

# DROIT DU TRAVAIL

DIFFUSION D'ÉTUDES, COMMUNICATIONS, JURISPRUDENCE ET DOCTRINE



PUBLICATION TRIMESTRIELLE

OCTOBRE-NOVEMBRE-DÉCEMBRE 2006

# COUR DE CASSATION

## DROIT DU TRAVAIL

---

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – COMMENTAIRES  
ET DOCTRINE



# Table des matières

---

## COMMUNICATIONS

	<u>Page</u>
Activité de la chambre sociale en 2006.....	3

## JURISPRUDENCE

Page

### COURS EUROPÉENNES

II. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	7
II.1. – Cour de justice des Communautés européennes	

Numéros

<b>A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail</b>	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Travailleurs privés d'emploi.....	637
<b>B. – Durée du travail et rémunérations</b>	
* Salaire (à travail égal, salaire égal) .....	638

### COUR DE CASSATION (\*)

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

Page

AVIS DU 21 DÉCEMBRE 2006	
Contrat de travail, rupture.....	9

---

(\*) Les titres et 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

Numéros

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

#### 1. *Emploi et formation*

- \* Contrats à durée déterminée ..... 639 à 643
- \* Contrats à durée déterminée dits d'usage..... 644
- \* Travailleurs privés d'emploi..... 645

#### 2. *Droits et obligations des parties au contrat de travail*

- \* Clause de mobilité ..... 646
- \* Clause de non-concurrence ..... 647
- \* Période d'essai et période probatoire..... 648
- \* Harcèlement moral ..... 649-650
- \* Obligation de bonne foi du salarié ..... 651
- \* Pouvoir de direction de l'employeur ..... 652-653
- \* Pouvoir disciplinaire de l'employeur ..... 654-655
- \* Travail dissimulé ..... 656

#### 3. *Modification dans la situation juridique de l'employeur*

- \* Cession d'une unité de production ..... 657 à 660
- \* Perte d'un marché ..... 661
- \* Reprise d'activité (association)..... 662
- \* Salariés repreneurs..... 663

#### 4. *Contrats particuliers*

- \* Contrats de qualification..... 664
- \* Contrats emploi-solidarité ..... 665
- \* Travail temporaire..... 666-667

#### 5. *Statuts particuliers*

- \* Artiste du spectacle..... 668-669
- \* Marin..... 670
- \* Voyageur, représentant, placier (VRP)..... 671

### B. – Durée du travail et rémunérations

#### 1. *Durée du travail, repos et congés*

- \* Congés payés ..... 672-673
- \* Réduction du temps de travail..... 674 à 679
- \* Repos hebdomadaire et jours fériés ..... 680

#### 2. *Rémunérations*

- \* Intéressement et participation..... 681
- \* Salaire..... 682
- \* Salaire (à travail égal, salaire égal) ..... 683-684
- \* Garanties AGS ..... 685-686

### C. – Santé et sécurité au travail

- 1. *Obligation de sécurité pesant sur l'employeur*..... 687
- 2. *Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail*..... 688-689
- 4. *Maternité*..... 690

<b>D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail</b>	
1. <i>Accords et conventions collectifs</i>	
* Accords collectifs et conventions collectives divers.....	691-692
* Champ d'application.....	693-694
<b>E. – Représentation du personnel et élections professionnelles</b>	
1. <i>Elections professionnelles</i> .....	695 à 698
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.1. Cadre de la représentation	
* Unité économique et sociale.....	699
2.2. Institutions représentatives du personnel	
* Comités d'entreprise et d'établissement - avis .....	700
* Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail .....	701-702
* Syndicat - activité syndicale .....	703
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre le licenciement .....	704 à 707
<b>F. – Rupture du contrat de travail</b>	
1. <i>Prise d'acte de la rupture</i> .....	708-709
2. <i>Licenciements</i>	
2.1. Mise en œuvre	
* Entretien préalable .....	710
* Formalités conventionnelles préalables.....	711-712
2.2. Imputabilité et motifs de la rupture.....	713
2.3. Licenciements disciplinaires	
* Faute grave.....	714-715
2.4. Licenciement économique.....	716 à 718
2.5. Indemnité compensatrice de préavis.....	719
3. <i>Résiliation judiciaire</i> .....	720
4. <i>Démission</i> .....	721
5. <i>Retraite et préretraite</i>	
* Préretraite .....	722
<b>G. – Actions en justice</b>	
* Appel (acte d'appel).....	723-724
* Autorité de la chose jugée par le juge administratif .....	725
* Cassation (pourvoi) .....	726
* Cassation d'un arrêt en toutes ses dispositions.....	727
* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes .....	728-729
* Compétence matérielle du du tribunal de grande instance .....	730
* Compétence de la juridiction administrative.....	731
* Contradiction.....	732
* Contredit .....	733-734
* Cassation d'un arrêt en toutes ses dispositions.....	727
* Prescription.....	735
* Qualité à agir .....	736

# COURS ET TRIBUNAUX

Numéros

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

### 1. *Emploi et formation*

\* Contrats à durée déterminée

Jurisprudence des cours d'appel sur la rupture d'un contrat de travail  
à durée déterminée..... 737 à 739

\* Période d'essai

Jurisprudence des cours d'appel sur la période d'essai..... 740 à 742

### 2. *Droits et obligations des parties au contrat de travail*

Jurisprudence des cours d'appel sur les implications de l'exigence d'exécution  
de bonne foi du contrat de travail..... 743 à 745

## F. – Rupture du contrat de travail

### 2. *Licenciements*

#### 2.1. Mise en œuvre

\* Entretien préalable

Jurisprudence des cours d'appel sur l'entretien préalable au licenciement ..... 746 à 748

## G. – Action en justice

\* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes

Jurisprudence des cours d'appel sur la compétence de la juridiction prud'homale .... 749 à 751

\* Unicité de l'instance

Jurisprudence des cours d'appel sur le principe de l'unicité  
de l'instance prud'homale..... 752 à 754

**COMMENTAIRES ET DOCTRINE**

## Avant-propos

---

Depuis plusieurs années, le *Bulletin du droit du travail* de la Cour de cassation assure chaque trimestre la publication par rubrique des sommaires des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour. Des sommaires d'arrêts rendus par la chambre criminelle dans les matières intéressant le droit du travail y figurent également.

La rédaction de notes offre d'apporter un éclairage sur le contexte juridique et la perspective jurisprudentielle dans lesquels sont rendus les arrêts publiés.

Les avis, arrêts rendus en assemblée plénière et en chambre mixte par la Cour de cassation sont intégralement publiés, accompagnés du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général.

Le *Bulletin du droit du travail* poursuit également la publication des sommaires des arrêts et jugements rendus par les cours et tribunaux, classés selon les mêmes rubriques que les arrêts de la Cour de cassation. La nouveauté introduite en 2005 tient à une publication thématique de cette jurisprudence, afin d'assurer aux praticiens et aux personnes intéressées un accès à une série de décisions rendues sur un point de droit particulier.

A l'aube du cinquantenaire du Traité de Rome, le *Bulletin du droit du travail* n'oublie pas l'apport régulier de la jurisprudence communautaire, comme de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, au droit du travail. Une rubrique leur est consacrée, en collaboration avec l'observatoire du droit européen du service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

Le *Bulletin du droit du travail* permet aussi à la chambre sociale de donner des informations d'ordre statistique ou, entre autres, sur le programme des audiences.

Il offre enfin un cadre pour la publication d'études sur le droit du travail.

Les évolutions technologiques ne restent pas sans impact sur notre publication, qui est désormais, à l'instar du *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, accessible en ligne sur le site internet, lui-même rénové, de la Cour.

Nous tenons à remercier particulièrement M. le président Pierre Sargos ainsi que les magistrats de la chambre sociale qui ont accepté de participer à la préparation de ce *Bulletin*, notamment mesdames Bénédicte Farthouat-Danon et Anne Leprieur, conseillers référendaires.

Nos remerciements vont également à l'équipe du *Bulletin d'information de la Cour de cassation* qui contribue, au sein du service de documentation et d'études, à la conception technique du *Bulletin du droit du travail*.

L'équipe du *Bulletin du droit du travail* :

Ont participé à la rédaction des dernières parutions, dans le cadre de la cellule sociale du service de documentation et d'études :

Philippe Roublot, auditeur à la Cour de cassation, magistrat au service de documentation et d'études, Marianne Martinez, Odile Massiot, Béatrice Mathia et Arnaud Pinson, greffiers en chef, Maryline Softly, assistante de justice, Julie Mallet et Saïda Nouredine, élèves de l'école de formation du barreau de Paris.





# COMMUNICATIONS



# COMMUNICATION

## L'activité de la chambre sociale en 2006

L'année 2006 est la deuxième année d'application de la représentation obligatoire dans les pourvois concernant les affaires prud'homales (seules désormais les affaires relatives aux élections professionnelles sont dispensées du ministère d'avocat aux Conseils). Les effets positifs perçus à partir du deuxième trimestre de 2005 se sont stabilisés en 2006. Le nombre de pourvois formés en matière prud'homale en 2005 avait décliné de 33 % par rapport à 2004 (8 889 pourvois en 2004 contre 5 998 en 2005). En 2006, le nombre de pourvois prud'homaux a été de 6 509, soit une augmentation de 9 %, et, dans cette même matière, 7 722 affaires ont été terminées, ce qui a contribué à une très sensible décline du stock qui, de 11 499 à la fin de 2001, est

tombé à 7 122 à la fin de 2006, soit une baisse de 56,60 % (moins 4 377 dossiers). Quelques gains sont sans doute encore possibles mais, compte tenu des délais de production des mémoires en demande et en défense (huit mois au minimum) et du temps nécessaire au rapporteur et à l'avocat général pour étudier l'affaire, outre les délais d'audiencement, le stock incompressible doit être de l'ordre de 6 500 à 6 800 dossiers, à flux d'entrée égal. Et les délais moyens de traitement des pourvois ont également fortement diminué sur la même période quinquennale fin 2001-fin 2006, passant de 712 jours à la fin de 2001 à 571 jours à la fin de 2006 et même à 534 jours pour le mois de décembre 2006.



# 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

##### 1. Emploi et formation

##### \* *Travailleurs privés d'emploi*

##### N° 637

Arrêt de la Cour (cinquième chambre)  
du 9 novembre 2006 – affaire C-346/05

##### Faits :

La requérante est une ressortissante française installée en Belgique depuis 1994. En octobre 1994, elle remplit une demande d'allocation chômage dans laquelle elle indique qu'elle est de nationalité française. Le lendemain, elle introduit une deuxième demande, mentionnant cette fois qu'elle a acquis la nationalité belge depuis son mariage. L'allocation chômage lui est alors allouée. En 1995, suite à une enquête concernant la requérante, il est apparu qu'elle avait conservé la nationalité française. L'office national de l'emploi lui retire alors le bénéfice de l'allocation chômage du fait de sa nationalité et faute d'avoir accompli un seul jour de travail en Belgique. En décembre 1995, après avoir accompli un jour de travail en Belgique, la requérante réintroduit une demande en vue de bénéficier de l'allocation chômage. L'office pour l'emploi a accédé à cette demande.

Par ailleurs, ce même office a considéré que la requérante avait perçu indûment les allocations lors de la première demande à laquelle il a été fait droit et qu'il y avait ainsi lieu de récupérer les sommes indûment perçues durant cette période.

La cour du travail de Liège a saisi la Cour de Justice d'une question préjudicielle sur le fondement de l'article 234 du Traité CE en vue de savoir si les articles 39 et 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71 permettent d'interpréter l'article 67 du même Règlement comme imposant à un travailleur ressortissant d'un

Etat membre une obligation d'accomplissement d'un stage ouvrant le droit aux allocations chômage dans l'Etat de résidence même lorsque la législation interne de cet Etat n'exige pas une telle obligation.

##### Droit communautaire en cause :

La juridiction de renvoi demande à la Cour d'interpréter les articles 3 et 67 du 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, modifié le 2 décembre 1996 par le Règlement n° 118/97 (JO 1997, L. 28, p.1), ainsi que l'article 39 du Traité CE.

##### Décision :

La Cour se prononce à titre principal sur le principe d'égalité de traitement entre les travailleurs communautaires, principe fondamental du Traité, puisqu'il ressort des faits que les ressortissants belges et les ressortissants d'Etats tiers ne bénéficient pas du même traitement dans des situations similaires. La Cour considère que le gouvernement belge n'a pas rapporté d'élément permettant de justifier qu'il soit dérogé au principe d'égalité.

La Cour décide ainsi que les articles en cause du Traité CE et du Règlement n° 1408/71 s'opposent à une législation nationale selon laquelle le fait, pour l'institution compétente de l'Etat membre de résidence, de refuser à un ressortissant d'un autre Etat membre le droit aux allocations de chômage au motif que, à la date du dépôt de la demande d'allocations, l'intéressé n'avait pas accompli sur le territoire dudit Etat membre une période déterminée d'emploi et alors qu'une telle condition n'est pas exigée pour les ressortissants de cet Etat membre.

La Cour reconnaît enfin qu'une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre Etat membre constitue une restriction aux libertés reconnues à tout citoyen de l'Union. Toutefois, l'imposition d'une clause de résidence répond à la nécessité de



contrôle de la situation professionnelle et familiale des chômeurs, permettant de vérifier si la situation du bénéficiaire de l'allocation de chômage n'a pas subi de modifications susceptibles d'avoir une incidence sur la prestation octroyée. Cette justification est donc fondée sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées.

## B. – Durée du travail et rémunérations

N° 638

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

Arrêt de la Cour du 3 octobre 2006 (grande chambre) – affaire C - 17/05

#### Faits :

La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 141 du Traité CE - principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

Une juridiction britannique, saisie d'un contentieux du travail portant sur l'écart de rémunération entre hommes et femmes, avait constaté que, statistiquement, les femmes ayant au travail une ancienneté inférieure à celle des hommes, l'application de ce critère risquait de maintenir un écart de rémunérations. Elle a demandé à la Cour si, dans l'hypothèse où un employeur applique le critère de l'ancienneté en tant qu'élément concourant à la rémunération et que cette application entraîne des disparités entre les travailleurs masculins et féminins pertinents, l'article 141 du Traité CE a pour effet d'obliger ledit employeur à justifier spécialement le recours à ce critère et quelles seraient les circonstances qui pourraient justifier un tel usage.

#### Droit communautaire en cause :

L'article 141 du Traité CE et la Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres

relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO L. 45, p. 19). La Directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO 1998, L. 14, p. 6)

#### Décision :

Rappelant les termes de sa jurisprudence Danfoss (aff. 109/88, 17 octobre 1989, point 25), suivant laquelle une inégalité des rémunérations résultant de l'application du critère de l'ancienneté ne doit pas spécialement être justifiée, la Cour juge que le recours au critère de l'ancienneté étant, en règle générale, apte à atteindre le but légitime de récompenser l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations, l'employeur ne doit pas spécialement établir que le recours à ce critère est apte à atteindre ledit but en ce qui concerne un emploi donné, à moins que le travailleur fournisse des éléments susceptibles de faire naître des doutes sérieux à cet égard.

Lorsqu'est utilisé, pour la détermination de la rémunération, un système de classification professionnelle fondé sur une évaluation du travail à accomplir, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un travailleur pris individuellement a, pendant la période pertinente, acquis une expérience qui lui a permis de mieux accomplir son travail.

*Ces résumés d'arrêts sont extraits du document de veille élaboré par l'observatoire du droit européen, composé de Mme Françoise Calvez, auditeur à la Cour de cassation, magistrat au service de documentation et d'études, responsable de cet observatoire, de Mme Anne-Claire Dubos, greffier en chef, et de Hélène Gorkiewiez, Emilie Cuq et Charlotte Perdrrix, assistantes de justice.*

*Vous pouvez contacter cet observatoire pour obtenir l'intégralité de l'arrêt cité, sur simple demande par mail : [obs.europe.sde.courdecassation@justice.fr](mailto:obs.europe.sde.courdecassation@justice.fr).*

# COUR DE CASSATION

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

### A. – Avis de la Cour de cassation

Séance du 21 décembre 2006

	Pages
– Titre et sommaire	10
– Avis	10
– Rapport	11
– Observations	28

**CONTRAT DE TRAVAIL, RUPTURE**

Employeur – Pouvoir disciplinaire – Sanction – Sanction discriminatoire – Caractérisation – Preuve – Moyen de preuve – Mention d’une sanction amnistiée.

L’amnistie de sanctions disciplinaires ou professionnelles dont bénéficie un salarié ne peut avoir pour effet de l’empêcher d’invoquer ces sanctions au soutien d’une demande tendant à établir qu’il a été victime de faits de harcèlement moral ou de discrimination syndicale ; dès lors, le juge saisi ne peut refuser de rechercher si ces sanctions sont de nature à caractériser les faits allégués par le salarié.

**AVIS****LA COUR DE CASSATION,**

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l’organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile ;

Vu la demande d’avis formulée le 28 septembre 2006 par le conseil des prud’hommes de Brive-la-Gaillarde, reçue le 3 octobre 2006, dans une instance opposant Monsieur Guy X... à la SA CD Trans, et ainsi libellée :

« L’article 133-11 du code pénal dispose qu’il est interdit à toute personne qui, dans l’exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d’interdictions, déchéances et incapacités effacées par l’amnistie, d’en rappeler l’existence sous quelque forme que ce soit ou d’en laisser subsister la mention dans un document quel-

conque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l’amnistie ne met pas obstacle à l’exécution de la publication ordonnée à titre de réparation.

*Comment une juridiction prud’homale peut-elle concilier le respect de cette interdiction générale avec l’obligation de statuer lorsqu’elle est saisie d’une demande en dommages et intérêts pour harcèlement moral et pour discrimination syndicale et que le demandeur entend caractériser l’existence d’un harcèlement et d’une discrimination en se fondant sur la succession des sanctions disciplinaires prononcées contre lui par son employeur, lesdites sanctions étant amnistiées au jour de la demande ? »*

Sur le rapport de Madame le conseiller référendaire Manes-Roussel et les conclusions de Monsieur l’avocat général Foerst, entendu en ses observations orales ;

**EST D’AVIS QUE :**

L’amnistie de sanctions disciplinaires ou professionnelles dont bénéficie un salarié ne peut avoir pour effet de l’empêcher d’invoquer ces sanctions au soutien d’une demande tendant à établir qu’il a été victime de faits de harcèlement moral ou de discrimination syndicale ; dès lors, le juge saisi ne peut refuser de rechercher si ces sanctions sont de nature à caractériser les faits allégués par le salarié.

M. Canivet, P. Pt. - Mme Manes-Roussel, Rap., assistée de M. Roublot, auditeur. - M. Foerst, Av. Gén.

## Rapport de Mme Manes-Roussel

### Conseiller rapporteur

#### PLAN

##### Introduction

- I. – Cadre factuel et procédural
- II. – Recevabilité de la demande d’avis
  - A. – Au regard des règles de forme
  - B. – Au regard des règles de fond
    - 1. – Question de droit
    - 2. – Question nouvelle
    - 3. – Difficulté sérieuse
    - 4. – Nombreux litiges
- III. – Le cadre légal
  - A. – L’amnistie des sanctions disciplinaires
    - 1. – Le contexte général et le fondement de l’amnistie
    - 2. – Le droit positif
      - a) La Constitution
      - b) Le droit commun de l’amnistie
      - c) L’article 133-11 du code pénal
        - 1° L’économie générale
        - 2° Les conditions d’application
          - 2.1. Existence d’une loi d’amnistie
          - 2.2. Le prononcé d’une sanction amnistiable
            - 2.2.a . Sanction visée par la loi
            - 2.2.b. Sanction non exclue
            - 2.2.c. Sanction ne constituant pas un manquement à la probité, à l’honneur et aux bonnes mœurs
          - 2.3. Conditions d’application dans le temps
            - 3°. La portée de l’article 133-11 du code pénal
  - B. – Le harcèlement moral et la discrimination syndicale
    - 1. Le harcèlement moral
      - a) Notion et portée
      - b) Régime de la preuve
    - 2. La discrimination syndicale
      - a) Notion et portée
      - b) Régime de la preuve
- IV. – Eléments de réponse

- A. – La lettre des articles 11 et 12 de la loi d’amnistie de 2002
- B. – La finalité de l’extension du principe de l’amnistie aux sanctions disciplinaires
- C. – La jurisprudence sur la portée de l’amnistie
- D. – Des raisons spécifiques
- E. – Des raisons pratiques

##### Introduction

Par la demande d’avis formée par le conseil de prud’hommes de Brive-la-Gaillarde (Brive), la Cour de cassation est invitée à se prononcer, en substance, sur le point de savoir si le principe de l’interdiction posée par l’article 133-11 du code pénal est opposable au juge prud’homal saisi d’une demande de dommages-intérêts présentée par un salarié pour des faits de discrimination syndicale et de harcèlement moral.

Après l’exposé du cadre factuel et procédural (I), l’examen de la recevabilité de la demande d’avis (II), seront examinés successivement le cadre légal (III) et les éléments de réponse à la question (IV).

#### I. – LE CADRE FACTUEL ET PROCÉDURAL

Le litige [au principal] oppose M. X... à son employeur, la société CD Trans.

M. X ... a été engagé en 1982 en qualité de conducteur par la société Doumen. En 1995, par application de l’article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, son contrat de travail a été transféré à la société GT location Centre Ouest puis, à compter du 1<sup>er</sup> juin 2000, à la société CD Trans.

Le 5 février 2001, il a été désigné délégué syndical.

Le 9 novembre 2001, le salarié a écrit au procureur de la République de Brive pour lui faire part de menaces reçues dans le cadre de son travail. Le 15 octobre 2002, il s’est constitué partie civile dans la procédure ouverte contre X pour association de malfaiteurs en vue de la préparation d’un crime.

