en méconnaissance des dispositions contractuelles l'obligeant à s'abstenir de toute activité ou prise de position personnelle pouvant gêner l'action de l'employeur.

Dans un arrêt ancien, la chambre sociale avait jugé que la rupture du contrat d'un salarié, en raison d'un désaccord existant entre ce dernier et l'employeur sur des questions d'opinion et de politique générale sortant du cadre de l'activité professionnelle de l'entreprise, portait atteinte à la liberté d'opinion du salarié (Soc., 14 octobre 1970, *Bull.* 1970, V, n° 517, p. 422).

Un arrêt du 28 avril 1988 avait par la suite énoncé que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise et en dehors de celle-ci est, sauf abus, dépourvu de sanction (Soc., 28 avril 1988, *Bull.* 1988, V, n° 257, p. 168).

La Cour a également retenu que sauf abus, « 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 » (Soc., 22 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 175, p. 165).

Par le présent arrêt, la Cour rappelle tout d'abord que la liberté d'opinion est un droit fondamental, garanti par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que par les dispositions de l'article L. 120-2 du code du travail sur les libertés individuelles et collectives des salariés.

Elle en déduit que si un secrétaire parlementaire peut être tenu de s'abstenir de toute prise de position pouvant gêner l'engagement politique de son employeur, aucune autre restriction ne peut être apportée à sa liberté d'opinion. Or, en se retirant de la liste en préparation, le salarié n'avait fait qu'user de cette liberté ; son licenciement était donc sans cause réelle et sérieuse.

3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

* Cession d'une unité de production

N° 492

Lorsque, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, une entité économique gardant son autonomie est transférée, les mandats syndicaux détenus par un salarié affecté à cette entité subsistent, par l'effet de la loi, après le transfert, en application du dernier alinéa de l'article L. 412-16 du code du travail.

Soc. – 24 mai 2006.

Rejet

N^{os} 05-60.244 et 05-60.245 – T.I. Lille, 14 juin 2005.

M. Sargos, Pt. – M. Bouret, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

Selon les dispositions de l'article L. 412-16, dernier alinéa, du code du travail, « en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 122-12, le mandat du délégué syndical ou du délégué syndical central subsiste lorsque l'entreprise qui a fait l'objet de la modification conserve son autonomie juridique. Il en est de même lorsque la modification porte sur un établissement au sens de l'article L. 412-13 ».

La chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer à plusieurs reprises le principe de continuation du mandat de délégué syndical en cas de modification dans la situation juridique de l'entreprise quand celle-ci conserve son autonomie (Soc., 31 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 102, p. 91), précisant qu'il s'agit d'une autonomie de fait, et non nécessairement juridique (Soc., 18 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 433, p. 333 ; Soc., 10 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 320, p. 249).

En l'espèce, les deux pourvois connexes contestaient deux jugements ayant refusé d'annuler la désignation d'un salarié comme délégué syndical et représentant syndical au comité d'établissement, après le transfert d'une partie de l'activité de l'entreprise initiale au sein de laquelle étaient exercés les mandats à une nouvelle spécialement créée. Le juge du fond avait constaté que la lettre de désignation ne faisait que confirmer les désignations antérieures de l'intéressé.

La Cour réaffirme dans cet arrêt le principe de la continuation du mandat de délégué syndical si le nouvel établissement conserve son autonomie et précise qu'il en va de même pour le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement.

* Redressement et liquidation judiciaires

N° 493

Les sommes dues par l'employeur en exécution du contrat de travail antérieurement au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire restent soumises, même après l'adoption d'un plan de redressement, qu'il soit par cession ou par continuation, au régime de la procédure collective. Par suite, viole l'article L. 621-40 du code de commerce la cour d'appel qui condamne la société, prise en la personne du commissaire à l'exécution du plan, à verser au salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors qu'elle avait constaté que la rupture du contrat de travail était antérieure au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire.

Soc. – 10 mai 2006.

Cassation partielle sans renvoi

N° 04-42.076 – C.A. Aix-en-Provence, 12 janvier 2004.

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Marzi, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

La question posée à la chambre sociale était celle du régime juridique des créances résultant du contrat de travail antérieures au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire de l'employeur lorsque le tribunal arrête un plan de redressement organisant la continuation ou la cession de l'entreprise.

Le principe et le montant des créances salariales antérieures au jugement d'ouverture sont arrêtés de manière définitive soit par le relevé des créances résultant d'un contrat de travail établi par le représentant des créanciers (et depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, par le mandataire judiciaire) (articles L. 143-11-7 du code du travail et L. 621-36 et L. 621-125 du code de commerce, devenus les articles L. 625-2 et L. 621-1 du code de commerce depuis la loi du 26 juillet 2005) soit par une décision de la juridiction prud'homale que le salarié aura saisie de la contestation de la décision du représentant des créanciers ou du mandataire judiciaire de ne pas faire figurer tout ou partie de la créance sur un relevé (articles L. 621-125 et L. 621-128 du code de commerce, devenus les articles L. 625-1 et L. 625-5 depuis la loi du 26 juillet 2005). Ils peuvent enfin résulter d'une décision de la juridiction prud'homale portant sur le fond d'un différend né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat de travail (notamment articles L. 621-126 et L. 621-129 du code de commerce, devenus les articles L. 625-3 et L. 625-6 depuis la loi du 26 juillet 2005).

Le cas d'espèce relevait de cette dernière possibilité.

Reprenant les termes exacts d'un arrêt rendu le 27 octobre 1998 (Soc., 27 octobre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 454, p. 340), la chambre sociale de la Cour de

cassation énonce que les sommes dues par l'employeur en exécution du contrat de travail antérieurement au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire restent soumises, même après l'adoption d'un plan de redressement, qu'il soit par cession ou par continuation, au régime de la procédure collective.

En conséquence, les juges du fond doivent se borner à déterminer le montant des sommes à inscrire sur l'état des créances déposé au greffe du tribunal, sans pouvoir condamner le débiteur à payer ces sommes aux salariés.

Il convient donc de déterminer la date à laquelle la créance est née pour connaître son régime juridique.

La chambre sociale précise, dans l'arrêt du 10 mai 2006, qu'en l'espèce, la date à prendre en considération est celle de la rupture du contrat de travail. Celle-ci étant antérieure au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire, la cour d'appel a violé l'article L. 621-40 du code de commerce (nouvel article L. 622-21 de la loi du 26 juillet 2005) en condamnant la société, prise en la personne du commissaire à l'exécution du plan, à verser au salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

N° 494

Constitue un manquement délibéré de l'employeur à ses obligations, le retard dans le paiement des salaires lorsqu'il bénéficie d'un plan de redressement par continuation qui met fin à la période d'observation et fait recouvrir au débiteur la totalité de ses droits.

Par suite l'employeur peut être condamné à payer aux salariés, qui se trouvent dans une situation contraignante telle qu'ils sont obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, une indemnité correspondant à leur perte de salaire pendant la cessation de travail.

Soc. – 07 juin 2006.

Cassation

N^{os} 04-46.587, 04-46.664, 04-46.668 et 04-46.791. – C.P.H. Saint-Germain-en-Laye, 15 juin 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Funck-Brentano, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Il est de jurisprudence constante que l'exercice du droit de grève suspend l'exécution du contrat de travail pendant toute la durée de l'arrêt de travail, de sorte que l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire.

Toutefois, lorsque les salariés se trouvent dans une situation contraignante telle qu'ils sont obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, celui-ci peut être condamné à payer aux grévistes une indemnité correspondant à la perte de leur salaire (Soc., 02 mars 1994, *Bull.* 1994, V, n° 75, p. 53 ;

Soc., 29 mai 1996, *Bull.* 1996, V, n° 214, p. 149 ; Soc., 28 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 335, p. 240 et Soc., 26 janvier 2000, *Bull.* 2000, V, n° 37, p. 27).

Dans l'espèce soumise à la chambre sociale, les salariés d'une société placée en redressement judiciaire puis ayant bénéficié d'un plan de redressement par continuation avaient participé à un mouvement de grève motivé par le retard répété de paiement de leurs salaires. Ils sollicitaient l'indemnisation de la perte de salaires éprouvée par eux du fait des arrêts de travail en soutenant qu'ils avaient été contraints de recourir à la grève en raison des manquements de leur employeur à ses obligations.

La chambre sociale avait jugé dans deux précédents arrêts que « ne constitue pas un manquement délibéré de l'employeur à ses obligations, le retard dans le paiement des salaires lorsqu'il est la conséquence de difficultés financières de l'entreprise mise en redressement judiciaire » (Soc., 28 octobre 1997 et Soc., 26 janvier 2000, précités).

Dans l'arrêt d'espèce, la chambre sociale décide que lorsque l'employeur bénéficie d'un plan de redressement par continuation qui met fin à la période d'observation et fait recouvrir au débiteur la totalité de ses droits, le retard dans le paiement des salaires constitue un manquement délibéré de l'employeur à ses obligations.

En conséquence, l'employeur peut être condamné à payer aux salariés, qui se trouvent dans une situation contraignante telle qu'ils sont obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, une indemnité correspondant à leur perte de salaire pendant la cessation de travail.

N° 495

1° La disparition d'une entreprise à la suite de sa liquidation judiciaire met fin au mandat d'un salarié pour négocier la réduction du temps de travail.

2° Le salarié dont le licenciement est nul en l'absence d'autorisation administrative et dont la réintégration est matériellement impossible en raison de la disparition de l'employeur à la suite de sa liquidation judiciaire a droit à une indemnité forfaitaire égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction de l'entreprise jusqu'à l'expiration de la période de protection.

Soc. – 20 juin 2006.

Rejet

N° 05-44.256 – C.A. Lyon, 23 mai 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

1° Aux termes de l'article 3-III de la loi du 13 juin 1998 dite « Aubry I », « dans les entreprises ou établissements dépourvus de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical, à défaut d'un accord de branche mettant en œuvre les dispositions de l'article 6 de la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises

de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, un accord collectif peut être conclu par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales reconnues représentatives sur le plan national ou départemental pour ce qui concerne les départements d'Outre-mer ».

L'article précité prévoit que les salariés mandatés pour négocier les accords de réduction du temps de travail ont droit à la même protection que celle dont bénéficient les délégués syndicaux en vertu de l'article L. 412-18 du code du travail.

Cette protection expire, selon la loi, six mois à compter de la signature de l'accord ou, à défaut, de la fin du mandat ou de la fin de la négociation, délai porté ultérieurement à douze mois par la loi du 19 janvier 2000 dite « Aubry II ».

La présente espèce posait à la Cour la question de savoir si le mandat d'un salarié, désigné pour négocier dans son entreprise un accord de réduction du temps de travail puis licencié sans autorisation administrative par le mandataire liquidateur de la société placée en liquidation, avait cessé du fait de cette liquidation judiciaire.

La Cour répond que la disparition de l'entreprise du fait d'une liquidation judiciaire met nécessairement fin au mandat de négociation et donc à la protection du salarié qui l'exerce.

La chambre sociale avait déjà ainsi précisé, dans un arrêt concernant le même litige (Soc., 11 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 129, p. 118) qu'en l'absence de négociation, le mandat cessait par révocation du syndicat ou par constatation de sa caducité à la demande de l'employeur. Elle a jugé de même lorsqu'intervient la désignation, par le syndicat qui a mandaté le salarié, d'un délégué syndical (Soc., 30 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 312, p. 281).

2° La présente affaire posait également la question du terme de la période à prendre en considération pour l'indemnisation pour violation du statut protecteur, lorsque la réintégration au sein de l'entreprise est matériellement impossible.

Par le présent arrêt, la Cour juge qu'en cas de réintégration matériellement impossible du fait de la disparition de l'employeur à la suite de sa liquidation judiciaire, la période à prendre en compte pour l'indemnisation du salarié protégé s'étend du jour de son éviction jusqu'à la fin de la période de protection, soit en l'espèce six mois à compter de la fin du mandat de négociation.

* *Transfert irrégulier de salariés*

N° 496

1° Les salariés auxquels l'employeur impose un transfert de leur contrat de travail sans que les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail soient réunies peuvent se prévaloir d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2° Manque à son obligation d'exécution loyale du contrat de travail l'employeur qui transfère les contrats de travail de salariés sans que les conditions d'application de l'article L. 122-12 du code du travail soient réunies et élude ainsi les droits et garanties dont les salariés auraient bénéficié en cas de licenciement pour motif économique. Les conséquences préjudiciables d'une telle faute, distinctes de celles de la rupture du contrat de travail, peuvent être réparées.

Soc. – 21 juin 2006.

Rejet

N^{os} 05-42.418 à 05-42.440. – C.A. Aix-en-Provence, 15 mars 2005.

M. Gillet, Pt (f.f.). – M. Béraud, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

1° Aux termes de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

La jurisprudence a retenu que cette règle s'appliquait de plein droit en cas de transfert d'une entité économique autonome, c'est-à-dire d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre dont l'identité est maintenue (Soc., 7 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 363, p. 275).

Le présent arrêt permet de préciser les conséquences d'un transfert de contrats de travail, imposé par un employeur à des salariés, alors que ces conditions ne sont pas réunies.

En l'espèce, l'entité initiale avait en effet été divisée en deux départements, dont l'un avait été cédé par la société mère à une autre entreprise. La cour d'appel a retenu que les éléments qui lui étaient soumis ne permettaient pas de caractériser l'existence d'une entité économique autonome et admis les demandes des salariés qui invoquaient un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale de la Cour de cassation valide la démarche des juges du fond et affirme que lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, ne sont pas réunies, les salariés auxquels l'employeur a imposé un transfert de leurs contrats de travail peuvent se prévaloir d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2° Dans l'arrêt rendu le 21 juin 2006, la chambre sociale réaffirme également la portée de l'obligation générale de loyauté dont est tenu un employeur envers ses salariés, par application des articles 1134 du code civil et 120-4 du code du travail.

Elle précise qu'en utilisant les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail alors qu'il savait que les conditions d'application de ce texte n'étaient pas réunies, l'employeur a agi de mauvaise

foi et donc manqué à son obligation d'exécution loyale du contrat. Par ces agissements, l'employeur a en effet évité l'application des dispositions d'ordre public organisant notamment la sauvegarde de l'emploi en cas de difficultés économiques et les mesures alternatives aux licenciements pour motif économique.

La chambre sociale considère que la faute de l'employeur a causé au salarié un préjudice distinct de celui de la rupture du contrat, qui peut donc donner lieu à réparation.

4. Contrats particuliers

* Contrats de qualification

N° 497

L'obligation de formation prévue par l'article L. 981-1 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur avant la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, constitue une des conditions d'existence du contrat de qualification à défaut de laquelle il doit être requalifié en contrat à durée indéterminée.

Soc. – 28 juin 2006. Rejet

N° 04-42.734. – C.A. Colmar, 16 février 2004.

Soc. – 28 juin 2006. Cassation partielle

N° 04-42.815. – C.A. Grenoble, 9 février 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Marzi, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article L. 981-1 ancien du code du travail, dans le cadre d'un contrat de qualification, l'employeur s'engage à assurer au bénéficiaire une formation lui permettant d'acquérir une qualification professionnelle. Cette obligation de formation constitue un élément essentiel du contrat de qualification (Soc., 12 avril 1995, *Bull.* 1995, V, n° 136, p. 99).

Dans les deux espèces soumises à la Cour, les salariées ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de leur contrat en un contrat de travail à durée indéterminée pour manquement de l'employeur à son devoir de formation.

La question posée à la cour était la suivante : le non-respect par l'employeur de son obligation de formation peut-il entraîner la requalification du contrat en un contrat à durée indéterminée ?

La Cour s'est déjà prononcée sur les conséquences de la violation par l'employeur de son obligation de formation.

Elle a jugé que lorsque l'employeur ne respectait pas son engagement d'assurer une formation au salarié, l'intéressé pouvait demander à ce que son contrat soit requalifié en un contrat de droit commun (Soc., 18 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 560, p. 354).

Mais elle a précisé que le contrat une fois requalifié restait à durée déterminée (Soc., 2 mai 2000, pourvoi n° 97-43.894 ; Soc., 29 janvier 2002, *Bull.* 2002, V, n° 36, p. 34).

Cependant, la chambre a récemment retenu, concernant les *contrats emploi-solidarité et emploi-consolidés*, que lorsque l'employeur n'avait pas respecté les obligations relatives à la formation et à l'orientation professionnelle, ces contrats devaient être requalifiés en contrats à durée indéterminée en application de l'article L. 122-3-13 du code du travail (Soc., 30 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 305, p. 275). Rappelons que selon l'article L. 122-3-13, est réputé à durée indéterminée le contrat conclu en méconnaissance, notamment, de l'article L. 122-2, lequel dispose que le contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée lorsqu'il est conclu au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnel sans emploi.

En jugeant qu'en l'absence de formation, élément essentiel du contrat de qualification, celui-ci devait être requalifié en contrat à durée indéterminée, la Cour confirme cette évolution et rappelle la rigueur imposée aux employeurs concernant leur obligation de formation.

* Contrats conclus par les associations intermédiaires

N° 498

Il résulte des dispositions de l'article L. 322-4-16-3 du code du travail que les contrats de travail conclus par les associations intermédiaires en vue de mettre un salarié à la disposition d'une personne physique ou morale ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 122-1 et suivants du même code régissant les contrats de travail à durée déterminée.

Doit donc être cassé l'arrêt qui, ayant retenu que des salariés engagés par une association intermédiaire n'avaient été employés et rétribués que sur une période limitée dans le temps, a décidé qu'en ne fournissant plus de travail à l'issue de cette période, l'association intermédiaire avait rompu les contrats de travail à durée déterminée en violation de l'article L. 122-3-8 du code du travail.

Soc. – 14 juin 2006. Cassation sans renvoi

Nos 05-40.995 à 05-40.997. – C.P.H. Cambrai, 13 décembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

Selon les dispositions des articles L. 322-4-16 I et L. 322-4-16-3 1° du code du travail, les associations intermédiaires sont des associations ayant pour objet d'embaucher des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières afin de faciliter leur insertion profes-

sionnelle en les mettant à titre onéreux à disposition de personnes physiques ou de personnes morales, et qui ont conclu avec l'Etat une convention.

L'article L. 322-4-16-3 3^o du code du travail prévoit que le salarié d'une association intermédiaire peut être rémunéré soit sur la base du nombre d'heures effectivement travaillées chez l'utilisateur, soit sur la base d'un nombre d'heures forfaitaire déterminé dans le contrat (...).

La question posée à la Cour de cassation était de déterminer si un contrat conclu par une association intermédiaire conventionnée était ou non abusivement rompu lorsqu'aucune mission n'était confiée au salarié à l'issue de la période de mise à disposition. En l'espèce, les salariés dont il s'agit avaient été rémunérés sur la base du nombre d'heures travaillées.

Dans un arrêt du 23 février 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 71 (1), p. 62, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 69, janvier-février-mars 2005, n° 24, p. 64), la chambre sociale avait déjà affirmé le caractère dérogatoire au droit commun des contrats conclus par les associations intermédiaires en jugeant que « les associations intermédiaires étant régies par les dispositions de l'article L. 322-4-16-3 du code du travail, la violation des articles L. 124-1, L. 124-3 et L. 124-4 du code du travail n'est pas susceptible d'entraîner la requalification des contrats de travail temporaires en contrats de travail à durée indéterminée. »

Se situant dans la continuité de cette décision, la Cour retient que les contrats conclus par les associations intermédiaires en application de l'article L. 322-4-16-3 du code du travail ne sont pas soumis au régime du contrat de travail à durée déterminée. Dès lors, les dispositions de l'article L. 122-3-8 du code du travail, régissant la rupture des contrats à durée déterminée, ne s'appliquent pas aux contrats conclus par des associations intermédiaires. Ce contrat dérogatoire permet donc une rémunération des salariés qui en bénéficient sur la base du nombre d'heures effectivement travaillées, peu important qu'il existe des périodes non travaillées.

5. Statuts particuliers

* Artiste du spectacle

N° 499

Selon l'article L. 762-2 du code du travail, n'est pas considéré comme salaire la rémunération due à l'artiste à l'occasion de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de son interprétation, exécution ou présentation par l'employeur ou tout autre utilisateur dès lors que la présence physique de l'artiste n'est plus requise pour exploiter ledit enregistrement et que cette rémunération n'est en rien fonction du salaire reçu pour la production de son interprétation, exécution ou présentation, mais au contraire fonction du produit de la vente ou de l'exploitation dudit enregistrement.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui a décidé que les redevances prévues au contrat de travail devaient être considérées comme une rémunération salariale soumise à la prescription quinquennale, alors qu'il résultait de ses constatations et énonciations que le contrat d'enregistrement prévoyait une cession des droits rémunérée par des redevances calculées sur les ventes des enregistrements, non liées à la présence de l'artiste et ne présentant pas le caractère de salaire, de sorte que l'action en paiement n'était pas soumise à la prescription quinquennale mais à la prescription trentenaire.

Soc. – 17 mai 2006.

Cassation partielle

N° 03-46.716 – C.A. Paris, 3 juillet 2003

M. Sargos, Pt. – M. Texier, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

L'article L. 762-2 du code du travail précise le régime de la rémunération due à un artiste à l'occasion de l'exploitation de son travail et dispose qu'elle n'a pas le caractère de salaire dès lors que « la présence physique de l'artiste n'est plus requise pour exploiter ledit enregistrement et que cette rémunération n'est en rien fonction du salaire reçu pour la production de son interprétation, exécution ou présentation, mais au contraire fonction du produit de la vente ou de l'exploitation dudit enregistrement ».

Dans la présente espèce, des artistes musiciens réclamaient à leur société de production employeur le paiement de redevances prévues au contrat de travail. La cour d'appel avait rejeté la demande, qualifiant cette rémunération de salaire et constatant l'acquisition de la prescription quinquennale applicable.

Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation, censurant les juges d'appel, rappelle expressément la teneur des dispositions de l'article L. 762-2 du code du travail. Elle réaffirme en conséquence, conformément à une solution adoptée dans un litige récent relatif à une situation similaire (*Soc.*, 25 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 23, p. 22, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 73, janvier-février-mars 2006, n° 465), que la rémunération consistant en des redevances calculées sur les ventes des enregistrements et qui ne sont pas liées à la présence de l'artiste ne présente pas le caractère de salaire. Dès lors, l'action en paiement relative à ces redevances n'est pas soumise à la prescription quinquennale mais trentenaire.

* Journaliste

N° 500

Eu égard à la situation particulière de journalistes pigistes dont la rémunération, qui n'est pas fixée par un barème obligatoire, varie au sein de l'entreprise de telle sorte qu'elle ne peut être utilement rapportée au salaire minimal d'un journaliste à plein temps, un tribunal d'instance peut détermi-

ner l'effectif de l'entreprise par référence au salaire minimum de croissance également applicable aux journalistes pigistes.

Soc. – 10 mai 2006.

Rejet

N° 05-60.268. – T.I. Rennes, 7 juillet 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

L'article L. 412-11, alinéa 2, du code du travail dispose que « la désignation d'un délégué syndical peut intervenir lorsque l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes ».

L'affaire soumise à la Cour posait la question du calcul de ces effectifs dans une entreprise de presse employant un grand nombre de journalistes pigistes, dont la rémunération, en l'absence de barème, présentait des disparités. Quel salaire de référence fallait-il adopter, dès lors, pour déterminer les équivalents « taux plein » que représentaient les pigistes de l'entreprise ?

Le pourvoi faisait valoir notamment que le salaire de référence au sein de l'entreprise était celui du salaire minimum d'un journaliste à temps plein et que, par conséquent, le salaire de référence ne pouvait pas faire référence au SMIC.

Une circulaire du 27 mars 1991 du ministère du travail (n° 91-6) préconise, pour la prise en compte des compte des journalistes pigistes dans l'effectif, de se référer au total des piges versées par l'entreprise au cours des trois derniers mois, divisé par un salaire de référence pour obtenir un nombre d'équivalents salariés, ce salaire de référence pouvant être le salaire minimal d'un journaliste à temps plein.

Par le présent arrêt la Cour juge qu'en l'absence de barème obligatoire de rémunération et considérant les disparités dans la rémunérations des pigistes, les juges pouvaient calculer l'effectif de la société par référence au SMIC, « lequel est applicable à cette catégorie de salariés qui doivent être au moins rémunérés au taux du salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'ils ont effectuées ».

Dans un arrêt non publié rendu en 2003 (Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 02-41.957), la chambre sociale a déjà fait référence au SMIC pour le calcul de la prime d'ancienneté d'un journaliste pigiste.

* *Marin*

N° 501

Le tribunal d'instance est seul compétent pour connaître, après tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes, des litiges

entre armateur et marin portant sur la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat d'engagement régi par le code du travail maritime.

Soc. – 3 mai 2006.

Cassation sans renvoi et annulation

Nos 03-46.018, 04-46.506 et 04-47.468. – C.A. Aix-en-Provence, 26 juin 2003, 24 juin et 13 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Mazars, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

Le contrat d'engagement maritime est régi par le code du travail maritime qui définit ce contrat en son article premier comme « tout contrat d'engagement conclu entre un armateur ou son représentant et un marin, et ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire en vue d'une expédition maritime ».

L'article 2 du décret n° 59-1337 du 20 novembre 1959 précise que « les litiges qui s'élèvent en ce qui concerne les contrats d'engagement régis par le code du travail maritime, entre les armateurs ou leurs représentants et les marins, à l'exception des capitaines, sont portés devant le tribunal d'instance, après tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes ». Cette compétence est également affirmée par l'article R. 321-6 5° du code de l'organisation judiciaire.

Le présent litige posait la question de la limite de cette compétence, compte tenu des dispositions de l'article 4 du code du travail maritime aux termes duquel le code du travail régit le contrat de louage de services conclu entre un armateur ou son représentant et un marin hors des « périodes d'embarquement du marin ».

Dès lors, faut-il retenir la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes lorsque le litige concerne une période durant laquelle le marin se trouve à terre, soit par exemple, comme dans la présente espèce, consécutivement à une inaptitude physique à son emploi ?

La Cour de cassation censure une telle approche et retient une application littérale de l'article 2 du décret du 20 novembre 1959. C'est ainsi la relation spécifique de travail dans son ensemble entre l'armateur ou son représentant et le marin qui détermine la compétence du tribunal d'instance, indépendamment de la présence physique du marin à bord du navire ou de son inscription sur le rôle d'équipage.

N° 502

Le code du travail maritime ne peut être appliqué dans le territoire des îles Wallis-et-Futuna, le décret d'application exigé par l'article 2 de la loi n° 66-508 du 12 juillet 1966 étendant les dispositions du code du travail maritime à certains territoires d'Outre-mer n'ayant pas été pris.

Les relations nées de l'exécution d'un contrat conclu entre un officier employé par un armateur

pour servir sur un navire ayant son port d'immatriculation aux îles Wallis-et-Futuna sont régies par le code du travail de l'Outre-mer institué par la loi du 15 décembre 1952.

Soc. – 14 juin 2006. Cassation totale sans renvoi et annulation

N° 05-13.888. – C.A. Aix-en-Provence, 21 octobre 2003, 4 mai 2004 et 22 mars 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Mazars, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

L'arrêt précise le champ d'application du code du travail maritime dans les territoires d'Outre-mer et plus précisément celui des îles Wallis-et-Futuna.

En l'espèce, le litige opposait un marin à son armateur dont les navires étaient immatriculés au port de Mata-Hutu, capitale des îles précitées.

Il a déjà été jugé (Soc., 18 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n° 300, p. 236) que « Conformément à l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958, les lois édictées en France ne sont applicables, dans les territoires d'Outre-mer, qu'en vertu d'une loi spéciale. Aucun texte n'ayant décidé l'application du code du travail maritime au territoire des Terres antarctiques et australes françaises, les contrats des marins embarqués sur des navires régulièrement immatriculés dans le territoire des Terres antarctiques et australes françaises sont régis par les dispositions de la loi du 15 décembre 1952 instituant le code du travail d'Outre-mer ».

Le Conseil d'Etat avait également pris une décision en ce sens relativement au territoire des Terres antarctiques et australes françaises (CE, 27 octobre 1995, n° 87630 et 87684, publié au *Recueil Lebon*) et à la Polynésie française (avis du 27 février 1990, n° 347.323).

Le présent arrêt s'inscrit dans cette lignée jurisprudentielle en précisant que, si la loi du 12 juillet 1966 a, dans son article premier, déclaré applicables les dispositions du code du travail maritime à certains territoires d'Outre-mer, dont celui de Wallis-et-Futuna, son article 2 indiquait qu'un décret en Conseil d'Etat apportera « les adaptations rendues nécessaires par l'organisation administrative particulière » de ces territoires. Or un tel décret n'a pas été pris.

La Cour de cassation considère que l'intervention d'un décret était une condition nécessaire à l'applicabilité du code du travail maritime dans le territoire des îles Wallis-et-Futuna.

Le litige relevait donc bien du champ du code du travail de l'Outre-mer.

* Travailleur à domicile

N° 503

S'il est exact qu'un employeur n'a pas l'obligation, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, de fournir un volume de travail

constant au travailleur à domicile, il ne peut cependant modifier unilatéralement et sans justification la quantité de travail fourni et la rémunération.

Ayant relevé que la diminution considérable de la rémunération mensuelle moyenne d'une salariée, réduite de près de soixante pour cent en quelques années avec des versements dérisoires certains mois, n'était justifiée par aucun élément objectif mais résultait d'une volonté arbitraire de l'employeur, une cour d'appel a pu décider que celui-ci avait commis une faute génératrice d'un préjudice qu'elle a souverainement évalué.

Soc. – 5 avril 2006.

Rejet

N° 03-45.888. – C.A. Agen, 24 juin 2003.

M. Sargos, Pt. – M. Blatman, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Par le présent arrêt, la Cour de cassation réaffirme la portée des obligations de l'employeur en matière de travail à domicile, s'agissant plus particulièrement de la quantité de travail fournie au travailleur et de la rémunération qui en résulte.

La jurisprudence a indiqué que l'employeur était tenu de fournir du travail au travailleur à domicile (Soc., 30 juin 1993, pourvoi n° 90-41.540 ; Soc., 12 décembre 2001, pourvoi n° 99-44.693) et a précisé ultérieurement ce principe.

La chambre sociale a ainsi déjà jugé que « s'il est exact qu'un employeur n'a pas l'obligation, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, de fournir un volume de travail constant au travailleur à domicile, il ne peut cependant modifier unilatéralement et sans justification de façon durable la quantité de travail fourni et la rémunération », un tel comportement étant constitutif d'une faute de l'employeur (Soc., 10 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 315, p. 253).

Dans les mêmes termes, le présent arrêt approuve la cour d'appel qui a retenu que, nonobstant l'existence d'une clause contractuelle de variabilité, la diminution considérable de la rémunération mensuelle moyenne d'une salariée n'était justifiée par aucun élément objectif mais résultait d'une volonté arbitraire de l'employeur, ce dont il résultait que celui-ci avait commis une faute. Quant à l'étendue du préjudice ainsi causé, il est souverainement évalué par les juges du fond.

N° 504

Lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié.

Ayant constaté que les parties étaient convenues que le salarié effectuerait, aux frais de l'employeur, son travail à son domicile deux jours par semaine, la cour d'appel a pu décider que le fait pour l'employeur de lui imposer de travailler désormais tous les jours de la semaine au siège de la société consti-

tuait, peu important l'existence d'une clause de mobilité, une modification du contrat de travail que le salarié était en droit de refuser.

Soc. – 31 mai 2006.

Rejet

N° 04-43592. – C.A. Versailles, 16 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Auroy, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

Par un arrêt rendu le 12 janvier 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 7, p. 4) la chambre sociale de la Cour de cassation, au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a énoncé que le libre choix du domicile personnel est un attribut du droit de toute personne au respect de son domicile et qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché. Cette solution a été reprise par un arrêt de la même chambre sociale du 12 juillet 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 241, p. 210) et par un arrêt de la première chambre civile du 7 février 2006 (pourvoi n° 05-12.113). Un autre arrêt du 2 octobre 2001 (*Bull.* 2001, V, n° 292, p. 234), rendu au double visa de l'article 9 du code civil et de l'article L. 120-2 du code du travail, affirme qu'un salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail. Il s'agissait d'un salarié qui, initialement, disposait d'un bureau dans les locaux de sa société, laquelle avait entendu par la suite lui imposer de travailler à son domicile ; mais bien entendu un salarié pourrait accepter de travailler chez lui soit *ab initio* lors de la conclusion du premier contrat de travail, soit ultérieurement s'il accepte un tel changement.

La liberté fondamentale du choix de son domicile par le salarié est donc fermement affirmée. Mais lorsqu'un salarié a accepté de travailler à temps partiel ou complet à son domicile, se pose la question de savoir si le pouvoir de direction de l'employeur, en particulier lorsqu'une clause de mobilité est insérée dans le contrat de travail, permet de modifier cette modalité de l'exécution de la prestation de travail sans l'accord du salarié.

Dans un cas où les parties étaient convenues d'une exécution de la prestation de travail par le salarié à son domicile et selon un horaire de travail déterminé librement par l'intéressé, la chambre sociale (Soc., 12 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 417, p. 319) avait décidé que l'employeur, en imposant au salarié d'exécuter son travail au siège de l'entreprise et en remplaçant un horaire libre par un horaire fixe, avait modifié le contrat de travail et que le refus de cette modification par le salarié ne constituait pas une cause de licenciement. Par un autre arrêt du 13 avril 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 137, p. 117) la même chambre a considéré que, dès lors qu'un salarié avait été autorisé lors de son embauche à effectuer la partie administrative de son travail à son domicile

deux jours par semaine (le reste de son travail s'effectuant chez des clients), le fait de lui imposer de se rendre désormais au siège de l'entreprise, situé à une grande distance (plus de 200 kilomètres), pour exécuter ce travail constituait une modification de son contrat de travail qu'il était en droit de refuser.

Dans la présente espèce, les parties étaient convenues, en cours d'exécution du contrat de travail, qu'une salariée, responsable de communication, effectuerait son travail à son domicile, situé dans les Pyrénées-Orientales, deux jours par semaine, en ne se présentant au siège de la société, situé dans les Hauts-de-Seine, qu'en milieu de semaine, l'ensemble de ses frais de déplacement étant pris en charge par son employeur. Au retour du congé de maternité de cette salariée, l'employeur lui a demandé de revenir exercer ses fonctions tous les jours de la semaine au siège social, ce qu'elle a refusé. Elle a été licenciée pour faute grave tenant à un abandon de poste. Le conseil de prud'hommes, retenant que la fixation du lieu de travail relevait de la mise en œuvre de la clause de mobilité prévue au contrat, et donc du pouvoir de direction de l'employeur, avait écarté la faute grave mais retenu l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Par arrêt infirmatif, la cour d'appel, considérant que l'accord des parties portant sur l'accomplissement du travail à domicile constituait une modification du contrat de travail qui échappait au jeu de la clause de mobilité prévue au contrat et ne pouvait être modifiée que par un nouvel accord des parties, a jugé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale, en approuvant cette décision par un attendu de principe suivant lequel « *lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié* », a donc clairement écarté la thèse consistant à considérer le domicile comme un lieu de travail comme un autre, et soumis comme tel aux règles applicables en la matière, qui permettent de considérer qu'il n'existe pas de modification du contrat de travail lorsque l'employeur met avec bonne foi en œuvre une clause de mobilité. Mais la portée de cet arrêt est limitée au cas où il est mis fin à l'exécution d'une partie du travail à domicile et il ne tranche pas l'hypothèse du seul changement du lieu où le salarié doit exécuter l'autre partie de son travail.

Cette décision peut être mise dans la perspective du droit positif sur le télétravail. L'application de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail, qui reprend l'Accord-cadre européen du 16 juillet 2002, adopté selon la procédure de l'article 139 du Traité sur l'Union européenne, devrait mettre fin à l'insécurité juridique dans ce domaine, qui s'était jusqu'à présent développé dans un cadre largement informel. Le télétravail y est défini comme « *une forme d'organisation du travail utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat de travail, et dans laquelle un travail qui aurait pu être réalisé dans les locaux de l'employeur est*

effectué hors de ces locaux de façon régulière ». L'accord prévoit notamment les conditions de recours à cette organisation et les modalités de réversibilité.

Cette décision a été rendue sur avis conforme de l'avocat général.

B. – Durée du travail et rémunérations

1. Durée du travail, repos et congés

* Congés payés

N° 505

Les dispositions des articles D. 732-1 et suivants du code du travail relatives au recouvrement des cotisations à la caisse de congés payés du BTP ne sauraient faire échec au pouvoir de reporter ou échelonner le paiement des sommes dues, que le juge tient de l'article 1244-1 du code civil.

Est dès lors légalement justifié l'arrêt d'une cour d'appel qui a accordé des délais de paiement à un entrepreneur du bâtiment pour se libérer de ses cotisations à la caisse du BTP.

Soc. – 04 avril 2006.

Rejet

N° 04-15.284. – C.A. Amiens, 28 novembre 2003.

M. Sargos, Pt. – M. Texier, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

En ce qui concerne les professions à travail discontinu, des caisses de congés payés se substituent à l'employeur pour le paiement des indemnités de congés payés. Le secteur du bâtiment et des travaux publics, qui relève de ce régime, est régi par les articles D. 732-1 à D. 732-11 du code du travail. Les employeurs sont donc tenus de s'affilier à une caisse de congés payés et doivent acquitter des cotisations selon les modalités prévues par chaque caisse, des pénalités de retard pouvant être instituées.

Dans l'espèce soumise à l'examen de la chambre sociale de la Cour de cassation, il s'agissait de déterminer si le juge pouvait accorder des délais pour le paiement des cotisations dues aux caisses de congés payés du bâtiment et des travaux publics.

Par le présent arrêt, la chambre sociale, approuvant la décision des juges d'appel, décide que les dispositions des articles D. 732-1 et suivants du code du travail ne font pas obstacle au pouvoir que le juge tient de l'article 1244-1 du code civil de reporter ou d'échelonner le paiement des sommes dues.

Cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence, la chambre ayant précédemment (Soc., 12 février 1987, *Bull.* 1987, V, n° 74, p. 48 ; Soc., 11 juin 2003, pourvoi n° 01-15.724) jugé que « le caractère impératif des articles D. 732-1 et suivants du code du travail n'autorise pas le juge à accorder des délais pour le paiement des cotisations et majorations de retard

que doit verser chaque entreprise affiliée aux caisses de congés payés des professions du bâtiment et des travaux publics ».

* Durée du travail (règles générales)

N° 506

La modulation du travail à temps partiel instituée par l'article L. 212-4-6 du code du travail ne peut résulter que d'un accord collectif ; or, l'accord du 1^{er} avril 1999 visant à mettre en œuvre la création d'emplois par l'aménagement et la réduction du temps de travail dans la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif, ne contient pas de dispositions applicables aux salariés à temps partiel en ce qui concerne la modulation du temps de travail, l'article 15-3 dudit accord étant relatif au contrat de travail à temps partiel annualisé.

Par ailleurs, l'avenant au contrat de travail d'un salarié prévoyant son emploi à temps partiel, ayant été conclu le 16 novembre 2000, n'a pu mettre en place un contrat de travail à temps partiel annualisé en application des dispositions anciennes des articles L. 212-4-2 et L. 212-4-3 du code du travail, la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 ayant supprimé la possibilité de conclure un tel contrat.

Il en résulte que la cour d'appel a exactement décidé que l'employeur ne pouvait décompter sur l'année les heures de travail effectuées par ce salarié à temps partiel.

Soc. – 3 mai 2006.

Rejet

N° 04-44.093. – C.A. Besançon, 2 avril 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Le présent litige posait la question de la possibilité pour un employeur de décompter sur l'année les heures de travail d'un salarié à temps partiel dans la branche sanitaire, sociale et médico-sociale.

La possibilité d'une modulation annuelle du travail à temps partiel résulte de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, dite loi « Aubry II », et fait l'objet de règles spécifiques énoncées à l'article L. 212-4-6 du code du travail. Selon cet article « Une convention ou un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne la durée stipulée au contrat de travail ».

Il en résulte que la modulation annuelle du temps partiel ne peut résulter que d'un accord collectif.

En l'espèce, l'employeur soutenait être en droit de décompter sur l'année les heures de travail d'un de ses salariés employé à temps partiel, se fondant sur l'accord du 1^{er} avril 1999 visant à mettre en œuvre la

création d'emplois par l'aménagement et la réduction du temps de travail dans la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif.

La Cour de cassation relève d'abord que cet accord ne prévoyait pas la possibilité d'une modulation du temps de travail pour les salariés à temps partiel.

En effet, l'article 15-3 de cet accord s'applique non au travail à temps partiel modulé mais au contrat à temps partiel annualisé, ce type de contrat ayant été mis en place par la loi quinquennale pour l'emploi du 20 décembre 1993 et supprimé par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000.

Or, l'avenant au contrat de travail prévoyant le passage du salarié à temps partiel ayant été conclu postérieurement à cette dernière loi, il en résultait que ledit avenant n'avait pu mettre en place un contrat de travail à temps partiel annualisé en application des dispositions anciennes.

En tout état de cause, l'employeur ne pouvait donc pas décompter l'horaire de travail de ce salarié à temps partiel sur l'année.

* *Infraction à la durée du travail*

N° 507

La remise d'un exemplaire du procès-verbal au contrevenant prévue par l'article L. 611-10 du code du travail en matière d'infraction à la durée du travail n'est pas applicable quand le prévenu est poursuivi sur le fondement des articles 3 et 3 bis de l'ordonnance n° 58-1310 du 28 décembre 1958 pour avoir détérioré un dispositif destiné au contrôle des conditions de travail dans les transports routiers.

Crim. – 7 juin 2006. Cassation

N° 05-86.699. – C.A. Douai, 23 septembre 2005.

M. Cotte, Pt. – Mme Palisse, Rap. – M. Launay, Av. Gén.

* *Temps partiel – temps complet*

N° 508

Selon l'article L. 212-4-3 du code du travail, le contrat de travail à temps partiel détermine les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires au-delà du temps fixé par le contrat. Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale du travail ou de la durée fixée conventionnellement.

Encourt la cassation l'arrêt qui décide que sont réguliers les avenants en exécution desquels un salarié employé à temps partiel, pour vingt-deux heures hebdomadaires, devait, pour pourvoir au remplacement d'un autre salarié malade ou faire face à un surcroît d'activité, effectuer temporaire-

ment des heures complémentaires portant la durée hebdomadaire du travail à 35 heures, durée fixée conventionnellement.

Soc. – 5 avril 2006.

Cassation

N° 04-43.180. – C.A. Douai, 27 février 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Mazars, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Selon les dispositions de l'article L. 212-4-3, alinéa 3, du code du travail « *les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail effectué par un salarié [à temps partiel] au niveau de la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement* ».

Lorsqu'un salarié effectue temporairement, en exécution d'avenants à son contrat de travail, des heures complémentaires pour remplacer un collègue malade ou faire face à un surcroît d'activité et que sa durée hebdomadaire de travail est ainsi portée à la durée fixée conventionnellement, l'intéressé peut-il prétendre à la requalification de son contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps complet ?

C'est ce que juge la chambre sociale, qui censure la position prise par les juges d'appel ayant débouté le salarié de ses demandes ; en effet, de tels avenants n'étaient pas conformes à la loi.

La Cour de cassation réaffirme ainsi l'interprétation stricte qui doit être faite des textes régissant le travail à temps partiel, et ce quelles que soient la forme et les modalités d'exécution des heures complémentaires.

Elle avait ainsi déjà rappelé que le nombre d'heures complémentaires effectuées par un salarié à temps partiel au cours d'une même semaine ou d'un même mois ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue au contrat (Soc., 30 juin 1999, *Bull.* 1999, V, n° 318, p. 230).

Dans un cas où le travail accompli dans le cadre de contrats à durée déterminée de remplacement avait pour effet de faire effectuer au salarié, engagé selon contrat à durée indéterminée à temps partiel, des heures complémentaires en dehors des conditions fixées par l'article L. 212-4-3 du code du travail, elle avait également censuré les juges du fond ayant débouté l'intéressé de sa demande de requalification de son contrat de travail à temps partiel en un contrat de travail à temps complet, sans rechercher si la durée cumulée des heures travaillées au titre de l'ensemble des contrats n'excédait pas la durée de travail prévue par l'article L. 212-4-2, dans sa rédaction alors applicable, soit une durée de travail mensuelle inférieure d'au moins un cinquième à la durée légale ou conventionnelle (Soc., 24 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 519, p. 387).

*** Temps de travail – temps effectif****N° 509**

Une cour d'appel qui constate que la sujétion imposée à une directrice de résidence pour personnes âgées de se tenir durant la nuit dans son logement de fonction personnel situé au sein de l'établissement, afin d'être en mesure d'intervenir en cas d'urgence, ne l'empêchait pas de vaquer à des occupations personnelles, en déduit exactement que les heures de permanences effectuées constituaient une astreinte et non un travail effectif.

Soc. – 31 mai 2006.**Rejet**

N° 04-41.595. – C.A. Versailles, 8 janvier 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article L. 212-4 du code du travail, « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

L'article L. 212-4 bis du code du travail, introduit par la loi du 19 janvier 2000 et directement inspiré par la jurisprudence de la chambre sociale, définit, quant à lui, la période d'astreinte « comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif ».

Un critère déterminant pour distinguer le temps de travail effectif de l'astreinte est le lieu d'exécution de la prestation.

Si la prestation de garde ou de permanence se déroule sur le lieu de travail ou dans un lieu imposé, juridiquement, elle constitue un temps de travail effectif, même si ce temps comporte des périodes d'attente.

A cet égard, si le droit communautaire ignore la notion d'astreinte et ne distingue qu'entre temps de travail et temps de repos, la Cour de justice des Communautés européennes juge de manière constante que les services de garde que le travailleur effectue selon le régime de la présence physique dans l'établissement de l'employeur (ou sur le lieu déterminé par l'employeur) doivent être considérés dans leur intégralité comme du temps de travail au sens de la Directive n° 93/104, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (abrogée et remplacée par la Directive 2003/88, du 4 novembre 2003), indépendamment de l'intensité du travail fourni et du fait que le salarié avait la possibilité de dormir dans une « chambre de garde » (cf. arrêts Simap du 3 octobre 2000, Jaeger du 9 septembre 2003 et Pfeiffer du 5 octobre 2004).