Le 9 janvier 2003, le salarié a saisi la juridiction prud’homale de Brive d’une demande tendant à la condamnation de son employeur, la société CD Trans, à lui payer d’une part, diverses sommes à titre de salaires, de primes et d’indemnités non perçus et d’autre part, de dommages-intérêts en raison de la discrimination syndicale et du harcèlement moral dont il prétend avoir été victime.

Le 22 octobre 2003, le conseil de prud'hommes de Brive a sursis à statuer sur les demandes de dommages-intérêts au titre de la discrimination syndicale et du harcèlement moral, a condamné la société CD Trans à payer au salarié des sommes à titre de rappel de salaires et en remboursement de l'abattement sur frais de repas, avec intérêts à compter du 10 janvier 2003, a débouté le salarié du surplus de ses demandes et l'a condamné à rembourser la somme allouée provisoirement sur les primes d'ancienneté.

Sur appel interjeté par le salarié, la cour d'appel de Limoges, le 24 mai 2004, a confirmé ce jugement dans toutes ses dispositions et a renvoyé l'affaire devant le conseil de prud'hommes de Brive pour poursuite de l'instance.

Le 27 octobre 2004, cette juridiction a prononcé le sursis à statuer jusqu'à l'issue de la procédure pénale en cours.

Le 12 mai 2005, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Limoges a confirmé l'ordonnance de non-lieu prise par le juge d'instruction de Brive le 4 février 2005.

L'affaire est revenue devant le conseil de prud'hommes de Brive à l'audience de jugement du 22 juin 2006. A cette audience, le salarié, se fondant sur les articles L. 412-2, L. 122-45 et L. 122-49 du code du travail, a demandé à la juridiction saisie de dire et juger qu'il avait été victime de discrimination syndicale et de harcèlement moral au sein de la société CD Trans, en conséquence, de condamner son employeur au paiement d'indemnités à ce titre. Au soutien de ses demandes il fait état, en substance, de divers faits ayant motivé une procédure de licenciement initiée le 14 mars 2001 dont l'autorisation a été refusée par l'inspecteur du travail le 20 avril 2001 (1), une mise à pied conservatoire privée d'effet par la décision de l'inspecteur du travail et deux avertissements prononcés le 27 juillet 2001 et le 20 novembre 2001. Selon lui, la multiplication des mesures prises contre lui depuis sa désignation en qualité de délégué syndical jusqu'à la cessation de son activité en 2003, de nature disciplinaire ou liées à sa rémunération, caractériserait la discrimination syndicale subie dans l'exercice de son activité et dans sa rémunération. Elle expliquerait, en outre, la dégradation de ses conditions de travail et le syndrome anxio-dépressif développé.

La société CD Trans, qui conclut au débouté du salarié, fait valoir que le rappel de ces sanctions serait interdit par l'article 11 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 (2) qui porte amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles et par l'article 133-11 du code pénal.

(1) Selon le juge de renvoi, les recours introduits par l'employeur contre cette décision n'ayant pu aboutir par l'effet de la loi d'amnistie du 6 août 2002.

(2) *JORF* du 9 août 2002 (ci-après « loi du 6 août 2002 » ou « loi de 2002 »).

Par jugement avant dire droit du 28 septembre 2006, le conseil de prud'hommes de Brive a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis rédigée en ces termes :

« L'article 133-11 du code pénal dispose qu' « il est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation ».

*Comment une juridiction prud'homale peut-elle concilier le respect de cette interdiction générale avec l'obligation de statuer lorsqu'elle est saisie d'une demande en dommages et intérêts pour harcèlement et discrimination syndicale et que le demandeur entend caractériser l'existence d'un harcèlement et d'une discrimination en se fondant sur la succession des sanctions disciplinaires prononcées contre lui par son employeur, lesdites sanctions étant amnistiées au jour de la demande ? »*

## II. – RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS

### A. – Au regard des règles de forme

La procédure suivie et les diligences accomplies par le conseil de prud'hommes de Brive satisfont aux conditions de forme prévues aux articles 1031-1 et 1031-2 du nouveau code de procédure civile.

Le dossier de cette affaire, qui contient les observations des parties comparantes et l'avis du procureur de la République (3), est parvenu complet au greffe de la Cour de cassation le 3 octobre 2006.

### B. – Au regard des règles de fond

L'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire énonce que « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine.

*Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné. Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises.*

*L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties ».*

Cette disposition a été abrogée par l'article 3 de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, à l'exception de la seconde phrase du deuxième alinéa qui

(3) Qui considère inopportun de soumettre cette question à la Cour de cassation en raison de la réponse qui aurait été donnée à celle-ci dans un arrêt du 6 mai 1997 rendu par la chambre criminelle (pourvoi n° 96-82.328, *Bull. crim.* 1997, n° 176).

ne l'est qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire (4).

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit désormais ce qui suit : « *Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ».

Quatre conditions cumulatives sont donc posées par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

La question doit être une question de droit (1), nouvelle (2), qui présente une difficulté sérieuse (3) et se pose dans de nombreux litiges (4).

1. Est considérée comme répondant à cette exigence la question de pur droit. Serait ainsi sanctionnée par une décision de non-lieu à avis les questions formulées de manière trop factuelles, c'est-à-dire mélangées de droit et de fait et ainsi insuffisamment dégagées des faits de l'espèce. La question, en ce qu'elle interroge la Cour sur la portée de l'interdiction, qui est formulée en termes abstraits et généraux et se réfère à un texte de loi, est incontestablement une question de droit.

2. Selon la doctrine de la Cour de cassation, une question de droit peut être nouvelle, soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour.

La demande d'avis porte précisément sur le caractère conciliable de l'interdiction posée par l'article 133-11 du code pénal avec l'office du juge prud'homme dans le cadre d'un litige opposant un salarié à son employeur pour des faits de discrimination syndicale et de harcèlement moral. Le juge qui nous saisit entend écarter comme non pertinent l'arrêt du 6 mai 1997, précité (5) parce qu'il a été rendu dans le cadre d'une procédure pénale. Je suis également d'avis que cet arrêt n'est pas pertinent. En effet, cet arrêt concerne le rappel, dans une décision pénale, d'une peine frappée par l'amnistie et ce, pour motiver le prononcé d'une nouvelle sanction. La chambre criminelle en a logiquement conclu qu'en se déterminant ainsi, en fonction d'un élément que la loi lui fait interdiction de prendre en considération, la cour d'appel a méconnu les principes et les textes susvisés. Il ne constitue donc pas un « précédent ».

(4) A ce jour, le décret n'a pas été adopté.

(5) La chambre criminelle était saisie d'un pourvoi qui reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir, pour des motifs pris de la violation des articles 23 de la loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie, 133-11 du code pénal et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale, rappelé l'existence d'une condamnation amnistiée. Elle a accueilli le pourvoi au motif qu'en se déterminant pour le prononcé de la peine en fonction d'un élément que la loi lui fait interdiction de prendre en considération, la cour d'appel a méconnu les principes et les textes susvisés. En l'espèce, les juges du fond, avant de prononcer la peine en partie privative de liberté, ont relevé que l'intéressé avait déjà été condamné par un arrêt du 9 janvier 1995 pour non-représentation d'enfant, ce qui « dénot[ait] de sa part un refus manifeste d'exécuter les décisions judiciaires ». L'arrêt attaqué a dès lors été annulé.

La chambre sociale de la Cour de cassation a été saisie d'une question connexe (6). Elle n'y a pas répondu car les motifs critiqués par le pourvoi étaient surabondants.

L'absence de décision pertinente permet de considérer que la question soumise est nouvelle.

3. Selon les auteurs (7), une difficulté est sérieuse lorsque la question posée pourrait donner lieu à plusieurs solutions divergentes d'égales pertinences de la part des juridictions du fond, en sorte que la demande d'avis vise à prévenir le risque de contrariété de jurisprudence.

La question sérieuse est en outre celle qui commande l'issue du litige (8). La question qui est aujourd'hui soumise répond manifestement aux exigences du texte.

4. La dernière condition édictée par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire doit être comprise, selon la doctrine, comme visant l'hypothèse des « séries ». Ainsi, selon le garde des sceaux, M. Kiejman, la Cour de cassation pourra refuser d'être consultée si « la demande porte sur une question singulière, individuelle et peu susceptible d'être posée à nouveau » (9). Cependant, cette condition est appréciée de façon libérale, voire est délaissée par notre Cour (10), pour deux raisons essentielles. La première d'ordre technique, un problème d'information se posant à l'évidence pour les juges du fond qui ne disposent, pas plus que la Cour de cassation elle-même, d'instruments de mesure fiables leur permettant de vérifier l'existence de litiges nombreux en cours dont l'issue dépend de la réponse à la question posée. La seconde tenant au caractère « auto-contradictoire » (11) du texte : comment une question de droit véritablement nouvelle et se posant au juge du premier degré pourrait-elle en outre intéresser une pluralité de litiges en cours ?

La doctrine rappelle en outre que l'objectif de la procédure d'avis étant d'unifier la jurisprudence et de prévenir l'encombrement de la Cour de cassation, les conditions tenant à la difficulté et à la

(6) Soc., 15 février 2006, pourvois n° 04-41.666 et n° 04-41.667, Société Bouygues bâtiment contre M. X... A la différence que, dans ces espèces, c'était l'employeur qui invoquait des faits ayant justifié la sanction disciplinaire ultérieurement amnistiée afin d'établir que la discrimination syndicale alléguée par le salarié était justifiée par des éléments objectifs étrangers à l'appartenance syndicale.

(7) Voir, notamment, M. Jean Buffet, « la saisine pour avis de la Cour de cassation » *BICC* n° 516 du 15 juin 2000 et son exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000, en ligne sur le site de la Cour de cassation ; M. Frédéric Zenati « la saisine pour avis de la Cour de cassation », *in Dalloz*, 1992, *Chroniques*, p. 247.

(8) Mme Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud, « la saisine pour avis de la Cour de cassation » *JCP* 1992, I, p. 3576 reprenant les travaux préparatoires de la loi de 1991 (rapport de M. Hyest, également cité par M. Henri-Michel Darnanville « la saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation » *AJDA*, 2001, *Chroniques*, p. 416) ; Frédéric Desportes « la procédure d'avis en matière pénale. La nouvelle procédure et les modalités de mise en œuvre », *BICC* n° 550 du 15 février 2002.

(9) Sa réponse, lors des débats parlementaires au sénat (*JORF* Sénat, 7 mai 1991, p. 883).

(10) M. Jean Buffet, son exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000, précité.

(11) *Ibidem*.

nouveauté de la question de droit doivent l'emporter. Cette dernière exigence viendrait donc seulement au soutien des trois premières. Il en résulterait qu'une question d'espèce serait exclue de la procédure d'avis.

Il me semble enfin que cette dernière exigence a été édictée pour permettre à la Cour de cassation de se prononcer sur des questions qui présentent un intérêt pratique manifeste (12) de nature à prévenir des divergences de jurisprudence.

En ce qui concerne la demande d'avis dont notre Cour est saisie, l'existence de « nombreux litiges » n'est pas avérée. La réponse à la question posée présente cependant un intérêt pratique certain dans la mesure où, dans la matière concernée par l'avis – harcèlement moral et discrimination syndicale –, le salarié se heurte à la difficulté de rapporter la preuve des faits allégués. En effet, mais j'y reviendrai, le salarié qui se prétend victime de tels agissements doit présenter au juge des éléments de faits – et non de simples allégations – susceptibles d'en caractériser l'existence. Il reviendra alors à l'auteur supposé d'établir que ses actes sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance syndicale ou des motifs objectifs étrangers à tout harcèlement. Il en résulte que la charge de la preuve pèse dans un premier temps sur le salarié. S'il n'établit pas la matérialité des éléments de faits précis et concordants qu'il présente au soutien de ses allégations, le procès s'arrête là. Même si, en droit du travail, la preuve est libre et que les témoins de ces faits sont en principe protégés – les collègues qui témoigneraient ne pouvant être licenciés en raison de leur témoignage hostile à l'employeur – il s'avère en pratique que le salarié se heurte à une difficulté sérieuse tenant à l'administration de cette preuve dans le contexte particulier du monde du travail, où la dépendance économique des témoins à l'égard d'un des acteurs du débat justifie souvent l'absence de témoignages donnés à l'appui des faits allégués par le salarié. Il découle de ce qui précède que la réponse à la question posée est de nature à déterminer l'issue de nombreux litiges.

### III. – LE CADRE LÉGAL

Deux types de textes sont concernés par la demande d'avis. Ceux relatifs à l'amnistie des sanctions disciplinaires et ceux relatifs au harcèlement moral et à la discrimination syndicale.

#### A. – L'amnistie des sanctions disciplinaires

##### 1. Le contexte général et le fondement de l'amnistie

Au sens étymologique, le terme « amnistie » vient du mot grec « *amnēsia* » qui signifie « perte totale de mémoire ».

(12) En ce sens, voir notamment, le rapport de Mme Ingrid Andrich, dans l'avis n° 005 0009 du 21 octobre 2005 (*Bull.* 2005, Avis, n° 8).

A l'origine, cette mesure avait une vocation essentiellement politique puisqu'elle était destinée à pacifier le climat de tension qui avait prévalu dans les rapports entre Etats, entre Etats et individus ou entre individus eux-mêmes (13).

La première amnistie remonte à l'an 403 avant Jésus-Christ. Elle a été votée à Athènes à l'initiative de Thrasybule. Ce général et politicien athénien, rentré d'exil pour renverser le gouvernement oligarchique (14) des Trente Tyrans d'Athènes (15) et rétablir la démocratie dans la Cité, proposa à l'assemblée des citoyens de voter une loi pour consacrer l'oubli des divisions antérieures. La loi de Thrasybule donne à la notion d'amnistie son caractère d'oubli volontaire puisqu'institué. Ainsi appréhendée, cette loi est, *a priori*, conforme à l'étymologie même du terme amnistie.

Accueillie par le droit romain, elle s'est maintenue dans l'Ancien droit. La Révolution française ne l'a pas supprimée. Plusieurs textes portant amnistie furent ainsi promulgués en l'an X, notamment au profit des rebelles vendéens.

« *L'amnistie est un processus juridique surprenant par l'effet radical qu'il impose : on oublie tout, rien ne s'est passé* » (16). Par l'effet de l'amnistie, l'événement, réputé comme n'ayant jamais eu lieu, emporte effacement de l'infraction, arrêt des poursuites et extinction de la peine, quelle que soit la gravité des faits reprochés à leurs auteurs. Les prisonniers retrouvent leur liberté, les exilés leur maison et les condamnés leur virginité. L'amnistie a ainsi « *une utilité première et immédiate, celle de la pacification définitive après la lutte, celle de la volonté affirmée d'un retour à la normale* » (17). Cette mesure est ainsi assimilée à « *une réconciliation offerte au corps social, un artifice pour pouvoir continuer à vivre ensemble après la lutte* » (18). Il s'agit ainsi de clore définitivement le conflit, d'y mettre un « *point final* » (19).

L'amnistie poursuit une seconde finalité, plus éloignée du sens étymologique et de l'inspiration

(13) Gallo Blandine Koudou, « Amnistie et impunité des crimes internationaux » in *Droits fondamentaux*, n° 4, janvier-décembre 2004.

(14) Du grec *oligos*, peu, et *arkhè*, commandement, est une forme de gouvernement dans laquelle la plupart des pouvoirs sont détenus par une petite partie de la société (typiquement la plus puissante, que ce soit par richesse, force militaire, cruauté ou influence politique).

(15) Gouvernement oligarchique composé de trente magistrats appelés tyrans, qui succède à la démocratie athénienne à la fin de la guerre du Péloponnèse, pendant moins d'un an, en 404. Cette Constitution est imposée aux Athéniens par le général spartiate Lysandre après la reddition d'Athènes négociée par l'un des futurs Trente Tyrans, Théramène, en 404. L'Ecclésià (l'assemblée du peuple athénien) s'est opposée à ce régime mais, avec l'appui d'une garnison spartiate, les Trente, emmenés par Critias, imposent un régime de terreur, ne réservant les pleins droits de citoyens qu'à leurs 3 000 partisans. Leurs adversaires peuvent être condamnés sans aucun jugement. Ceux qui luttent contre cette dérive sont impitoyablement éliminés, tel Théramène, condamné à boire la ciguë. En janvier 403, après sept ou huit mois de pouvoir, les Trente Tyrans sont chassés par Thrasybule.

(16) Stéphane Gacon et Suzanne Citron, « Amnistie - Les contraintes de la mémoire officielle », in *Oublier nos crimes : L'amnésie nationale, une spécificité française ?*, p. 100.

(17) *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

(19) Expression empruntée à la loi argentine n° 23-492 du 12 décembre 1986 portant amnistie, dite « Loi de point final » (*Ley de punto final*).

politique qui présida initialement à son adoption. A l'idée d'oubli, il convient désormais d'associer celle de pardon. Celle-ci est, du reste, contenue implicitement dans cette définition donnée par le *Vocabulaire juridique* et selon laquelle l'amnistie est une « mesure qui ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux (ces faits étant réputés avoir été licites, mais non pas ne pas avoir eu lieu) » (20). C'est la volonté clairement exprimée par le promoteur de la loi d'amnistie de 2002 (21).

## 2. Le droit positif

### a) La Constitution

L'article 34 de la Constitution dispose que « la loi fixe les règles concernant : la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ».

La loi d'amnistie est votée dans les mêmes conditions que les lois ordinaires et elle est soumise, le cas échéant, au contrôle du Conseil constitutionnel.

Ce dernier a jugé, dans sa décision du 11 janvier 1990 (22), que le législateur peut, dans un but d'apaisement politique ou social, enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés ; il lui appartient alors de décider quelles sont les infractions et, le cas échéant, les personnes auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de l'amnistie. Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce qu'il délimite ainsi le champ d'application de l'amnistie dès lors que les catégories retenues sont définies de manière objective.

Traditionnellement, sous la V<sup>e</sup> République, une loi d'amnistie générale est adoptée au début du mandat du président de la République. Mais des lois d'amnistie particulières ont été également adoptées à la suite d'événements exceptionnels ou de périodes troubles.

Cette mesure législative exceptionnelle qui dépouille rétroactivement certains faits de leur caractère délictueux ne relevait, jusqu'à la réforme du code pénal en 1992, que des lois particulières strictement interprétées par le juge pénal (23).

### b) Le droit commun de l'amnistie

Le droit commun de l'amnistie est régi par les articles 133-9, 133-10 et 133-11 du code pénal, qui y ont été introduits à titre permanent par la loi du 22 juillet 1992 portant réforme du même code. Dans

l'esprit du législateur, une telle introduction devait permettre d'éviter la répétition de leur contenu dans chaque loi d'amnistie. « Les lois futures n'auront plus qu'à prévoir tel ou tel effet particulier qu'elles souhaiteraient donner à l'amnistie qu'elles édicteront » (24).

– Selon le premier de ces textes, « l'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne sans qu'elle puisse donner lieu à restitution la remise de toutes peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu être accordé lors d'une condamnation antérieure ».

– Selon le deuxième de ces textes, « l'amnistie ne préjudicie pas aux tiers ».

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat font une application régulière de ce principe général de droit commun.

Il est ainsi admis par le Conseil d'Etat que des faits amnistiés peuvent être retenus par un ordre professionnel pour refuser une inscription au tableau de l'ordre (25).

De même, la Cour de cassation applique régulièrement ce principe. C'est ainsi que la chambre criminelle a jugé que les parties civiles peuvent demander réparation du préjudice subi du fait d'une infraction amnistiée. En effet, précise-t-on, « l'amnistie, si elle entraîne l'effacement de la peine, ne peut porter atteinte aux droits des tiers et reste sans effet sur les conséquences d'ordre civil des faits délictueux » (26). De même, la chambre commerciale a jugé « qu'en vertu de l'article 23 de la loi du 4 août 1981 et dans le but d'assurer la sauvegarde, au profit des tiers intéressés, des preuves déjà acquises au moyen d'une procédure pénale, ladite procédure concernant une infraction amnistiée peut être versée aux débats d'une instance portant sur les intérêts civils liés à cette infraction » (27).

– Le troisième de ces textes, étant précisément à l'origine de la demande d'avis, fera l'objet d'une étude particulière (c). Seront ainsi examinées l'économie générale (1<sup>o</sup>), puis les conditions d'application (2<sup>o</sup>) et la portée de l'article 133-11 du code pénal (3<sup>o</sup>).

### c) L'article 133-11 du code pénal

#### 1<sup>o</sup> L'économie générale

L'article 133-11 du code pénal consacre le principe selon lequel l'amnistie est l'oubli de la faute. Il précise ainsi qu'« est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou profession-

(20) Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, 3<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 1992, p. 49.

(21) Communiqué du conseil des ministres du 3 juillet 2002. Selon la garde des sceaux, le projet d'amnistie présenté au Parlement, qui « s'inscrit dans la tradition républicaine des lois d'amnistie adoptées après chaque élection présidentielle... » « s'attache à mieux concilier le geste de pardon, qui est l'inspiration de l'amnistie, avec les nécessités de la répression ».

(22) Décision n<sup>o</sup> 89-271 DC (JORF, 13 janvier 1990).

(23) Jean Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, édition 2002/2003, p. 319 à 320.

(24) Rapport de Philippe Marchand, au nom de la commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale, n<sup>o</sup> 896, p. 271 à 272.

(25) CE 8 avril 1970, n<sup>o</sup> 72676, *Rec. Lebon* (les faits amnistiés étaient de nature à établir que le demandeur ne remplissait pas les conditions de moralité requises pour l'exercice de la profession d'architecte).

(26) Crim., 4 janvier 1991, pourvoi n<sup>o</sup> 87-81.995.

(27) Com., 15 juillet 1987, *Bull.* 1987, IV, n<sup>o</sup> 186 : « il s'ensuit que, saisie contre M. X... d'une demande en paiement des dettes de la société nouvelle et dès lors qu'elle retenait que celui-ci avait exercé les mêmes activités d'abord au sein du cabinet X... puis sous le couvert de la société IEC et de la société nouvelle, c'est à bon droit que la cour d'appel s'est appuyée sur la déclaration de culpabilité du juge pénal dans la procédure suivie contre M. X... à raison de faits commis dans le cadre du cabinet X... ».



nelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation ».