En revanche, si la prestation de garde ou de permanence se déroule au domicile (ou à proximité du domicile) du salarié, elle répond bien à la définition de l'astreinte.

Qu'en est-il cependant lorsque la permanence est assurée dans un logement de fonction personnel situé dans l'enceinte de l'entreprise ?

La chambre sociale, assimilant le logement de fonction personnel à un domicile au sens de l'article L. 212-4 bis du code du travail, juge que si le salarié assurant une permanence dans un logement de fonction peut vaquer à des occupations personnelles, la permanence ainsi assurée constitue un temps d'astreinte et non un temps de travail effectif.

Elle s'inscrit ainsi dans la continuité de plusieurs arrêts jugeant que la permanence assurée dans un logement de fonction constitue une astreinte (Soc., 3 juin 1998, Bull. 1998, V, n° 292, p. 221 ; Soc., 16 juin 2004, Bull. 2004, V, n° 167, p. 157), mais seulement si le salarié concerné est en mesure de vaquer à ses occupations personnelles, ce qu'il revient aux juges du fond de constater.

2. Rémunérations*** Intéressement****N° 510**

Encourt la cassation l'arrêt qui, statuant sur un litige afférent à une prime d'intéressement, se prononce par des motifs caractérisant la seule existence d'une catégorie professionnelle alors que l'article L. 441-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 94-640 du 25 juillet 1994, applicable aux accords d'intéressement conclus après l'entrée en vigueur de cette loi, ne l'autorise pas.

Soc. – 20 juin 2006.**Cassation partielle**

N° 04-45.932. – C.A. Paris, 2 juin 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

L'article L. 441-1 du code du travail prévoit que « l'intéressement des salariés à l'entreprise peut être assuré dans toute entreprise qui satisfait aux obligations lui incombant en matière de représentation du personnel, quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique, par un accord valable pour une durée de trois ans ».

L'article L. 441-2, dans sa rédaction issue de la loi n° 94-640 du 25 juillet 1994, dispose que les accords ainsi intervenus doivent instituer un intéressement collectif des salariés et définir les modalités de calcul et les critères de répartition de l'intéressement. Si tous les salariés de l'entreprise ou des établissements entrant dans le champ d'application de l'accord doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement, la répartition entre les bénéficiaires peut être uniforme, proportionnelle à la durée

de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ou proportionnelle aux salaires, et ces critères peuvent varier selon les établissements et les unités de travail.

Le présent arrêt précise les conditions d'application de ces dispositions à une catégorie professionnelle déterminée au sein de l'entreprise.

Il avait déjà été jugé que « *tous les salariés de l'entreprise où a été conclu un accord d'intéressement doivent bénéficier des produits de l'intéressement* » et que « *un tel accord ne peut valablement écarter du bénéfice de l'intéressement une catégorie de personnel* » (Soc., 23 novembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 454, p. 335).

Il s'agissait en l'espèce de déterminer si, en appliquant des modalités de calcul de l'intéressement différentes pour ses VRP, une entreprise se conformait aux critères de répartition ainsi définis par la loi.

La chambre sociale rappelle le caractère collectif attaché à l'intéressement (Soc., 25 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 67, p. 63 et Soc., 21 octobre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 257, p. 263) et censure les juges du fond qui avaient estimé qu'une telle clause n'emportait pas discrimination à l'égard des salariés VRP qui constituaient une « entité de travail » particulière à laquelle pouvait correspondre une répartition de la prime différente de celle accordée aux autres salariés.

Pour la Cour de cassation, un accord d'intéressement ne peut valablement appliquer des critères de répartition distincts selon les catégories professionnelles de salariés, les VRP ne constituant pas une unité de travail au sens de la loi.

* Majoration pour travail de nuit

N° 511

Aux termes des articles L. 213-1-1, L. 213-2 et L. 213-4 du code du travail issus de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, la contrepartie dont doivent obligatoirement bénéficier les travailleurs de nuit, au titre des périodes de nuit pendant lesquelles ils sont occupés, doit être prévue sous forme de repos compensateur, à laquelle peut s'ajouter, le cas échéant, une compensation salariale.

Il en résulte que la définition du travail de nuit prévue par l'article L. 213-1-1 du code du travail n'a pas pour effet de modifier les conditions d'attribution de la compensation salariale fixées par une convention collective pour le travail de nuit, alors même qu'elles ne prendraient pas en compte la totalité des heures entre 21 heures et 6 heures.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt de cour d'appel qui décide, à raison du caractère d'ordre public de la définition légale du travail de nuit et de son applicabilité immédiate, d'accueillir la demande des salariés tendant au paiement, dès l'entrée en vigueur de la loi du 9 mai 2001, des majorations salariales pour travail de nuit prévues par l'article 24 de la convention collective du commerce à prédominance alimentaire puis par l'article 5-12 de

celle du commerce de gros et de détail à prédominance alimentaire, pour les heures accomplies entre 21 heures et 22 heures et 5 heures et 6 heures, alors que les majorations salariales conventionnelles n'étaient prévues que pour la tranche 22 heures/5 heures (arrêt n° 1).

Est en revanche justifiée la décision du conseil de prud'hommes qui rejette une demande identique dès lors qu'il constate que les salariés ont perçu les majorations salariales conventionnelles pour travail de nuit correspondant à la tranche horaire retenue par la même convention collective, soit 22 heures/5 heures (arrêt n° 2).

Les dispositions des articles L. 213-1-1, L. 213-2 et L. 213-4 du code du travail n'instituent pas une obligation de négocier des contreparties salariales au travail de nuit dans un délai d'un an (arrêt n° 1).

Arrêt n° 1 :

Soc. – 21 juin 2006.

Cassation

N^{os} 05-42.073, 05-42.075 et 05-42.083. – C.A. Aix-en-Provence, 22 février 2005.

M. Sargos, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Arrêt n° 2 :

Soc. – 21 juin 2006.

Rejet

N^{os} 05-42.307 à 05-42.318. – C.P.H. Nancy, 14 mars 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

La loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 a défini le travail de nuit pour tous les salariés comme étant celui effectué entre 21 heures et 6 heures (article L. 213-1-1 du code du travail). Or de nombreuses conventions collectives avaient retenu une amplitude horaire différente – souvent de 22 heures à 5 heures du matin – en ce qui concerne la compensation salariale du travail de nuit. A la suite de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, des salariés ont demandé que la compensation salariale prévue par la convention collective dont ils relevaient soit de plein droit étendue à la totalité de la nouvelle amplitude du travail de nuit.

Dans un premier temps, la chambre sociale a considéré que le nouvel article L. 213-1-1 du code du travail étant d'ordre public et devant s'appliquer immédiatement, les majorations salariales pour travail de nuit prévues par les conventions collectives devaient être versées, dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, pour l'ensemble de cette tranche horaire, même si ces conventions prévoyaient d'en faire bénéficier les salariés sur une période plus limitée (cf. en dernier lieu, en matière de référé, Soc., 16 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 372, p. 328).

Les deux arrêts du 21 juin 2006 ont modifié cette première interprétation pour des raisons tenant à la protection de la santé et de la sécurité des sala-

riés – et on sait qu'il s'agit là d'une préoccupation majeure de la chambre sociale – et à l'évolution des accords collectifs en la matière.

La loi du 9 mai 2001 avait en effet pour finalité essentielle de protéger la santé des travailleurs conduits à travailler de nuit, eu égard à la nocivité de ce type de travail, largement rappelée au cours des travaux parlementaires. Cette préoccupation a incité le législateur, conscient que plus de 80 % des accords collectifs ne prévoyaient que des contreparties salariales au travail de nuit et seulement 15 % des contreparties en terme de repos, à n'imposer comme seule contrepartie obligatoire au travail de nuit que celles en terme de repos : « *Les travailleurs de nuit bénéficient de contreparties au titre des périodes de nuit pendant lesquelles ils sont occupés sous forme de repos compensateur et, le cas échéant, sous forme de compensation salariale* » (article L. 213-4 du code du travail).

Dès lors, le caractère d'ordre public de la définition légale du travail de nuit, mais aussi de celle du travailleur de nuit (article L. 213-2 du code du travail), s'il a matière à produire ses effets en ce qui concerne les contreparties en termes de repos, ne saurait conduire à modifier les conditions d'attribution des contreparties salariales fixées par les conventions collectives, qui demeurent du seul domaine conventionnel.

L'étude des pourvois examinés, qui concernaient des entreprises relevant de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, a par ailleurs permis de constater que les partenaires sociaux de cette branche avaient décidé, dans l'accord qu'ils ont signé le 26 novembre 2003 et qui a été étendu le 7 mai 2004, de prévoir une majoration salariale plus faible pour la tranche 21 heures/22 heures par rapport aux heures effectuées entre 22 heures et 5 heures, et de n'en prévoir aucune pour la tranche horaire 5 heures/6 heures, ces majorations s'appliquant d'ailleurs à tous les salariés travaillant dans ces tranches horaires, indépendamment de savoir s'ils doivent être considérés comme travailleurs de nuit au titre de la convention collective (article 5-12 de la convention collective). Il était donc nécessaire d'assurer la sécurité juridique des accords signés ou à venir en application de la loi du 9 mai 2001.

Pour l'ensemble de ces raisons, qui lui ont paru suffisamment valables pour justifier un revirement, la chambre sociale a donc décidé que la nouvelle définition du travail de nuit n'avait pas pour effet de modifier les conditions d'attribution de la compensation salariale fixées par une convention collective, alors même qu'elles ne prendraient pas en compte la totalité des heures entre 21 heures et 6 heures.

La chambre a ainsi cassé l'arrêt décidant que les majorations salariales étaient également dues pour les tranches 21 heures/22 heures et 5 heures/6 heures, alors que la convention ne les prévoyait que pour les heures effectuées entre 22 heures et 5 heures (arrêt n° 1). Elle a en revanche approuvé un conseil de prud'hommes qui, ayant constaté que

des salariés – auxquels la même convention collective était applicable – avaient été remplis de leurs droits, l'employeur ayant payé les majorations salariales conventionnelles, avait rejeté leurs demandes pour les mêmes tranches horaires (arrêt n° 2).

* *Salaires*

N° 512

Des difficultés financières ne peuvent justifier le manquement de l'employeur à l'obligation de payer les salaires : il appartient à l'employeur qui ne peut, en raison de telles difficultés, assurer la pérennité du travail d'un salarié et le règlement de ses salaires, soit de licencier ce salarié pour ce motif économique, soit de se déclarer en état de cessation des paiements.

Soc. – 20 juin 2006.

Cassation

N° 05-40.662. – C.A. Rennes, 23 novembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

Le salaire, qui représente la rémunération de l'activité du travailleur lié à l'employeur par un contrat de travail, constitue une obligation essentielle de celui-ci.

Selon la jurisprudence, le fait de ne pas payer le salaire convenu (sous réserve de situations dans lesquelles seule une très faible somme n'a pas été payée) entraîne la rupture du contrat par l'employeur, rupture qui s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le retard dans le paiement du salaire emporte les mêmes effets (Soc., 18 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 495 (1), p. 369 ; Soc., 29 mai 1990, *Bull.* 1990, V, n° 244 (1), p. 145 ; Soc., 22 septembre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 221, p. 15), sous réserve d'un retard très minime (*cf.* Soc., 19 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 12, p. 10).

Devant la difficulté à payer le salaire, l'employeur ne peut que licencier le salarié pour motif économique ou, s'il se trouve en état de cessation des paiements, solliciter l'ouverture d'une procédure collective.

En outre, pour le paiement des créances salariales, l'employeur débiteur des salaires ne peut solliciter du juge un délai de paiement sur le fondement de l'article 1244 du code civil (Soc., 18 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 555, p. 351).

Ce sont ces principes que la Cour de cassation rappelle dans la présente espèce, qui concernait un salarié protégé, cette circonstance ne modifiant pas la teneur de l'obligation de l'employeur.

* *Salaires (à travail égal, salaire égal)*

N° 513

Il n'y a pas méconnaissance du principe « à travail égal salaire égal » lorsque l'employeur justifie par

des raisons objectives la différence de rémunérations allouées aux salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale ; et, pour l'application de ce principe, la rémunération d'un même emploi, à condition de ne pas être inférieure à celle d'un salarié occupant cet emploi sous un contrat de travail à durée indéterminée, peut tenir compte de la situation juridique du salarié dans l'entreprise. Le statut d'intermittent du spectacle d'un salarié, ainsi que son ancienneté non prise en compte par ailleurs, peuvent dès lors justifier à son profit une différence de rémunération par rapport à un autre salarié occupant un même emploi mais bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Soc. – 28 avril 2006. Cassation partielle

N° 03-47.171 – C.A. Paris, 19 septembre 2003

M. Sargos, Pt. – M. Bouret, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

Le principe de libre fixation des salaires par l'employeur se trouve limité par la règle « à travail égal, salaire égal » qui veut que des salariés placés dans une situation identique ne puissent faire l'objet d'un traitement salarial différencié.

Cette règle, consacrée pour la première fois en jurisprudence dans l'arrêt X... (Soc., 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359, p. 255), a été érigée en principe général du droit par un arrêt du 18 mai 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 213, p. 156).

La jurisprudence en a défini les conditions d'application en précisant notamment qu'un employeur pouvait établir une différence de traitement entre les salariés s'il « justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale » et que la raison objective pouvait consister en « la nécessité de recruter d'urgence un responsable qualifié pour éviter la fermeture d'un établissement » (Soc., 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 206, p. 181). L'employeur peut également justifier une différence de rémunération entre deux personnes qui accomplissent les mêmes tâches par des raisons tenant à l'ancienneté (Soc., 29 octobre 1996, précité) ou aux compétences (Soc., 10 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 317, p. 247).

La présente espèce posait la question de l'application de ce principe à la rémunération d'un même emploi, occupé par deux salariés dont la situation juridique était différente.

Un salarié sous contrat à durée indéterminée bénéficiait ainsi d'une rémunération moins importante que celle accordée à un autre salarié intermittent du spectacle qui effectuait les mêmes tâches.

La chambre sociale juge que cette différence de rémunération est justifiée par des raisons objectives, tenant non seulement à l'ancienneté du salarié intermittent du spectacle mais aussi à son statut. Le salarié sous contrat à durée indéterminée béné-

ficie en effet d'une situation plus stable, à laquelle sont attachés des avantages, tels que l'accès à une mutuelle ou à un plan d'épargne d'entreprise.

N° 514

Des accords collectifs peuvent, sans méconnaître le principe « à travail égal, salaire égal », prendre en compte pour le calcul des rémunérations le parcours professionnel spécifique de certains salariés bénéficiant d'une promotion. D'autres salariés n'ayant pas eu le même parcours professionnel mais occupant le même emploi et percevant une rémunération moindre, ne sont dès lors pas fondés à soutenir qu'ils auraient été victimes d'une inégalité salariale, en violation du principe précité, par rapport à leurs collègues promus.

Soc. – 3 mai 2006. Cassation sans renvoi

N° 03-42.920 – C.A. Paris, 11 février 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Cet arrêt, ainsi que d'autres du même jour, ont permis à la chambre sociale de la Cour de cassation de se prononcer sur le principe « à travail égal, salaire égal » en matière d'accords collectifs, qui doivent assurer son application (article L. 136-2 8 du code du travail).

On rappellera d'abord qu'il résulte de ce principe, selon la formulation de l'arrêt X... du 29 octobre 1996 (*Bull.* 1996, V, n° 359, p. 255, précité) que « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe d'une même entreprise, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ». Des différences de rémunérations pour un travail égal ou de valeur égale doivent donc être justifiées par des éléments objectifs.

C'est ainsi qu'ont été reconnus comme justification objective d'une différence de traitement :

- la performance, généralement rémunérée par des primes dont le calcul doit obéir à des critères objectifs et vérifiables (Soc., 18 janvier 2000, *Bull.*, 2000, V, n° 25, p. 19) ;

- l'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte dans une prime spéciale mais intégrée dans le salaire de base (Soc., 20 juin 2001, pourvoi n° 99-43.905) ;

- la date d'embauche, entraînant l'application d'accord collectifs distincts (Soc., 11 décembre 2002, pourvoi n° 00-46.800) ;

- la qualité du travail fourni (Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 354, p. 347) ;

- l'expérience acquise sur le site (Soc., 16 février 2005, pourvoi n° 03-40.465) ou dans l'entreprise (Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 03-42.033) ;

- la date d'embauche postérieure à la mise en œuvre d'un accord de réduction du temps de

travail prévoyant pour les seuls salariés en fonction antérieurement une indemnité compensatrice de la réduction de salaire (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 347, p. 307) ;

– des tâches plus larges dans un poste de travail identique (Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 00-42.536) ;

– une technicité particulière du poste (Soc., 8 janvier 2003, pourvoi n° 00-41.228) ;

– la charge de responsabilités particulières (Soc., 11 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.258) ;

– l'appartenance des salariés à des statuts différents (salariés de droit privé et fonctionnaires – Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-43.026 – ou salarié sous contrat à durée indéterminée et intermittent du spectacle – arrêt récent du 28 avril 2006, pourvoi n° 03-47.171) à des établissements distincts (Soc., 27 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 422 ; Soc., 18 janvier 2006, pourvoi n° 03-45.422) ou à des entreprises distinctes (Soc., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 235, p. 206) ;

– la pénurie de candidats entraînant le risque de fermeture de l'établissement (Soc., 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 206, p. 181), ce qu'admettait déjà la jurisprudence communautaire (CJCE, 27 octobre 1993, C-127/92) ;

– la nationalité pour une prime d'expatriation fondée sur la volonté de créer un pôle d'excellence scientifique international attirant pour les étrangers (Soc., 9 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 312, p. 274).

Le présent arrêt du 3 mai 2006 concerne un protocole d'accord du 14 mai 1992 relatif à une nouvelle classification des emplois des organismes de sécurité sociale et de leurs établissements à compter du 1^{er} janvier 1993, qui avait en particulier pour objet d'assurer de nouvelles perspectives de carrière aux agents en favorisant leur promotion et qui a procédé à un redéploiement des échelons conventionnels au sein de chaque niveau de qualification.

De l'application de ces dispositions conventionnelles est née une disparité de rémunération entre des salariés de même qualification exerçant le même emploi. Les salariés ayant une rémunération inférieure à celle de leurs collègues nommés par la suite dans le cadre de promotions ont demandé un rappel de salaires que la cour d'appel leur avait accordé.

En prononçant une cassation la chambre sociale a considéré que le parcours professionnel spécifique des salariés promus, pris en considération par les accords collectifs dans le but de favoriser la promotion professionnelle, constituait une justification objective de la différence de rémunération par rapports à leurs collègues, qui n'étaient ainsi pas dans une situation identique, de sorte que le principe que le principe « à travail égal, salaire égal » n'avait pas été méconnu.

* Garantie AGS

N° 515

En vertu de la Directive n° 80/987/CEE, du Conseil du 20 octobre 1980, applicable au litige, lorsqu'une entreprise, mise en liquidation judiciaire dans un Etat membre, dispose d'un établissement dans un autre Etat membre, les créances des salariés qui y exercent leur activité sont garanties, en cas d'insolvabilité de l'employeur, par les institutions du lieu de cette activité.

Dès lors, la cour d'appel qui a constaté que l'employeur était une société de droit anglais mise en liquidation en Grande-Bretagne et que la salariée exerçait son activité en France où la société était établie, a décidé à bon droit que, quelle que soit la nature juridique de cet établissement, l'AGS devait garantir les créances résultant de la rupture du contrat de travail de l'intéressée, en application de l'article L. 143-11-1 du code du travail, qui a valeur de transposition en droit français de la Directive précitée.

Soc. – 26 avril 2006.

Rejet

N° 03-47.334. – C.A. Paris, 19 septembre 2003.

M. Bailly, Pt (f.f.). – M. Leblanc, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

Le présent litige posait la question des conditions auxquelles l'AGS peut garantir les créances de salariés travaillant en France pour des sociétés d'un autre Etat membre de l'Union européenne, dans lequel ces sociétés font l'objet d'une procédure collective.

La Cour de justice des Communautés européennes a admis en 1999 (affaire C 198/98 du 16 décembre 1999) que « lorsque les travailleurs exercent leurs activités dans un Etat membre pour le compte d'une succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre dans lequel cette société a son siège et y est mise en liquidation, l'institution compétente pour le paiement des créances des salariés est celle de l'Etat sur le territoire duquel ils exercent leur activité ».

La chambre sociale a appliqué depuis lors cette solution en décidant que l'AGS était tenue de garantir les créances des salariés de sociétés étrangères mises en liquidation dans leur pays d'origine dès lors que les intéressés exerçaient leur activité en France en vertu de l'article L. 143-11-1 du code du travail, valant transposition de la Directive n° 80/987/CEE, du 20 octobre 1980 (Soc., 3 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 183, p. 179, 2 arrêts, RJS 8/9/03 n° 1020, rapport de M. le doyen Chagny, DS p. 837, avis de M. l'avocat général Lyon-Caen RJS 8/9, p. 658 ; Soc., 2 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 228, p. 223, RJS 10/02 n° 1128).

Cette obligation de l'AGS est-elle soumise à l'existence d'un établissement de la société étrangère en France ?

Le présent arrêt apporte à cette question une réponse positive mais il admet que la nature juridique de l'établissement est indifférente.

La chambre sociale avait déjà précédemment jugé qu'il n'était pas nécessaire que l'établissement soit pourvu de la personnalité morale (Soc., 2 juillet 2002, précité) ou qu'il ait versé des cotisations pour la garantie des créances salariales (Soc., 3 juin 2003, précité).

N° 516

La demande d'admission de l'employeur au dispositif de désendettement des rapatriés installés dans une profession non salariée ne prive pas les salariés de leur droit à garantie des créances nées de l'exécution et de la rupture du contrat de travail, tels qu'ils résultent des articles L. 143-11-1 et suivants du code du travail, interprétés au regard de la Directive n° 80/987/CEE, du 20 octobre 1980, relative à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur.

En conséquence, une cour d'appel qui constate que le liquidateur a rompu le contrat de travail dans les quinze jours du jugement de liquidation judiciaire décide exactement que l'AGS est tenue de garantir les sommes dues au salarié en raison de cette rupture.

Soc. – 7 juin 2006.

Rejet

N° 04-42.547. – C.A. Montpellier, 27 janvier 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article L. 143-11-1 du code du travail, résultant de la transposition en droit interne de la Directive n° 80/987/CEE, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, institue un mécanisme obligatoire de garantie des créances des salariés en cas de procédure collective et prévoit que l'assurance couvre notamment « *les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation, [...] dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation* ». Cette garantie est assurée par l'association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS).

Le présent arrêt répond à la question des effets, à l'égard de l'AGS, d'une demande d'admission de l'employeur au bénéfice du dispositif de désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée, cette demande ayant pour conséquence la suspension de la procédure de liquidation judiciaire prononcée contre l'employeur.

En l'espèce, une entreprise avait été placée en liquidation judiciaire, le liquidateur licenciant pour motif économique un des salariés. Ce dernier a saisi la juridiction prud'homale d'une demande d'annulation du licenciement ainsi que de diverses demandes indemnitaires. Cependant, les actionnaires de

la société ont présenté entre-temps une demande d'admission au dispositif de désendettement des rapatriés, entraînant un arrêt de la procédure collective.

Il résulte en effet de ce dispositif, institué par la loi du 26 décembre 1961, prorogé ensuite et régi dans l'état du droit applicable au litige par un décret du 4 juin 1999, que la présentation d'une demande de désendettement à l'autorité administrative compétente entraîne de plein droit une suspension des poursuites jusqu'à la décision de cette autorité ou jusqu'à l'issue d'un recours contentieux, par une décision définitive.

Il a déjà été plusieurs fois jugé par la Cour de cassation que la suspension de plein droit des poursuites attachée au dépôt d'une demande d'admission au dispositif de désendettement des rapatriés suspendait de plein droit les effets et le déroulement de la procédure de liquidation judiciaire (1^{re} Civ., 8 décembre 1998, *Bull.* 1998, I, n° 348, p. 240 ; 1^{re} Civ., 8 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 5, p. 5 ; 2^e Civ., 16 juin 2005, *Bull.* 2005, II, n° 157, p. 140).

Un arrêt rendu récemment en assemblée plénière a cependant atténué les effets de la suspension de plein droit, par application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il résulte que le droit d'accès à un tribunal ne peut être limité par un Etat que dans un but légitime, si la substance même de ce droit n'est pas atteinte et, en ce cas, à condition que les moyens employés soient proportionnés au but recherché. L'assemblée plénière a jugé que le droit des créanciers, privés de tous recours, pendant que les débiteurs bénéficiaient de recours suspensif devant le juge administratif, étaient atteints par le dispositif, en raison notamment de la durée indéterminée de la suspension des poursuites. Elle a donc approuvé une cour d'appel qui avait accordé en référé une provision à un créancier (*Ass. plén.*, 7 avril 2006, *Bull.* 2006, *Ass. plén.*, n° 3, p. 5).

Dans le présent arrêt, la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir jugé que la suspension de la procédure collective ne libérait pas l'AGS de son obligation de garantie dès lors que le liquidateur judiciaire avait rompu le contrat de travail du salarié dans les quinze jours du jugement de liquidation judiciaire, conformément aux conditions posées par l'article L. 143-11-1, alinéa 2, 2°, du code du travail. Elle confirme ainsi que c'est au jour de la rupture que les conditions d'application de la garantie doivent être vérifiées : l'issue de la procédure collective est sans effet sur la garantie de l'AGS dès lors que la rupture s'est produite au cours de l'une des périodes couvertes par l'assurance (Soc., 9 février 1999, pourvoi n° 97-41.422). Elle précise clairement que « *si la demande d'admission au dispositif de désendettement des rapatriés installés dans une profession non salariée suspend les poursuites exercées contre le débiteur, elle n'a pas pour effet de priver les salariés de leur droit à garantie des créances nées de l'exécution et de la rupture du contrat de travail* ».

N° 517

En application de l'article L. 143-11-1, alinéa 2, 2°, du code du travail, l'AGS garantit le paiement des créances résultant de la rupture du contrat de travail intervenue pendant la période d'observation, dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de redressement, dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation judiciaire et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire.

Dès lors une cour d'appel qui constate que des contrats de travail ont été rompus pendant la période de maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et retient à bon droit que la contrepartie financière à la clause de non-concurrence est une créance résultant de cette rupture, décide exactement que l'AGS doit en garantir le paiement, peu important que certaines échéances soient postérieures à la période pendant laquelle la poursuite de l'activité était autorisée.

Soc. – 20 juin 2006.

Rejet

N^{os} 04-48.493, 04-48.520, 04-48.521, 04-48.522, 04-48.523 à 05-40.940. – C.A. Montpellier, 13 octobre 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

L'assurance obligatoire contre le risque de non-paiement des créances des salariés en cas de procédure collective ouverte contre leur employeur est régie par son article L. 143-11-1 du code du travail.

Cet article prévoit notamment, quant à l'étendue de cette garantie, que l'assurance couvre, aux termes de l'alinéa 2 1°, les sommes dues au salarié au jour de l'ouverture de la procédure collective et, en son alinéa 2, 2° : « les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation, dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de redressement, dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire ».

Dans la présente espèce, plusieurs salariés ont été licenciés par le liquidateur pendant la période d'observation consécutive au jugement prononçant la liquidation judiciaire de la société qui les employait. Les juges du fond saisis ont fait droit à leur demande d'inscription au passif de la société de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence prévue dans leurs contrats de travail et dit que l'AGS était tenue à garantie. Mais le paiement de l'indemnité de non-concurrence devait se faire mensuellement et l'AGS a formé un pourvoi en cassation en soutenant qu'elle n'était pas tenue de garantir les sommes non échues non comprises dans la période prévue par l'article L. 143-11-1, alinéa 2, 2° du code du travail.

La question posée était donc de savoir à quelles conditions la contrepartie financière à la clause de non-concurrence par paiements successifs est garantie par l'AGS.

La Cour de cassation a récemment jugé que l'AGS était tenue à la garantie des mensualités de l'indemnité de non-concurrence dès lors que le contrat de travail est rompu durant la période d'observation (Soc., 7 février 2006, pourvoi n° 03-47.542).

Ce principe, déjà affirmé antérieurement (Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 01-40.123), l'est à nouveau par le présent arrêt.

Mais celui-ci vient en outre préciser que cette garantie doit s'étendre y compris aux échéances non encore exigibles pendant la période fixée par l'article L. 143-11-1.

Il revient ainsi sur une jurisprudence excluant la garantie de l'AGS quand aucune des mensualités de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence n'était encore due pendant la période de couverture de l'assurance (Soc., 27 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 416, p. 306) ou considérant que l'AGS ne garantissait les échéances que pour peu qu'elles soient nées au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective (Soc., 14 décembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 485, p. 361).

La chambre sociale avait déjà assoupli sa position en jugeant que l'AGS devait garantir les échéances d'une créance indemnitaire du salarié, même postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective, dès lors que ces sommes étaient dues en vertu d'une convention de rupture amiable antérieure au jugement (Soc., 23 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 293, p. 265).

C. – Santé et sécurité au travail

* *Obligation de sécurité pesant sur l'employeur*

N° 518

1° Selon l'alinéa premier de l'article L. 122-49 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; par ailleurs, la responsabilité de l'employeur, tenu de prendre, en vertu de l'article L. 230-2 II (g) du code du travail, les mesures nécessaires à la prévention des risques professionnels liés au harcèlement moral, n'exclut pas la responsabilité du travailleur auquel il incombe, selon l'article L. 230-3 du même code, de prendre soin de la sécurité et de la santé des personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail. Il résulte de ces dispositions spécifiques aux relations de travail au sein de l'entreprise qu'engage sa responsabilité personnelle à l'égard de ses subordonnés le salarié qui leur fait

subir intentionnellement des agissements répétés de harcèlement moral. C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel, ayant retenu que des salariés avaient été sciemment harcelés moralement, au sens de l'article L. 122-49 du code du travail, par leur supérieur hiérarchique, condamne ce dernier à leur verser des dommages-intérêts.

2° Il résulte des articles L. 122-49, L. 122-51 et L. 230-2 du code du travail, ce dernier interprété à la lumière de la Directive CE n° 89/391, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et la santé des travailleurs, que l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral, et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité

Soc. – 21 juin 2006. Cassation partielle

N^{os} 05-43.914 à 05-43.919. – C.A. Montpellier, 25 mai 2005.

M. Sargos, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le directeur salarié d'une association s'était livré à l'égard de ses subordonnés à des actes de harcèlement moral au sens de l'article L. 122-49 du code du travail. Plusieurs salariés victimes de ces agissements engagèrent une action en réparation du préjudice en résultant pour eux, tant contre le directeur que contre l'association. Les juges du fond ont personnellement condamné le directeur à payer des dommages-intérêts aux victimes.

Devant la Cour de cassation le directeur objectait en substance que les fautes qui lui étaient reprochées n'étaient pas détachables de la mission dont son employeur commettant l'avait chargé et que ce dernier pouvait seul être condamné.

S'agissant de la responsabilité du salarié, cette contestation renvoyait à la doctrine des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 février 2000 (*Bull.* 2000, Ass. plén., n° 2, p. 3, rapport annuel 2000, p. 257) et du 14 décembre 2001 (*Bull.* 2001, Ass. plén., n° 17, p. 35, rapport annuel 2001, p. 444) dont il résulte que si le préposé, qui agit dans les limites de sa mission, n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers, il n'en est pas de même lorsqu'il a intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant causé un préjudice à un tiers.

S'agissant du harcèlement moral, qui consiste, suivant la définition donnée tant par l'article L. 122-49 du code du travail que par l'article L. 222-32-2 du code pénal, à faire subir à un salarié des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou

de compromettre son avenir professionnel, il n'est intrinsèquement pas détachable de l'exécution du travail et les victimes sont par définition celles-là mêmes qui concourent à l'exécution du travail. Par ailleurs les faits de harcèlement, nécessairement intentionnels, sont d'une extrême gravité car portant atteinte au principe du droit à la dignité des salariés, garanti par l'article 26 de la Charte sociale européenne et aux droits de la personne, protégés par l'article L. 120-2 du code du travail. Dès lors, ces faits sont de la nature de ceux qui, fussent-ils commis dans l'intérêt, voire même sur les ordres de l'employeur, engagent la responsabilité personnelle du salarié qui s'en rend coupable à l'égard de ses subordonnés, étant précisé qu'en application de l'article L. 230-3 du code du travail, tout travailleur doit prendre soin de la sécurité et de la santé des personnes concernées du fait de ses actes ou des ses omissions au travail (*Soc.*, 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 82, p. 91).

La chambre sociale a donc décidé qu'engage sa responsabilité personnelle à l'égard de ses subordonnés le salarié qui leur fait subir intentionnellement des agissements répétés de harcèlement moral et qu'il peut dès lors être condamné à leur payer des dommages-intérêts. On peut souligner que par un arrêt du 28 mars 2006 (pourvoi n° 05-82.975) la chambre criminelle avait statué dans le même sens à propos d'un salarié auteur d'une faute qualifiée en matière de sécurité qui « engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions ».

S'agissant de la responsabilité de l'employeur commettant en matière de harcèlement moral, on rappellera d'abord que ce dernier doit prendre et mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés par une prévention des risques professionnels, notamment en ce qui concerne le harcèlement moral (article L. 230-2 II du code du travail). Cette disposition est complétée par celle de l'article L. 122-51 qui l'oblige à prendre des mesures de prévention.

Avant même l'entrée en vigueur de la législation sur le harcèlement moral, la chambre sociale avait déjà eu l'occasion de dire que l'employeur engageait sa responsabilité du fait de mauvais traitements et insultes commis par des personnes qui exercent de droit ou de fait une autorité sur les salariés (*Soc.*, 10 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 158, p. 126). Mais elle n'avait pas encore pris position sur la nature de la responsabilité de l'employeur en matière de harcèlement moral.

Allant dans le sens d'une doctrine très ferme fondée sur l'importance majeure du droit à la sécurité et à la santé dans le travail depuis la Directive CE n° 89/391, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et la santé des travailleurs (*Soc.*, 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, p. 74 ; Ass. plén., 24 juin 2005, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7, p. 16 ; *Soc.*, 29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 219, p. 192 ; *Soc.*, 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555), la chambre

sociale, soucieuse également d'assurer l'effectivité du droit des salariés, a décidé que l'employeur est tenu envers eux d'une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne la protection de leur santé et de leur sécurité dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral, et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité.

L'arrêt de la cour d'appel, qui avait décidé que l'employeur ne pouvait être responsable dès lors qu'il n'avait pas commis de faute a donc été cassé ; en matière d'obligation de sécurité de résultat, l'absence de faute n'est en effet pas exonératoire.

** Protection du salarié malade
ou victime d'un accident du travail*

N° 519

Viola l'article R. 241-51-1 du code du travail la cour d'appel qui décide que le licenciement d'un salarié pour inaptitude est fondé sur une cause réelle et sérieuse alors que les visites de reprise n'étaient pas espacées du délai minimum de deux semaines.

Soc. – 3 mai 2006. Cassation partielle

N° 04-47.613. – C.A. Grenoble, 23 février 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Chollet, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Selon les dispositions des articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du code du travail, lorsqu'un salarié est déclaré inapte à reprendre son travail, l'employeur est tenu de lui trouver un autre emploi adapté à ses capacités. En cas d'impossibilité de reclassement, l'employeur peut licencier le salarié.

L'article R. 241-51-1 du code du travail précise que l'inaptitude du salarié ne peut être constatée par le médecin du travail qu'après une étude du poste et des conditions de travail ainsi que deux examens médicaux espacés de deux semaines.

Dans l'espèce qui lui était soumise, la Cour devait se prononcer sur la régularité d'une déclaration d'inaptitude intervenue à la suite de deux examens médicaux dont le second était intervenu avant l'expiration du délai de deux semaines.

Si la chambre sociale ne juge pas que le dépassement du délai de deux semaines est de nature à remettre en cause la validité de la déclaration d'inaptitude (Soc., 10 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 482, p. 359 ; 19 juin 2002, pourvoi n° 99-44.430), elle n'avait pas eu jusqu'alors à se prononcer sur l'hypothèse de raccourcissement du délai.

La cour d'appel avait considéré que la validité de la déclaration d'inaptitude ne pouvait être remise en cause pour ce motif et jugé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale censure la cour d'appel, s'attachant ainsi au strict respect des dispositions de l'article R. 241-51-1 du code du travail qui édicte un délai minimum.

Quant à la sanction de la méconnaissance du délai minimum prévu par ce texte, le salarié ne se prévalait dans cette espèce que d'une absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement. La chambre n'a donc pas été amenée à se prononcer sur le point de savoir si cette irrégularité rendait le licenciement nul en application de l'article L. 122-45 du code du travail.

N° 520

Le recours administratif devant l'inspecteur du travail prévu par le dernier alinéa de l'article L. 241-10-1 du code du travail n'est ouvert qu'en cas de difficulté ou désaccord sur l'avis du médecin du travail portant sur l'inaptitude physique du salarié à son poste de travail antérieur, son aptitude au poste de reclassement proposé, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation du salarié.

Soc. – 28 juin 2006.

Rejet

N° 04-45.600. – C.A. Montpellier, 14 octobre 2003.

M. Sargos, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Selon les dispositions des articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du code du travail, l'employeur doit proposer au salarié déclaré inapte un emploi aussi comparable que possible à celui qu'il occupait auparavant, « au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail ». L'article L. 241-10-1 du même code dispose que le médecin du travail peut faire des propositions de reclassement que l'employeur est tenu de prendre en considération, sauf à indiquer, en cas de refus, les motifs de sa décision. « En cas de difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail. »

La Cour de cassation a déjà précisé que l'avis du médecin du travail ne peut faire l'objet que d'un recours administratif devant l'inspection du travail. Ainsi, le juge judiciaire ne peut opérer un contrôle juridictionnel de cet avis en ordonnant une expertise (Soc., 2 février 1994, *Bull.* 1994, V, n° 43, p. 32).

Le présent litige portait sur l'interprétation des notions de difficulté ou de désaccord entraînant la saisine de l'inspecteur du travail.

Un salarié, employé en qualité de maçon, contestait le bien-fondé de son licenciement, prononcé aux motifs de son inaptitude et de l'impossibilité de son reclassement. Il reprochait à son employeur de n'avoir pas saisi l'inspecteur du travail alors que le médecin du travail l'avait déclaré apte à une formation de chef d'équipe et qu'il n'avait pas été donné suite à cette proposition.

La chambre sociale énonce de manière limitative les cas devant motiver la saisine de l'inspecteur du travail. La difficulté ou le désaccord doit porter uniquement sur l'inaptitude physique du salarié à son poste de travail antérieur, son aptitude au poste de reclassement proposé, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation du salarié.

Elle relève qu'aucun de ces points ne faisait en l'espèce l'objet d'un désaccord entre l'employeur et le médecin du travail, ce dont il résulte que l'employeur n'était pas tenu de saisir l'inspecteur du travail. La contestation de l'avis du médecin du travail est ainsi clairement différenciée de l'appréciation de la possibilité de mettre en œuvre les préconisations du médecin du travail, cette appréciation relevant de l'employeur, sous le contrôle du juge judiciaire.

N° 521

1° Lorsqu'un salarié a été licencié en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle qui a été jugée imputable à la faute inexcusable de l'employeur, il a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi due à cette faute de l'employeur.

2° Les juges du fond apprécient souverainement les éléments à prendre en compte pour fixer le montant de l'indemnisation due à un salarié en raison de la perte de son emploi consécutive à une inaptitude provoquée par une maladie professionnelle imputable à la faute inexcusable de son employeur, indemnisation à laquelle ne fait pas obstacle la réparation spécifique afférente à cette maladie professionnelle ayant pour origine ladite faute inexcusable.

Soc. – 17 mai 2006.

Rejet

N° 04-47.455. – C.A. Versailles, 14 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

Cette affaire, qui se situe aux confins du droit de la réparation des maladies professionnelles imputable à la faute inexcusable de l'employeur et du droit de la réparation des salariés licenciés en raison d'une inaptitude d'origine médicale, a permis à la chambre sociale de se prononcer sur une difficulté particulière qui ne semble pas avoir de précédent identique. Il s'agissait de l'assistante d'un chirurgien dentiste qui avait été atteinte d'une hépatite C dont le caractère professionnel avait été reconnu, de même que l'imputabilité de cette maladie à une faute inexcusable de l'employeur. La salariée a donc perçu la réparation spécifique prévue par le code de la sécurité sociale (articles L. 452-2 et L. 452-3) en cas de faute inexcusable de l'employeur. Mais, compte tenu de la nature de son affection et de l'emploi qu'elle occupait qui la mettait en contact avec

des patients qu'elle pouvait contaminer, elle a été licenciée en raison de son inaptitude consécutive à cette maladie professionnelle.

Les conditions et les modalités du licenciement pour inaptitude n'étaient pas contestées mais la salariée a demandé devant le juge du travail l'attribution de dommages-intérêts fondés sur la circonstance que la faute inexcusable de l'employeur était la véritable cause de son licenciement. Ce à quoi il était objecté pour l'essentiel que la réparation du préjudice afférent aux conséquences de la maladie professionnelle résultant de la faute inexcusable de l'employeur était exclusive d'une indemnisation au titre du licenciement rendu nécessaire par cette maladie.

La chambre sociale avait déjà eu l'occasion de juger que lorsque l'origine d'une inaptitude était liée à des conditions d'emploi dans l'entreprise, le licenciement était sans cause réelle et sérieuse (Soc., 11 octobre 1990, pourvoi n° 87-43.202 ; Soc., 16 octobre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 410, p. 256). Mais l'élément nouveau dans la présente affaire est la réparation spécifique de la faute inexcusable par application des dispositions du code de la sécurité sociale.

La chambre sociale a considéré que les dispositions de ce code ne prenaient pas réellement en compte le cas particulier de la faute inexcusable qui non seulement provoque la maladie professionnelle, mais encore impose le licenciement pour inaptitude consécutive à cette maladie. En ce cas, la victime a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi due à la faute inexcusable de l'employeur, sans que puisse y faire obstacle la réparation spécifique afférente à la maladie professionnelle.

N° 522

La reprise par l'employeur du paiement des salaires, à laquelle il est tenu en application de l'article L. 122-24-4, alinéa 2, du code du travail, ne le dispense pas de l'obligation qui lui est faite par l'alinéa premier du même article de proposer un poste de reclassement.

Soc. – 03 mai 2006.

Cassation

N° 04-40.721. – C.A. Lyon, 24 novembre 2003.

M. Sargos, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Lorsqu'un salarié est déclaré inapte à reprendre son emploi à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou à un accident d'origine non professionnelle, l'employeur est tenu, aux termes de l'article L. 122-24-4 du code du travail, de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise, et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail.

L'article ajoute : « Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail. » Cette disposition s'applique également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail.

Le présent arrêt rendu par la chambre sociale permet de préciser la portée de l'obligation de reclassement de l'employeur, au regard de la reprise du paiement des salaires prévue par l'alinéa 2 de l'article L. 122-24-4.

L'employeur peut-il préférer verser des salaires jusqu'au départ à la retraite du salarié ou doit-il nécessairement chercher à le reclasser ?

L'arrêt attaqué avait retenu en l'espèce que l'employeur disposait, en cas d'inaptitude de son salarié, de la faculté et non de l'obligation de procéder à son reclassement ou de procéder à son licenciement et qu'au cas où ne retiendrait aucun des termes de cette alternative, il devait reprendre le règlement du salaire.

La chambre sociale, censurant les juges d'appel, décide que la reprise du paiement des salaires ne dispense pas l'employeur de satisfaire à son obligation première de reclassement.

Cette jurisprudence est dans la lignée des arrêts précédents de la Cour de cassation sur l'étendue de l'obligation de reclassement, obligation qui a par ailleurs valeur de principe général du droit (CE, 2 octobre 2002, n° 227868).

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. Accords et conventions collectifs

* Accords collectifs et conventions collectives diverses

N° 523

Dès lors que la convention collective nationale des chaînes de cafétérias et assimilés signée le 28 août 1998 a fixé la durée du travail à la durée légale, elle a entendu écarter le régime dérogatoire d'équivalence prévu par le décret du 15 avril 1988 puis du 31 mars 1999 dans les hôtels, cafés, restaurants.

L'employeur soumis à cette convention à compter de son extension le 20 décembre 1999 ne peut donc plus se prévaloir de celui-ci.

Soc. – 31 mai 2006. Rejet

N° 03-47.176. – C.P.H. Châtellerault, 22 septembre 2003.

M. Sargos, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

La convention collective nationale des chaînes de cafétérias et assimilés du 28 août 1998 a été étendue par arrêté ministériel du 20 décembre 1999.

Elle prévoit, dans son article 22, que « la durée du travail est fixée à 39 heures pour l'ensemble du personnel » et, dans son article 24, que « les heures supplémentaires sont celles effectuées au-delà de la durée légale du travail et, qu'elles sont payées ou compensées dans les conditions prévues par la loi ».

Le présent litige posait la question de l'application aux entreprises relevant de cette convention collective des dispositions du décret n° 99-256 du 31 mars 1999 relatif à la durée du travail dans les hôtels, cafés et restaurants. Ce décret met en place un régime dérogatoire d'équivalence permettant de prendre en compte les périodes d'inaction et établit à 43 heures cette durée d'équivalence.

La Cour de cassation juge que la convention collective, en fixant à 39 heures la durée du travail pour l'ensemble du personnel, a par là-même écarté l'application du régime dérogatoire prévu par le décret du 31 mars 1999.

Elle rappelle ainsi que les équivalences réglementaires peuvent être réduites ou supprimées conventionnellement, étant observé que sous l'empire de l'ancienne rédaction de l'article L. 212-4 du code du travail, antérieure à la loi du 19 janvier 2000, dite « Aubry II », un régime d'équivalence pouvait être institué par décret simple, hors dispositions conventionnelles.

N° 524

Dès lors que l'activité d'une société est la reproduction de tableaux de maître et la vente des œuvres d'art ainsi réalisées, il en résulte qu'est applicable la convention collective des commerces de détail non alimentaires du 14 juin 1988, dont l'article 1-1 prévoit qu'elle s'applique aux « galeries d'art (œuvres d'art) ».