Cette obligation d'effacement s'impose en particulier au casier judiciaire (28) et au sommier de police technique du ministère de l'Intérieur (29). Cependant, cette obligation n'entraîne pas la destruction des archives judiciaires, notamment pas celle des minutes, arrêts et décisions des juridictions.

Dans la loi d'amnistie du 6 août 2002, il est toutefois précisé, ce qui ne figurait pas dans la loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie (30), que l'amnistie n'empêche pas le maintien des mentions relatives à des faits amnistiés dans les fichiers de police judiciaire (31). Cette disposition est destinée à garantir l'efficacité de ces fichiers tout en respectant la logique de l'amnistie, qui efface les condamnations mais ne fait pas disparaître les faits eux-mêmes (32).

De même, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution d'une publication qui aurait été ordonnée par le juge à titre de réparation, ce qui est souvent le cas en matière de diffamation par voie de presse.

L'article 133-11, alinéa 3, du code pénal a en outre tranché une difficulté qui revenait de manière récurrente à l'occasion de l'adoption des différentes lois d'amnistie et qui tenait à la portée *ratione personae* de cette interdiction. Il s'agissait en effet de déterminer si l'interdiction devait être limitée aux seules personnes qui, dans l'exercice de leurs fonctions, ont eu connaissance des faits amnistiés (33) ou bien si cette prohibition devait s'étendre *erga omnes* (34). L'article 133-11 du code pénal a opté en faveur de la portée limitée de l'interdiction du rappel des peines ou des sanctions amnistiées. Il s'ensuit que n'y sont pas soumis ceux qui ont connu la peine ou la sanction en dehors d'une fonction, qu'elle soit publique ou privée (35).

(28) Article 769 du code de procédure pénale.

(29) Article 773-1 du code de procédure pénale.

(30) Ci-après la « loi de 1995 ».

(31) Article 17 de la loi de 2002.

(32) Allocution du garde des sceaux, M. Perben, à l'occasion de la discussion générale du projet de loi portant amnistie au Sénat (23 juillet 2002).

(33) Solution retenue par la loi d'amnistie n° 74-643 du 16 juillet 1974.

(34) Solution retenue par les lois d'amnistie n° 81-736 du 4 août 1981 et 88-828 du 20 juillet 1988, ci-après, respectivement « loi de 1981 » et « loi de 1988 ».

(35) La *ratio legis* de cette limitation s'explique par les inconvénients que subiraient nécessairement les victimes ou leurs ayants cause privés de la possibilité de mentionner les faits dont ils ont souffert. La seule évocation d'événements historiques – tels que l'amnistie des Communards ou les conséquences judiciaires de la décolonisation algérienne – tomberait théoriquement sous le coup de la loi (rapport de Ph. Marchand, précité).

## 2° Conditions d'application

L'application de l'article 133-11 du code pénal suppose le respect de trois conditions : l'existence d'une loi d'amnistie (2.1), le prononcé d'une sanction disciplinaire ou professionnelle amnistiable (2.2) et la réunion des conditions d'application dans le temps de la loi d'amnistie (2.3).

### 2.1. L'existence d'une loi d'amnistie

Les sanctions disciplinaires et professionnelles ont été spécialement incluses dans le champ des lois d'amnistie depuis 1905. Les lois d'amnistie sont sorties du strict domaine pénal pour s'étendre à ce type de sanctions, après bien des réticences toutefois. Ainsi que le souligne la doctrine (36) « pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, on regardait comme un axiome que l'amnistie était sans effet en matière disciplinaire : le pardon législatif ne regardait que le domaine pénal, il demeurait sans force en dehors de ce cadre ». La tendance s'est infléchie au XX<sup>e</sup> siècle et l'apparition des premières lois étendant le pardon aux sanctions disciplinaires ou professionnelles sont intervenues ; ainsi pour les sanctions professionnelles ou disciplinaires prononcées contre des avocats ou des officiers publics ou ministériels.

Toutefois, il a fallu attendre la loi d'amnistie de 1981 pour que les fautes disciplinaires sanctionnées par un employeur, personne morale ou physique de droit privé, soient comprises de manière générale dans le champ d'application de l'amnistie. Cette innovation est issue non du projet de loi gouvernemental mais d'amendements émanant du groupe communiste et du groupe socialiste à l'Assemblée nationale (37). Elle était motivée par un objectif de justice sociale visant à rétablir dans leurs droits les militants syndicaux et les représentants du personnel les plus fréquemment sanctionnés au sein de l'entreprise pour avoir voulu défendre leur outil et leurs conditions de travail ou les intérêts de tous les travailleurs et le maintien du potentiel économique de leur pays (38).

Le garde des sceaux, M. Badinter, se montra hostile à l'adoption de cette disposition pour des raisons essentiellement juridiques tenant au fait que ces sanctions disciplinaires s'inscrivaient dans

(36) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 2<sup>e</sup> édition, pages 1109 à 1135.

(37) Sur les débats parlementaires, voir, notamment, Denis Perier Daville, « La loi du 4 août 1981 portant amnistie », *GP*, 3 septembre 1981, p. 393.

(38) Intervention de M. Lederman pour le parti communiste (Discussion au sénat, séance du 21 juillet 1981, p. 949 à 950). Voir également l'intervention de M. Suchod, du parti socialiste, qui appelait de ses vœux l'adoption de ces amendements destinés à combler le vide juridique bien incompréhensible pour le citoyen ordinaire qui constatait que la loi d'amnistie permettait d'élargir des détenus condamnés parfois à des peines d'emprisonnement ferme de six mois, tandis que, dans l'entreprise, des sanctions parfois graves conservaient leur plein effet (Discussion à l'Assemblée nationale, troisième séance du 29 juillet 1981, p. 508).

le cadre de rapports de pur droit privé échappant dès lors au domaine d'intervention des lois d'amnistie (39).

Selon la doctrine (40), la justification de l'extension des règles de l'amnistie aux sanctions disciplinaires prises par le chef d'entreprise dépend de la nature de la sanction disciplinaire et du fondement du pouvoir répressif reconnu au chef d'entreprise. Si on considère que la faute disciplinaire est une faute contractuelle, dans l'exécution du contrat de travail, et que le chef d'entreprise, en prenant une sanction disciplinaire, se borne à se prévaloir des droits qu'il tient du contrat, on se trouve exclusivement dans le domaine des rapports de droit privé et l'idée d'amnistie s'appliquant à une peine répressive prononcée par les organes d'une institution perd toute justification. Si, au contraire, on estime que le chef d'entreprise exerce un pouvoir répressif, qui vise au bon fonctionnement d'une « institution », ou d'une « collectivité sociale qu'est l'entreprise » (41), et ne se réduit pas à l'exercice d'un droit de nature contractuelle, l'extension du champ d'application des règles de l'amnistie aux sanctions disciplinaires prises par lui s'explique. Selon la doctrine, en se prononçant pour cette extension, la loi d'amnistie du 4 août 1981 a opté pour le second courant, qui fonde le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise sur sa fonction au sein du groupe social formé par l'entreprise, c'est-à-dire sur l'analyse institutionnelle (42).

Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision du 20 juillet 1988 (43), que le législateur peut, dans un but d'apaisement politique ou social, étendre le champ d'application de la loi d'amnistie aux sanctions disciplinaires ou professionnelles prononcées dans le cadre d'un contrat de travail entre deux personnes privées, ni la tradition républicaine (44) ni la volonté du constituant ne s'y opposant. A cet égard, le Conseil constitutionnel précise qu'on

(39) Selon le garde des sceaux, M. Badinter, « Les sanctions disciplinaires qui interviennent de façon regrettable, parfois détestables au sein d'entreprises privées, s'inscrivent dans le cadre de rapports de pur droit privé. Cette situation n'est pas satisfaisante en équité, mais il ne paraît pas possible de la modifier dans le cadre d'une loi d'amnistie » (discussion au Sénat, séance du 21 juillet 1981, p. 941 et 942) ; « Il demeure que traditionnellement, l'amnistie ne peut effacer que les infractions pénales ou des infractions disciplinaires commises, dans des rapports de droit public, soit par des fonctionnaires, soit par des personnes relevant des ordres professionnels. Les rapports de droit privé ont traditionnellement été exclus du champ d'application des lois d'amnistie » (discussion à l'Assemblée nationale, troisième séance du 29 juillet 1981, p. 509).

(40) Jean Savatier « L'amnistie des sanctions disciplinaires dans les entreprises » (Loi du 4 août 1981), *Droit social*, n° 9 et 10, septembre-octobre 1981, p. 609.

(41) Nicole Catala, *L'entreprise*, Dalloz 1980, n° 327.

(42) Jean Savatier, précité.

(43) Décision n° 88-244 DC (JORF du 21 juillet 1988, p. 9448).

(44) Le Conseil constitutionnel rappelle que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée qu'autant elle aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, au sens de l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946 ; que « si dans leur très grande majorité les textes pris en matière d'amnistie dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution de 1946 ne comportent pas de dispositions concernant, en dehors des incriminations pénales dont ils ont pu être l'occasion, les rapports nés de contrats de travail de droit privé, il n'en demeure pas moins que la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 s'est écartée de cette tradition ; que dès lors, la tradition invoquée ... ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République... »

ne saurait déduire des termes de l'article 34 de la Constitution, qui ne concernent pas seulement le droit pénal, et de la place qui y est faite à l'amnistie que la Constitution aurait limité la compétence du législateur en matière d'amnistie au domaine des crimes et délits et, plus généralement, des infractions pénalement réprimées.

## 2.2. Le prononcé d'une sanction amnistiable

L'application de l'article 133-11 du code pénal suppose que la sanction soit « amnistiable ». Sera dès lors exclue du champ d'application de l'amnistie une mesure qui ne répondrait pas à la définition de sanction (45). Selon l'article L. 122-40 du code du travail, « Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». La sanction disciplinaire est une peine prononcée par l'employeur à raison d'une faute commise par le salarié.

2.2. a. Cette condition est remplie lorsqu'elle est visée par la loi d'amnistie.

Dans la loi d'amnistie de 2002, le chapitre III de la loi d'amnistie de 2002 est spécialement consacré à l'amnistie des sanctions disciplinaires et professionnelles.

Selon l'article 11, alinéa premier, de la loi, « Sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles. »

Aux termes de l'article 12, alinéa premier, de la loi, « Sont amnistiés, dans les conditions prévues à l'article 11, les faits retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur ».

Le garde des sceaux (46), commentant l'économie générale de ce texte, précise que, s'agissant des sanctions disciplinaires et professionnelles, comme en 1995, les articles 11 à 13 prévoient que les faits commis avant le 17 mai 2002, en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou qu'ils sont retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur, sont amnistiés de plein droit.

2.2.b Cette condition suppose également que les faits n'entrent pas dans le champ d'application des exclusions énoncées par la loi d'amnistie.

L'article 11, alinéa 3, de la loi de 2002 précise que lorsque ces faits ont également donné lieu à une condamnation pénale, leur amnistie est subordonnée à l'amnistie de la condamnation. Ce qui

(45) Voir, 2<sup>e</sup> Civ., 20 septembre 2005 (Bull. 2005, II, n° 222) : « la décision d'omission du tableau (ordre des avocats) ne constituant pas une sanction disciplinaire ou professionnelle, l'article 11 de la loi d'amnistie du 6 août 2002 n'avait pas vocation à s'appliquer ».

(46) Circulaire du garde des sceaux du 6 août 2002 relative à l'application de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie (JORF du 10 août 2002).

suppose donc que ces faits ne correspondent pas à des infractions exclues de l'amnistie par l'article 14 de ladite loi.

Le chapitre IV de la loi de 2002 concerne les exclusions de l'amnistie. Il comporte un seul article, l'article 14, qui contient 49 paragraphes. Le dispositif ainsi mis en place qui est « *le plus restrictif de tous ceux adoptés depuis le début de la V<sup>e</sup> République [...] permet de concilier l'oubli du passé et la nécessaire efficacité du droit pénal* » (47). La facilité apparente de l'adoption de ce texte ne doit cependant pas cacher la réalité des questions de principe qui ont été débattues (48) et qui portaient d'une part, sur le maintien de l'usage des lois d'amnistie (49) et d'autre part, sur la délimitation des infractions exclues (50).

Sont notamment exclues du bénéfice de l'amnistie prévue par la loi de 2002, qu'elles aient été reprochées à des personnes physiques ou à des personnes morales, aux termes de l'article 14 2<sup>o</sup> et 11<sup>o</sup> de ladite loi, les :

« *Délits de discrimination prévus par les articles 225-1 à 225-3 et 432-7 du code pénal et L. 123-1, L. 412-2 et L. 413-2 du code du travail ;*

*Délits de harcèlement sexuel et de harcèlement moral prévus par les articles 222-33 et 222-33-2 du code pénal* ».

Les exclusions des délits prévues aux deuxième et onzième paragraphes de l'article 14 sont justifiées (51) par l'atteinte qui a été portée à la dignité de la personne, au droit de la personnalité ou à la famille. Ces exclusions figuraient déjà dans la loi n<sup>o</sup> 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie (52).

Toutefois, en cas de condamnation pénale, l'amnistie s'applique également, ce qui constitue une nouveauté par rapport à la loi de 1995, si est intervenue la réhabilitation – légale ou judiciaire – du condamné. Cette innovation est justifiée par les dispositions de l'article 133-16 du code pénal, qui prévoient que la réhabilitation produit les mêmes effets que l'amnistie (dans une telle hypothèse, l'amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles jouera de plein droit, même s'il s'agit de faits qui n'auraient pu être amnistiés en raison du *quantum* de la peine prononcée ou parce qu'ils faisaient partie de la liste des exclusions de l'article 14).

(47) Exposé de M. Lanier, rapporteur de la commission des lois du Sénat.

(48) Laurence Leturmy, « Brèves remarques sur les débats parlementaires et la loi d'amnistie du 6 août 2002 », *Droit Pénal* - éd. Jurisclasser, octobre 2002, chronique n<sup>o</sup> 34.

(49) Ainsi, Arnaud Montebourg, lors des débats devant l'Assemblée nationale, le 3 août 2002, soulignait qu'« *aux fins des amendements, le nombre des infractions exclues du champ d'application de l'amnistie a crû de façon inflationniste, de sorte que nous nous demandons pourquoi la majorité ne décidait pas tout bonnement de renoncer à amnistier* » ; ou René Dosière, devant la commission mixte paritaire, qui notait que « *l'extension considérable de la liste des infractions exclues de l'amnistie donnait le sentiment que le projet de loi n'était pas assumé* ».

(50) Notamment l'exclusion du champ d'application de l'amnistie de certaines sanctions prononcées par l'employeur dans le contexte des conflits sociaux (voir, à cet égard, l'article de Laurence Leturmy, précité).

(51) Circulaire du garde des sceaux du 6 août 2002, précitée.

(52) Ci-après la « loi de 1995 ».

Dans les lois d'amnistie de 1995 et de 2002, et à la différence de celle de 1988, les dispositions relatives à la réintégration des représentants du personnel licenciés pour faute n'ont pas été reprises - non plus celles qui organisaient la réintégration de plein droit dans leur établissement des étudiants ou lycéens ayant fait l'objet de sanctions disciplinaires (53).

2.2.c Par ailleurs, selon l'article 11, alinéa 4, de la loi de 2002, les fautes constituant des manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur ne peuvent être amnistiées que par une mesure individuelle du président de la République. La demande d'amnistie peut être présentée par toute personne intéressée dans un délai d'un an à compter soit de la promulgation de la loi soit de la condamnation définitive.

Ces notions ont été précisées par des instructions ministérielles émises à l'occasion de la précédente loi d'amnistie (54) et par la jurisprudence (55).

Le manquement à la probité est caractérisé lorsqu'il y a atteinte frauduleuse aux biens (56).

L'atteinte aux bonnes mœurs n'est pas précisée par la jurisprudence. Elle peut recouvrir le harcèlement sexuel et les agressions sexuelles.

L'atteinte à l'honneur correspond (57) à des actes attentatoires à l'intimité de la vie privée (58), méconnaissant le secret professionnel ou portant atteinte à la liberté du travail (59).

(53) Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 20 juillet 1998, avait jugé contraire à la Constitution certaines dispositions de l'article 15 II de la loi d'amnistie de 1998 en ce qu'elles prévoyaient la réintégration de droit du salarié licencié après le 22 mai 1981 pour une faute autre qu'une faute lourde ayant consisté en des coups et blessures sanctionnés par une condamnation commise à l'occasion de sa fonction de représentant élu du personnel, de représentant syndical ou comité d'entreprise ou de délégué syndical. Selon lui, une telle mesure risquait de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur - choix de ses collaborateurs -, était de nature à nuire au respect des droits et libertés des personnes étrangères aux faits amnistiés et de ceux qui ont pu en subir des conséquences dommageables, puisqu'elle autorisait la réintégration dans des hypothèses de coups et blessures volontaires ayant pu revêtir un caractère de réelle gravité et qu'elle permettait la réintégration dans tous les cas où la faute lourde aurait été constituée par une infraction autre que celle de coups et blessures.

(54) Circulaire du 21 août 1995.

(55) Circulaire DRT n<sup>o</sup> 2002/17 du 16 septembre 2002 et commentaire à la *Semaine sociale Lamy*, n<sup>o</sup> 1093 ; Marc Canaple et Adeline Toullier, « L'amnistie et le droit de l'entreprise », *Les petites affiches*, 12 juin 2003, n<sup>o</sup> 117, p. 4.

(56) CE 18 novembre 1996 (*Recueil Lebon*, n<sup>o</sup> 161910 : « *Le détournement et [la] communication à des tiers de documents commerciaux et sociaux internes à l'entreprise que [le salarié] avait au préalable photocopiés [...] constituent un manquement à la probité ... L'application de la loi d'amnistie susvisée doit donc être écartée* » CE, 25 avril 1984, n<sup>o</sup> 39515 (le détournement à son profit d'une cotisation syndicale) ; Soc., 7 décembre 2004, pourvoi n<sup>o</sup> 02-44.199 : les faits fautifs pour une « *salariée d'avoir, dans le seul but de percevoir des commissions, réalisé en 1993 et 1994 des affaires nouvelles en persuadant faussement les assurés qu'elles étaient conformes à leur intérêt [...] caractérisaient un manquement de la salariée à la probité et étaient exclus du bénéfice de l'amnistie* ».

(57) Définition retenue par le *Lamy social*, n<sup>o</sup> 1060 et 1062.

(58) Ainsi, la violation du secret des communications téléphoniques (Soc., 22 février 2002, pourvoi n<sup>o</sup> 00-41.064 : « *l'installation par [le salarié] d'un dispositif d'écoute destiné à enregistrer les conversations de ses supérieurs hiérarchiques sur le lieu du travail constituait un manquement à l'honneur qui se trouvait de ce fait exclu du champ d'application de la loi d'amnistie du 3 août 1995* »).

(59) CE, 16 mars 1990, n<sup>o</sup> 98054 : le fait de s'être « *rendu coupable de violences sur la personne : d'un [salarié] qui se proposait de rejoindre son poste de travail en dépit du mouvement de grève observé par une partie du personnel de l'entreprise... porte atteinte à la liberté du travail [et] constitue un manquement à l'honneur, exclu du bénéfice de l'amnistie* ».

### 2.3. Conditions d'application dans le temps

L'application de l'article 133-11 du code pénal suppose également que les conditions d'application dans le temps de la loi d'amnistie soient réunies. Les conséquences de l'amnistie sur les sanctions disciplinaires sont en effet différentes selon le stade de la procédure disciplinaire auquel intervient la promulgation de la loi d'amnistie.

Dès l'instant où la sanction a été prononcée et exécutée avant la promulgation de la loi, elle ne peut être remise en cause. Il est de jurisprudence constante que la loi d'amnistie n'a pas d'effet rétroactif et qu'elle ne peut avoir pour effet de remettre en cause une sanction prononcée avant son entrée en vigueur (60).

Et si une procédure contentieuse est en cours, la sanction n'est pas affectée par la mesure d'amnistie. Il en est ainsi même lorsque la sanction prononcée et notifiée avant la promulgation de la loi n'a pas été exécutée. Ainsi en est-il d'un licenciement disciplinaire notifié au salarié avant la promulgation de la loi mais dont le préavis est encore en cours d'exécution. Dans cette hypothèse, le licenciement est définitivement acquis à la date de promulgation de la loi et ne peut être remis en cause même si le préavis se poursuit au-delà de la loi d'amnistie (61).

(60) Soc., 21 mars 2001, pourvoi n° 99-40.972 (*dès lors qu'une sanction disciplinaire a été prononcée et exécutée avant la promulgation de la loi d'amnistie, celle-ci n'a pas d'effet sur le licenciement déjà intervenu*) ; ou encore Soc., 2 avril 1992, Bull. 1992, V, n° 240 (*la loi d'amnistie du 20 juillet 1988 n'ayant pas d'effet rétroactif, elle ne pouvait avoir d'effet sur un licenciement prononcé avant son entrée en vigueur*) ; Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45.760 : « Attendu [...] que la loi d'amnistie du 6 août 2002 n'ayant pas d'effet rétroactif, la cour d'appel a exactement retenu qu'elle ne pouvait avoir d'incidence sur un licenciement prononcé avant son entrée en vigueur » ; Soc., 1<sup>er</sup> décembre 2005, Bull. 2005, V, n° 350 (« La rupture du contrat de travail étant intervenue par l'envoi par l'employeur de la lettre de licenciement, antérieurement à la date de l'entrée en vigueur de la loi d'amnistie du 6 août 2002, celle-ci n'a pas d'incidence sur les faits fautifs antérieurs mentionnés dans la lettre de licenciement »).