Soc. – 31 mai 2006. Rejet

N° 05-41.128. – C.A. Paris, 14 décembre 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

L'article 1-1 de la convention collective nationale des commerces de détail non alimentaires du 14 juin 1988 régit « les rapports entre les employeurs et les salariés (ouvriers, employés et cadres) des entreprises du commerce situées sur le territoire national dont l'activité principale est le commerce de détail non alimentaire centré sur certains produits », parmi lesquels, « les galeries d'art (œuvres d'art) ».

La question que devait trancher la chambre sociale était celle de la définition de la notion de galerie d'art et plus précisément son application à une entreprise ayant pour activité la reproduction de tableaux et la vente des œuvres ainsi réalisées.

Par le présent arrêt, la Cour, se fondant sur l'activité de l'entreprise, retient que la convention était applicable.

N° 525

Aux termes de l'article 28 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, l'indemnité compensatrice de non-concurrence, égale à 5/10 de la moyenne mensuelle des appointements ainsi que des avantages et gratifications contractuels dont l'ingénieur ou cadre a bénéficié au cours de ses douze derniers mois de présence dans l'établissement, est portée à 6/10 de cette moyenne tant qu'il n'a pas retrouvé un nouvel emploi et dans la limite de la durée de non-concurrence. Il en résulte que le salarié qui se trouve de nouveau sans emploi après une période d'activité au cours de la période de non-concurrence a droit à l'application du taux de 6/10 sur la période de non-concurrence restant à courir.

Soc. – 7 juin 2006.

Rejet

N° 04-46.168. – C.A. Colmar, 8 juin 2004.

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Rovinski, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

Cette espèce soulevait la question de l'interprétation de l'article 28 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 relatif à l'indemnité compensatrice de non-concurrence.

Cet article dispose que l'interdiction de concurrence « [...] a comme contrepartie, pendant la durée de non-concurrence, une indemnité mensuelle égale à cinq dixièmes de la moyenne mensuelle des appointements ainsi que des avantages et gratifications contractuels dont l'ingénieur ou cadre a bénéficié au cours de ses douze derniers mois de présence dans l'établissement.

Toutefois, dans le cas de licenciement non provoqué par une faute grave, cette indemnité mensuelle est portée à six dixièmes de cette moyenne tant que l'ingénieur ou cadre n'a pas retrouvé un nouvel emploi et dans la limite de la durée de non-concurrence ».

En l'espèce, l'employeur contestait le calcul retenu par la cour d'appel quant à l'indemnité compensatrice de non-concurrence due au salarié pour une période de douze mois. En effet, le salarié avait débuté l'exécution d'un nouveau contrat de travail en cours de période, avant de démissionner une semaine plus tard, puis était resté sans emploi jusqu'à la fin de la période de non-concurrence. Les juges du fond avait alors appliqué le taux majoré de six dixièmes sur la totalité de la période, à l'exclusion uniquement de la semaine travaillée.

La chambre sociale de la Cour de cassation approuve ce choix en décidant que la majoration s'applique sur toutes les périodes où le salarié est sans emploi, peu important qu'il en ait retrouvé un pour un temps limité.

La Cour avait déjà eu à juger de l'interprétation de ces dispositions conventionnelles en décidant que la reprise d'un emploi par le salarié n'avait pour conséquence que de le priver de la majoration, l'indemnité au taux de cinq dixièmes restant due pour la fin de la période (Soc., 27 février 2002, pourvoi n° 00-40.923). Le présent arrêt lui permet de préciser que la majoration doit à nouveau s'appliquer si le salarié vient à se retrouver sans emploi après avoir exercé une activité professionnelle au cours de la période de non-concurrence.

* *Dénonciation d'un accord collectif*

N° 526

Un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du code du travail est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel. Tel est le cas d'un avantage salarial résultant d'accords d'entreprise, dénoncés par la suite sans être remplacés, qui profitait individuellement à des salariés, de sorte que cet avantage s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions de ces accords avaient cessé de produire effet et devait être maintenu pour l'avenir.

Soc. – 28 avril 2006.

Cassation partielle

N° 04-41.863. – C.A. Paris, 3 février 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article L. 132-8, alinéa 6, du code du travail dispose que lorsqu'une convention ou un accord collectif n'a pas été substitué dans le délai d'un an à la convention ou à l'accord dénoncé, les salariés conservent le bénéfice des avantages individuels qu'ils ont acquis en application de la convention ou de l'accord dénoncé.

Dans l'espèce soumise à la chambre sociale, des salariés contestaient les modifications de leur rémunération unilatéralement effectuées par l'employeur après qu'il eut dénoncé plusieurs accords d'entreprise sans qu'un nouvel accord ne leur soit substitué.

Les accords dénoncés prévoyaient notamment pour les professeurs un salaire de base garanti dont le calcul résultait de la multiplication du nombre des unités accomplies par un taux correspondant à l'ancienneté ; la question était de savoir s'il s'agissait d'un avantage individuel acquis ou, comme le soutenait le moyen, si les dispositions selon lesquelles le salaire d'un professeur à plein temps est basé sur 160 unités de 45 minutes est un système collectif d'organisation du travail.

La chambre sociale réaffirme dans le présent arrêt une jurisprudence constante qui définit un avantage

individuel comme celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel (Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 90, p. 69).

Elle rappelle que ces avantages s'incorporent au contrat individuel de travail dont ils deviennent un élément qui ne peut plus être modifié qu'avec l'accord du salarié (Soc., 6 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 479, p. 298 ; Soc., 19 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 386, p. 284).

Elle fait application de cette définition à l'avantage en cause, qu'elle analyse en un avantage salarial résultant d'accords d'entreprise, dénoncés sans être remplacés, et qui profitait individuellement à chaque salarié au jour où les dispositions de ces accords avaient cessé de produire effet. En conséquence, cet avantage devait être maintenu pour l'avenir.

*** Application d'un accord de réduction du temps de travail**

N° 527

1° La seule modification de la structure de la rémunération résultant d'un accord de réduction du temps de travail consistant, sans changer le taux horaire, à compenser la perte consécutive à la réduction du nombre d'heures travaillées par l'octroi d'une indemnité différentielle, dès lors que le montant de la rémunération est maintenu, ne constitue pas une modification du contrat de travail.

2° Le licenciement prononcé du fait du refus du salarié de la modification de son contrat de travail en application d'un accord de réduction du temps de travail est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique, soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du code du travail.

La modification de la répartition de la durée du travail sur la semaine prévue par le contrat de travail à temps partiel, consécutive à un accord de réduction du temps de travail, constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans l'accord du salarié. Son refus ne peut constituer à lui seul une faute grave et le caractère réel et sérieux du licenciement consécutif à ce refus ne doit s'apprécier qu'au regard des dispositions de l'accord collectif applicable.

Soc. – 5 avril 2006.

Cassation

N° 04-45.537. – C.A. Paris, 14 mai 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Mazars, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

1° Ce litige soulevait tout d'abord la question de savoir si la modification de la structure de la rémunération d'un salarié consécutive à un accord de

réduction du temps de travail constituait une modification du contrat de travail que l'intéressé était en droit de refuser.

En l'espèce, la diminution de salaire consécutive à la réduction du nombre d'heures travaillées était compensée intégralement par l'octroi d'une indemnité différentielle, le taux horaire du salaire n'étant ainsi pas modifié.

La chambre sociale juge qu'un tel changement, intervenu en application d'un accord collectif, ne constitue pas une modification du contrat de travail, dès lors que le montant global de la rémunération est maintenu.

2° Selon les dispositions de l'article 30-II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du code du travail ».

La Cour a jugé récemment qu'en application de ce texte, le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus devait être apprécié au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-41.935, *Bull.* 2006, V, n° 107, p. 99).

La chambre sociale précise ici l'application de cette solution au cas particulier d'un contrat à temps partiel.

Le changement concernait en l'espèce la répartition de l'horaire de travail d'un salarié à temps partiel d'un établissement hospitalier privé. Il consistait à remplacer des périodes de travail de 24 heures par des périodes de 12 heures, en application de l'accord de branche du 27 janvier 2000 sur la réduction du temps de travail dans le secteur de l'hospitalisation privée selon lequel la durée du travail journalière est fixée à 10 heures et peut être portée au maximum à 12 heures par voie d'accord.

Or, selon l'article L. 212-4-3 du code du travail, « la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois » doit être mentionnée au contrat de travail. Il en résulte que cette répartition constitue un élément du contrat de travail à temps partiel qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié (Soc., 6 avril 1999, *Bull.* 1999, V, n° 166, p. 121).

Dès lors, en application de ces dispositions combinées, le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail ne peut constituer à lui seul une faute grave et il revient au juge du fond d'apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement au regard des seules dispositions de l'accord collectif applicable.

2. Conflits collectifs du travail

* Grève

N° 528

Un préavis unique peut porter sur des arrêts de travail d'une durée limitée étalés sur plusieurs jours et l'envoi de préavis de grève successifs ne caractérise aucun trouble manifestement excessif en l'absence de disposition légale l'interdisant et de manquement à l'obligation de négocier.

Soc. – 7 juin 2006.

Rejet

N° 04-17.116. – C.A. Lyon, 14 mai 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

La chambre sociale de la Cour de cassation se prononce dans cet arrêt sur la régularité d'un préavis de grève unique prévoyant des arrêts de travail d'une durée limitée étalés sur plusieurs jours (dit préavis « en liasse ») et précise les conditions requises pour que l'envoi de préavis de grève successifs (ou préavis « en cascade ») ne caractérise aucun trouble manifestement illicite.

En effet, l'article L. 521-3 du code du travail prévoit que pour les entreprises chargées de la gestion d'un service public, toute grève doit être précédée d'un préavis cinq jours francs au moins avant son déclenchement, ce préavis devant fixer « le lieu, la date et l'heure du début ainsi que la durée, limitée ou non, de la grève envisagée ». De plus, l'article L. 521-3 précise que « pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier ».

Dans la présente espèce, une organisation syndicale d'une entreprise chargée du transport en commun d'une agglomération avait déposé un premier préavis fixant pour cinq jours un arrêt de travail de cinquante cinq minutes tous les jours, le reste de la journée étant travaillé. Puis, alors même que la période de grève prévue n'était pas terminée, elle en avait déposé un deuxième, formulé dans les mêmes termes, pour la semaine suivante. Saisie par l'entreprise d'une demande en référé de suspension du deuxième préavis de grève, puis de suivants déposés dans les mêmes conditions, la cour d'appel a rejeté cette demande en jugeant que ces préavis ne caractérisaient pas un trouble manifestement illicite.

La chambre sociale avait déjà pu préciser antérieurement que « le droit de grève dans les services publics n'est exercé normalement que si le préavis de grève détermine l'heure précise, commune à tous les membres du personnel, de l'arrêt de travail » (Soc., 3 février 1998, Bull. 1998, V, n° 55, p. 41) et que « si, dans les services publics, la grève doit être précédée d'un préavis [...] ce préavis, pour être régulier, doit mentionner l'heure du début et de la fin de l'arrêt de travail » (Soc., 12 janvier 1999, Bull. 1999, V, n° 6, p. 4).

Par ailleurs, la chambre sociale avait précédemment affirmé « qu'aucune disposition légale n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter chacune un préavis de grève » et que « chacune peut prévoir une date de cessation du travail différente » (Soc., 4 février 2004, Bull. 2004, V, n° 33, p. 33).

Statuant sur le cas de préavis successifs identiques mais déposés par une même organisation syndicale, la Cour précise que cette pratique de préavis « en cascade » ne constitue pas un trouble manifestement illicite à la condition qu'aucune disposition légale n'interdise l'envoi de préavis de grève successifs (comme c'est le cas pour l'audiovisuel avec l'article 57 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication) et qu'aucun manquement à l'obligation de négocier ne soit imputable au syndicat.

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Elections professionnelles

N° 529

Pendant le temps de leur mise à disposition, les fonctionnaires qui sont intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise peuvent se prévaloir de la qualité de salarié pour l'expression au sein de celle-ci des droits qui y sont attachés et dès lors sont électeurs et éligibles pour les élections des membres du comité d'entreprise dont l'objet est d'assurer l'expression collective des salariés et qui a vocation à prendre en compte les intérêts de tous les salariés de l'entreprise quel que soit leur statut.

Soc. – 23 mai 2006.

Irrecevabilité et rejet

Nos 05-60.119 et 05-60.160. – T.I. Villejuif, 14 mars et 12 avril 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

La question soumise à la Cour de cassation était celle du droit collectif de représentation des fonctionnaires mis à disposition d'une entreprise privée. Plus précisément, il s'agissait de savoir si ces fonctionnaires sont électeurs et éligibles pour l'élection des membres du comité d'entreprise dans laquelle ils sont mis à disposition.

Dans un premier temps, la chambre sociale de la Cour avait opéré une distinction selon l'institution représentative du personnel concernée en posant que la participation des fonctionnaires mis à disposition n'était possible que « dans la mesure où elle est compatible avec la finalité de celles-ci ». Ainsi,

si leur participation à la désignation des délégués du personnel n'était pas contestée, en revanche leur rémunération directe par l'Etat et leur garantie d'emploi, ne leur donnant pas le même intérêt à la gestion de l'entreprise que les autres salariés, les privaient de la participation à l'élection des membres du comité d'entreprise (Soc., 7 juillet 1981, *Bull.* 1981, V, n° 663, p. 497 ; Soc., 25 mars 1982, *Bull.* 1982, V, n° 223, p. 164 ; Soc., 18 mai 1983, *Bull.* 1983, V, n° 271, p. 191 ; Soc., 17 juin 1992, *Bull.* 1992, V, n° 405, p. 252).

Cependant, sa position a ensuite évolué.

Elle fut amenée tout d'abord à reconnaître l'existence d'un contrat de travail unissant l'organisme privé et le fonctionnaire ou l'agent public contractuel mis à sa disposition, dès lors qu'ils exerçaient un travail pour son compte dans un rapport de subordination (Ass. plén., 20 décembre 1996, *Bull.* 1996, Ass. plén., n° 10, p. 17 ; Soc., 1^{er} juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 356, p. 269), abandonnant même par la suite l'exigence du critère du rapport de subordination (Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 91, p. 70).

La Cour décida ensuite, a propos des maîtres des établissements privés sous contrat, que les agents publics contractuels mis à disposition d'un organisme privé sont électeurs et éligibles au comité d'entreprise (Soc., 2 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 92, p. 67 ; Soc., 7 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 74, p. 57).

Dans cet arrêt, la chambre sociale poursuit cette évolution en reconnaissant également ces droits aux fonctionnaires mis à disposition d'un organisme privé, qui sont, pendant le temps de leur mise à disposition, « intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise ». En effet, si l'article L. 431-4 du code du travail dispose que l'objet du comité d'entreprise est « d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts », la Cour précise qu'il faut y entendre les intérêts « de tous les salariés de l'entreprise quel que soit leur statut ».

N° 530

Viola les dispositions des articles R. 433-4 et R. 439-2 du code du travail le tribunal d'instance qui déclare irrecevable comme forclosé l'organisation qui oppose à la demande d'annulation des désignations de représentants du personnel au comité de groupe un moyen tiré de l'irrégularité de la répartition des sièges des membres de la délégation du personnel, alors que le délai de quinze jours prévu à ces articles ne s'applique qu'à la contestation dirigée contre la désignation, par les organisations syndicales de salariés, de leurs représentants.

Soc. – 24 mai 2006.

Cassation

N° 05-60.329. – T.I. Puteaux, 26 juillet et 7 octobre 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article R. 439-2 du code du travail, le tribunal d'instance connaît, dans les conditions prévues par l'article R. 433-4, des contestations relatives à la désignation par les organisations syndicales de salariés, prévue à l'article L. 439-3, des représentants du personnel au comité de groupe. L'article R. 433-4 précise que la déclaration portée devant le tribunal d'instance n'est recevable que si elle est faite, en cas de contestation sur la désignation de représentants syndicaux, dans les quinze jours suivant cette désignation.

Le présent litige portait sur l'application de ce délai à un moyen opposé par une organisation syndicale à la demande, formée par un employeur, d'annulation de la désignation des représentants du personnel dans un comité de groupe. Ce moyen portait sur la répartition des sièges entre les organisations.

En effet, aux termes de l'article L. 439-3 du code du travail, les représentants du personnel au comité de groupe sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des entreprises du groupe et sur la base des résultats des dernières élections. Le nombre total des sièges est réparti entre les élus de différents collèges électoraux proportionnellement à l'importance numérique de chaque collège. La composition du comité de groupe, ainsi que celle des collèges, n'est pas fixée précisément par la loi et donnait lieu dans le présent litige à un accord négocié.

Le moyen soulevé contestait la cohérence des tableaux récapitulatifs des dernières élections utilisés dans l'accord pour fixer le nombre de représentants d'un syndicat, au regard des procès-verbaux de ces élections.

La recevabilité de ce moyen était-elle soumise au délai de quinze jours posé par l'article L. 433-4 ?

La chambre sociale, par une application stricte des textes, répond par la négative, le délai de quinze jours ne s'appliquant qu'à la contestation dirigée contre la désignation, par les organisations syndicales, des représentants du personnel au comité de groupe.

N° 531

1° Un protocole préélectoral ne peut déroger à la durée légale des mandats fixée par les articles L. 433-12 et L. 423-16 du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, dans des conditions autres que celles prévues à l'article 96 VIII de cette même loi.

Doit dès lors être annulé et, par voie de conséquence, le premier tour d'élections professionnelles, le protocole préélectoral fixant à quatre ans la durée du mandat des institutions représentatives du personnel mais sous réserve de l'accord des délégués du personnel.

2° Le premier et le second tour des élections professionnelles doivent se tenir conformément aux dispositions d'un même protocole préélectoral.

Soc. – 24 mai 2006.

Rejet

N° 05-60.351. – T.I. Puteaux, 27 octobre 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

1° La loi du 2 août 2005 a, dans son article 96, porté la durée du mandat des institutions représentatives du personnel de deux à quatre ans. Cependant, le paragraphe VIII de ce même article permet aux partenaires sociaux de fixer, par accord de branche, de groupe ou d'entreprise, une durée de mandat plus courte, comprise entre deux et quatre ans.

Dans la présente espèce, un accord préélectoral, signé après l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005, prévoyait dans une de ses clauses que : « Conformément à la loi publiée en date du 3 août 2005, la durée du mandat a été fixée à 4 ans, sous réserve de l'accord des délégués du personnel ». Une organisation syndicale non signataire l'avait contesté et le tribunal d'instance saisi a annulé le protocole en son entier ainsi que le premier tour des élections qui avait déjà eu lieu.

La question posée à la Cour était donc celle de la régularité d'une telle disposition et, par voie de conséquence, du protocole ainsi que du premier tour des élections.

Si la chambre sociale de la Cour avait précédemment affirmé à plusieurs reprises le caractère d'ordre public absolu de la durée légale du mandat des représentants du personnel (Soc., 8 novembre 1994, pourvoi n° 94-60.113 ; Soc., 18 mai 1995, pourvoi n° 94-60.415), elle précise dans cet arrêt qu'il ne peut être dérogé à la durée légale des mandats que dans les conditions prévues par l'article 96 VIII de la loi du 2 août 2005, et approuve le juge du fond d'avoir annulé le protocole ainsi que le premier tour des élections.

2° Dans cet arrêt, la chambre sociale précise que « le premier et le second tour des élections professionnelles doivent se tenir conformément aux dispositions d'un même protocole préélectoral ».

La Cour affirme ainsi que l'ensemble des opérations électorales d'un scrutin visant à élire les représentants du personnel doit être régi par le même protocole préélectoral.

Par conséquent, si une juridiction vient à annuler ce protocole entre les deux tours, c'est tout le processus qui doit être recommencé, le premier tour devant nécessairement être annulé. Peu importe donc que la disposition irrégulière du protocole ne soit pas déterminante du choix des électeurs : sa nullité affecte automatiquement l'ensemble du scrutin.

2. Représentation du personnel

2.2. Institutions représentatives du personnel

** Comités d'entreprise et d'établissement – attributions*

N° 532

1° Dans le cadre de ses relations avec ses propres salariés, une délégation permanente expresse et générale donnée par délibération du comité central d'entreprise au secrétaire pour « représenter en justice ce dernier et agir en son nom tant comme demandeur que comme défendeur dans toutes les phases de la procédure », emporte, en l'absence de disposition contraire du règlement intérieur ou de délibération contraire du comité central d'entreprise, le pouvoir d'engager une action en annulation de la désignation de l'un de ses salariés en qualité de délégué syndical, qui ressort du fonctionnement propre du comité.

2° Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort que la demande d'annulation de la désignation d'un délégué syndical était irrecevable, la Cour de cassation pouvant, par application de l'article 627 du nouveau code de procédure civile, mettre fin au litige de ce chef en décidant que cette demande était recevable, le renvoi étant limité aux points restant en litige.

Soc. – 24 mai 2006.

**Cassation
partiellement sans renvoi**

N° 05-60354. – T.I. Paris 10^e, 2 novembre 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article L. 435-1 du code du travail, les comités d'établissement et le comité central d'entreprise sont dotés de la personnalité civile. Ils ont par là-même le droit d'ester en justice. L'article R. 432-1 du code du travail, applicable au comité central d'entreprise, précise que le comité d'entreprise est valablement représenté en justice par un de ses membres, délégué à cet effet. Il en résulte que le comité central d'entreprise en tant que personne morale doit désigner un représentant personne physique pour le représenter et agir en son nom en justice (Soc., 4 avril 2001, pourvoi n° 99-40.677 ; Crim., 23 novembre 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 383, p. 1051).

En l'absence de texte précisant la nature du mandat, la Cour de cassation dit que l'habilitation donnée au mandataire peut être spéciale ou revêtir un caractère général et permanent. A défaut d'avoir délégué un de ses membres pour le représenter de manière générale en justice, le comité d'entreprise doit désigner un représentant s'il veut assurer sa défense lorsqu'il est cité devant une juridiction (Soc., 18 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 113, p. 81 ; Soc., 24 janvier 1996, pourvoi n° 95-60.115).

Dans un autre domaine, il en est de même lorsqu'un président d'association, auquel les statuts ne donnent aucun pouvoir particulier, doit recevoir un mandat spécial pour représenter l'association en justice (1^{re} Civ., 19 novembre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 272, p. 212).

Pour autant, le mandat général et exprès donné par le comité à une personne physique pour le représenter en justice implique-t-il le pouvoir pour celle-ci d'engager une action devant une juridiction, et plus particulièrement de contester en qualité d'employeur la désignation d'un de ses salariés en qualité de délégué syndical ?

La Cour de cassation, dans cet arrêt, se conforme à une jurisprudence établie concernant les associations (Soc., 26 novembre 1975, *Bull.* 1975, V, n° 562, p. 475 ; 1^{re} Civ., 7 novembre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 389, p. 272 ; 1^{re} Civ., 2 mars 1999, *Bull.* 1999, I, n° 69, p. 45) ou les organisations syndicales (Soc., 2 mars 2004, pourvoi n° 02-60.746). Elle juge que dans le cadre de ses relations avec ses salariés, la délégation expresse et générale donnée par délibération du comité central d'entreprise à son secrétaire suffit pour que le mandataire le représente en justice et agisse en son nom et implique le pouvoir d'engager une action en justice au nom de ce dernier. Ce pouvoir peut cependant être restreint par une disposition contraire du règlement intérieur ou une délibération contraire du comité central d'entreprise.

* *Délégué syndical*

N° 533

Les dispositions de l'article 5-3 de la convention collective interrégionale de la blanchisserie du 17 novembre 1997 suivant lesquelles : « *chaque organisation syndicale de salariés reconnue comme représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité qui assiste aux séances avec voix consultative* » et que ce représentant « *bénéficie des mêmes protections que les membres élus au comité d'entreprise et dans les entreprises de plus de trois cents salariés du même crédit d'heures* », ont pour objet de faire bénéficier le représentant syndical désigné dans une entreprise de plus de trois cents salariés et de moins de cinq cents salariés du crédit d'heures alloué aux membres élus du comité d'entreprise et ne dérogent pas, pour le surplus, aux dispositions des articles L. 433-1 et L. 412-17 du code du travail qui ne permettent pas que, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, soit désigné comme représentant syndical un salarié autre que le délégué syndical.

Soc. – 24 mai 2006.

Rejet

N^{os} 05-60.264 et 05-60.265. – T.I. Cannes, 8 juillet 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

L'article L. 433-1 du code du travail qui fixe la composition du comité d'entreprise dispose que « *sous réserve des dispositions de l'article L. 412-17, chaque organisation syndicale de travailleurs représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité* ».

L'article L. 412-17 de ce même code précise que « *dans les entreprises de moins de trois cents salariés et dans les établissements appartenant à ces entreprises, le délégué syndical est, de droit, représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement* ».

Les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical sont alors exercées par la même personne.

Dans la présente espèce, un syndicat avait procédé à la désignation, dans une entreprise de moins de trois cents salariés disposant de deux établissements, en premier lieu d'un délégué syndical dans chacun des établissements et en second lieu d'un représentant syndical distinct du délégué dans chacun des deux comités d'établissement.

La société avait saisi le tribunal d'instance pour voir annuler la désignation des deux représentants syndicaux aux comités d'établissement, tandis que les intéressés et le syndicat se prévalaient d'une disposition de la convention collective applicable à l'entreprise qui permettrait une telle désignation découlée.

En effet, son article 5-3 stipule que « *chaque organisation syndicale de salariés reconnue comme représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité qui assiste aux séances avec voix consultative* » et que ce représentant « *bénéficie des mêmes protections que les membres élus au comité d'entreprise et dans les entreprises de plus de trois cents salariés du même crédit d'heures* ».

Or, l'article L. 412-21 du code du travail rappelle que les dispositions du chapitre afférent à l'exercice syndical dans l'entreprise ne font pas obstacle aux conventions ou accords comportant des clauses plus favorables.

La chambre sociale, interprétant la convention collective, énonce dans cet arrêt que les dispositions litigieuses de celle-ci ne dérogent pas au principe posé par l'article L. 412-17 du code du travail selon lequel le représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement est, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le délégué syndical mais ont uniquement pour objet de faire bénéficier le représentant syndical désigné dans une entreprise de plus de trois cents salariés et de moins de cinq cents salariés du crédit d'heures alloué aux membres élus du comité d'entreprise.

* *Syndicat – activité syndicale*

N° 534

1° La pratique des bons de délégation, visant à avertir le chef de service ou le supérieur de l'in-

tention du représentant syndical de se mettre en délégation, ne peut être détournée de son seul objet d'information préalable d'un déplacement pour l'exercice du mandat dans ou en dehors de l'entreprise.

L'employeur, fût-il approuvé en comité d'entreprise, ne peut étendre la pratique des bons de délégation prévue par l'accord d'entreprise pour la circulation des mandats à un cas qui n'y est pas prévu, à savoir des échanges téléphoniques entre représentants du personnel.

2^o Il y a lieu à cassation sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort qu'une sanction disciplinaire était justifiée, la Cour de cassation pouvant mettre fin au litige en annulant la sanction.

Soc. – 10 mai 2006. Cassation partielle sans renvoi

N^o 05-40.802. – C.A. Rennes, 09 décembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le recours aux bons de délégation constitue une pratique dépourvue de fondement légal mais dont la licéité a été reconnue par la Cour de cassation (Crim., 23 février 1982, *Bull. crim.* 1982, n^o 59, p. 153) dès lors qu'elle n'est pas détournée de son seul objet d'information préalable pour devenir le moyen d'un contrôle *a priori* et d'une procédure d'autorisation préalable (Crim., 25 mai 1982, *Bull. crim.* 1982, n^o 135, p. 371).

Cette pratique a pour but de faciliter l'indemnisation des heures de délégation et en même temps de prévenir, par une information appropriée, toute perturbation du fonctionnement de l'entreprise liée aux absences et déplacements légalement permis aux représentants (Crim., 28 mars 1979, *Bull. crim.* 1979, n^o 126, p. 354). Elle ne doit pas restreindre l'exercice des fonctions syndicales et représentatives.

Dans le présent litige, la Cour devait trancher la question de savoir si l'instauration de bons de délégation, prévue par un accord d'entreprise, pouvait être étendue, par une décision de l'employeur approuvée en comité d'entreprise, aux conversations téléphoniques passées, en raison de l'éloignement des sites de production, pendant les heures de travail entre les salariés mandatés, alors que le salarié restait à son poste de travail et que l'accord d'entreprise ne prévoyait pas cette hypothèse.

Dans un premier temps, la chambre sociale rappelle la jurisprudence antérieure concernant le seul objet que peut avoir un bon de délégation, à savoir l'information préalable d'un déplacement pour l'exercice du mandat dans ou en dehors de l'entreprise.

Dans un second temps, elle décide que l'employeur ne peut étendre la pratique des bons de délégation prévue par l'accord d'entreprise unique-

ment pour la circulation des mandats à un cas qui n'y est pas prévu, quand bien même cette extension aurait été approuvée en comité d'entreprise.

Concernant la sanction disciplinaire délivrée au salarié, titulaire d'un mandat représentatif, qui avait refusé d'établir des bons de délégation à l'occasion des conversations téléphoniques entre représentants du personnel, la Cour indique que le non-respect par ce salarié de cette extension de la pratique des bons de délégation ne peut faire l'objet d'une telle sanction et décide, par application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile, d'annuler celle-ci.

3. Protection des représentants du personnel

* Protection contre le licenciement

N^o 535

L'éviction de l'entreprise d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif, antérieure à la saisine de l'inspecteur du travail pour autoriser le licenciement, s'analyse en un licenciement prononcé en violation du statut protecteur.

Méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs une cour d'appel qui retient qu'un salarié ne rapporte pas la preuve que son contrat de travail a été rompu alors que l'inspecteur du travail avait refusé à l'employeur l'autorisation de le licencier dès lors qu'il avait déjà été évincé de l'entreprise.

Soc. – 10 mai 2006. Cassation partiellement sans renvoi

N^o 05-43.110. – C.A. Angers, 15 avril 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

La question posée à la Cour de cassation dans la présente affaire était la suivante : le constat de l'éviction d'un salarié antérieure à la saisine de l'inspecteur du travail, qui a refusé à l'employeur l'autorisation de licencier, s'impose-t-il au juge judiciaire en vertu du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ?

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir constaté l'absence de rupture du contrat de travail par l'employeur alors que l'inspecteur avait retenu que cette rupture avait été décidée dès l'embauche d'un nouveau salarié, sur le même poste, antérieurement à la demande d'autorisation de licencier.

La chambre sociale énonce que le juge judiciaire a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs en constatant l'absence de rupture du contrat de travail, alors que l'inspecteur du travail avait retenu que cette rupture avait été décidée préalablement à sa saisine, du fait de l'embauche du nouveau salarié, et qu'il avait dès lors compétence liée, ce qui lui imposait de refuser d'autoriser le licenciement. L'arrêt ajoute que l'éviction de l'entreprise d'un sala-

rié protégé, antérieure à la saisine par l'employeur de l'inspecteur du travail pour autoriser le licenciement, s'analyse en un licenciement prononcé en violation du statut protecteur.

La Cour réaffirme une jurisprudence établie selon laquelle, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le juge judiciaire ne peut se prononcer sur la décision par laquelle l'inspecteur du travail autorise ou refuse d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé.

Elle avait ainsi déjà jugé qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de vérifier, sous le contrôle du juge administratif, que les règles de procédures préalables à sa saisine ont été respectées (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 211, p. 195). Elle avait affirmé antérieurement qu'en l'état d'une autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier un salarié protégé, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier la régularité de la procédure de licenciement suivie avant la saisine de l'inspecteur du travail (Soc., 13 janvier 1998, pourvoi n° 95-41.760). De même, il est jugé que le juge judiciaire ne peut apprécier le caractère réel et sérieux du motif d'un licenciement autorisé par l'inspecteur du travail (Soc., 7 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 190, p. 168). La décision de l'autorité administrative refusant l'autorisation de licencier un salarié protégé s'impose également au juge judiciaire (Soc., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 220, p. 175).

N° 536

1° Le salarié protégé licencié sans autorisation et qui ne demande pas sa réintégration a droit, au titre de la violation du statut protecteur, à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre la date de la rupture et l'expiration de la période de protection.

Viola dès lors l'article L. 425-1 du code du travail la cour d'appel qui retient que l'expiration de la période de préavis marque le point de départ de l'indemnité à laquelle le salarié a droit.

2° Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis ; il n'appartient pas à l'employeur d'opérer une réduction sur le montant de cette indemnité, dont il doit verser le montant intégral pour toute la durée où le préavis aurait dû être exécuté.

Soc. – 10 mai 2006. Cassation partielle
N° 04-40.901. – C.A. Chambéry, 20 janvier 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

1° L'article L. 425-1 du code du travail institue diverses protections concernant l'institution des représentants du personnel : son deuxième alinéa vise le délégué du personnel et son suppléant et pose l'obligation pour l'employeur d'obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour

pouvoir procéder à leur licenciement. En cas de licenciement sans autorisation, celui-ci est dès lors entaché de nullité

La jurisprudence a précisé l'indemnisation à laquelle donnait lieu un tel licenciement nul, lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration : le salarié a droit d'une part, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection, d'autre part aux indemnités de rupture et enfin à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue à l'article L. 122-14-4 du code du travail (Soc., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 219, p. 175 ; Soc., 23 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 296 (1), p. 267 ; Soc., 29 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 105 (1), p. 89).

Dans la présente espèce, un délégué du personnel suppléant avait été licencié sans l'autorisation de l'inspecteur du travail. Il n'était pas contesté qu'un tel licenciement était nul. La question posée portait sur l'indemnité due par l'employeur au titre de la méconnaissance du statut protecteur : à quelle date doit être fixée l'éviction faisant débiter la période donnant lieu à indemnisation ?

La Cour de cassation affine dans cet arrêt sa jurisprudence en censurant une cour d'appel qui avait fixé l'éviction du salarié à l'expiration du délai de préavis. La chambre sociale précise l'interprétation qu'il faut donner à la notion d'éviction en posant qu'elle intervient dès la date de la rupture, à savoir la date de notification du licenciement.

La Cour reprend ainsi le principe qu'elle avait déjà exprimé selon lequel le préavis n'a que pour effet de fixer le terme de l'exécution du contrat, la lettre de licenciement étant l'événement qui entraîne la rupture du contrat de travail (Soc., 26 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 38, p. 28).

2° Le présent litige posait la question de savoir si l'employeur était en droit de déduire de l'indemnité compensatrice de préavis le montant des indemnités journalières perçues par le salarié licencié pendant la période durant laquelle aurait dû être exécuté le préavis.

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait jugé que le salarié ne pouvait pas, pour une même période de délai-congé, cumuler des indemnités journalières compensant les pertes de salaires pendant sa maladie avec une indemnité compensant la perte des mêmes salaires du fait de l'inexécution du préavis (Soc., 27 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 532, p. 331 ; Soc., 8 juin 1994, *Bull.* 1994, V, n° 190, p. 128 ; Soc., 9 décembre 1998, pourvoi n° 96-44.545).

Sa jurisprudence a cependant évolué.

Dans un arrêt du 9 octobre 2001, la chambre sociale a notamment jugé que l'employeur qui licencie à tort une salariée pour faute grave est débiteur envers elle d'une indemnité compensatrice dont il est tenu de lui verser le montant intégral pour toute la durée où il aurait dû l'exécuter, dès lors

que l'inexécution du préavis n'a pas pour cause la suspension du contrat de travail mais la décision de l'employeur de la priver du délai-congé sous le prétexte d'une faute grave inexistante (Soc., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 308, p. 247).

Par ailleurs, lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis sans qu'il y ait lieu de statuer sur les motifs de la rupture (Soc., 5 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 211, p. 167 ; Soc., 2 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 153, p. 145).

La Cour précise dans le présent arrêt la portée de ces solutions. Elle pose le principe d'une interdiction faite à l'employeur d'opérer une réduction sur le montant de l'indemnité.

N° 537

Il résulte de l'article 67 de la loi du 26 janvier 1984 qu'à l'expiration d'un détachement, le fonctionnaire est obligatoirement réintégré dans son corps d'origine et réaffecté dans l'emploi qu'il occupait antérieurement. Dès lors, le fonctionnaire investi d'un mandat représentatif pendant la durée du détachement ne peut prétendre à l'application de la procédure protectrice applicable à la rupture ou à la cessation du contrat de travail, lorsque celui-ci cesse par l'effet de l'expiration du détachement.

Soc. – 23 mai 2006.

Rejet

N° 05-43.633 – C.A. Reims, 1^{er} juin 2005

M. Sargos, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

Afin de protéger les salariés investis d'un mandat de représentation du personnel au sein de l'entreprise, les articles L. 412-18, L. 425-1 et L. 425-2 du code du travail exigent que l'employeur obtienne une autorisation préalable de l'inspecteur du travail avant de pouvoir licencier ou rompre le contrat de travail de ces salariés. De même, en cas de contrat à durée déterminée, l'article L. 425-2, alinéa 2, dispose que l'arrivée du terme du contrat n'entraîne cessation du lien contractuel qu'après constatation par l'inspecteur du travail que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire.

La Cour de cassation devait se prononcer sur la nécessité de l'autorisation administrative prévue par le code du travail lorsqu'un fonctionnaire territorial détaché auprès d'une société privée dans le cadre d'une concession de service public pour la durée de la concession, élu délégué du personnel et désigné délégué syndical au sein de cette entreprise, se voit réintégré dans son corps d'origine, à l'expiration du détachement qui n'a pas été renouvelé.

La chambre sociale a précédemment jugé que, dans le cas d'un détachement d'un fonctionnaire auprès d'une personne morale de droit privé pour exercer des fonctions dans un rapport de subordination, celui-ci était lié à cette personne morale par un contrat de travail de droit privé (Soc., 5 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 99, p. 70 ; Soc., 27 juin 2000,

Bull. 2000, V, n° 251, p. 196) ; et lorsque celle-ci demande à l'autorité administrative compétente de mettre fin au détachement, cette rupture s'analyse en un licenciement (Soc., 27 juin 2000, précité).

Cependant, la chambre sociale décide, dans cet arrêt, que l'autorisation de l'inspecteur du travail n'est pas nécessaire dans le cas où le contrat de travail cesse par l'effet de l'expiration normale du détachement, rappelant que l'article 67 de la loi du 26 janvier 1984 dispose qu'en ce cas, le fonctionnaire est obligatoirement réintégré dans son corps d'origine et réaffecté dans l'emploi qu'il occupait antérieurement, impliquant dès lors la cessation automatique du contrat de travail.

F. – Rupture du contrat de travail

2. Licenciements

2.1. Mise en œuvre

* *Entretien préalable*

N° 538

Selon l'article L. 122-14 du code du travail, l'employeur, ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge en lui indiquant l'objet de la convocation ; c'est la date de remise de cette convocation écrite qui doit être prise en compte pour apprécier si le salarié a pu disposer d'un délai suffisant pour préparer l'entretien et s'y faire assister, les juges du fond ne pouvant pas se fonder sur la connaissance qu'il aurait eu de cette convocation antérieurement à sa remise dans les conditions légales.

Soc. – 23 mai 2006.

Cassation partielle

N° 05-40.597 – C.A. Douai, 26 novembre 2004

M. Sargos, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

L'article L. 122-14 du code du travail disposait dans sa rédaction applicable à l'époque des faits : « L'employeur, ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge en lui indiquant l'objet de la convocation. En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, [...] l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre. »

Si cet article prévoyait un délai minimum entre la convocation et l'entretien en l'absence d'institutions représentatives du personnel, aucun délai légal n'était en revanche prescrit dans le cas inverse.

La Cour de cassation a décidé qu'il appartient au juge du fond, dans cette hypothèse, de vérifier que le délai séparant la convocation de l'entretien a été suffisant pour permettre au salarié de préparer sa défense (Soc., 19 mars 1991, *Bull.* 1991, V, n° 146, p. 91 ; Soc., 22 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 27, p. 21).

Dans la présente espèce, un salarié avait été averti par téléphone de sa convocation à un entretien préalable quelques jours avant celui-ci, mais avait émarginé la lettre de convocation le jour même de l'entretien. La question était donc de savoir si la procédure était régulière et comment apprécier le délai dont le salarié avait disposé pour préparer sa défense.

La chambre sociale censure dans cet arrêt les juges du fond en rappelant tout d'abord que la convocation par écrit à l'entretien préalable est une formalité légale, puis en précisant que, pour apprécier si le délai entre la convocation et l'entretien a été suffisant au cas d'absence d'institutions représentatives du personnel, c'est la date de remise de la convocation écrite qu'il convient de prendre en compte et non une éventuelle connaissance antérieure de la date de l'entretien par le salarié.

Elle confirme par là-même, mais cette fois au titre d'une violation de la loi, la censure qu'elle avait opérée à l'encontre d'une appréciation similaire faite par une cour d'appel (Soc., 5 novembre 1987, *Bull.* 1987, V, n° 618, p. 392).

* *Lettre de licenciement*

N° 539

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-41 du code du travail que la lettre de licenciement pour motif disciplinaire doit être notifiée au salarié dans le délai d'un mois à compter du jour fixé pour l'entretien préalable.

Si l'employeur, informé de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de se présenter à l'entretien préalable, peut en reporter la date, c'est alors à compter de cette nouvelle date que court le délai d'un mois qui lui est imparti pour notifier la sanction.

Soc. – 7 juin 2006.

Cassation

N° 04-43.819. – C.A. Montpellier, 24 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Bobin-Bertrand, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt précise la date qu'il convient de prendre en considération comme point de départ du délai de notification de la lettre de licenciement pour motif disciplinaire lorsque l'entretien préalable a été reporté par l'employeur à une date ultérieure en raison de l'impossibilité du salarié de se présenter à la date initialement fixée.

Il est de jurisprudence constante, résultant de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-41 du code du travail, que la lettre de licenciement pour motif disciplinaire doit être notifiée au salarié dans le délai d'un mois à partir de la date de l'entretien préalable. A défaut, le licenciement prononcé pour motif disciplinaire est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-40.345).

Concernant le point de départ du délai d'un mois, la chambre sociale a jugé à plusieurs reprises qu'en cas de report de l'entretien préalable demandé par le salarié, le délai commençait à courir à la date effective de l'entretien et non à la date initialement fixée (Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-44.254 ; Soc., 3 février 2004, pourvoi n° 01-46.318 ; Soc., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-43.111 et Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 03-46.834). Dans un arrêt du 23 juin 2004 (pourvoi n° 02-43.256), elle a également pris en compte la date à laquelle l'entretien reporté avait eu lieu sans que soit précisé de qui émanait la demande de report.

En revanche, dans un arrêt du 14 septembre 2004 (*Bull.* 2004, V, n° 226, p. 208) la Cour a retenu que le fait pour un salarié de ne pas se présenter à l'entretien préalable ne suspendait pas le délai d'un mois, même dans l'hypothèse où l'employeur convoque à nouveau le salarié. La seule date à prendre en considération comme point de départ du délai de notification du licenciement est, dans ce cas, celle de l'entretien initialement fixé. De même, dans un arrêt du 26 janvier 2005 (pourvoi n° 02-45.940), il a été jugé, concernant une salariée dont l'entretien avait été reporté à deux reprises en raison d'un arrêt de travail, « que l'absence du salarié à l'entretien préalable ne dispense pas l'employeur de notifier le licenciement dans le délai d'un mois à compter du jour fixé pour cet entretien, et qu'à défaut il est dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

La chambre sociale clarifie sa jurisprudence et précise que si l'employeur est informé de l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de se présenter à la date initialement fixée pour l'entretien préalable, il a la possibilité d'en reporter la date et c'est alors à compter de cette nouvelle date que court le délai d'un mois qui lui est imparti pour notifier la sanction.

Ainsi, la chambre sociale privilégie la finalité même de l'entretien préalable qui est de permettre au salarié de s'expliquer.

* *Pouvoir d'y procéder*

N° 540

Dès lors que le règlement intérieur d'une association prévoit que certains de ses salariés sont recrutés et licenciés par le conseil d'administration, le licen-

ciement de l'un de ces salariés non par le conseil d'administration mais par le président de l'association est sans cause réelle et sérieuse.

Soc. – 4 avril 2006.

Rejet

N° 04-47.677. – C.A. Angers, 21 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Capitaine, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

L'affaire soumise à la Cour posait la question de savoir si le président d'une association pouvait procéder au licenciement d'un directeur de celle-ci alors que le règlement intérieur ne conférait cette compétence qu'au conseil d'administration.

La chambre sociale juge qu'un tel licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Elle réaffirme ainsi que dès lors qu'un texte particulier attribue compétence à un organe déterminé pour procéder au licenciement d'un salarié, le licenciement ne peut pas être prononcé par une personne non habilitée (Soc., 4 mars 2003, *Bull.* 2003, V, n° 79, p. 76).

En revanche, en l'absence d'une telle disposition spéciale, le président d'une association est habilité à mettre en oeuvre une procédure de licenciement (Soc., 29 septembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 236, p. 217 ; à rapprocher de Soc., 25 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 292, p. 294).

* *Transaction*

N° 541

La transaction ayant pour objet de prévenir ou terminer une contestation, celle-ci ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre de licenciement prévue à l'article L. 122-14-1 du code du travail.

Est dès lors nulle une transaction conclue avant que le salarié ait retiré la lettre recommandée avec demande d'avis de réception de licenciement.

Soc. – 14 juin 2006.

Rejet

N° 04-43.123. – C.A. Besançon, 05 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Texier, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

L'article 2044 du code civil définit la transaction comme un contrat, rédigé par écrit, par lequel les parties préviennent ou terminent une contestation.

Elle peut notamment être conclue entre un employeur et un salarié licencié pour organiser les conséquences du licenciement, ce qui la distingue de l'accord de résiliation amiable, qui porte sur le principe même de la rupture.

La question de droit posée à la chambre sociale portait sur la validité d'une transaction signée, par un employeur et un salarié licencié, entre la date d'expédition de la lettre de licenciement envoyée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et son retrait par l'intéressé auprès des services postaux.

Selon la jurisprudence de la chambre sociale, une transaction ayant pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture du contrat de travail, ne peut être valablement conclue qu'après la notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (Soc., 18 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 61, p. 58), c'est-à-dire lorsque le licenciement est devenu définitif.