(61) Soc., 8 juillet 1992, Bull. 1992, V, n° 442 (« la rupture du contrat de travail étant devenue définitive dès le 27 mai 1988, par la réception par le salarié de la lettre de congédiement, soit antérieurement à la date de la loi d'amnistie du 20 juillet 1988, celle-ci n'a pas d'effet sur le licenciement déjà intervenu, peu important que le préavis se soit poursuivi jusqu'au 31 juillet 1988 »).

En revanche, quand le licenciement disciplinaire n'a pas été encore notifié, il ne peut plus l'être, quand bien même l'employeur aurait obtenu, avant la loi d'amnistie, l'autorisation de licenciement lorsqu'elle est requise. Dès lors que les faits invoqués à l'appui de la sanction entrent dans le champ d'application de la loi d'amnistie, ils ne peuvent plus donner lieu à sanction (62).

### 3<sup>o</sup> La portée de l'article 133-11 du code pénal

Il résulte des articles 11 et 12 de la loi d'amnistie de 2002 que les faits commis avant le 17 mai 2002, en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou qu'ils sont retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur, sont amnistiés de plein droit. Ces faits ne peuvent dès lors plus servir de fondement à une sanction disciplinaire (63).

La Cour de cassation juge que, dans les rapports entre les parties, l'amnistie n'efface pas de droit les conséquences financières que la sanction du fait amnistié a pu entraîner (64).

Les procédures contentieuses destinées à statuer sur les conséquences civiles de la faute amnistiée demeurent donc recevables devant la juridiction prud'homale ou, en ce qui concerne les salariés protégés, devant la juridiction administrative.

Chaque partie conserve le droit d'invoquer les faits amnistiés pour établir le bien-fondé de ses droits au regard de la sanction contestée, quand

(62) Soc., 29 juin 1994, Bull. 1994, V, n° 215.

(63) Soc., 28 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.388.

(64) Soc., 29 mai 1985, Bull. 1985, V, n° 93 : « Il résulte des articles 14, 19 et 22 de la loi n° 81-736 du 4 août 1981 portant amnistie que sont amnistiés les faits commis antérieurement au 22 mai 1981 ayant été retenus comme motifs de sanctions disciplinaires ou professionnelles prononcées par un employeur mais que cette loi n'a toutefois d'effet rétroactif dans les rapports des parties que dans la mesure où elle le prévoit expressément. Viole donc ces textes et encourt la cassation le jugement qui condamne un employeur à payer à un salarié mis à pied avant le 22 mai 1981 le montant des salaires correspondants qu'il avait retenus ainsi que les congés payés afférents alors que la loi du 4 août 1981 n'efface pas de droit les conséquences financières que la sanction de faits amnistiés a pu entraîner ».

bien même celle-ci est amnistiée. Ce principe a été rappelé à maintes reprises en faveur du salarié (65), mais aussi de l'employeur (66).

Le salarié protégé semble avoir toujours intérêt à l'annulation contentieuse d'une autorisation de licenciement dès lors que celle-ci lui ouvrirait le droit à réintégration que la loi d'amnistie lui refuse (67).

(65) Soc., 18 janvier 2005, pourvoi n° 02-46.627 : « Mais attendu que l'amnistie n'efface pas les conséquences financières de la sanction et le salarié pouvant poursuivre, si la sanction a été irrégulière, un tel effacement et la réparation de son préjudice, c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel, saisie d'une telle demande et répondant aux conclusions, a apprécié la régularité de la mutation prononcée au vu des éléments soumis à son examen et l'a annulée avant de statuer sur ses conséquences ;

Et attendu qu'après avoir constaté d'une part que la sanction annulée avait réduit le salarié à des attributions sans caractère commercial en le privant de tout contact avec la clientèle et d'autre part que les fonctions antérieurement exercées par lui existaient toujours dans l'entreprise, la cour d'appel a pu, abstraction faite d'un motif surabondant, ordonner la réintégration de l'intéressé dans lesdites fonctions et lui allouer une somme en réparation d'un préjudice dont elle a souverainement apprécié la nature et l'étendue ».

(66) Soc., 21 juin 1989, Bull. 1989, V, n° 457 où il a été jugé que, selon l'article 15 de la loi n° 88 828 du 20 juillet 1988, sont amnistiés, dans les conditions fixées à l'article 14, les faits retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur ; qu'en conséquence, les pourvois formés contre des décisions des juges du fond annulant des sanctions disciplinaires sans conséquence financière sont devenus sans objet, mais les employeurs sont recevables à critiquer ces décisions en ce qu'elles les ont condamnés à payer des dommages-intérêts aux salariés (arrêts n° 1 et 2) ; voir aussi Soc., 8 avril 1992, pourvoi n° 89-42.192 (Vu les articles 19 et 23 de la loi d'amnistie du 20 juillet 1988 ; Attendu que M. X..., salarié de la société CGEE Alstom et délégué syndical à l'établissement de Mérignac, a été sanctionné le 14 avril 1988 par une mise à pied de trois jours, pour avoir distribué des tracts dans l'établissement pendant les heures de travail ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir le paiement de dommages-intérêts compensant la perte de salaires qu'il avait subie du fait de cette sanction ;

Attendu que pour condamner la société à verser des dommages-intérêts au salarié, le conseil de prud'hommes énonce que les faits reprochés au salarié sont amnistiés et que la sanction étant de plein droit annulée, M. X... est fondé en sa demande de paiement des salaires perdus ;

Attendu, cependant, que l'amnistie n'efface pas de droit les conséquences financières de la sanction ; que, s'il est exact que les faits étaient amnistiés, en application de l'article 15 de la loi du 20 juillet 1988, en sorte qu'il ne pouvait plus être fait état de la sanction, il incombait au juge prud'homal de rechercher si la demande en paiement d'une indemnité pour compenser le salaire perdu était fondée ; qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés) ; ou encore, Soc., 19 juillet 1994, pourvoi n° 90-44.013 (Attendu que si le moyen formé contre l'arrêt, du chef de la sanction elle-même, est devenu sans objet en raison de l'amnistie, l'employeur demeure recevable à critiquer cette décision dans ses conséquences financières [...] Mais attendu qu'hors toute dénégation, la cour d'appel après avoir retenu que le premier grief d'abandon de poste n'était pas établi, a constaté que le second, fondé sur l'absence du salarié, se situait après un entretien préalable alors que le salarié était allé consulter son syndicat ; qu'en l'état de ces constatations, c'est dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122 43 du code du travail qu'elle a dit que la sanction était disproportionnée avec la faute commise ; que le moyen n'est pas fondé).

(67) CE, 27 novembre 1981, Rec., p. 450 (Il résulte du premier alinéa du II de l'article 14 de la loi du 4 août 1981 que l'amnistie des faits retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur contre un représentant élu du personnel ou un délégué syndical n'entraîne pas de plein droit la réintégration dans l'entreprise. L'annulation de l'autorisation de licenciement pour faute grave du salarié protégé pouvant avoir, notamment en ce qui concerne la réintégration, des effets plus larges que ceux que comporte l'amnistie, le recours formé par le salarié protégé qui a été licencié conserve son objet, même après l'intervention de la loi du 4 août 1981. L'annulation par un tribunal administratif d'une autorisation de licencier pour faute grave un salarié protégé pouvant avoir au profit du salarié des effets plus larges que ceux que comporte l'amnistie, la requête formée par l'employeur contre le jugement du tribunal annulant l'autorisation de licenciement n'est pas davantage devenue sans objet)

En revanche, si la sanction amnistiée n'a aucune incidence financière, la procédure devient sans objet et justifie un non-lieu à statuer sur le bien-fondé de la sanction (68).

Il découle de cette jurisprudence que la portée de l'interdiction du rappel des sanctions disciplinaires amnistiées est plus limitée que la seule lecture de l'article 133-11 du code pénal ne le laissait supposer.

## B. – Le harcèlement moral et la discrimination syndicale

La dignité de la personne et la protection de sa santé physique et mentale au travail figurent au nombre des droits fondamentaux dont le respect s'impose dans l'entreprise et qui sont garantis par de nombreux textes tant internationaux (69) que nationaux (70). Les dispositions visant à lutter contre le

(68) Soc., 3 mai 1989, Bull. 1989, V, n° 326 ; voir aussi 19 mars 2003, pourvoi n° 01 41.871.

(69) S'agissant du harcèlement moral, voir l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 29 juin 2000 sur le harcèlement moral dans les relations du travail ; l'avis adopté par le Conseil économique et social au cours de sa séance du 11 avril 2001 « Le harcèlement moral au travail » par Michel Debout, rapporteur (Chapitre 1, I) ; l'article 26, alinéa 2, de la Charte sociale européenne ; l'article premier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de Nice, du 6-7 décembre 2000 ; la résolution adoptée par le Parlement européen en septembre 2001 sur la question du harcèlement moral et pour des initiatives communautaires qui, notamment, préconise l'extension du champ d'application de la Directive-cadre 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (JOCE, L. 183, p. 1 à 8) et l'adoption d'une Directive particulière (Laurent Vogel, « Harcèlement moral et législation : pour une approche collective intégrée dans la politique de santé au travail », *BTS newsletter*, n° 19/20, septembre 2002) ; s'agissant de la discrimination syndicale, voir la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 23), Convention n° 111 et Recommandations n° 111 de l'OIT relatives à la discrimination en matière d'emploi et de profession, ratifiées par la France par une loi n° 81-357 du 15 avril 1981 (JORF, 17 avril 1981) ; l'article 13 du Traité CE, la Directive 76/207/CEE, du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail (JOCE, L. 39 du 14 février 1976, p. 40), la Directive 2000/78, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE, L. 303, du 2 décembre 2000, p. 16), le Préambule et l'article 16 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 ; voir également la Directive 97/80/CE, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JOCE, L. 14, du 20 janvier 1998, p. 6) pour le rapprochement opéré par le juge national en ce qui concerne le régime probatoire en matière de discrimination syndicale avec celui instauré par la Directive 97/80 ; l'article 14 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite CEDH).

(70) S'agissant du harcèlement moral, le principe général du respect de la dignité humaine est rappelé par le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, alinéa premier ; par le deuxième considérant de la décision n° 94-343 DC du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 : « ... la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » ; de même, dans sa décision n° 2001-455 du 12 janvier 2002 (JO, 18 janvier 2002, considérant 83), le Conseil constitutionnel a décidé que les droits du salarié contre les agissements incriminés par l'article L. 122-49 du code du travail concernent les droits de la personne au travail ; le principe de non-discrimination est quant à lui rappelé dans plusieurs textes à caractère général, à savoir la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946.

harcèlement moral et la discrimination syndicale occupent dès lors une place centrale dans le dispositif mis en place par le législateur national pour assurer l'effectivité de ces droits fondamentaux.

## 1. Le harcèlement moral

### a) Notion et portée

Manquement caractérisé et particulièrement grave de l'employeur à ses obligations contractuelles, le harcèlement moral fait, depuis la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale (71), l'objet de dispositions particulières intégrées dans le code du travail et le code pénal.

L'article L. 122-49, alinéa premier, du code du travail dispose qu'« *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* » (72).

Le harcèlement moral est donc défini comme des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Cette notion a également été intégrée dans le code pénal, dont l'article 222-33-2, qui reprend la même définition que celle de l'article L. 122-49 du code du travail, réprime d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende l'auteur du délit.

La gravité de cette faute est telle que l'article L. 122-49, alinéa 3, du code du travail frappe d'une nullité de plein droit toute rupture du contrat de travail qui résulterait du harcèlement moral (73).

L'article L. 122-50 du même code prévoit en outre expressément que l'auteur d'un harcèlement moral est passible de sanction disciplinaire.

La loi de modernisation sociale n'ayant pas prévu toutes les incidences du harcèlement dans l'entreprise, la jurisprudence est venue compléter le dispositif ainsi mis en place en adaptant le droit commun aux situations concrètes (74). Il a ainsi été jugé que le salarié harcelé pourra prendre acte de la rupture du contrat de travail (75) ou demander la résolution judiciaire du contrat de travail (76). Dans ces deux

hypothèses, si le harcèlement est établi, le salarié obtiendra des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Compte tenu de la gravité du manquement, le harcèlement moral engage la responsabilité civile de son auteur lorsqu'il est commis intentionnellement puisque, selon l'arrêt X... (77), « *le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité à l'égard de celui-ci* » (78).

Le harcèlement dont se rend coupable un salarié envers un autre salarié engage en outre la responsabilité de l'employeur (79). Cette conséquence découle directement de l'obligation faite à l'employeur de prendre toutes les mesures « *nécessaires en vue de prévenir* » le harcèlement, édictée par l'article L. 122-51 du code du travail. La portée de l'obligation de prévention mise par la loi à la charge de l'employeur en matière de harcèlement moral et de son incidence sur les principes qui gouvernent le droit à réparation a été précisée par un arrêt du 21 juin 2006 (80). Par cet arrêt, la chambre sociale a cassé, au visa des articles L. 122-49, L. 122-51 et L. 230-2 du code du travail, ce dernier texte interprété à la lumière de la Directive-cadre n° 89/391/CEE, un arrêt de la cour d'appel de Montpellier qui avait exonéré de sa responsabilité l'employeur pour des faits de harcèlement moral commis par un salarié de son entreprise à l'encontre d'un autre salarié, en l'absence de faute de l'employeur. La responsabilité de l'employeur est dès lors une responsabilité objective (81).

L'article L. 122-51 du code du travail met ainsi à la charge de l'employeur une obligation qui n'est pas une simple obligation de moyens mais qui doit s'analyser comme une obligation de sécurité de résultat (82) tendant à assurer l'effectivité du droit fondamental des salariés à ne pas subir des agissements répétés de harcèlement moral ayant pour objet ou pour effet une dégradation de leurs conditions de travail susceptible de porter atteinte à leurs

(77) Assemblée plénière, 14 décembre 2001 (*Bull.* 2001, Ass. plén., n° 2).

(78) C. Bouty, « Harcèlement moral et droit commun de la responsabilité civile », *Revue de droit social* 2002, p. 695.

(79) Soc., 27 octobre 2004 (*Bull.* 2004, V, n° 267 ; *DS* 2005, p. 100 note Roy Loustanau, *RJS*, 1/05 n° 4).

(80) Soc., pourvoi n° 05-43.914, *Bull.* 2006, V, n° 223.

(81) Sur les commentaires relatifs à cet arrêt, voir « Harcèlement moral et responsabilités au sein de l'entreprise : l'obscur éclaircissement », C. Radé, *Droit social* n° 9/10, septembre-octobre 2006, p. 826 ; Sur le nouveau fondement de la responsabilité de l'employeur garant de la santé et de la sécurité des salariés sur leur lieu de travail, voir « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », P. Sargos, *Semaine juridique, éd. sociale*, n° 14, 4 avril 2006, 1278 ; « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », S. Bourgeot et M. Blatman, *Revue de droit social*, n° 6 juin 2006, p. 653.

(82) A l'instar de ce qui a été décidé concernant la protection des salariés contre le tabagisme (Soc., 29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 219).

(71) Ci-après « loi de modernisation sociale ».

(72) Sur le contenu de cette définition voir, notamment, « La notion de harcèlement moral dans les relations de travail » par B. Lapérou, *RJS* 6/00, p. 423 ; Béatrice Lapérou-Schneider, « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », *Revue de droit social* du 3 mars 2002, p. 313.

(73) Et notamment, du licenciement, voir Soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-43.929.

(74) Comme elle l'avait déjà fait avant l'adoption de la loi de modernisation sociale en prenant en compte le harcèlement pour disqualifier les fausses démissions (voir notamment Soc., 16 juillet 1987, pourvoi n° 85-40.014 ; Soc., 16 décembre 1993, pourvoi n° 90-43.039).

(75) Soc., 26 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 23.

(76) Soc., 15 mars 2000, *RJS* 2000, n° 626.

droits et à leur dignité, d'altérer leur santé physique ou mentale ou de compromettre leur avenir professionnel (83).

Le survol rapide des conséquences particulièrement lourdes de ces agissements pour la victime, l'auteur et le responsable statutaire de l'auteur salarié démontre que notre droit positif entend donner pleine effectivité aux droits fondamentaux reconnus au travailleur dans l'entreprise. Demeure la question de la preuve de ces agissements, difficile à rapporter dans ce contexte bien particulier qui met en présence des parties appartenant ou liées à l'entreprise. Le législateur, pour garantir l'effectivité de ce droit fondamental, a dès lors été conduit à aménager le régime de la preuve.

### b) Le régime de la preuve

– En ce qui concerne le *mode de preuve*, le législateur n'a prévu aucune disposition spécifique. Le droit commun s'applique donc. En droit du travail, la preuve étant libre, les éléments de preuve qui peuvent être produits sont indéfinis (témoignages, écrits, aveux, note de service, courriers, courriels...).

– Des mesures de protection spécifiques ont cependant été édictées en faveur des témoins. C'est ainsi que l'article L. 122-49, alinéa 2, du code du travail interdit toute discrimination, directe ou indirecte, qui frapperait les témoins ayant déposé en justice et relaté les agissements définis par l'alinéa premier. Notamment, sont nulles et de plein droit les sanctions qui ont pu être prononcées contre eux en conséquence de leurs témoignages.

– De même, s'agissant des *règles de procédure*, la loi de modernisation sociale, tenant compte du caractère spécifique de ce contentieux, a procédé à des aménagements dérogatoires au droit commun.

Ainsi, aux termes de l'article L. 122-53 du code du travail, il est permis aux syndicats représentatifs dans l'entreprise d'exercer en justice toutes actions qui naissent des dispositions relatives au harcèlement moral en faveur d'un salarié de l'entreprise, s'ils justifient d'un mandat écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'ins-

(83) Cette lecture découle logiquement de la lettre de l'article L. 122-51 du code du travail, qui oblige l'employeur à prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir de tels agissements, mais également de la finalité de la Directive-cadre 89/391/CEE, ainsi que la Charte sociale qui engage les Etats à assurer l'exercice effectif du droit à la protection sociale et sa transposition en droit interne par l'article L. 230-2 I et II du code du travail qui évoque expressément l'exigence de prévention, notamment en ce qui concerne les risques liés au harcèlement moral tel qu'il est défini à l'article L. 122-49 du code du travail.

tance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment. Le même dispositif existe notamment dans le cadre de la lutte contre les discriminations (84).

– Le régime de la charge de la preuve a également été aménagé en faveur du salarié par la loi de modernisation sociale. C'est ainsi que l'article 169 de cette loi prévoyait l'insertion dans le code du travail d'un article L. 122-52 rédigé en ces termes : « *En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utile* ».

Au titre des réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel a considéré que « *les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositifs critiqués ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard... procéderait d'un harcèlement moral... au travail* » (85).

Les deux premières phrases de l'article L. 122-52 du code du travail ont dès lors (86) été remplacées dans la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 (87) par une phrase ainsi rédigée : « *En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.* »

(84) Article L 122-45-1, alinéa premier, du code du travail, issu de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 qui dispose que « *Les organisations syndicales représentatives au plan national, départemental, pour ce qui concerne les départements d'Outre mer, ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent de l'article L. 122 45, dans les conditions prévues par celui-ci, en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié de l'entreprise sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat.* » On le voit, le pouvoir d'intervenir des syndicats est plus large dans le cadre de la lutte contre les discriminations. Un dispositif similaire existe également dans le cadre du travail temporaire, du contrat à durée déterminée, du licenciement économique.

(85) Décision n° 2001-455 DC du 11-12 janvier 2002 (JORF, 18 janvier 2002, p. 1053, considérant 89). Au titre des réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel a également rappelé que l'aménagement de la charge de la preuve prévu à l'article L. 122-52 nouveau du code du travail ne pouvait trouver à s'appliquer en matière pénale ni avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au principe de présomption d'innocence (considérant 84). Voir, à cet égard, Crim., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-86.646.

(86) Comme le précise le professeur Favoreu, ces réserves revêtent une force certaine puisque « *La loi ne peut être considérée comme compatible avec la Constitution que si elle est interprétée conformément aux réserves formulées par (le juge constitutionnel)* » « *L'impact des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel*, Semaine juridique Lamy, 2002, n° 1059, pages 16 et 17.

(87) Dite « loi Fillon », portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (JORF, 4 janvier 2003, p. 255).

Ces nouvelles dispositions sont conformes au droit communautaire. En effet, la Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (88) dispose en son article 8, consacré à la charge de la preuve, que :

1. *Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ;*

2. *Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants ;*

3. *Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales ;*

4. *Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 7, paragraphe 2 ;*

5. *Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente.*

Le mécanisme d'administration de la preuve mis en place par le nouvel article L. 122-52 du code du travail se décompose donc en trois temps (89). Dans un premier temps le plaignant présente un faisceau d'indices ou d'éléments objectifs certains (témoignages, certificats médicaux, notes de services, courriers, courriels...) permettant, en raison de leur précision et de leur concordance, de présumer l'existence du harcèlement moral. Il n'y a pas à proprement parler un renversement de la charge de la preuve mais un aménagement dans l'administration de celle-ci et ce, en faveur de la victime, qui n'aura pas à apporter la preuve du harcèlement moral mais seulement de faits concordants tendant à en prouver l'existence. Comme le souligne la doctrine (90) « On se situe à mi-chemin entre la preuve du harcèlement moral et la présomption de celui-ci ».

Une fois le faisceau d'indices établi, le défendeur devra prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Dans une ultime étape, le juge est appelé à trancher. C'est ainsi qu'il est précisé que le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. On le voit, le juge n'est pas cantonné à un rôle purement passif mais il peut jouer un rôle actif dans l'administration de la preuve (nomination d'expert, audition de témoins...).

L'existence du harcèlement moral relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (91).

Cet aménagement de la preuve au profit de la partie demanderesse n'est pas nouvelle. Elle a également été instaurée en faveur des victimes de discrimination (92).

## 2. La discrimination syndicale

### a) Notion et portée

Divers textes prohibent les discriminations syndicales dont sont victimes les salariés. Ainsi, les articles L. 122-45 du code du travail et 225-1 et suivants du code pénal répriment les refus d'embauche, les sanctions et les licenciements dont sont victimes les personnes en raison de leurs activités syndicales.