Mais l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 janvier 2005 (Ass. Plén., 28 janvier 2005, *Bull.* 2005, Ass. Plén., n° 1, p. 1), statuant sur le cas d'un salarié victime d'un accident de travail ayant reçu pendant la période de suspension du contrat la lettre de licenciement envoyée avant l'accident, a décidé que la rupture du contrat se situe au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception par l'employeur. La chambre sociale a ensuite elle-même jugé que la rupture du contrat de travail se situait à la date où l'employeur manifeste sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception notifiant la rupture (Soc., 11 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 159, p. 136, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 70, avril-mai-juin 2005, n° 174, p. 44).

Cette jurisprudence devait-elle remettre en cause celle relative à la transaction ?

La chambre sociale choisit de réaffirmer une solution protectrice des droits du salarié en décidant qu'une transaction conclue entre la date d'expédition de la lettre de licenciement envoyée en recommandé avec demande d'avis de réception et son retrait auprès des services postaux est nulle.

La Cour distingue ainsi la volonté de rupture, qui met un terme au contrat et qui peut s'exprimer unilatéralement ou dans un accord de résiliation amiable, de la notification du licenciement, qui ouvre au profit du salarié des droits nouveaux, dont celui de transiger.

Le licenciement prononcé est parfait, au sens juridique, dès l'envoi de la lettre, tandis que le droit à transaction est ouvert plus tard, au moment de la notification.

Cette solution permet au salarié d'avoir pris effectivement connaissance des motifs du licenciement figurant dans la lettre de licenciement avant de conclure une transaction.

G. – Actions en justice

* Appel (décisions susceptibles)

N° 542

N'est pas indéterminée, quel que soit son fondement allégué, une demande tendant à l'allocation d'une somme d'argent dont le montant est précisé.

Statue donc en dernier ressort le conseil des prud'hommes saisi d'une demande de rappel d'un montant déterminé inférieur au taux du ressort pour des jours fériés tombant un jour de repos hebdomadaire dont le paiement était prévu par une convention collective dénoncée, et dont le salarié demande la maintien comme avantage individuel acquis en application de l'article L. 132-8 du code du travail (arrêt n° 1) ;

– et c'est à bon droit qu'une cour d'appel, constatant que la demande du salarié, tendant à voir fixer sa créance à un certain montant et à en voir garantir le paiement par l'AGS, porte sur une somme inférieure au taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes, décide que, pour l'appréciation de la recevabilité de l'appel, il n'y a lieu de prendre en considération que le montant de cette demande (arrêt n° 2).

Arrêt n° 1 :

Soc. – 23 mai 2006.

Rejet

N^{os} 04-42.779 et 04-42.780. – C.P.H. Bobigny, 19 décembre 2003.

M. Sargos, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Arrêt n° 2 :

Soc. – 23 mai 2006.

Rejet

N° 03-45.447. – C.A. Besançon, 27 mai 2003.

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

L'article 40 du nouveau code de procédure civile dispose que le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf disposition contraire, susceptible d'appel. Les dispositions de l'article R. 517-3 1° du code du travail précisent que le conseil de prud'hommes statue en dernier ressort lorsque le chiffre de la demande n'excède pas un taux fixé par décret. Ce taux, mentionné à l'article D. 517-1 du code du travail, a été fixé à 4 000 euros à compter du 1^{er} octobre 2005.

Dans deux arrêts rendus le 10 mai 2006, la chambre sociale devait se prononcer sur le caractère déterminé ou indéterminé de demandes portant, pour l'une, sur la reconnaissance d'un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du code du travail et, pour l'autre, sur la garantie de créances par l'AGS, ces demandes venant au soutien d'autres demandes portant sur des sommes déterminées.

La chambre sociale juge que, quel que soit le fondement de la demande, celle-ci est déterminée dès lors qu'elle tend à l'allocation d'une somme d'argent dont le montant est précisé.

Elle réaffirme une solution consacrée par un arrêt rendu le 13 juillet 2004 (*Bull.* 2004, V, n° 216, p. 199) et désormais bien établie (notamment Soc., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-45.790 et Soc., 7 février 2006, pourvoi n° 04-42.160).

La chambre sociale considère que la demande est caractérisée uniquement par son objet et non par les moyens invoqués à son appui ou proposés à son encontre (Soc., 24 avril 1986, *Bull.* 1986, V, n° 175, p. 136 ; Soc., 12 novembre 1987, *Bull.* 1987, V, n° 642, p. 407)

Le rapport de la Cour de cassation de l'année 2004 (page 260) dans son commentaire de l'arrêt du 13 juillet 2004 précise que « *c'est le caractère indéterminé ou non de cet objet qui doit être recherché pour dire si le jugement est susceptible ou non d'appel, et lorsque l'objet de la demande est seulement l'allocation d'une somme d'argent, elle exclut l'indétermination et commande d'apprécier la recevabilité de l'appel en fonction des autres dispositions régissant cette voie de recours, et notamment du taux de compétence en dernier ressort prévu à l'article R. 517-3 du code du travail* ».

La Cour avait déjà défini la notion d'objet en jugeant que le fait que la demande conduise à trancher des questions de principe ne suffit à lui donner un caractère indéterminé (Soc., 26 octobre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 249, p. 170).

La jurisprudence issue de l'arrêt de 2004 précité, en cernant précisément la réalité de l'objet de la demande, quelles que soient les demandes de principe qui l'appuient, « *tend à clarifier non seulement la notion de demande indéterminée mais la notion même de demande, acte saisissant le juge d'une prétention dont le caractère chiffré ou non constitue le critère de sa possible indétermination* » (rapport 2004, p. 261).

* Cassation (pourvoi)

N° 543

Est irrecevable le pourvoi lorsque le pouvoir spécial joint à la déclaration est une photocopie.

Soc. – 21 juin 2006.

Irrecevabilité

N° 05-40.290. – C.A. Bastia, 26 octobre 2004.

M. Gillet, Pt (f.f.). – M. Funck-Brentano, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

L'article 984 du nouveau code de procédure civile, relatif à la procédure sans représentation obligatoire devant la Cour de cassation alors en vigueur pour les pourvois en matière sociale, dispose que « *le pourvoi en cassation est formé par déclaration écrite que la partie ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial remet ou adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe de la Cour de cassation* ».

Pour l'application de cet article, un pouvoir spécial est exigé de tout mandataire, même s'il est avocat, à l'exception des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Le pouvoir doit être circonstancié, et non général, et doit répondre à plusieurs exigences, particulièrement si le mandataire spécial est avocat. Un arrêt non publié en date du 1^{er} avril 1997 prononcé par la chambre sociale de la Cour de cassation décide notamment qu'est irrecevable le pourvoi formé par un avocat muni d'un pouvoir transmis par télécopie et non signé (pourvoi n° 95-42.824).

Dans le sens de ces exigences, le présent arrêt affirme que le pouvoir spécial doit être produit devant la Cour de cassation en original et non en photocopie. La sanction est l'irrecevabilité du pourvoi.

Cependant, les rigueurs de l'application de l'article 984 du nouveau code de procédure civile sont corrigées par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui admet la régularisation du pourvoi par une seconde déclaration faite avec un pouvoir spécial satisfaisant à toutes les exigences, dans le délai de deux mois de l'article 612 du nouveau code de procédure civile (Soc., 19 avril 1989, *Bull.* 1989, V, n° 286, p. 169 ; Soc., 25 octobre 1989, *Bull.* 1989, V, n° 615, p. 371 et Soc., 16 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 323, p. 260).

La mise en place de la procédure avec représentation obligatoire pour les pourvois en matière sociale à compter du 1^{er} janvier 2005, à la suite de l'abrogation de l'article R. 517-10 du code du travail, aura pour effet de circonscire la question posée aux hypothèses résiduelles de dispense de représentation, tel le contentieux des élections professionnelles.

* *Conflit de juridictions*

N° 544

L'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle.

Soc. – 10 mai 2006.

Rejet

N° 03-46.593. – C.A. Aix-en-Provence, 24 juin 2003.

M. Sargos, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

L'ordre public international, ou ordre public au sens du droit international privé, est un ensemble de principes reconnus comme fondamentaux, dont l'application par le juge français conduit à l'évic-

tion de la loi étrangère normalement compétente en vertu de la règle de conflit au profit de sa loi nationale. C'est une notion de droit interne.

L'arrêt de la chambre sociale se réfère à un ordre public véritablement international, qui pourrait être tout autant dit transnational ou universel.

Une jeune femme, de nationalité nigériane, avait été placée au service d'un employeur, de nationalité britannique, en qualité de femme de ménage, en vertu d'un contrat passé au Nigéria entre ses père, mère et frère et l'employeur. Ce contrat prévoyait, en particulier, qu'il ne pouvait y être mis fin par la famille de l'intéressée que contre remboursement à l'employeur des frais exposés pour l'employée et que celle-ci était tenue de suivre l'employeur à l'étranger sans pouvoir revenir dans son pays sans son autorisation ni percevoir son salaire mensuel, fixé à une somme équivalant à 25 euros, tant qu'elle se trouvait hors du Nigéria. La jeune femme avait pu s'enfuir de l'hôtel français dans lequel résidaient l'employeur et les siens, auprès desquels elle accomplissait alors son travail. Son passeport était retenu par l'épouse de l'employeur. Recueillie par une association, elle avait saisi la juridiction prud'homale devant laquelle l'employeur, soutenant que la salariée accomplissait son travail de manière habituelle au Nigéria, avait décliné la compétence des juridictions françaises pour connaître du litige et, à titre subsidiaire, celle de la loi française pour le trancher. Le conseil de prud'hommes et l'arrêt confirmatif de la cour d'appel avaient rejeté ses défenses en retenant que le travail était effectué en France et fait application de l'article R. 517-1 du code du travail, en ce qui concerne la compétence juridictionnelle, et des dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980, en ce qui concerne la loi applicable au fond. Le pourvoi en cassation de l'employeur critiquait notamment ces deux chefs de l'arrêt d'appel.

La chambre sociale aurait pu rester à une stricte réponse aux moyens pris de la violation des textes réglant les conflits de juridictions et de lois, qui lui étaient proposés. Elle a choisi de faire une application directe de l'ordre public au sens du droit international en substituant ses motifs à ceux des juges du fond, après en avoir avisé les parties conformément à l'article 1015 du nouveau code de procédure civile.

En effet, l'arrêt attaqué révélait que la jeune femme avait été tenue en état de servitude, au sens donné à cet état par l'arrêt X... c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juillet 2005 (requête n° 73316/01). Il en ressortait qu'elle avait été placée auprès de l'employeur sans manifestation personnelle de sa volonté, que sa liberté d'aller et venir était réduite, que sa rémunération, dont le paiement était aléatoire, était dérisoire et qu'elle était à la merci de l'employeur qui lui avait confisqué son passeport.

L'affirmation de la compétence des juridictions françaises et de l'application de la loi française s'imposait alors pour deux raisons. D'une part, l'existence de droits fondamentaux transnationaux ou

universels prohibant la servitude et exprimant à cet égard le même respect de la personne humaine pouvait être dégagée de nombreux instruments internationaux les consacrant : Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, Convention (n° 105) concernant l'abolition du travail forcé adoptée par la Conférence générale de l'OIT le 25 juin 1957, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et Pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU du 16 décembre 1966, Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 (OEA), Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée par l'OUA le 18 juin 1981, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée à Nice le 7 décembre 2000... D'autre part, l'exigence d'un rattachement du litige avec la France était satisfaite par la présence de la jeune femme sur le sol français dans la suite de l'employeur et par sa fuite, en cette circonstance, de son lieu de travail.

L'ordre public international ainsi conçu s'impose au juge national qui en est l'interprète. Il fait obstacle à la revendication de la compétence d'une juridiction et d'une loi étrangères et emporte éviction voire désaveu de la loi étrangère. Le juge français ne peut se dire incompétent. Il n'a pas non plus à rechercher la loi applicable au litige et le contenu de celle-ci. Il applique sa loi.

Cette décision est à rapprocher de l'arrêt rendu le 25 janvier 2005 dans un litige opposant un salarié de nationalité française à la Banque africaine de développement, par lequel la chambre a jugé que l'établissement, jouissant d'une immunité de juridiction en vertu de l'article 52 de l'accord de Karthoum du 4 août 1963 l'instituant, ne pouvait, cependant, se prévaloir de cette immunité « *dans le litige l'opposant au salarié qu'elle a licencié dès lors qu'à l'époque des faits elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constituant un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France* » (Bull. 2005, V, n° 16, p. 13).

Il faut encore rapprocher l'arrêt de celui qui a été rendu le 1^{er} février 2005 dans une instance Etat d'Israël c/ National Iranian Oil Company, par lequel la première chambre civile de la Cour a jugé « *que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du*

juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France » (Bull. 2005, I, n° 53, p. 45).

Il convient enfin de relever que, pour la première fois, la chambre sociale a décidé que l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail est due au salarié auquel un employeur a eu recours en France en violation des dispositions de l'article L. 324-10 du même code, peu important que l'employeur ait accompli ou non des formalités équivalentes à celles imposées par les textes nationaux dans un autre Etat. Les textes relatifs au travail dissimulé sont, sous réserve, le cas échéant, de conventions ou accords internationaux, d'application territoriale.

* Prescription

N° 545

1° La prescription d'une action en responsabilité contractuelle ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait eu précédemment connaissance.

2° Le préjudice du salarié né de la perte des droits correspondant aux cotisations non versées par l'employeur à des régimes de retraite n'est certain qu'au moment où le salarié se trouve en droit de prétendre à la liquidation de ses droits à pension.

Par suite, viole l'article 2262 du code civil l'arrêt qui décide que la prescription court à compter de la date à laquelle le versement des cotisations aurait dû intervenir.

Soc. – 26 avril 2006.

**Cassation
partiellement sans renvoi**

N° 03-47.525. – C.A. Amiens, 8 octobre 2003.

M. Bailly, Pt (f.f.). – M. Chauviré, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

1° L'action en responsabilité d'un salarié contre son employeur, lorsque celui-ci n'a pas versé de cotisations aux organismes de retraite, est une action en responsabilité civile contractuelle, soumise au délai de prescription de droit commun de trente ans, par application de l'article 2262 du code civil.

Il revenait à la Cour de cassation dans le présent arrêt de déterminer le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité intentée par le salarié contre son employeur (1) du fait de l'absence de versement des cotisations.

La Cour de cassation, qui censure les juges d'appel, rappelle que le point de départ du délai de prescription correspond à la date de la réalisation

(1) Sur cette question, cf. M. Jourdain, Revue trimestrielle de droit civil, 1997, p. 957 et MM Roland et Boyer, Adages du droit français, p. 109 et s.

du dommage ou de celle à laquelle il est révélé à la victime à condition qu'elle n'en ait pas eu connaissance auparavant.

C'est ce que la chambre sociale avait déjà jugé dans deux arrêts de 1991 (Soc., 18 décembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 598, p. 372) et 1997 (Soc., 1^{er} avril 1997, *Bull.* 1997, V, n° 130, p. 95). Elle applique l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio* qui veut que la prescription ne court qu'à partir du moment où le créancier a la possibilité d'agir.

2° La Cour de cassation devait déterminer le moment de la réalisation du préjudice pour connaître le point de départ du délai de prescription : s'agissait-il de la date à laquelle les cotisations auraient dues être versées par l'employeur ou de celle à laquelle le salarié pouvait prétendre au versement de ses droits à pension ?

La Cour, contrairement à la solution retenue par les juges d'appel, répond que le préjudice né de la perte des droits correspondant aux cotisations non versées n'était devenu certain qu'au moment où la salariée s'était trouvée en droit de prétendre à la liquidation de ses droits à pensions.

N° 546

La prescription quinquennale d'une demande de rappel de salaire n'interdit pas au salarié de solliciter l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, laquelle se prescrit par trente ans et court à compter de la rupture.

Il en résulte que, saisie d'une demande d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, la cour d'appel doit vérifier si les conditions de son attribution sont réunies même si la demande de rappel de salaire est atteinte par la prescription.

Soc. – 10 mai 2006. Cassation partielle

N° 04-42.608. – C.A. Besançon, 27 janvier 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Aux termes des articles 2277 du code civil et L. 143-14 du code du travail, les actions en paiement du salaire se prescrivent par cinq ans.

Dès lors qu'une demande en rappel de salaire est atteinte par cette prescription, le salarié demandeur peut-il prétendre à l'obtention de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail ?

La Cour de cassation juge dans le présent arrêt que l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé se prescrit par trente ans, ce délai courant à compter de la rupture du contrat de travail. Dès lors, le salarié dont la demande de rappel de salaire est prescrite peut solliciter le paiement de l'indemnité de l'article L. 324-11-1, si les conditions de l'attribution de cette indemnité sont réunies, ce qu'il appartient aux juges du fond de vérifier.

La chambre sociale fait application de la règle jurisprudentielle qui distingue les actions afférentes aux salaires, qui se prescrivent par cinq ans, de celles relatives à la rupture du contrat de travail, auxquelles la prescription trentenaire de droit commun est applicable.

Ainsi, la Cour a déjà jugé que la prescription quinquennale est applicable à l'action engagée par un salarié dès lors que celle-ci est afférente à des éléments de son salaire (Soc., 13 janvier 2004, *Bull.*, 2004, V, n° 2, p. 2 ; Soc., 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 79, p. 72).

En revanche, les créances, indemnités légales ou conventionnelles de licenciement qui trouvent leur cause dans la rupture du contrat, n'ont pas la nature de salaire et sont soumises à la prescription trentenaire de droit commun (Soc., 20 octobre 1988, *Bull.* 1988, V, n° 536, p. 346 ; Soc., 14 avril 1988, *Bull.* 1988, V, n° 228, p. 149).

* *Preuve – moyens de preuve (licéité ou non)*

N° 547

La circonstance qu'un salarié, agissant comme représentant de l'employeur, procède au licenciement d'un autre salarié n'est pas de nature à le priver de la liberté de témoigner en justice en faveur de la personne dont le contrat de travail a été rompu.

Soc. – 4 avril 2006.

Rejet

N° 04-44.549. – C.A. Paris, 6 avril 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Chollet, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

Selon les dispositions de l'article L. 122-14-3 du code du travail, « *En cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forge sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

Le présent litige posait à la Cour de cassation la question de savoir si un salarié, signataire d'une lettre de licenciement en qualité de représentant de l'employeur, avait la faculté d'attester ou de témoigner en justice en faveur du salarié licencié.

La Cour de cassation répond positivement.

Elle avait déjà énoncé qu'en matière prud'homale, la preuve est libre, ce dont il résulte que le juge apprécie librement la valeur et la portée de l'attestation établie par le conseiller du salarié qui l'a assisté lors de l'entretien préalable (Soc., 27 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 108, p. 84), de même que celles d'attestations que d'anciens salariés en procès avec le même employeur s'étaient délivrés les uns aux autres (Soc., 17 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 149, p. 110).

N° 548

La simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite.

Soc. – 26 avril 2006.

Rejet

N° 04-43.582. – C.A. Lyon, 12 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Le contrôle de l'activité des salariés par l'employeur est encadré par plusieurs dispositions législatives.

Ainsi l'article L. 121-8 du code du travail dispose qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi ».

L'article L. 432-2-1, alinéa 3, prévoit que le comité d'entreprise est « informé et consulté, préalablement à la décision de mise en oeuvre dans l'entreprise, sur les moyens et les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ».

En outre, ce contrôle est soumis au respect de l'article L. 120-2 du code du travail, qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

La jurisprudence de la chambre sociale avait posé le principe selon lequel « Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés » (Soc., 23 novembre 2005, Bull. 2005, V, n° 333, p. 294). Elle fixait ainsi les limites de la validité des modes de preuve produits par l'employeur qui l'empêchent de se prévaloir de rapports de détectives privés ou ceux d'une société de surveillance (Soc., 15 mai 2001, Bull. 2001, V, n° 167, p. 131) lorsque le personnel n'en a pas été informé.

Dans la présente espèce cependant, la faute grave alléguée reposait sur des constatations faites par le supérieur hiérarchique du salarié sans recours à un dispositif de contrôle.

La chambre sociale, sans revenir sur sa jurisprudence antérieure, juge que la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite.

Au contraire, l'employeur peut surveiller ses salariés à condition qu'il exécute cette mission dans le cadre normal de son pouvoir de direction. Il doit légitimement savoir ce que font les employés dans leur travail.

En revanche, les procédés de contrôle organisés nécessitent une information préalable des intéressés, tandis que les filatures sont prohibées, car elles impliquent par elles-mêmes une atteinte à la vie privée de l'intéressé insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts de l'employeur (Soc., 26 novembre 2002, Bull. 2002, V, n° 352, p. 345).

N° 549

Encourt la cassation l'arrêt qui décide que l'employeur ne peut, pour justifier des griefs qu'il invoquait dans la lettre de licenciement, produire des attestations établies postérieurement à ce licenciement, alors que cette circonstance était indifférente et qu'il appartenait à la cour d'appel d'apprécier le contenu et la portée de ces attestations.

Soc. – 31 mai 2006.

Cassation

N° 05-43.197. – C.A. Montpellier, 6 avril 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article 199 du nouveau code de procédure civile, « lorsque la preuve testimoniale est admissible », ce qui est le cas en matière de licenciement, « le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont eu personnellement connaissance ». Cette preuve peut être apportée par attestation établie dans les conditions prévues par l'article 202 du même code.

Le juge peut-il se fonder sur des attestations établies postérieurement à un licenciement pour caractériser la réalité des griefs invoqués dans la lettre de licenciement ? Telle était la question posée par le présent litige.

Aucune condition d'antériorité n'étant exigée par les articles susvisés du nouveau code de procédure civile, la chambre sociale retient qu'il importe peu que l'attestation soit postérieure au licenciement.

Elle rappelle par là-même, sans remettre en cause la règle selon laquelle le bien-fondé d'un licenciement s'apprécie à la date de celui-ci, que l'attestation est établie en vue de sa production en justice et non en vue de la décision de licenciement prise par l'employeur.

En conséquence, l'arrêt censure la décision des juges du fond en énonçant qu'il leur appartenait d'apprécier le contenu et la portée des attestations litigieuses (dans le même sens : Soc., 27 mars 2001, Bull. 2001, V, n° 108, p. 84).

N° 550

Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise.

Constitue un moyen de preuve illicite l'enregistrement du salarié par le système de vidéo-surveillance de la clientèle mis en place par l'employeur qui est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalables du comité d'entreprise.

Soc. – 7 juin 2006. Cassation

N° 04-43.866. – C.A. Bourges, 24 octobre 2003.

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Dans la présente espèce, un système de surveillance de la clientèle d'une grande surface, mis en place par l'employeur après discussion avec le CHSCT, avait été utilisé pour surveiller la clientèle. Il avait permis de déceler les agissements délictueux d'un salarié, licencié ensuite pour faute grave, et qui contestait le bien-fondé de ce licenciement.

La cour d'appel, qui a confirmé le jugement du conseil de prud'hommes ayant décidé que le licenciement reposait effectivement sur une faute grave, encourait une censure inévitable.