Selon l'article L. 122-45 du code du travail, « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération [...] de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine [...] de ses activités syndicales ou mutualistes [...]

*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.*

*Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.*

*En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.*

*Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

(91) Voir, notamment, Soc., 27 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 267 (et commentaires Claude Roy-Loustaunau in *Droit social*, n° 1, janvier 2005, p. 100 ; Marie Hautefort, « Harcèlement moral : la chambre sociale de la Cour de cassation prend position » in *Jurisprudence sociale Lamy*, 2004, n° 156 ; *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1193, p. 11) ; Soc., 23 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 334 (commentaires *Semaine sociale Lamy*, 2005 ; Jean Savatier « Harcèlement moral. Pouvoir d'appréciation des juges du fond » in *Droit social* n° 2 février 2006, p. 229) ; Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05 41310 ; Soc., 25 octobre 2006, pourvoi n° 05 40.725.

(92) Voir infra la discrimination syndicale. Selon certains auteurs (M.T. Lanquetin « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Droit social*, 1995, n° 5, p. 435 ; Edouard Dubout, « Tu ne discrimineras pas ... », l'apport du droit communautaire au droit interne, *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002). Cette administration de la preuve quasi identique en matière de discrimination et de harcèlement est le signe d'une volonté de protection accrue de la victime dans des domaines où la question de la preuve est essentiellement délicate.

(88) JOCE, L. 180 du 19 juillet 2000, p. 86.

(89) B. Lapérou-Schneider « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », précité.

(90) *Ibidem*.



*Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit. »*

Cette disposition, insérée dans le code du travail par la loi n° 82-689 du 4 août 1982 (93), a fait l'objet de nombreuses modifications de rédaction depuis son origine (94).

Parallèlement à ces textes généraux qui répriment les discriminations dans leur ensemble, le code du travail contient des articles dont l'objet exclusif est de lutter spécifiquement contre les mesures anti-syndicales.

Ainsi, selon l'article 412-2 du code du travail, « *Il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement.*

*Il est interdit à tout employeur de prélever les cotisations syndicales sur les salaires de son personnel et de les payer au lieu et place de celui-ci.*

*Le chef d'entreprise ou ses représentants ne doivent employer aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque.*

*Toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents est considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts.*

*Ces dispositions sont d'ordre public. »*

L'article L. 481-3 du même code réprime pénalement les mesures anti-syndicales interdites par l'ar-

(93) Loi relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite « loi Auroux » (JORF du 6 août 1982).

(94) La loi n° 2001 1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (JORF, n° 267 du 17 novembre 2001) constitue une étape marquante en ce qu'elle complète le dispositif de protection par des dispositions spécifiques relatives au régime de la preuve – protection des témoins et aménagement de la charge de la preuve. La dernière modification de ce texte date de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (JORF, n° 71 du 24 mars 2006). Il ajoute des dispositions spécifiques de protection envers les femmes et leur rémunération.

ticle L. 412-2, alinéa premier (amende de 3 750 euros et, en cas de récidive, d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 euros ou de l'une de ces deux peines seulement).

L'interdiction de toute discrimination vise l'ensemble des salariés ayant une activité syndicale. L'exercice d'une activité syndicale n'est pas nécessairement lié à l'adhésion à une organisation déterminée. Ainsi, un salarié peut être victime de discrimination syndicale sans être délégué syndical, dès lors qu'il est licencié pour son activité syndicale (95). Mais l'existence d'une discrimination peut également être caractérisée par une disparité de situation entre les délégués d'un même syndicat (96).

L'intérêt des articles L. 122-45 du code du travail et 225-1 et suivants du code pénal par rapport aux articles L. 412-2, alinéa premier, et L. 481-3 du code du travail réside dans les sanctions qui y sont attachées (97). Dès lors, l'article L. 412-2 précité doit être combiné avec l'article L. 122-45 du code du travail, qui demeure une pièce fondamentale dans l'arsenal législatif contre les discriminations de toutes sortes (98).

Les domaines où s'exercent les discriminations sont multiples (à l'occasion de l'embauche (99), de l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direc-

(95) Crim., 5 mars 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 112 (*Juris-Data*, n° 1991 701082).

(96) Soc., 25 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 218 (*RJS* 2003, n° 54).

(97) *Juris-Classeur travail*, Traité, fasc. 12 30 : droit syndical dans l'entreprise.

(98) Sur la coexistence des articles L. 122 45 et L. 412 2 du code du travail, v. C.A. Riom, 2 mars 1987 : *D.* 1987, jurispr. p. 427, note E. Wagner : « *il semble que ces deux articles puissent coexister sauf à considérer comme tacitement abrogée dans l'article L. 412 2 l'expression « les mesures de discipline et de congédiement » qui relèvent à présent de l'article L. 122-45 tandis que les autres mesures de discrimination continuent à donner lieu à dommages-intérêts dès lors que l'abus de droit est établi.*

(99) Par exemple, le fait d'inclure dans un questionnaire d'embauche une rubrique touchant à l'appartenance syndicale est de ce point de vue parfaitement répréhensible (Soc., 13 mai 1969, *Bull.* 1969, V, n° 314 ; *D.* 1969, jurispr. p. 528 ; *JCP* 1970, 88824).

tion (100), du déroulement de la carrière (101), de l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire (102), de la rémunération (103)).

Spécialement en matière d'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, de nombreux arrêts sanctionnent, sur le fondement de l'article L. 412 2 du code du travail, les employeurs ayant prononcé des mesures disciplinaires ou des licenciements fondés sur des considérations d'ordre syndical. Le licenciement d'un salarié ordinaire, sans mandat de représentation et sans protection particulière, provoqué par son activité syndicale, tombe sous le coup de l'article L. 412-2 du code du travail mais également sous celui de l'article L. 122-45 qui dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses activités syndicales.

S'agissant de la discrimination en matière de rémunération, elle se déduit de l'existence d'une différence de traitement non justifiée par des raisons légitimes et objectives par l'employeur. Les militants syndicaux peuvent s'appuyer sur la jurisprudence élaborée par la Cour de cassation qui, depuis un arrêt X... (104), affirme que « la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes étant une application de la règle plus générale « à travail égal,

(100) De manière générale, caractérise une discrimination la prise en compte de l'activité syndicale par l'employeur dans ses décisions relatives à l'organisation du travail des salariés syndiqués (Crim., 19 mai 1987, pourvoi n° 86 91.960) ; ou encore une cour d'appel, statuant en référé, qui constate que la réorganisation du travail décidée par l'employeur n'était pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise mais tendait uniquement à une discrimination aux dépens des intéressés en raison de leur appartenance syndicale, ordonne à bon droit la réintégration dans leur ancienne équipe de travail des deux salariés, afin de faire cesser ce trouble manifestement illicite (Soc., 19 oct. 1999, RJS 1999, n° 1476).

(101) Selon notre jurisprudence, la discrimination syndicale résulte d'une part, de la constatation d'une différence de traitement qui peut découler pour un salarié d'un déroulement de carrière différent des autres salariés et d'autre part, du fait que cette différence de traitement n'est pas imputable à l'insuffisance professionnelle du salarié et a débuté lors de sa désignation en qualité de délégué syndical et s'était traduite par des tentatives de licenciements, des avertissements et des menaces (Soc., 11 octobre 2000, pourvoi n° 98 43.472 ; RJS 2000, n° 1263 ; v. également Soc., 26 avril 2000, Bull. 2000, V, n° 151).

(102) Constitue ainsi une discrimination prohibée le fait pour un employeur d'infliger à un délégué syndical des avertissements, non fondés et décidés en considération de son activité syndicale, et de présenter une demande d'autorisation de licenciement abusive dans le cas d'espèce (Soc., 16 janv. 1985, Bull. 1985, V, n° 37 ; JCP G 1985, IV, 123 ; Dr. ouvrier 1986, p. 350). De même, la concomitance de la sanction et de l'adhésion à un syndicat ou de la prise de fonction syndicale est un indice fort de l'existence d'une discrimination syndicale. Ainsi, une mesure disciplinaire fondée sur la qualité du travail prise peu de temps après la désignation comme délégué syndical à l'encontre d'un salarié ancien n'ayant jamais fait l'objet d'observations sur son travail peut être tenue pour liée à l'activité syndicale ; la coïncidence entre la sanction et la manifestation d'une activité syndicale autorise à faire jouer une présomption de fait (Crim., 17 févr. 1981, RPDS 1981, somm. p. 195 ; Dr. ouvrier 1981, p. 358).

(103) La contravention à ces dispositions est en principe établie dès lors qu'il est acquis que, du jour de l'engagement syndical, la carrière et/ou la rémunération du salarié ont évolué défavorablement par rapport à l'époque antérieure ou aux autres salariés. De nombreux arrêts sanctionnent l'employeur qui pratique des discriminations en matière de rémunération ou d'évolution de carrière fondées sur des considérations d'ordre syndical (par exemple, le fait de priver un délégué syndical d'une augmentation salariale au mérite dès lors que l'intéressé n'a jamais fait l'objet de reproche de la part de son employeur au cours des dix-neuf années passées à son service - Soc., 28 juin 1994 ; RJS 1994, n° 1283 - ou de décider de la suppression collective d'une prime : Soc., 22 oct. 1985, Dr. ouvrier 1986, p. 352).

(104) Soc., 29 oct. 1996 (Bull. 1996, V, n° 359, p. 255 ; Juris-Data n° 1996-004012).

« salaire égal », (...) l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause soient placés dans une situation identique ». Il est acquis que le principe « à travail égal, salaire égal » serve de fondement à une action en dommages-intérêts lorsqu'un délégué syndical perçoit une rémunération moindre que les salariés se trouvant placés dans une situation identique (105).

#### b) Le régime de la preuve

Pour que la preuve de la discrimination soit rapportée, il convient non seulement que la différence de traitement soit caractérisée mais encore que le motif de cette différenciation illégitime, puisque liée à l'affiliation ou l'activité syndicale, soit établi. Cette preuve étant difficile à rapporter, son régime a été adapté, selon une méthode éprouvée par la Cour de justice des Communautés européennes, de telle manière à faire peser sur le défendeur, dès lors que l'apparence d'une discrimination est établie du fait d'une inégalité de traitement, la charge de justifier la mesure, la décision ou le comportement qui lui est reproché (106).

Pèse donc sur l'employeur une obligation de justification dès lors que la différence est établie. Il devra fournir les raisons objectives et licites de cette différence avérée. Il lui appartient ainsi de justifier que le traitement différent est le résultat de décisions dans lesquelles l'appartenance syndicale ou tout autre élément illégitime n'est pas intervenu.

Ce régime spécifique de la preuve en matière de discrimination, qui s'inscrit dans la droite ligne d'une Directive européenne relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, a d'abord été appliqué par la Cour de cassation (107) avant d'être consacré par le législateur dans la loi du 16 novembre 2001 (108).

Le régime mis ainsi en place par le législateur est très comparable à celui instauré dans le cadre de la répression des faits de harcèlement moral (109). Ce mécanisme d'administration de la preuve se décompose en trois temps (110). La charge de la

(105) Soc., 15 déc. 1998, Bull. 1998, V, n° 551. Est ainsi victime de discrimination le salarié accomplissant, avec un coefficient identique, une même qualification et une ancienneté comparable, le même travail que les autres salariés de l'atelier mais percevant une rémunération moindre que celle allouée à ces derniers et sans que l'employeur puisse donner une explication à cette différence de traitement (Soc., 4 juill. 2000, Bull. 2000, V, n° 263, Juris-Data n° 2000-002844).

(106) Pour une étude complète de l'apport du droit communautaire au droit interne, voir Edouard Debout « Tu ne discrimineras pas... », l'apport du droit communautaire au droit interne », in *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, p. 47 à 62.

(107) Soc., 28 mars 2000 (Bull. 2000, V, n° 126 ; RJS 2000, n° 498 ; Dr. soc. 2000, p. 589 ; RPDS 2000, p. 291) ; Soc., 4 juillet 2000 (Bull. 2000, V, n° 264 ; RJS 2000, n° 1109) ; voir déjà C.A. Paris, 21 février 1997 : Dr. ouvrier 1997, p. 224. - C.A. Paris, 14 janvier 1998 : Dr. ouvrier 1998, p. 285. - C.A. Riom, 19 janv. 1999 : AJ CFDT juillet 1999, n° 137, p. 18. - Soc., 15 déc. 1998 (Bull. 1998, V, n° 551 p. 412 ; RJS 1999, n° 513 ; Dr. soc. 1999, p. 187) ; Soc., 5 octobre 1999, Bull. 1999, V, n° 363 p. 266 ; Dr. soc. 1999, p. 1119) Soc., 23 novembre 1999 (Bull. 1999, V, n° 447 ; D. 2000, inf. rap. p. 46 ; RJS 2000, n° 498).

(108) Précitée, note de bas de page n° 94.

(109) Voir supra B-1-b, « le régime de la preuve du harcèlement moral ».

(110) *Ibidem*.

preuve pèse dans un premier temps sur le salarié, qui doit établir les faits susceptibles de caractériser la discrimination syndicale alléguée.

A cet égard, il convient d'observer que, malgré les multiples modifications dont a fait l'objet l'article L. 122-45 du code du travail, son quatrième alinéa n'a jamais été remanié, contrairement à l'article L. 122-52 du code du travail (111). Cet article prévoit désormais que le salarié ne doit plus seulement « *présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement* », mais « *établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement* ».

Cependant, la jurisprudence (112) exige du salarié non qu'il se contente de faire état de simples allégations mais qu'il justifie d'éléments de faits précis et concordants susceptibles de caractériser une discrimination syndicale (113).

L'employeur mis en cause et qui conteste le caractère discriminatoire devra prouver, quant à lui, que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat (114).

Le juge devra ensuite former « *sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'inspection qu'il estime utiles* » (115).

#### IV. LES ÉLÉMENTS DE RÉPONSE

A l'issue de cette étude, une seule réponse me semble s'imposer tenant en ces termes : « *une juridiction prud'homale, saisie d'une demande en dommages-intérêts pour des faits de harcèlement moral et de discrimination syndicale, ne peut, sur le fondement de l'article 133-11 du code pénal, refuser d'apprécier si la succession des sanctions disciplinaires amnistiées qui ont été prononcées contre le salarié est de nature à caractériser les faits ainsi allégués* ». Le principe de l'interdiction posée par l'article 133-11 du code pénal doit dès lors s'effacer au profit du respect de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

Cette réponse découle notamment de la lettre des articles 11 et 12 de la loi d'amnistie du 6 août 2002 (A), de la finalité de l'extension du principe de l'amnistie aux sanctions disciplinaires (B) et de notre jurisprudence sur la portée de l'amnistie (C).

(111) A la suite des réserves interprétatives opérées par le Conseil constitutionnel (voir décision n° 2001-455 précitée).

(112) Voir, notamment, Soc., 23 novembre 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 447) ; 23 octobre 2001 (*Bull.* 2001, V, n° 330 ; commentaire *RJS* 2002, n° 36) ; Soc., 3 avril 2002, pourvoi n° 00-42.583 (commentaire *RJS* 2002, n° 697).

(113) Pourrait-il en être autrement compte tenu de la décision du Conseil constitutionnel précitée ?

(114) Soc., 26 avril 2000 (*Bull.* 2000, V, n° 151 ; commentaire *RJS* 2000, n° 685 ; *Lamy social* 2006, n° 2571 ; *Lamy comité d'entreprise*, n° 151-3) ; Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-44.645 (commentaire la *Semaine juridique, édition sociale*, n° 15, p. 35, obs. J.Y. Kerbourc'h) ; Soc., 4 juillet 2000, (*Bull.* 2000, V, n° 264, commentaire N. Rérolle « Charge de la preuve de la discrimination syndicale : confirmation de la jurisprudence » in *Jurisprudence sociale Lamy*, 2000, n° 65) ; Crim., 6 janvier 2004 (*Bull. crim.* 2004, n° 4, p. 10 ; *RJS* 2004, n° 434) ; Soc., 28 février 2001, pourvoi n° 98 45.681 (commentaire *Juris-Data* n° 2001 008509, reconnaissance de mesures discriminatoires ; au contraire en présence d'allégation non étayée, Soc., 3 avril 2002 : *RJS* 2002, n° 697).

(115) Article L. 122 45, alinéa 4, du code du travail.

#### A. – La lettre des articles 11 et 12 de la loi d'amnistie de 2002

On l'a vu, il résulte de la lettre de ces dispositions que seuls les faits commis avant le 17 mai 2002, en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou qu'ils sont retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur, sont amnistiés de plein droit. Ces faits ne peuvent dès lors plus servir de fondement à une sanction disciplinaire. On le voit, ces faits ne sont amnistiés qu'en ce qu'ils peuvent être retenus ou qu'ils sont retenus comme motifs de sanction disciplinaire.

Il découle des termes mêmes de ces dispositions que peuvent être invoqués les faits, voire la sanction elle-même, à d'autres fins.

L'article 14 de la loi d'amnistie de 2002 fournit un autre argument de poids en faveur de cette lecture, me semble-t-il. Il résulte en effet du deuxième et onzième alinéa de cet article que les délits de discrimination syndicale (article L. 412-2 du code du travail) et de harcèlement moral (article 222-33-2 du code pénal) sont exclus de l'amnistie.

Imagine-t-on en opportunité, en équité et en droit, le salarié se plaindre de l'admission de ces preuves alors que le salarié se plaint justement d'être victime de faits susceptibles de constituer des délits qui ne peuvent être couverts par l'amnistie ?

#### B. – La finalité de l'extension du principe de l'amnistie aux sanctions disciplinaires

Il résulte des débats parlementaires que l'extension de l'amnistie aux sanctions disciplinaires était motivée par la volonté de rétablir dans leurs droits les militants syndicaux et les représentants du personnel les plus fréquemment sanctionnés au sein de l'entreprise pour avoir voulu défendre leur outil et leurs conditions de travail ou les intérêts de tous les travailleurs et le maintien du potentiel économique de leur pays.

Cette mesure d'amnistie constitue dès lors une mesure de protection édictée en faveur des salariés. A quel titre le juge pourrait-il refuser d'examiner des éléments de preuve fournis par la personne même que l'interdiction est supposée protéger alors que, en droit du travail et en droit social, le principe de faveur autorise l'interprétation des règles d'ordre public d'une manière plus favorable pour le salarié ? Ce principe de faveur joue tout particulièrement quand il s'agit de l'exercice des droits de la défense du salarié (116).

(116) Selon G. Cornu, l'ordre public est conçu d'une manière particulière en droit social et en droit du travail : « *Les règles de l'ordre public social sont impératives, mais elles souffrent des dérogations, à la seule condition que celles-ci soient plus favorables aux salariés* » (*Vocabulaire juridique*, 7<sup>e</sup> édition, PUF, Association Henri Capitant ; *Jurisclasseur travail, Traité - Fasc 1-36, « Soumission aux lois impératives »* ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 21<sup>e</sup> édition, p. 53 à 55).

### C. – La jurisprudence sur la portée de l’amnistie

Il résulte en effet de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d’Etat que, dans les rapports entre les parties, l’amnistie n’efface pas de droit les conséquences financières que la sanction du fait amnistié a pu entraîner (117). Chaque partie conserve le droit d’invoquer les faits amnistiés pour établir le bien-fondé de ses droits au regard de la sanction contestée, quand bien même celle-ci est amnistiée. Ce principe a été rappelé à maintes reprises en faveur du salarié mais aussi de l’employeur (118). Ainsi, le salarié protégé a toujours intérêt à l’annulation contentieuse d’une autorisation de licenciement dès lors que celle-ci lui ouvrirait le droit à réintégration que la loi d’amnistie lui refuse (119). Le juge est donc tenu, dans ces hypothèses, de se déterminer en tenant compte de ces éléments de fait et de preuve fournis par les parties.

Il est constant que, depuis 1992, l’interdiction de rappel des peines ou sanctions amnistiées est limitée aux seules personnes qui ont connu la peine ou la sanction dans le cadre d’une fonction. Dès lors, elle n’est pas opposable au salarié au bénéfice duquel l’interdiction a été édictée. Toutefois, la demande d’avis nous interroge sur la portée de cette interdiction au regard de l’office du juge prud’homal.

A cet égard, la jurisprudence précitée, élaborée alors que le principe de l’interdiction du rappel des sanctions amnistiées s’imposait à tous, y compris au salarié, est très explicite. Le juge peut être conduit à examiner les faits amnistiés puisque l’amnistie n’efface pas de droit les conséquences financières que la sanction du fait amnistié a pu entraîner et que chaque partie conserve le droit d’invoquer les faits amnistiés pour établir le bien-fondé de ses droits au regard de la sanction contestée, quand bien même celle-ci est amnistiée (120).

La seule réserve opérée par notre jurisprudence tient en l’absence d’incidence financière de la sanction amnistiée (121).

Dans l’espèce au principal, le salarié, membre d’une organisation syndicale, au bénéfice duquel le principe de l’amnistie des sanctions disciplinaires a été adopté, invoque des sanctions injustifiées et amnistiées dont il aurait été victime. Selon lui, ces éléments sont de nature à prouver qu’il a été victime de mesures discriminatoires en raison de son appartenance à un syndicat et qu’il a fait l’objet de harcèlement moral et que sa demande de dommages-intérêts à ce titre est fondée. Il me semble que cette espèce répond dès lors parfaitement aux exigences de notre jurisprudence.

(117) Voir *supra* III, A-3° - « La portée de l’article 133-11 du code pénal ».

(118) *Ibidem*.

(119) *Ibidem*.

(120) Voir *supra* III, A-3° - « La portée de l’article 133-11 du code pénal ».

(121) *Ibidem*.

D’autres raisons spécifiques tenant, notamment, à la nature du contentieux dont est saisi le juge au principal militent en faveur de la réponse qui est ainsi proposée.

### D. – Des raisons spécifiques

Le litige au principal s’inscrit dans le cadre de la défense de droits fondamentaux dont le respect s’impose dans l’entreprise et qui, on l’a vu, sont garantis par de nombreux textes tant internationaux que nationaux (122).

Il me semble dès lors que la seule réponse possible dans le but d’assurer l’effectivité de la protection de ces droits fondamentaux consiste nécessairement à conclure à la portée limitée de l’article 133-11 du code pénal, en l’espèce.

Une réponse contraire serait, me semble-t-il incompatible avec le droit communautaire, européen et international (123).

En outre, le principe même de l’amnistie est très controversé, non seulement en droit international (124) mais aussi en droit interne, dans la société civile, dans le monde politique (125) et dans la doctrine (126). Imagine-t-on alors pertinemment privilégier un principe contesté au détriment de la protection de droits fondamentaux universellement reconnus et protégés ?

### E. – Des raisons pratiques

Des raisons pratiques, tenant notamment à la difficulté de rapporter la preuve exigée, plaident également en faveur d’une réponse qui permettrait au principe de l’interdiction posée par l’article 133-11 du code pénal de s’effacer au profit du respect de l’effectivité de la protection des droits fondamentaux.

En effet, il me semble en outre délicat de refuser l’admission des preuves litigieuses alors que la charge de la preuve pèse en premier lieu sur le salarié, que cette preuve est difficile à rapporter et que le salarié ne dispose peut-être que de ces seuls éléments pour établir les faits de discrimination et de harcèlement allégués.

(122) Voir *supra* III, B.

(123) A ma connaissance, aucune décision pertinente n’a été adoptée par une juridiction internationale, mais il ne fait guère de doute, selon moi, que le principe même d’effectivité s’oppose à toute autre décision.

(124) Voir notamment en droit international la difficile cohabitation du caractère imprescriptible des crimes contre l’humanité et du pouvoir d’amnistie reconnu au législateur. A ce sujet, voir Crim., 1<sup>er</sup> avril 1993 (*Bull. crim.* 1993, n° 143) et les développements récents qui constituent un revirement de la Cour de cassation. Par un arrêt du 23 octobre 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 195), la Cour de cassation a estimé que « la loi mauritanienne du 14 juin 1993 portant amnistie ne saurait recevoir application sous peine de priver de toute portée le principe de compétence universelle ». En d’autres termes, la loi d’amnistie mauritanienne n’est pas opposable en France.

(125) Voir les débats parlementaires au moment du vote de la loi d’amnistie de 2002 (*supra* III, A-2-c, 2.2.b.).

(126) Voir, ainsi, G. Lorho « Pour en finir avec l’amnistie », éd. techniques, *Droit pénal*, juillet 1994 ; professeur Stoos, cité par F. Clerc in « L’amnistie en Suisse », *Mélanges en l’honneur du Doyen Bouzat*, 1980, p. 136.

## Observations de M. Foerst

### Avocat général

Par jugement du 28 septembre 2006, le conseil des prud'hommes de Brive-la-Gaillarde a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

« L'article 133-11 du code pénal dispose « qu'il est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation ».

*Comment une juridiction prud'homale peut-elle concilier le respect de cette interdiction générale avec l'obligation de statuer lorsqu'elle est saisie d'une demande de dommages et intérêts pour harcèlement moral et pour discrimination syndicale et que le demandeur entend caractériser l'existence d'un harcèlement et d'une discrimination en se fondant sur la succession des sanctions disciplinaires prononcées contre lui par son employeur, lesdites sanctions étant amnistiées au jour de la demande ? »*

En l'espèce, un salarié d'une société de transport a saisi le conseil de prud'hommes de Brive-la-Gaillarde d'une demande tendant à la condamnation de son employeur à lui payer des dommages-intérêts en raison de la discrimination syndicale et du harcèlement moral dont il se prétend victime.

Ces faits étant amnistiés au jour de la demande, le conseil des prud'hommes peut-il faire état de ceux-ci pour apprécier si la succession des sanctions disciplinaires amnistiées qui ont été infligées au salarié sont de nature à caractériser l'existence d'une discrimination syndicale et d'un harcèlement moral ?

La lecture de l'article 133-11 du code pénal conduit à répondre par la négative puisque l'interdiction de rappeler l'existence d'une sanction disciplinaire est absolue, la seule exclusion concernant les minutes des jugements et arrêts déjà rendus.

Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont cependant apporté quelques tempéraments à cette règle en jugeant que, dans les rapports entre les parties, l'amnistie n'efface pas de droit les conséquences financières que la sanction du fait amnistié a pu entraîner ; chaque partie conserve le droit d'invoquer les faits amnistiés pour établir le bien-fondé de ses droits au regard de la sanction contestée, quand bien même celle-ci est amnistiée.

C'est ainsi que par un arrêt du 29 mai 1985 (*Bull.* 1985, V, n° 93) la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que « la loi d'amnistie du 4 août 1981 n'effaçait pas de droit les conséquences financières que la sanction des faits amnistiés avait pu entraîner ».

Dans le même sens, la chambre sociale a jugé le 21 juin 1989 (*Bull.* 1989, V, n° 957) que « sont amnistiés dans des conditions fixées à l'article 19 de la loi d'amnistie du 20 juillet 1988, les faits retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur ; qu'en conséquence, les pourvois formés contre des décisions des juges du fond annulant des sanctions disciplinaires sans conséquences financières sont devenues sans objet, mais les employeurs sont recevables à critiquer ces décisions en ce qu'elles les ont condamnés à payer des dommages-intérêts aux salariés ».

Ce principe selon lequel chaque partie conserve le droit d'invoquer les faits amnistiés pour établir ses droits au regard de la sanction contestée, quand bien-même celle-ci serait amnistiée, a été réaffirmé à plusieurs reprises par votre Cour, en faveur du salarié mais aussi de l'employeur.

Dans l'espèce qui fait l'objet de la présente demande d'avis, le salarié, qui est membre d'une organisation syndicale, invoque des sanctions amnistiées dont il a été victime. Selon lui, ces sanctions étaient injustifiées et sont de nature à prouver qu'il a été victime de mesures discriminatoires en raison de son appartenance à un syndicat et qu'il a fait l'objet d'un harcèlement moral, faits qui justifient selon lui l'octroi de dommages-intérêts.

Les sanctions disciplinaires amnistiées prononcées à l'encontre de ce salarié ayant eu pour lui des incidences financières, puisqu'il sollicite des dommages-intérêts, l'espèce me paraît répondre parfaitement aux exigences de la jurisprudence que je viens d'évoquer.

Aussi, la réponse à la question pourrait être la suivante :

**L'amnistie n'efface pas les conséquences financières de la sanction amnistiée.**

**Il en résulte qu'une juridiction prud'homale, saisie d'une demande en dommages-intérêts pour des faits de harcèlement moral et de discrimination syndicale, ne peut refuser d'apprécier si la succession des sanctions disciplinaires amnistiées qui ont été prononcées contre le salarié est de nature à caractériser les faits allégués à l'appui de sa demande.**

## II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

A. – CONTRAT DE TRAVAIL  
ORGANISATION ET EXÉCUTION  
DU TRAVAIL1. *Emploi et formation*\* *Contrats à durée déterminée*

## N° 639

La possibilité donnée à l'employeur de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer un ou des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Il en résulte que l'employeur ne peut recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui déboute une salariée ayant travaillé en qualité d'assistante de caisse en vertu de quarante et un contrats à durée déterminée successifs ayant pour objet le remplacement de salariés absents ou, pour l'un d'entre eux, un accroissement temporaire d'activité, de sa demande de requalification de ces contrats en contrat à durée indéterminée, sans rechercher comme il lui était demandé si l'employeur n'avait pas eu recours de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.

**Soc., 11 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 05-42. 632. – C.A. Angers, 9 novembre 2004.

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

*Note*

Aux termes de l'article L. 122-1, alinéa premier, du code du travail, le contrat à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

En application de cet article, la Cour de cassation rappelle dans le présent arrêt qu'une succession de contrats à durée déterminée ne peut permettre l'occupation d'un poste qui pourrait être pourvu de

façon durable par un salarié sous contrat à durée indéterminée, l'employeur ne pouvant recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.

La chambre sociale a déjà de la même façon considéré qu'un salarié ne pouvait, dans le cadre de contrats à durée déterminée successifs :

- effectuer des tâches toujours identiques, avec la même qualification, afin de remplacer des salariés absents, la régularité de ces absences conduisant à un renouvellement systématique des contrats (Soc., 29 septembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 232, p. 214) ;
- conserver la même qualification et le même salaire quel que soit le remplacement assuré et ce pendant quatre ans et avec quatre-vingt-quatorze engagements successifs (Soc., 4 décembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 414, p. 297) ;
- occuper le même emploi de receveuse de péage, pendant deux ans, au terme de cent quatre engagements, pour des durées très limitées mais répétées à bref intervalle (Soc., 26 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 21, p. 17, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 69, janvier-février-mars 2005, n° 6, p. 57).

## N° 640

Il résulte de l'article L. 122-3-11, alinéa 2, du code du travail, que les dispositions de l'alinéa premier de cet article, qui prévoit que l'employeur doit respecter un délai de carence entre deux contrats à durée déterminée, ne s'appliquent pas aux contrats conclus au titre du 3° de l'article L. 122-1-1 du même code.

**Soc., 11 octobre 2006.**

**Cassation partielle**

N° 05-43.595. – C.A. Pau, 19 mai 2005.

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

*Note*

L'alinéa premier de l'article L. 122-3-11 du code du travail pose le principe selon lequel la conclusion de contrats à durée déterminée successifs pour pourvoir un même poste de travail doit être séparée par un délai de carence.

Par application de l'article L. 122-3-13 du même code, la méconnaissance de ces dispositions entraîne une requalification en contrat à durée indéterminée.

Cependant, l'alinéa 2 de l'article L. 122-3-11 apporte des dérogations à la règle : « *Les dispositions de l'alinéa premier ne sont pas applicables, lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour assurer le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé. Il en est de même lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour l'exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ou au titre des 3<sup>e</sup>, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> de l'article L. 122-1-1* » ce qui inclut les contrats dit « d'usage », ainsi que les contrats destinés à permettre le remplacement d'un chef d'entreprise ou assimilé.

C'est par une application littérale de ce texte et conformément à une jurisprudence établie (voir notamment Soc., 12 mars 1996, *Bull.* 1996, V, n° 89, p. 61 ; Soc, 23 mars 1999, pourvoi n° 97-40.792) que la chambre sociale rappelle que l'obligation pour l'employeur de respecter un délai de carence entre deux contrats à durée déterminée ne s'applique pas aux contrats dits « d'usages ».

#### N° 641

Selon le dernier alinéa de l'article L. 715-7 du code de la santé publique, devenu l'article L. 6161-7 du même code, les établissements de santé privés à but non lucratif admis à participer à l'exécution du service public hospitalier peuvent, par dérogation aux dispositions des articles L. 122-1, L. 122-1-1 et L. 122-1-2 du code du travail, recruter des praticiens par contrat à durée déterminée pour une période égale au plus à quatre ans. Cette disposition d'ordre général n'étant assortie d'aucune exception, il s'ensuit que des praticiens peuvent être recrutés par contrat à durée déterminée pour une durée maximale de quatre ans, peu important qu'ils n'aient pas la qualité de praticien hospitalier.

**Soc., 29 novembre 2006. Cassation sans renvoi**

N° 04-46.842. – C.A. Paris, 30 juin 2004.

M. Trédez, Pt(f.f.). – Mme Auroy, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

#### Note

Aux termes de l'article L. 6161-7 du code de la santé publique, les établissements de santé privés à but non lucratif admis à participer à l'exécution du service public hospitalier « *peuvent, par dérogation aux dispositions des articles L. 122-1, L. 122-1-1 et L. 122-1-2 du code du travail, recruter des praticiens par contrats à durée déterminée pour une période égale au plus à quatre ans* ».

La présente espèce posait la question de l'application de cet article, qui déroge au droit commun des contrats à durée indéterminée dès lors qu'il

permet de pourvoir des emplois permanents pour une durée excédant dix-huit mois, aux internes en médecine, inscrits en troisième cycle.

Les juges d'appel, assimilant la notion de « praticien » de l'article L. 6161-7 du code de la santé publique à celle de praticien hospitalier, définie par les articles premier et suivants du décret n° 84-131 du 24 février 1984, ont apporté une réponse négative, les internes n'ayant pas la qualité de praticien hospitalier. La Cour de cassation, censurant les juges du fond, rappelle la solution affirmée dans un précédent arrêt (Soc., 13 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 1, p. 1), selon laquelle les praticiens peuvent être recrutés par contrat à durée déterminée d'une durée de quatre ans, même s'ils ne sont pas praticiens hospitaliers.

#### N° 642

Il résulte de l'article L. 122-3-8 du code du travail que, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave de l'une ou l'autre des parties ou de force majeure.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, dans un litige relatif à la rupture d'un contrat à durée déterminée, accorde au salarié des dommages-intérêts sans caractériser l'existence d'une faute grave commise par l'employeur.

**Soc., 29 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 04-48.655. – C.A. Montpellier, 3 novembre 2004.

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

#### Note

Selon les dispositions de l'article L. 122-3-8 du code du travail, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance de son terme, sauf accord des parties, qu'en cas de faute grave de l'employeur ou du salarié ou pour force majeure.

Les parties peuvent donc s'accorder pour mettre un terme au contrat avant son échéance.

Si l'employeur et le salarié ne se mettent pas d'accord pour rompre le contrat de travail de manière anticipée, celui qui prend l'initiative de la rupture doit démontrer la faute grave de l'autre ou la force majeure.

La Cour de cassation en déduit que « *le contrat à durée déterminée ne peut être rompu de manière anticipée par une démission* » (Soc., 5 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 1, p. 1), sauf à réserver l'hypothèse prévue à l'alinéa 2 de l'article L. 122-3-8 issu de la loi du 17 janvier 2002, lorsque le salarié justifie d'une embauche pour une durée indéterminée.

En conséquence, lorsqu'un salarié présente sa démission puis se ravise et demande en justice la condamnation de son employeur au paiement de dommages-intérêts pour rupture anticipée du contrat prise à l'initiative de celui-ci, les juges du

fond ne peuvent pas le débouter de ses demandes au motif qu'il aurait démissionné (Soc., 31 mai 2000, pourvoi n° 98-43 217 et Soc., 25 avril 2001, pourvoi n° 99-41 421).

Cette solution était susceptible d'emporter pour conséquence que l'employeur devait payer au salarié les sommes qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, alors que le salarié avait pris l'initiative d'une rupture illégale.

Dans un arrêt de 2003, la chambre sociale a donc énoncé que « le salarié qui a rompu un contrat de travail à durée déterminée en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-3-8 du code du travail n'a pas droit à l'attribution de dommages-intérêts » (Soc., 23 septembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 241, p. 249).

Elle réaffirme et précise par le présent arrêt cette jurisprudence : le salarié qui rompt de manière anticipée son contrat à durée déterminée ne peut obtenir des dommages-intérêts, sauf si la rupture est justifiée par la faute grave de l'employeur. Ainsi la décision des juges d'appel est censurée car il leur revenait de qualifier les faits imputables à l'employeur de faute grave pour allouer des dommages-intérêts au salarié et non de se contenter des allégations de ce dernier selon lesquelles la rupture dont il avait pris l'initiative était imputable à l'employeur.

#### N° 643

1° Les dommages-intérêts pour rupture abusive dus en application de l'article L. 122-3-8 du code du travail doivent être évalués en fonction de la durée prévisible du contrat de travail à durée déterminée conclu sans terme précis. Doit donc être rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir énoncé ce principe, a souverainement fixé le montant des dommages-intérêts dus à la salariée.

2° Il résulte des dispositions de l'article L. 122-3-4, alinéa 5, du code du travail que l'indemnité de précarité n'est pas due lorsque le contrat de travail à durée déterminée a été conclu au titre du 3° de l'article L. 122-1-1 du même code.

A ainsi légalement justifié sa décision une cour d'appel qui, pour rejeter la demande formée au titre de cette indemnité de précarité, a relevé que le contrat conclu par la salariée était un contrat de travail à durée déterminée d'usage.

**Soc., 13 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.232. – C.A. Lyon, 5 janvier 2005.

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

#### *Note*

1° L'article L. 122-3-8 du code du travail dispose, dans son premier alinéa, que, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Et en application du troisième alinéa de ce texte, la méconnaissance de ces dispositions par l'employeur ouvre droit pour le salarié à

des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité prévue à l'article L. 122-3-4 du code du travail.

Cette affaire soulevait la question du mode d'évaluation des dommages-intérêts dus en cas de rupture abusive d'un contrat de travail à durée déterminée ne comportant pas de terme précis.

La salariée soutenait que l'indemnisation devait être fixée en fonction de la durée maximale du contrat prévue par l'article L. 122-1-2 II du code du travail, soit dix-huit mois.

Dans un arrêt non publié (Soc., 13 mai 1992, pourvoi n° 89-40 044) la chambre sociale avait confirmé la décision d'une cour d'appel qui, pour apprécier le préjudice résultant de la rupture anticipée d'un contrat de mission, avait, d'une part, retenu « la durée prévisible de celle-ci, d'autre part, souverainement apprécié, dans les limites de la demande, le préjudice dont elle a ordonné réparation ».

La Cour reprend cette solution pour l'ériger aujourd'hui en règle de principe.

2° Cette affaire posait également la question de l'attribution de l'indemnité de précarité en cas de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée.

Les conditions de son attribution sont régies par l'article L. 122-3-4 du code du travail.

En l'espèce, la salariée ayant été engagée selon un contrat de travail à durée déterminée d'usage, sa demande était vouée à l'échec puisque l'article L. 122-3-4, alinéa 5, du code du travail exclut du bénéfice de l'indemnité de précarité les personnes embauchées sous « contrats de travail à durée déterminée conclus au titre du 3° de l'article L. 122-1-1 [contrats d'usage] ou de l'article L. 122-2, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. »

#### \* Contrats à durée déterminée dits d'usage

#### N° 644

Le recours au contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispense pas l'employeur d'établir un contrat écrit comportant la définition précise de son motif, conformément à l'article L. 122-3-1 du code du travail.

En conséquence, doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour infirmer le jugement ayant accueilli la demande de requalification du contrat à durée déterminée pour absence de mention du motif de recours sur le contrat, retient que l'accord interbranche sur le recours au contrat à durée déterminée d'usage dans le spectacle conclu le 12 octobre 1998 s'applique en particulier à la branche de la production cinématographique et audiovisuelle et que la fonction de réalisateur, occupée par la salariée, figure dans la liste des fonctions jointe en annexe à ces dispositions conventionnelles.

**Soc., 28 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-40.775. – C.A. Paris, 7 décembre 2004.



M. Texier, Pt (f.f.) – Mme Martinel, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

*Note*

Il résulte des dispositions des articles L. 122-3-1 et L. 122-3-13 du code du travail que le contrat de travail à durée déterminée qui n'est pas établi par écrit et ne comporte pas la définition précise de son motif est réputé conclu pour une durée indéterminée.

La chambre sociale réaffirme dans le présent arrêt sa jurisprudence récente (Soc., 31 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 195, p. 188, commenté au *Bulletin du droit du travail* n° 74, avril-mai-juin 2006, n° 483, p. 30 ; Soc., 28 septembre 2005, pourvoi n° 03-48.369, non publié au *Bulletin* des arrêts de la Cour de cassation) aux termes de laquelle ces dispositions sont applicables aux contrats conclus dans les secteurs où il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée.

Elle censure en conséquence les juges d'appel qui, pour infirmer le jugement ayant accueilli une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en raison de l'absence de mention au contrat du motif de recours, avaient statué par des motifs tenant à la licéité du recours au contrat dit d'usage pour les fonctions exercées par la salariée.

*\* Travailleurs privés d'emploi*

**N° 645**

1° Il appartient au juge judiciaire d'apprécier la validité des stipulations des conventions d'assurance chômage, qui ont le caractère de conventions de droit privé pour être conclues exclusivement entre personnes de droit privé.

2° Les parties à la négociation d'une convention d'assurance chômage, qui ne sont habilitées par l'article L. 351-8 du code du travail qu'à prendre des mesures d'application des dispositions légales relatives à l'assurance chômage ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs, prévoir le versement de cotisations à une association ayant notamment pour objet de financer les dépenses des régimes de retraite complémentaire obligatoires des salariés.

**Soc., 10 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 03-15.835. – C.A. Paris, 27 juin 2001.

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

*Note*

Les articles L. 351-3 et suivants du code du travail précisent le régime de l'allocation d'assurance allouée aux travailleurs involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi. L'article L. 351-8 prévoit néanmoins que les mesures d'application de ces dispositions législatives font l'objet d'un accord conclu et agréé dans les conditions définies aux articles L. 352-1, L. 352-2 et

L. 352-2-1 du code du travail : il s'agit des conventions d'assurance chômage, négociées et conclues par les partenaires sociaux.

Dans la présente affaire, des syndicats de personnel navigant, des employeurs ainsi que des salariés appartenant au personnel navigant de l'aviation civile ont introduit une action devant la juridiction civile tendant à ce que soit prononcée la nullité d'une disposition de la convention d'assurance chômage du 24 février 1984 ainsi que des stipulations similaires de conventions postérieures, fixant les contributions au régime d'assurance chômage ainsi que la part affectée à l'Association pour la gestion de la structure financière ASF).

En effet, l'ordonnance du 26 mars 1982 ayant abaissé l'âge de la retraite de 65 à 60 ans, un accord national interprofessionnel a été signé le 14 février 1983 et agréé par arrêté du ministre le 21 mars 1983, afin d'adapter les régimes de retraite complémentaire obligatoires pour les cadres (AGIRC) et les non-cadres (ARRCO). A cette fin, l'ASF a été créée en vue d'assurer le financement des allocations versées par le régime d'assurance chômage aux bénéficiaires de la garantie de ressources et des allocations versées par les régimes de retraite complémentaire obligatoires entre 60 et 65 ans. L'article 3 de l'accord prévoit que pour assurer le financement de ces deux allocations, seront affectées à l'ASF, outre la contribution de l'État, l'équivalent de deux points de cotisation UNEDIC.