En effet, la Cour de cassation rappelle régulièrement que les procédés de contrôle organisés de l'activité des salariés nécessitent une information préalable des intéressés. Elle a jugé que l'appel aux services de détectives privés sans que l'intéressé ni le comité d'entreprise n'en aient été informés est illicite (Soc., 23 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 333, p. 294). La même solution a été retenue pour le contrôle exercé sur les salariés par une société de surveillance extérieure à l'entreprise sans information préalable des salariés (Soc., 15 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 167, p. 131).

Dans la continuité de cette ligne jurisprudentielle, la chambre sociale, par application de l'article L. 432-2-1 du code du travail, juge donc que l'utilisation de la vidéo-surveillance destinée au contrôle de la clientèle, pour surveiller le personnel, sans information et consultation préalables du comité d'entreprise, est illicite.

* *Unicité de l'instance*

N° 551

Lorsqu'un employeur a licencié un salarié puis a saisi la juridiction prud'homale d'une demande dirigée contre ce salarié, ni le désistement de l'em-

ployeur de sa demande ni la règle de l'unicité de l'instance ne peuvent faire obstacle au droit du salarié de contester en justice son licenciement.

Soc. – 7 juin 2006. Cassation partiellement sans renvoi

N° 04-43-774. – C.A. Amiens, 24 mars 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Gillet, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Le code du travail énonce, dans son article R. 516-1, le principe de l'unicité de l'instance : « *Toutes les demandes dérivant du contrat de travail entre les mêmes parties doivent, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, faire l'objet d'une seule instance, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne se soit révélé que postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes.* »

Ainsi, un salarié, qui avait introduit une instance en requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, ne peut par la suite en introduire une nouvelle en paiement d'indemnités de rupture (Soc., 22 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 62, p. 54).

En revanche, si les causes de la seconde saisine du conseil procèdent de la contestation d'un licenciement intervenu postérieurement à une première décision, il ne peut être opposé au salarié, qui n'est pas tenu de relever appel de la décision, la règle de l'unicité de l'instance (Soc., 8 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 324, p. 291).

Dans la présente espèce, un employeur, ayant engagé une procédure en paiement de diverses sommes contre un salarié qu'il avait peu auparavant licencié pour faute lourde, s'est désisté de son instance avant l'audience de conciliation. Le salarié a présenté ensuite à titre reconventionnel une demande de paiement d'indemnités de rupture. La cour d'appel a déclaré les prétentions du salarié irrecevables en application de la règle de l'unicité de l'instance, le désistement ayant produit immédiatement son effet extinctif.

La chambre sociale censure sa décision en posant en principe que « *lorsque l'employeur a licencié un salarié puis a saisi la juridiction prud'homale, ni son désistement ni la règle d'unicité de l'instance ne peuvent faire obstacle au droit du salarié de contester en justice son licenciement* », droit qui résulte non seulement des textes de droit interne mais également de l'article 8 de la Convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, Convention qui est entrée en vigueur en France le 16 mars 1990.

COURS ET TRIBUNAUX

A. – Contrat de travail, organisation et exécution

1. *Emploi et formation*

Jurisprudence des cours d'appel sur la définition du contrat de travail et la présomption légale de salariat

* *Caractérisation du contrat de travail*

N° 552

Aux termes de l'article L. 121-1 du code du travail, le contrat de travail est celui par lequel une personne accepte de fournir une prestation de travail au profit d'une autre en se plaçant dans un état de subordination juridique vis-à-vis de cette dernière et moyennant une rémunération. L'indépendance technique ou l'autonomie n'exclut pas nécessairement l'existence d'un lien de subordination.

Dès lors, n'est pas déterminant le fait stipulé dans le contrat que l'intéressé pouvait exercer son art en toute indépendance, ni le fait qu'il devait être titulaire d'une assurance responsabilité professionnelle, dans la mesure où cette dernière est indispensable dans le cadre de sa profession de masseur-kinésithérapeute. L'état de subordination est, en revanche, caractérisé lorsque la clientèle est imposée, que le requérant utilise les locaux professionnels, les installations et les appareils de son cocontractant sans contrepartie de loyer, l'employeur continuant à assumer la charge de tous les frais professionnels, que les honoraires, même perçus directement auprès des patients, sont rétrocédés à hauteur de 30 % et que le salarié est soumis à des contraintes horaires et à des directives quant à l'utilisation du matériel. Ces éléments sont constitutifs d'un contrat de travail.

C.A. Lyon, 5 avril 2005. – R.G. n° 04/06357.

M. Joly, Pt. – M. Defrasne et Mme Lefebvre, Conseillers.

N° 553

Aux termes de l'article L. 121-1 du code du travail, le contrat de travail est celui par lequel une personne accepte de fournir une prestation de travail au profit d'une autre, en se plaçant dans un état de subordination juridique vis-à-vis de cette dernière,

moyennant une rémunération. Il appartient à celui qui invoque le caractère fictif d'un contrat de travail apparent d'en rapporter la preuve.

Le mandataire liquidateur qui invoque le caractère fictif du contrat de travail d'une personne, embauchée par écrit comme chef d'équipe, qui a effectivement occupé cet emploi, pour qui l'entreprise a régulièrement cotisé aux organismes sociaux et qui a reçu des salaires, ne rapporte pas la preuve de la fictivité de son contrat, le fait que le salarié en cause soit le père de la gérante étant insuffisant à dénier l'existence d'un lien de subordination et la circonstance de son embauche dans un temps très proche de la création de la société, mais bien antérieur au jugement de liquidation judiciaire, étant tout aussi inopérante à établir que l'intéressé était dirigeant de fait, alors qu'il ne disposait d'aucun mandat, parts sociales ou délégation de signature. Le tribunal ne pouvait, sans inverser la charge de la preuve, débouter le requérant de sa demande en paiement de salaire.

C.A. Lyon, 25 février 2005. – R.G. n° 02/04818.

Mme Panthou-Renard, Pte – Mme Devalette et M. Cathelin, Conseillers.

N° 554

Le contrat de gérance d'un magasin qui laisse libre le gérant d'engager du personnel à ses frais sous sa seule responsabilité, lui permet de fixer librement ses horaires de travail en ne lui imposant pour seules contraintes que le respect des horaires de la zone de chalandise concernée et des instructions particulières aux conditions de stockage, de vente et de livraison des marchandises à la clientèle ainsi que la procédure particulière de tenue de la comptabilité et d'établissement d'inventaires contradictoires, ne caractérise aucune privation d'autonomie de gestion du gérant, au sens de l'article L. 782-1 du code du travail, de nature à justifier la requalification du contrat de gérant mandataire non-salarié en contrat de travail.

C.A. Versailles, 14 octobre 2004. – R.G. n° 03/08572.

Mme Laporte, Pte – MM. Fedou et Coupin, Conseillers.

N° 555

Les exploitants d'une station-service, dans le cadre d'une SARL dont ils sont associés à parts égales et ayant conclu un contrat dit de commission avec une société, sont recevables à invoquer contre

cette dernière l'article L. 781-1 du code du travail, quand les conditions de cet article sont réunies, à savoir l'exercice d'une profession consistant essentiellement à vendre des denrées fournies exclusivement ou presque par une seule entreprise, un local fourni ou agréé par cette entreprise, des prix imposés et des conditions imposées, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un contrat de travail et peu important la nature des liens juridiques unissant les parties.

Est applicable l'article L. 781-1 du code du travail dès lors que les exploitants avaient pour activité essentielle la vente des produits pétroliers de la société avec qui ils ont conclu, qu'ils n'effectuaient ni l'opération de lavage des véhicules ni celle de réparation que, par ailleurs, les clauses contractuelles du contrat de commission, prévoyant une exclusivité de la publicité, des conditions de présentation et d'entretien des locaux et un droit de regard sur les travaux, permettaient de considérer que les locaux étaient bien soumis à un agrément, enfin que les prix des carburants, représentant l'activité principale, étaient imposés, et l'activité des exploitants soumise à de nombreuses conditions.

C.A. Lyon, 6 octobre 2004. – R.G. n° 02/00166.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Monleon, Conseillers.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

Jurisprudence des cours d'appel sur la clause de mobilité

* *Clause de mobilité*

N° 556

Si une clause de mobilité géographique est, de principe, licite, elle ne l'est que pour autant qu'elle comporte l'indication du périmètre dans lequel elle pourra s'exercer.

En effet, l'exécution de bonne foi du contrat de travail implique que le salarié soit informé de l'étendue des obligations qu'il a contractées.

Par suite, la clause de mobilité géographique qui se borne à énoncer que l'employeur peut modifier le lieu où le salarié aura à exercer ses fonctions n'est pas licite et ne peut être opposée au salarié.

C.A. Poitiers (Ch. soc.), 4 avril 2006. – R.G. n° 04/02793.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, Conseillers.

N° 557

Il résulte des dispositions de l'article L. 120-2 du code du travail que, pour être licite, une clause de mobilité, qui met en cause le droit à une vie familiale normale et le libre choix du domicile, doit satisfaire

aux conditions de finalité et de proportionnalité posés par ce texte. Par ailleurs, une clause de mobilité ne peut être valablement opposée à un salarié que pour autant qu'elle est formulée d'une manière suffisamment claire et précise pour permettre au salarié d'en connaître le sens et l'étendue.

En l'espèce, l'acte d'engagement de la salariée auprès de la société Ocecars disposait : « votre lieu de travail sera fixé à La Rochelle. Il pourra être modifié en raison des circonstances et de l'évolution de votre carrière au sein du groupe CGEA ». Il ne résulte pas d'une manière claire et certaine de ces dispositions qu'une véritable clause de mobilité ait été insérée au contrat. Si l'on devait considérer malgré tout qu'il s'agit bien d'une clause de mobilité, il ne ressort pas des pièces du dossier que la moindre indication ou le moindre document ait été remis à la salariée pour lui permettre de connaître la délimitation de ce groupe CGEA, la liste des entreprises qui en font partie et leur localisation, de sorte que la salariée était dans l'impossibilité de connaître le périmètre ou l'étendue de son obligation de mobilité. La clause ne pouvait donc être opposée à la salariée.

C.A. Poitiers (Ch. soc.), 21 Juin 2005. – R.G. n° 03/03128.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, Conseillers.

N° 558

Le refus de mutation par une salariée dont le contrat de travail comporte une clause de mobilité ne peut être considéré comme fautif s'il apparaît que l'employeur a commis un abus de droit en mettant en oeuvre la clause de mobilité et que sa décision a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise.

En l'espèce, alors que la salariée a repris son travail le 4 septembre de l'année, l'employeur lui a fait des reproches successifs dans une courte période de temps mettant en évidence son mécontentement et celui-ci lui annonçait sa mutation dès le 12 décembre de la même année. La mutation ainsi imposée alors que l'employeur ne pouvait ignorer les difficultés matérielles qui en résulteraient pour elle (enfant en bas âge) révèle, en l'absence de toute justification d'un intérêt pour l'entreprise, son intention de provoquer un refus et de se séparer de sa salariée ou à tout le moins de prononcer une sanction déguisée. Il est ainsi suffisamment démontré que la clause de mobilité a été mise en oeuvre pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle.

C.A. Riom (Ch. soc.), 24 mai 2005. – R.G. n° 04/02599.

N° 559

Dès lors qu'un manager dans un supermarché signe un contrat de travail comportant une clause de mobilité géographique en Bretagne, il s'engage

à être muté même sur une île. L'employeur qui procède à une telle mutation, en respectant notamment son engagement de prendre à sa charge les frais de déménagement liés à un changement de résidence, ne peut se voir reprocher un quelconque abus de droit dans la mesure où il ne fait que gérer ses salariés, éventuellement pour éviter des licenciements. Le salarié qui s'oppose obstinément commet quant à lui une faute rendant impossible la poursuite du contrat de travail, même pendant la durée du préavis.

C.A. Rennes, 21 novembre 2002. – R.G. n° 01/07897.

Mme Segondat, Pt. – Mme L'Henoret et M. Patte, Conseillers.

Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon sur la modification du contrat de travail et ses applications

* *Modification du contrat de travail*

N° 560

Il résulte de l'article L. 212-1 *bis* du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 que la durée du travail effectif des salariés est fixée à 35 heures par semaine à compter du 1^{er} janvier 2002 pour les entreprises dont l'effectif est de moins de vingt salariés. Il résulte en outre de l'article L. 212-3 du code du travail, issu de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, que la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail.

Dès lors, les modalités de la réduction à 35 heures de la durée hebdomadaire du travail, prévues par l'avenant du 29 novembre 2000 à la convention collective nationale de l'immobilier, s'imposaient donc aux salariés comme à l'employeur sans qu'il soit besoin d'un accord d'entreprise. Toutefois, la réduction des salaires par décision unilatérale de l'employeur, lorsque la durée du travail effectif est ramenée à la durée légale, est une modification des contrats de travail qui ne peut intervenir sans l'accord préalable des salariés concernés.

C.A. Lyon (Ch. soc.), 11 janvier 2006. – R.G. n° 04/02048.

M. Joly, Pt. – M. Defrasne et Mme Lefebvre, Conseillers.

N° 561

Si l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, peut apporter des modifications aux conditions de travail du salarié, c'est à la condition de ne pas l'exercer de façon abusive, sans nécessité immédiate pour le fonctionnement de l'entreprise et sans tenir compte des contraintes personnelles du salarié. En outre, le congé parental ne doit pas être

détourné de sa finalité, laquelle consiste à permettre au salarié de remplir au mieux ses tâches et obligations familiales et surtout de pourvoir, dans de meilleures conditions, à l'éducation de son enfant.

C.A. Lyon (Ch. soc.), 5 janvier 2006. – R.G. n° 04/00912.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Vilde, Conseillers.

N° 562

La modification de l'assiette de la partie variable de la rémunération ayant pour but de faire sortir « la souscription et le renouvellement des contrats qui ne dépendaient pas principalement de l'activité des assistants commerciaux et financiers », constitue manifestement une modification du contrat de travail qui ne saurait être imposée au salarié sans son accord.

Dès lors, il importe peu que le montant maximum de prime que le salarié était susceptible de percevoir par le biais de ce nouveau mode de calcul fût supérieur au plafond qui était autorisé par l'ancien mode de calcul.

C.A. Lyon, 12 mai 2004. – R.G. n° 00/05423.

M. Vouaux-Massel, Pt. – Mme Morin et Mme Monléon, Conseillères.

B. – Durée du travail et rémunérations

2. Rémunérations

Jurisprudence des cours d'appel
sur le principe « à travail égal, salaire égal »

* *Salaires (à travail égal, salaire égal)*

N° 563

Il résulte du principe « à travail égal, salaire égal » que si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables.

C.A. Lyon (Ch. soc.), 5 janvier 2006. – R.G. n° 03/06896.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Vilde, Conseillers.

N° 564

Il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe de d'égalité de trai-

tement et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement, de ramener la preuve que cette disparité est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat.

En l'espèce, en fournissant des éléments statistiques faisant apparaître une rémunération inférieure à la moyenne des salariés appartenant au même coefficient, par l'absence de changement de coefficient depuis qu'il exerce un mandat syndical et par sa situation, inférieure à celle de deux salariés de même ancienneté et de même niveau professionnel, le salarié justifie de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement sans que l'employeur n'établisse, par des éléments objectifs, que cette différence n'est pas due à l'activité syndicale de l'intéressée poursuivie depuis 1978. Le jugement constatant que le salarié est victime d'une discrimination syndicale doit être confirmé.

C.A. Riom (Ch. soc.), 28 juin 2005. – R.G. n° 917/04.

N° 565

Le principe « à travail égal, salaire égal » n'a vocation à s'appliquer qu'à l'égard des salariés d'une même entreprise, tout employeur étant par ailleurs en droit d'instituer, par accord collectif, usage ou engagement unilatéral, des avantages particuliers au profit de ses salariés, ou de certaines catégories d'entre eux, dès lors que ces avantages bénéficient à tous les salariés placés dans une situation identique et que les conditions de leur attribution sont préalablement définies et contrôlables. Les salariés d'une caisse de maladie régionale ne peuvent donc invoquer le principe de non-discrimination pour revendiquer des avantages résultant d'un accord d'entreprise ou d'établissement, d'un usage ou d'un engagement unilatéral, exclusivement applicable au sein d'une autre entreprise ou d'un autre établissement, en l'espèce une autre caisse régionale dans laquelle les salariés bénéficient d'un usage ancien destiné à compenser les sujétions particulières de la vie en région parisienne.

C.A. Amiens (Ch. soc.), 16 mars 2004. – R.G. n° 03/02684.

Mme Sant, Pte. – Mme Seichel, Conseillère.

N° 566

Aux termes de l'article L. 140-2 du code du travail, tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Cette règle constitue une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du code du travail.

Il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un et l'autre sexe, pour autant que ceux-ci effectuent un même travail ou un travail de valeur égale. En tout état de cause, la disparité de situa-

tion suivant que les salariés occupaient ou non leurs fonctions à compter d'une date donnée n'est pas de nature à justifier une différence de traitement entre salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale.

C.A. Paris, 25 novembre 2003. – R.G. n° 03/37739.

M. Linden, Pt. – Mme Patte et Mme Schmeitzky, Conseillères.

F. – Rupture du contrat de travail

2. Licenciements

Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon sur les licenciements économiques

2.4. Licenciement économique

N° 567

Dès lors que les difficultés économiques invoquées à l'appui du licenciement pour motif économique ne sont pas contestables, les conditions d'applications de l'article L. 321-1 du code du travail sont remplies.

En conséquence le juge n'a pas à apprécier le choix de gestion fait par l'employeur quant au nombre et quant à la nature des emplois pouvant être supprimés.

C.A. Lyon (Ch. soc.), 7 février 2006. – R.G. n° 04/03085.

M. Joly, Pt. – M. Defrasne et Mme Lefebvre, Conseillers.

N° 568

En application de l'article L. 122-14-1 du code du travail, la lettre de licenciement qui se borne à invoquer la raison économique de ce licenciement sans indiquer l'incidence de cet élément sur l'emploi ou le contrat de travail n'est pas suffisamment motivée et, au regard des dispositions d'ordre public de l'article L. 321-1 du code du travail, cette motivation insuffisante rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C.A. Lyon (Ch. soc.), 21 octobre 2005. – R.G. n° 04/02096.

Mme Panthou-Renard, Pte. – Mme Devalette et M. Cathelin, Conseillers.

N° 569

Aux termes de l'article L. 321-1 du code du travail, constitue un licenciement économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés

économiques ou à des mutations technologiques. S'il est indéniable, au vu de ses comptes, que la société présentait des difficultés économiques se traduisant, depuis plus de deux ans, par des pertes d'exploitation relativement importantes et de mauvaises prévisions, il n'est donné que des indications extrêmement parcellaires sur la situation du groupe. En l'absence de document sur la structure du groupe et sur l'activité des sociétés qui le composent, de comptes, consolidés ou non, permettant d'apprécier la réalité de la situation économique et financière de l'ensemble des sociétés œuvrant dans le même secteur d'activité que la société employant le salarié licencié, la preuve de l'existence de difficultés économiques au sein dudit secteur d'activité n'est nullement rapportée, de sorte qu'à cet égard, le licenciement litigieux est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

C.A. Lyon, 10 mars 2005. – R.G. n° 02/04211.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Vilde, Conseillers.

N° 570

En application de l'article L. 321-1 du code du travail, une réorganisation de l'entreprise ou des mutations technologiques peuvent constituer un motif économique de licenciement s'ils sont nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Cependant, toute réorganisation de l'entreprise, même engagée de bonne foi par l'employeur, n'est pas, par elle-même, nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. La réorganisation des services paie et comptabilité et la mise en place de certains outils comptables n'apparaissent pas dictées par une nécessaire sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise pouvant justifier le caractère économique du licenciement de la salariée, mais par une gestion rationnelle de l'entreprise hors de toute difficultés économiques et ce à la suite d'une fusion de sociétés. Le licenciement de la salariée est en conséquence dépourvu de cause réelle et sérieuse.

C.A. Lyon, 8 octobre 2004. – R.G. n° 02/02449.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Vilde, Conseillers.

COMMENTAIRES
ET DOCTRINE

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

4. Contrats particuliers

Jean Savatier, « La rupture pour motif disciplinaire des contrats nouvelles embauches », *in Droit social*, novembre 2005, n° 11, p. 957-959.

Thibault Lahalle, « Le contrat de transition professionnelle », *in JCP éd. sociale*, n°s 21-22, 23 mai 2006, p. 11.

5. Statuts particuliers

Patrick Chaumette, « Le marin entre le navire et sa résidence. Le registre international français des navires (RIF) », *in Revue critique de droit international privé* 2006, p. 275.

Sandrine Sana-Chaillé de Néré, observations sous Soc., 28 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 216, p. 189, *in Journal du droit international*, 2006, p. 616.

B. – Durée du travail et rémunérations

1. Durée du travail, repos et congés

Jacques Barthélémy, observations sous Soc., 30 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 282, p. 245 *in Droit social*, janvier 2006, n° 1, p. 95-96.

C. – Santé et sécurité au travail

Jean Savatier, « La reprise du travail sans visite de reprise par le médecin du travail », observations sous Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, p. 78, *in JCP éd. sociale*, n° 14, avril 2006, p. 27.

Pierre Sargos, « Santé et sécurité au travail, l'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », observations sous Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, p. 78, *in Droit social*, n° 5, mai 2006, p. 514.

Sylvie Bourgeot et Michel Blatman, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés » observations sous Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, p. 78, *in Droit Social*, n° 6, juin 2006, p. 653.

Jean-Michel Gasser, « Le droit de retrait dans le secteur privé », chronique *in RJS*, 6/06, *Etudes et doctrine*, p. 463.

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

2. Représentation du personnel

François Duquesne, « La négociation en matière d'institutions du personnel : le cas des heures de délégation », observations sous Soc., 15 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 111, p. 104, *in Droit social*, n° 6, juin 2006, p. 646.

BULLETIN D'ABONNEMENT

AUX BULLETINS DE LA COUR DE CASSATION

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner (1) :

- Au bulletin des arrêts des chambres civiles, pour une durée d'un an (référence d'édition 25) : **186,70 €** (2)
- Au bulletin des arrêts de la chambre criminelle, pour une durée d'un an (référence d'édition 29) : **126,40 €** (2)
- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an (référence d'édition 91) : **78,10 €** (2)
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an (référence d'édition 97) : **13,90 €** (2)
- A l'index annuel des arrêts civils, pour une durée d'un an (référence d'édition 81) : **15,70 €** (2)
- A la table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an (référence d'édition 87) : **15,50 €** (2)
- Au bulletin des arrêts des chambre civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an (référence d'édition 37) : **325,20 €** (2)
- Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + bulletin d'information + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an (référence d'édition 49) : **401,20 €** (2)
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M., par avion : tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Nom : Prénom :

N° d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) : N° de payeur :

Adresse :

Code postal : Localité :

Date : Signature :

- Ci-joint mon règlement par chèque bancaire ou postal, à l'ordre de la Direction des Journaux officiels.

(1) Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

(2) Tarif d'abonnement pour la France pour l'année 2005, frais de port inclus.

197060740-001106 – Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

N° d'ISSN : 0992-6623

N° de CPPAP : en cours

Le directeur de la publication : le conseiller à la Cour de cassation, directeur du service de documentation et d'études : Alain Lacabarats

Reproduction sans autorisation interdite – Copyright Service de documentation et d'études

Le bulletin d'information peut être consulté sur le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Maquette couverture : Ph. Soussan