La convention d'assurance chômage du 24 février 1984, agréée par arrêté du 28 mars 1984, a quant à elle précisé que, sur la contribution de 6 % au régime d'assurance chômage, une part égale à 2 % serait affectée à l'ASF et en a confié la collecte à l'UNEDIC.

Étaient ainsi assujettis au versement de la contribution à l'ASF tous les salariés et employeurs tenus de contribuer aux régimes d'assurance chômage et de garantie de ressources et non pas seulement ceux qui étaient compris dans le champ d'application professionnel et territorial de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et de l'accord national interprofessionnel de retraite du 8 décembre 1961.

Ce dispositif a été maintenu jusqu'à la signature par les partenaires sociaux, le 30 novembre 1995, d'une déclaration selon laquelle l'assujettissement aux contributions à l'ASF concorderait à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1996 avec l'assujettissement aux cotisations aux régimes de retraite complémentaire obligatoires institués par la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et l'accord national interprofessionnel de retraite du 8 décembre 1961.

Or les articles L. 421-3 et R. 426-1 et suivants du code de l'aviation civile instituent un régime légal de retraite complémentaire obligatoire spécial pour le personnel navigant de l'aviation civile. Les différents acteurs de ce secteur demandaient donc que soit prononcée la nullité de l'article 10 de la convention du 24 février 1984 et des stipulations similai-

res des conventions suivantes et que l'UNEDIC et l'ASF soient condamnées à restituer aux salariés et employeurs les cotisations indûment prélevées. Les différentes prétentions ont été rejetées par les juges du fond.

La première question à laquelle devait répondre la Cour de cassation concernait l'étendue de son pouvoir pour apprécier la validité des stipulations d'une convention d'assurance chômage. En effet, les juges du fond avaient estimé que la demande de nullité de la disposition critiquée ne pouvait être accueillie, la légalité des arrêtés d'agrément des conventions d'assurance chômage n'ayant pas été attaquée devant la juridiction administrative.

Le Conseil d'État décide qu'« *il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours contre l'arrêté d'agrément, de se prononcer sur les moyens mettant en cause la légalité des clauses de l'accord, sauf à renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen des questions soulevant une difficulté sérieuse relative soit aux conditions de conclusion de l'accord soit à l'interprétation de la commune intention de ses auteurs* », en considérant que « *la légalité d'un arrêté ministériel portant agrément d'un accord [relatif à une convention d'assurance chômage] ... est nécessairement subordonnée à la légalité des stipulations de l'accord en cause* » (CE, 11 juillet 2001, n° 228361).

Ce n'est donc que parce qu'il doit se prononcer sur la légalité de l'arrêté d'agrément que le juge administratif est conduit à apprécier la validité des clauses de l'accord.

Le juge judiciaire n'est pas pour autant privé de sa compétence pour statuer sur la validité de stipulations d'une convention d'assurance chômage contestée devant lui.

La Cour de cassation s'est déjà implicitement reconnue compétente pour examiner la validité des dispositions d'une convention d'assurance chômage en affirmant que l'accord, même ayant fait l'objet d'un agrément, ne peut méconnaître les dispositions légales (Soc., 18 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 115, p. 82), ni « *restreindre les droits que les travailleurs privés d'emploi tiennent de la loi* » (Soc., 2 février 1999, *Bull.* 1999, V, n° 53, p. 40) et en examinant si les partenaires sociaux avaient méconnu leur pouvoir ou non (Soc., 14 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 99, p. 91).

Elle affirme clairement sa compétence dans l'arrêt rapporté, en énonçant « *qu'il appartient au juge judiciaire d'apprécier la validité des conventions d'assurance chômage qui ont le caractère de conventions de droit privé pour être conclues exclusivement entre personnes de droit privé* ».

La seconde question examinée par la Cour de cassation portait alors sur la validité de la convention d'assurance chômage du 24 février 1984 et plus particulièrement de son article 10 fixant la contribution au régime d'assurance chômage ainsi que la part affectée à l'ASF.

La chambre sociale précise d'abord les limites des pouvoirs conférés aux partenaires sociaux dans la

négociation des conventions d'assurance chômage par l'article L. 351-8 du code du travail : ils ne sont habilités qu'à « *prendre des mesures d'application des dispositions légales relatives à l'assurance chômage* » ; dans le cas contraire, ils excèdent leurs pouvoirs. La Cour reprend ainsi la formulation utilisée dans un précédent arrêt du 14 mars 2006 (Soc., 14 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 99, p. 91).

Elle se prononce ensuite sur la compatibilité de la contribution fixée par l'article 10 de la convention avec les dispositions législatives. Or l'article L. 351-3-1 du code du travail dispose en son dernier alinéa que « *les taux des contributions et de l'allocation sont calculés de manière à garantir l'équilibre financier du régime [d'assurance chômage]* ». La Cour en conclut que cette disposition interdit aux partenaires sociaux de prévoir qu'une part de la contribution des employeurs et salariés soit versée à l'ASF, organisme qui a en partie pour objet de financer d'autres régimes que celui d'assurance chômage.

Il faut préciser que depuis le 1<sup>er</sup> avril 2001, le surcoût résultant de l'abaissement de l'âge de la retraite est financé par une nouvelle structure, l'AGFF (Association pour la gestion des fonds de financement de l'AGIRC et de l'ARCCO), dont les cotisations sont cette fois directement recouvrées par les caisses AGIRC et ARCCO.

## 2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

### \* Clause de mobilité

#### N° 646

Une clause de mobilité selon laquelle l'employeur peut muter un salarié dans un autre établissement ne permet pas d'imposer au salarié un partage de son temps de travail entre plusieurs établissements.

**Soc., 20 décembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-42.224. – C.A. Amiens, 6 octobre 2004.

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

#### Note

La question soumise à la Cour de cassation dans la présente affaire lui permet de préciser sa jurisprudence concernant la portée d'une clause de mobilité géographique insérée dans un contrat de travail.

Le litige concernait la mise en œuvre d'une clause de mobilité qui prévoyait la possibilité de mutation d'un salarié dans un autre des établissements de l'entreprise et dont se prévalait l'employeur pour imposer à ce salarié le partage de son temps de travail entre deux de ces établissements.

Si la chambre sociale juge que la mutation d'un salarié en application d'une clause de mobilité ne constitue pas une modification du contrat de travail (Soc., 11 juillet 2001, *Bull.* 2001, V, n° 265, p. 213), elle impose que les clauses contractuelles de mobilité soient d'une clarté et d'une précision rigoureuses et mises en œuvre avec bonne foi (cf. Soc., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 126, p. 122 décidant que peut être privé de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié ayant refusé une mutation géographique lorsque l'employeur a mis en œuvre cette mutation « dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle »).

La chambre sociale a ainsi précisé dans de récents arrêts que, pour être valable, une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application (Soc., 7 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 209, p. 201 ; Soc., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 241, p. 230). Tel était certes le cas en l'espèce, puisque la clause précisait très clairement la localisation des établissements dans lesquels la salariée pourrait être mutée, mais elle ne stipulait aucunement qu'une mutation partielle pourrait obliger la salariée à partager son temps de travail entre plusieurs établissements, avec toutes les difficultés de transport et familiales que cela peut entraîner pour le salarié. La chambre sociale confirme donc le principe d'une interprétation stricte des clauses de mobilité, poursuivant ainsi son mouvement d'encaissement de leur mise en œuvre.

#### \* *Clause de non-concurrence*

##### N° 647

Une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie.

Le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier le montant.

**Soc., 15 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 04-46.721. – C.A. Grenoble, 28 juin 2004.

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

#### *Note*

Par trois arrêts de principe du 10 juillet 2002 (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 239, p. 234), la chambre sociale a défini les conditions de validité d'une clause de non-concurrence et notamment l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière.

Dans la présente affaire, un salarié astreint à une obligation de non-concurrence après sa démission contestait la validité de la clause au regard de la contrepartie financière prévue. Les juges du fond ont fait droit à sa demande en jugeant la contrepartie prévue au contrat de travail dérisoire et déclarant sur ce fondement la clause illicite.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si une contrepartie financière dérisoire d'une clause de non-concurrence rend cette dernière illicite.

La Cour de cassation avait jugé que l'indemnité de non-concurrence n'étant pas une clause pénale, le juge ne pouvait donc pas en moduler le montant (Soc., 19 juillet 1988, *Bull.* 1988, V, n° 461, p. 295).

La chambre sociale approuve clairement dans cet arrêt les juges du fond en affirmant qu'une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie, entraînant ainsi la nullité de la clause.

La Cour complète ainsi sa construction jurisprudentielle relative à la clause de non-concurrence : non seulement une telle clause doit prévoir une contrepartie financière, mais cette indemnité doit encore être proportionnée au regard des obligations imposées au salarié.

La chambre sociale a déjà été amenée à approuver une cour d'appel qui avait jugé nulle une clause de non-concurrence qui prévoyait une contrepartie dérisoire par rapport au minimum prévu par les dispositions conventionnelles applicables (Soc., 13 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 6, p. 5).

Dans cet arrêt, la chambre sociale va plus loin car si la convention collective applicable affirmait le principe d'une contrepartie financière, elle laissait la liberté aux parties de négocier son montant. En l'espèce, l'indemnité mensuelle prévue était d'un dixième du salaire brut perçu au mois de janvier de la dernière année d'activité, soit au total 2,4 mois de salaire pour une durée d'exécution de la clause de non-concurrence de 24 mois. Ce montant avait été jugé dérisoire par la cour d'appel eu égard aux importantes restrictions auxquelles était soumis le salarié.

Enfin, la chambre sociale réaffirme la solution qu'elle a déjà dégagée concernant la réparation du préjudice subi par le salarié : la clause de non-concurrence étant illicite, son respect par le salarié lui cause nécessairement un préjudice et c'est au juge qu'il appartient d'en apprécier l'étendue (Soc., 11 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 8, p. 6 ; Soc., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 120, p. 113).

#### \* *Période d'essai et période probatoire*

##### N° 648

La rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour apprécier si la rupture d'une période d'essai était intervenue avant son terme, prend en considération la réception par la salariée de la lettre de notification.

**Soc., 28 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-42.202. – C.A. Dijon, 10 mars 2005.

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

Note

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation réaffirme que la mise en œuvre par l'employeur de son droit de rupture unilatérale du contrat de travail par licenciement a pour effet de rompre le contrat de travail. Comme l'a décidé la CJCE dans un arrêt du 27 janvier 2005 sur question préjudicielle introduite par l'Arbeitsgericht Berlin « *l'événement valant licenciement est constitué par la manifestation de la volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail* ». Et il résulte des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 28 janvier 2005 (*Bull.* 2005, Ass. plén., n° 1, p. 1, rapport annuel 2005, p. 264) et de ceux de la chambre sociale du 11 mai 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 159, p. 136 et rapport annuel 2005, p. 230), du 26 septembre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 287 et 288, p. 277) et du 7 novembre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 327, p. 318) que la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin par l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant le licenciement.

**\* Harcèlement moral****N° 649**

Lorsque l'absence prolongée d'un salarié est la conséquence d'une altération de son état de santé consécutive au harcèlement moral dont il a été l'objet, l'employeur ne peut, pour le licencier, se prévaloir du fait qu'une telle absence perturbe le fonctionnement de l'entreprise. Le licenciement est dès lors nul.

Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort qu'un licenciement n'était pas nul, 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 prononçant la nullité du licenciement, le renvoi étant limité aux points restant en litige.

**Soc., 11 octobre 2006. Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 04-48.314. – C.A. Reims, 15 septembre 2004.

M. Bouret, Pt (f.f.). – M. Funck-Brentano, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

A la suite du harcèlement moral dont il avait été victime de la part de son supérieur hiérarchique, un salarié avait été atteint d'un état dépressif sévère et durable qui avait entraîné de nombreux arrêts de travail pour maladie. L'employeur l'avait licencié en raison des perturbations du fonctionnement de l'entreprise provoquées par ces absences prolongées. Une jurisprudence ferme et constante de la chambre sociale (par exemple, Soc., 10 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 485, p. 368) admet en effet qu'il s'agit là d'un cas de licenciement procédant d'une cause réelle et sérieuse.

Mais le salarié soutenait que cette jurisprudence n'avait pas vocation à s'appliquer dès lors que ses absences prolongées liées à son état de santé étaient en réalité la conséquence du harcèlement moral dont il avait été victime et il demandait que son licenciement soit déclaré nul. La cour d'appel, tout en constatant que les faits de harcèlement étaient établis et qu'ils étaient la cause de son état dépressif, avait néanmoins rejeté la demande du salarié en se fondant sur la réalité de la perturbation du fonctionnement de l'entreprise provoquée par ses absences prolongées.

Cette décision est cassée par l'arrêt du 11 octobre 2006 qui énonce en substance que dès lors que de telles absences sont la conséquence du harcèlement moral dont le salarié a fait l'objet dans son travail, l'employeur n'a pas la possibilité de se prévaloir des perturbations qu'elles provoquaient pour justifier un licenciement ; celui-ci est donc nul, en application de l'article L. 122-45 du code du travail, car fondé sur l'état de santé du salarié (l'article L. 122-49 du code du travail est visé par suite d'une erreur matérielle, mais la décision est uniquement fondée sur l'article L. 122-45). Et la portée de la décision est d'autant plus nette que la chambre sociale a fait une cassation partiellement sans renvoi en décidant que le licenciement était nul, le renvoi étant limité aux points restant en litige.

Cette décision, qui participe du souci majeur de rendre effective la protection de la santé et de la sécurité des salariés dans l'entreprise, se situe dans la mouvance d'un courant jurisprudentiel qui prend en compte l'origine de la situation du salarié pour apprécier ses droits et les obligations de l'employeur. Ainsi, par des arrêts du 11 octobre 1990 (pourvoi n° 87-43.202) et du 16 octobre 1991 (pourvoi n° 89-40.477, *Bull.* 1991, V, n° 410, p. 256), la chambre sociale avait décidé que lorsque l'inaptitude d'un salarié est liée à ses conditions d'emploi dans l'entreprise, son licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Plus récemment, un arrêt a décidé que 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 et cela nonobstant la réparation spécifique des fautes inexcusables par la législation de la sécurité sociale (Soc., 17 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 176, p. 170 commenté ci-dessus). Et le fait que l'employeur ne soit pas l'auteur direct des faits de harcèlement commis par le supérieur hiérarchique de la victime et n'ait pas commis de faute est sans incidence dès lors que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, dont seule la cause étrangère imprévisible et irrésistible peut l'exonérer (Soc., 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 223, p. 212 commenté ci-dessus). Sur un plan juridique il ne s'agit d'ailleurs pas là d'une réelle responsabilité du fait d'autrui : l'employeur, qui a un rapport contractuel avec ses salariés, doit assurer, dans la relation de travail, la protection de leur santé et de leur sécu-

rité et en répond directement vis-à-vis d'eux, peu important que le manquement soit de son propre fait ou de celui d'une autre personne.

### N° 650

La législation sur les accidents du travail et maladies professionnelles ne fait pas obstacle à l'attribution de dommages-intérêts au salarié en réparation du préjudice que lui a causé le harcèlement moral dont il a été victime antérieurement à la prise en charge de son affection par la sécurité sociale.

**Soc., 15 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.489. – C.A. Paris, 20 janvier 2005.

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

#### *Note*

L'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale interdit toute action en réparation des accidents du travail et maladies professionnelles sur le fondement du droit commun, à la victime ou ses ayants droit. Le présent arrêt, qui décide que « *la législation sur les accidents du travail et maladies professionnelles ne fait pas obstacle à l'attribution de dommages-intérêts au salarié en réparation du préjudice que lui a causé le harcèlement moral* », peut sembler heurter le principe de la réparation forfaitaire posé par cette législation.

Mais cette décision prend soin aussitôt après cette affirmation de distinguer le préjudice subi du fait du harcèlement moral durant la période antérieure à la reconnaissance de la maladie professionnelle et le préjudice postérieur, pris en charge au titre de la législation de la sécurité sociale.

Cette précision répond au grief articulé par le pourvoi qui reprochait à l'arrêt un défaut de base légale au regard de l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale. Elle correspond également à la répartition des compétences matérielles entre le conseil de prud'hommes, juge des litiges du contrat de travail, et le tribunal des affaires de sécurité sociale, juge de la reconnaissance des accidents et maladies professionnelles ainsi que de la faute inexcusable et de ses conséquences indemnitaires.

Le présent arrêt énonce donc que le harcèlement moral peut être une source de responsabilité selon le droit commun. Le harcèlement ne joue pas, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, uniquement comme cause de rupture de celui-ci ou comme origine d'une maladie professionnelle reconnue, mais peut entraîner la responsabilité civile de l'employeur.

Récemment, suivant une articulation comparable entre droit du travail et droit de la sécurité sociale, la Cour de cassation a admis qu'un salarié, licencié en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle jugée imputable à la faute inexcusable de l'employeur, puisse agir en réparation devant la juridiction prud'homale afin d'obtenir une indemnité réparant la perte de son emploi

due à cette faute de l'employeur (Soc., 17 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 176, p. 170, commenté au *Bulletin trimestriel du droit du travail*, n° 74, avril-mai-juin 2006, n° 521, p. 43)

### \* *Obligation de bonne foi du salarié*

### N° 651

Les renseignements relatifs à l'état de santé du salarié ne peuvent être confiés qu'au médecin du travail ; il en résulte que lorsque l'employeur procède au licenciement d'un salarié dont le handicap a été reconnu par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel, il ne peut lui reprocher de n'avoir pas fourni d'information préalable sur son état de santé ou son handicap qu'il n'a pas à révéler. Une telle abstention, qui n'est pas fautive, ne peut dès lors priver le salarié, après qu'il ait reçu notification de son licenciement, du droit de se prévaloir de son handicap afin de bénéficier des avantages que lui donnent l'article L. 323-7 du code du travail en matière de délai-congé et d'un accord d'entreprise prévoyant une indemnité de licenciement majorée.

**Soc., 7 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.380. – C.A. Orléans, 13 janvier 2005.

M. Sargos, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

#### *Note*

Il résulte des articles 1134 du code civil et L. 120-4 du code du travail une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, bonne foi dont la loyauté est l'un des éléments.

Cette obligation contraint-elle le salarié à informer son employeur sur son état de santé ou son handicap, lorsque ceux-ci donnent droit à des avantages particuliers en matière de licenciement ?

Dans la présente espèce, un salarié, dont le handicap avait été reconnu par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel, avait fait l'objet d'un licenciement économique et entendait bénéficier des dispositions de l'article L. 323-7 du code du travail, qui double la durée du délai-congé pour les travailleurs handicapés, ainsi que d'une disposition conventionnelle instaurant à leur égard une indemnité de licenciement majorée. Or, ce salarié n'avait pas préalablement informé son employeur de cette situation.

La Cour de cassation juge qu'une telle abstention n'est pas fautive : en effet ces informations, qui concernent l'état de santé du salarié, ne peuvent être divulguées qu'au médecin du travail.

La chambre sociale réaffirme ainsi une jurisprudence qui prend en compte le fait que les dispositions régissant les travailleurs handicapés ont été adoptées dans leur intérêt exclusif (Soc., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-41.370, *in RJS*, août-septembre 2003, n° 1083).

Les services de santé au travail, auxquels l'article L. 241-2 du code du travail confère un rôle préventif de surveillance de l'état de santé des salariés, voient ainsi rappelé leur rôle de garants de la protection du salarié malade ou handicapé, lié notamment au respect du secret médical et du droit à la vie privée, eût-il un impact sur la vie professionnelle du salarié.

En conséquence, le salarié qui s'est abstenu de les communiquer à son employeur n'a pas commis de faute le privant de tout droit à indemnités.

Cet arrêt peut être rapproché d'un arrêt du 21 septembre 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 262, p. 230, rapport annuel 2005, p. 246) dans lequel la chambre sociale avait jugé que les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à un emploi ne peuvent être confiés qu'au médecin chargé, en application de l'article R. 241-48 du code du travail, de l'examen médical d'embauche et que lorsque l'employeur décide que le salarié recruté avec une période d'essai prendra ses fonctions avant l'accomplissement de cet acte médical, il ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou à son handicap, que ce dernier n'a pas à lui révéler.

#### \* *Pouvoir de direction de l'employeur*

##### N° 652

Selon l'article 1135 du code civil, les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toute les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Il s'ensuit que l'employeur, investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique, est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail.

Viola ce texte ainsi que l'article L. 121-1 du code du travail la cour d'appel qui déboute un salarié de sa demande de dommages intérêts, comprenant le remboursement des frais engagés dans une procédure pénale suivie contre lui sur la plainte d'un client de l'employeur et clôturée par une décision de non-lieu, alors qu'elle avait constaté que le salarié avait dû assurer sa défense à un contentieux pénal dont l'objet était lié à l'exercice de ses fonctions.

**Soc., 18 octobre 2006. Cassation partielle sans renvoi**

N° 04-48.612. – C.A. Paris, 20 octobre 2004.

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

#### *Note*

Par cet arrêt, la chambre sociale se prononce sur l'existence, à la charge de l'employeur, d'une obligation relative à la protection juridique de son salarié lorsque celui-ci, poursuivi pénalement par un client de son employeur pour des faits relatifs à l'exercice de ses fonctions, doit engager des frais pour sa défense.

Dans la présente affaire, un client d'une compagnie d'assurances, contestant les signatures apposées sur son contrat d'assurance, a porté plainte contre l'employé de la compagnie qui avait rédigé le document. Cet employé a été mis en examen pour faux en écritures. Une ordonnance de non-lieu a été rendue par le juge d'instruction. S'étant heurté au refus de son employeur de prendre en charge les frais qu'il avait engagés pour sa défense, l'employé a saisi le conseil de prud'hommes en demandant notamment que l'employeur soit condamné à les lui rembourser.

Alors que le conseil de prud'hommes avait fait droit à la demande du salarié, la cour d'appel l'a rejetée en retenant notamment qu'il n'existait aucune obligation légale ou découlant du contrat de travail de fournir aide et assistance à son salarié en cas de poursuites pénales exercées contre lui dans le cadre de ses fonctions.

Cette décision est cassée. Rappelant les dispositions de l'article 1135 du code civil, qui régit les obligations contractuelles, selon lequel « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* », la chambre sociale fonde sa décision sur ce texte dont elle déduit que l'employeur, qui est investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique, est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail. Elle décide en conséquence que le salarié doit être indemnisé des frais et dépenses qu'il a engagés pour sa défense dans un contentieux dont l'objet est lié à l'exercice de ses fonctions.

Ainsi, après avoir mis en exergue dans sa jurisprudence, ainsi que le souligne le rapport annuel 2005 (p. 221 et 233), l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, la chambre sociale applique la règle complétive posée par l'article 1135 du code civil, comme elle l'avait déjà fait pour décider que l'employeur devait rembourser au salarié les frais professionnels sans qu'ils puissent être imputés sur sa rémunération (*Soc.*, 10 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 282 p. 256).

Une telle obligation à la charge de l'employeur peut être incluse par les partenaires sociaux dans leur convention collective. Un exemple en est donné par la convention collective nationale des praticiens conseils du régime général de la sécurité sociale de 2006 qui prévoit, en son article 10, une clause de protection juridique au bénéfice des praticiens-conseils dont il résulte que l'employeur doit prendre en charge les frais d'avocat et les frais afférents à la défense du praticien lorsque celui-ci fait l'objet de contentieux à l'occasion de faits liés à sa fonction de praticien conseil, excepté lorsqu'il s'agit d'une procédure disciplinaire interne.

## N° 653

Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.

**Soc., 18 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 04-48.025. – C.A. Rennes, 21 octobre 2004.

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

Les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.

**Soc., 18 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 04-47.400. – C.A. Paris, 7 septembre 2004.

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

*Note*

Par un arrêt du 17 mai 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 165, p. 143 et rapport annuel 2005, p. 277) la chambre sociale a décidé que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme étant personnels sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé.

Les deux arrêts rendus le 18 octobre 2006 complètent la doctrine de l'arrêt de 2005 en apportant une précision importante.

Dans la première affaire (pourvoi n° 04-48.025), un salarié avait été licencié pour avoir fait obstacle à l'accès de son employeur à son poste informatique, qu'il avait « crypté » malgré des instructions contraires. Bien que la question du contenu des fichiers cryptés n'ait pas été posée par le pourvoi, il posait néanmoins celle des droits de l'employeur sur le matériel informatique qu'il confie à son salarié pour l'exécution de son travail. Or, comme l'a relevé le rapport d'un membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en 2004, un ordinateur mis à la disposition d'un salarié ou d'un agent public dans le cadre de la relation de travail est la propriété de l'entreprise et ne peut comporter que subsidiairement des informations relevant de l'intimité de la vie privée. Il peut être protégé par un mot de passe et un « login », mais cette mesure de sécurité est destinée à éviter les utilisations malveillantes ou abusives par un tiers ; elle n'a pas pour objet de transformer l'ordinateur de l'entreprise en un ordinateur à usage privé. Aussi les impératifs de l'entreprise et le nécessaire respect de la vie privée des salariés doivent-ils être conciliés.

La chambre sociale, soucieuse d'une telle conciliation, a donc nettement affirmé que « les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ». Et une telle identification ne peut résulter que de l'apposition d'une mention spécifique ou de la création d'un fichier *ad hoc* par le salarié et non du simple classement dans, par exemple, le répertoire « mes documents » que comporte automatiquement la plupart des programmes. Dans la deuxième affaire (pourvoi n° 04-47.400), la chambre sociale a posé la même présomption de caractère professionnel à propos des documents papiers détenus dans le bureau dans l'entreprise d'un salarié, de sorte que l'employeur y a librement accès, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels.

*\* Pouvoir disciplinaire de l'employeur*

**N° 654**

1° Aux termes du premier alinéa de l'article L. 122-44 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu en même temps à l'exercice de poursuites pénales.

Une cour d'appel qui fait ressortir que l'employeur d'un chirurgien-dentiste n'a pu avoir une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de la teneur des faits reprochés à ce salarié qu'à la date à laquelle l'instance ordinaire a statué sur les manquements professionnels qu'ils constituaient et qui constate que le licenciement a été prononcé moins de deux mois après la décision ordinaire, décide exactement que la poursuite disciplinaire n'était pas prescrite.

2° Si la méconnaissance de dispositions du code de déontologie des chirurgiens-dentistes peut être invoquée par l'employeur d'un chirurgien-dentiste salarié à l'appui d'un licenciement pour faute grave, la décision prise par la juridiction ordinaire quant à ce manquement et à sa sanction disciplinaire n'a pas autorité de chose jugée devant le juge judiciaire.

Il appartient au juge prud'homal de rechercher, alors même qu'une clause du contrat de travail stipule que le salarié peut être licencié sans indemnité en cas de sanction prononcée par le conseil de l'ordre des chirurgiens-dentistes pour faute professionnelle grave, si ce manquement présente le caractère d'une faute grave au sens de l'article L. 122-6 du code du travail.

**Soc., 7 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 04-47.683. – C.A. Lyon, 17 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. – M. Gillet, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Le contrat de travail d'un chirurgien-dentiste stipulait qu'il pourrait être licencié sans indemnité en cas de sanction prononcée par le conseil de l'ordre des chirurgiens-dentistes pour faute professionnelle grave. Une telle sanction ayant été décidée par un conseil de l'ordre, le praticien sanctionné avait été licencié pour faute grave et la cour d'appel l'avait débouté de sa contestation. Cette décision a été cassée au motif que « *si la méconnaissance de dispositions du code de déontologie des chirurgiens-dentistes peut être invoquée par l'employeur à l'appui du licenciement pour faute grave d'un chirurgien-dentiste salarié, la décision prise par la juridiction ordinaire quant à ce manquement et à sa sanction disciplinaire n'a pas autorité de chose jugée devant le juge judiciaire* ». Il appartenait dès lors à la cour d'appel de rechercher si le manquement déontologique présentait le caractère d'une faute grave au sens de l'article L. 122-6 du code du travail, c'est-à-dire une faute qui en raison de son importance, rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Cet arrêt, qui se situe dans la ligne d'arrêts antérieurs de la première chambre civile concernant les codes de déontologie des professions médicales (18 mars 1997, *Bull.* 1997, I, n° 99, p. 65 et rapport annuel de la Cour de cassation 1997, p. 273), confirme donc la spécificité de la notion de faute grave en droit du travail qui repose, eu égard à son importance, sur l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pendant le préavis, notion qui est étrangère à l'appréciation du juge disciplinaire ordinal.

**N° 655**

1° La cour d'appel, ayant constaté que le changement d'affectation décidé par l'employeur était une mesure provisoire, prise dans l'attente d'une décision pénale définitive et de l'avis du conseil de discipline en raison de la gravité des faits reprochés au salarié, en a exactement déduit qu'il s'agissait d'une mesure conservatoire qui n'interdisait pas une sanction ultérieure.

2° Lorsque les procédures conventionnelles protectrices des droits du salarié ont été mises en œuvre par l'employeur, l'absence d'avis du conseil de discipline, qui résulte de ce que ses membres n'ont pu se départager, n'a pas pour effet de mettre en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur et de rendre irrégulière la procédure de licenciement.

**Soc., 20 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 04-46.051. – C.A. Bordeaux, 1<sup>er</sup> juin 2004.

N° 04-48.059. – C.A. Bordeaux, 26 octobre 2004.

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

Note

1° En vertu du principe général « *non bis in idem* », de mêmes faits ne peuvent donner lieu à deux sanctions disciplinaires successives. La Cour de cassa-

tion a ainsi été amenée à affirmer l'application de ce principe en matière sociale (Soc., 16 juin 1988, *Bull.* 1988, V, n° 367, p. 238 ; Soc., 19 juin 2002, pourvoi n° 00-42.813) : c'est le principe de non-cumul des sanctions.

Dans la présente espèce, un salarié faisant l'objet de poursuites pénales pour harcèlement sexuel s'est vu notifier par son employeur un changement d'affectation dans l'attente d'une décision pénale définitive et de l'avis du conseil de discipline. Licencié par la suite, après une condamnation pénale définitive, il a introduit une action devant le juge prud'homal pour voir déclarer son licenciement sans cause réelle et sérieuse, invoquant notamment le fait que ce changement d'affectation constituait une sanction, interdisant ainsi le licenciement ultérieur, prononcé pour les mêmes faits. Les juges du fond l'ont débouté de sa demande, estimant que le changement d'affectation décidé à titre provisoire ne constituait qu'une mesure conservatoire, autorisant dès lors un licenciement ultérieur.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si un changement d'affectation décidé à titre provisoire constitue une sanction ou une mesure conservatoire autorisant le prononcé ultérieur d'un licenciement. La chambre sociale adopte clairement la deuxième solution.

Bien que le code du travail, en son article L. 122-41, n'évoque à titre de mesure conservatoire que la mise à pied, la haute juridiction affirme dans cet arrêt qu'un changement d'affectation décidé à titre provisoire, « *dans l'attente d'une décision pénale définitive et de l'avis du conseil de discipline en raison de la gravité des faits reprochés au salarié* », constitue une mesure conservatoire. Dès lors, n'ayant pas le caractère d'une sanction, elle n'interdit pas une sanction ultérieure.

Le changement d'affectation ne sera considéré comme une mesure conservatoire que s'il constitue une mesure d'attente d'un événement précis (décision pénale à intervenir, avis d'une instance disciplinaire), prise en raison de la gravité des faits reprochés à un salarié.

2° La convention collective nationale du personnel des organismes de sécurité sociale instaure une procédure à respecter par l'employeur avant toute sanction disciplinaire. Les articles 48 et 53 lui font obligation de saisir pour avis le conseil de discipline avant tout projet de licenciement disciplinaire, le salarié disposant de prérogatives pour faire valoir sa défense. L'avis de l'organisme consultatif doit être émis sous forme de conclusions écrites adoptées à la majorité absolue des membres présents.

En l'espèce les formalités conventionnelles de saisine du conseil de discipline avaient été respectées, mais celui-ci s'était déclaré dans l'impossibilité d'émettre un avis, car en partage de voix.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'obligation imposée à l'employeur d'avoir à recueillir, préalablement à toute sanction, l'avis d'un organisme consultatif pouvait être consi-



dérée comme respectée du fait de la saisine régulière de l'organisme, bien que ce dernier n'ait pas émis d'avis en raison d'un partage de voix, ou si l'absence d'avis rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale approuve les juges du fond, en prenant le soin d'indiquer les conditions qui rendent le licenciement régulier.

Elle précise que l'absence d'avis du conseil de discipline résultant de ce que ses membres n'ont pu se départager ne rend pas le licenciement irrégulier en la forme et au fond « *lorsque les procédures conventionnelles protectrices des droits du salarié contre son licenciement ont été mises en œuvre par l'employeur* » et que le conseil de discipline a été régulièrement saisi.

La Cour précise ainsi sa jurisprudence relative au respect des procédures conventionnelles en matière de sanctions disciplinaires.

Dans un précédent arrêt du 16 janvier 2001, la chambre sociale avait eu l'occasion d'affirmer, concernant la procédure disciplinaire prévue par cette même convention collective, que « *la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle, de donner un avis sur une mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond* », dès lors, « *le licenciement prononcé sans que le conseil ait été consulté et ait rendu son avis selon une procédure régulière ne peut avoir de cause réelle et sérieuse* » (Soc., 16 janvier 2001, Bull. 2001, V, n° 9, p. 6).

En l'espèce, la Cour de cassation relève que la cour d'appel a constaté que le conseil de discipline a été régulièrement saisi et que les garanties de défense du salarié ont été observées. Dès lors, la Cour considère que les formalités conventionnelles prévues dans l'intérêt du salarié ont été respectées, celui-ci étant à même de faire valoir correctement sa défense. Une autre solution aurait conduit à interdire l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire lorsque l'organisme consultatif ne parvient pas à émettre un avis majoritaire. Ainsi que le précise la Cour de cassation, l'absence d'avis, dans cette hypothèse, « *n'a pas pour effet de mettre en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur* ».

#### \* Travail dissimulé

##### N° 656

L'indemnité forfaitaire de l'article L. 324-11-1 du code du travail est due quel que soit le mode de rupture de la relation de travail.

En conséquence, elle peut être demandée après qu'un contrat d'apprentissage a pris fin à son terme.

**Soc., 31 octobre 2006. Cassation partielle**

N° 05-40.197. – C.P.H. Bordeaux, 8 novembre 2004.

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

#### Note

L'article L. 324-11-1 du code du travail dispose que « *le salarié auquel un employeur a eu recours en violation des dispositions de l'article L. 324-10 a droit en cas de rupture de la relation de travail à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire, à moins que l'application d'autres règles légales ou de stipulations conventionnelles ne conduisent à une solution plus favorable* ».

La question posée dans la présente espèce était de savoir si cette indemnité pouvait être allouée à un apprenti après l'arrivée du terme du contrat.

La jurisprudence a déjà jugé que cette indemnité était due quelle que soit la qualification de la rupture, notamment en cas de démission (Soc., 12 octobre 2004, Bull. 2004, V, n° 250, p. 230), mais aussi de licenciement, de prise d'acte de la rupture, de rupture d'un commun accord, de rupture de période d'essai ou pour force majeure, de mise ou départ à la retraite ou de résolution judiciaire.

L'indemnité forfaitaire de l'article L. 324-11-1 a non seulement pour objet de dissuader l'employeur de recourir au travail dissimulé en faisant peser sur lui une charge financière supplémentaire et de réparer le préjudice subi par le salarié du fait du caractère illicite de la relation de travail, mais aussi a vocation à réparer les conséquences de la rupture puisqu'aux termes de l'article L. 324-11-1, elle n'est due qu'en cas de rupture de la relation de travail et qu'elle ne se cumule pas avec l'indemnité (légale ou conventionnelle) de licenciement plus favorable au salarié qui a, elle aussi, pour objet de réparer les conséquences de la rupture (Soc., 12 janvier 2006, Bull. 2006, V, n° 13, p. 10).

Les juges du fond avaient en l'espèce retenu que l'indemnité forfaitaire avait pour but d'indemniser la rupture d'une relation de travail et en avaient conclu qu'elle n'était pas due au salarié en cas d'arrivée du terme du contrat d'apprentissage ou d'un contrat à durée déterminée dans la mesure où il ne s'agissait pas à proprement parler d'une rupture mais de l'arrivée à terme du contrat.

La chambre sociale censure cette approche. Elle considère que l'indemnité forfaitaire est avant tout une indemnisation du préjudice résultant pour le salarié de l'irrégularité de la relation de travail, ce qui suppose qu'elle puisse être due après la fin d'un contrat d'apprentissage.

### 3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

#### \* Cession d'une unité de production

##### N° 657

1° Le transfert d'une entité économique autonome, constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels qui poursuit un objectif propre, entraîne la poursuite de plein droit, avec le cessionnaire, des contrats de travail des salariés qui y sont affectés. Et il appartient aux juges du

fond de rechercher les éléments qui constituent une telle entité, indépendamment des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité économique.

Ainsi, le seul fait qu'une société soit chargée de la gestion d'un marché d'intérêt comportant deux sites ne suffit pas à exclure que l'un de ces sites constitue une entité économique autonome.

2° Seule une cessation complète de l'activité de l'employeur peut constituer en elle-même une cause économique de licenciement, quand elle n'est pas due à une faute ou à une légèreté blâmable de l'employeur. Une cessation partielle de l'activité de l'entreprise ne justifie un licenciement qu'en cas de difficultés économiques, de mutation technologique ou de réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité.

**Soc., 10 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 03-43.453. – C.A. Aix-en-Provence, 4 mars 2004.

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

Note

1° Selon 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 de la Cour de cassation interprète ce texte au regard de la directive n° 77/187/CEE, du 14 février 1977, pour l'appliquer au cas du transfert d'une entité économique autonome, qu'elle définit comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels qui poursuit un objectif propre (Soc., 7 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 363, p. 275).

La présente espèce posait la question de savoir si, dans le cadre d'un marché d'intérêt national comprenant deux sites, l'un de ces sites, un temps exploité par une société concessionnaire différente de celle exploitant le marché, pouvait constituer une entité autonome au sens de l'article L. 122-12, alinéa 2.

En l'espèce, la cour d'appel avait écarté l'application de ces dispositions, au motif qu'il n'était juridiquement pas possible de diviser un marché d'intérêt national en plusieurs entités distinctes et autonomes.

La Cour de cassation censure sa décision : la cour d'appel ne pouvait s'arrêter à une approche purement juridique de la notion d'entité mais devait vérifier si, indépendamment des règles de gestion et d'organisation du service, il existait une entité économique autonome. Le seul fait que l'exploitation ou le transfert d'une entité économique soit irrégulier ne peut en effet suffire à écarter l'application de l'article L. 122-12 du code du travail, dont la mise en œuvre suppose seulement la constatation

matérielle de l'existence et du transfert d'un ensemble organisé de moyens d'exploitation ; par ailleurs, l'exclusion de principe d'un transfert d'entité, malgré une division opérée dans la gestion d'un marché d'intérêt national, entraînerait l'exclusion du droit des transferts d'entreprise en ce domaine, alors que les Directives européennes s'appliquent au transfert de « parties d'entreprise ou d'établissement » ; enfin, la protection du salarié, que doit assurer l'article L. 122-12, serait compromise si un changement d'employeur était écarté pour la seule raison que la création d'une entité économique ou sa transmission à un tiers n'est pas régulière.

2° A quelles conditions la cessation d'activité d'une entreprise peut-elle constituer une cause économique de licenciement ?

La Cour de cassation a répondu à cette question, au visa de l'article L. 321-1 du code du travail, en retenant que la cessation d'activité, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitue une cause économique de licenciement (Soc., 16 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 10, p. 7).

C'est ce que la chambre sociale rappelle dans l'arrêt rendu le 10 octobre 2006, en précisant cependant que seule la cessation totale d'activité constitue un motif économique autonome de licenciement. En revanche, lorsque cette cessation est partielle, la Cour précise, comme elle l'avait fait dans plusieurs arrêts non publiés (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-43.664 ; Soc., 14 décembre 2005, pourvois n° 04-40.396 et 04-40.397), que le licenciement n'est justifié qu'en cas de difficultés économiques, de mutations technologiques ou de réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité.

Cela signifie qu'un licenciement pour motif économique ne peut résulter du seul fait qu'une société doit abandonner ou céder une partie de son activité, dès lors qu'elle n'en est pas économiquement affectée par l'une des causes énumérées dans l'article L. 321-1 ou retenues par la jurisprudence.

**N° 658**

Lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail du salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat, qui ne peut intervenir sans un accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail.

**Soc., 10 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 04-46.134. – C.A. Paris, 8 juin 2004.

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

Note

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.

Ces dispositions s'appliquent de plein droit en cas de transfert d'une entité économique autonome, le transfert des contrats de travail s'effectuant alors par l'effet de la loi et s'imposant tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés (Soc., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 331, p. 296).

Lorsque les conditions posées par l'alinéa 2 de l'article L. 122-12 ne sont pas réunies, les contrats ne peuvent être transférés sans l'accord des salariés (Soc., 7 novembre 1989, *Bull.* 1989, V, n° 644, p. 388).

Le présent arrêt permet à la Cour de cassation de préciser que le transfert constitue en ce cas une modification du contrat de travail, qui ne peut intervenir sans l'accord exprès du salarié, lequel ne peut résulter de la seule poursuite de la prestation de travail. Il faut qu'un acte positif d'acceptation soit caractérisé.

#### N° 659

Lorsque le juge-commissaire, en application de l'article L. 621-83, alinéa 3, du code de commerce, en l'absence de plan de continuation de l'entreprise, vend des biens non compris dans le plan de cession et correspondant à un ensemble d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre, cette cession emporte de plein droit le transfert des contrats de travail des salariés affectés à cette entité économique autonome, conformément à l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail.

Il en résulte que les licenciements du personnel affecté à cette entité prononcés par l'administrateur sont sans effet, peu important qu'ils aient été autorisés antérieurement par le jugement arrêtant le plan de cession partielle de l'entreprise.

**Soc., 24 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 04-45.673, 04-45.851, 04.45.852 et 04-46.022. – C.A. Limoges, 28 juin 2004.

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

#### *Note*

Cet arrêt apporte une précision inédite dans une situation proche de celle qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006 (pourvoi n° 04-14.788, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 5, p. 17) selon lequel lorsque le juge-commissaire autorise la cession d'une entité économique autonome, après le jugement de liquidation judiciaire d'une société, la clause de la convention de cession qui ne prévoit que la reprise d'une partie des salariés affectés à cette entité est contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12 du code du travail et doit être réputée non écrite.

Dans la présente affaire, le jugement de liquidation judiciaire avait autorisé, sans plan de conti-

nuation de l'entreprise, la cession partielle de l'entreprise, qui comportait plusieurs unités de productions, ainsi que le licenciement du personnel qui n'était pas affecté à l'unité cédée dont une liste nominative était annexée au jugement. Après ce jugement, une offre de reprise portant sur une unité de production non comprise dans le plan de cession et prévoyant la poursuite d'une partie seulement des contrats de travail des salariés affectés à cette unité avait été déposée. Le juge-commissaire avait autorisé cette vente sur le fondement de l'article L. 621-83, alinéa 3, du code de commerce, en ordonnant la poursuite des seuls contrats de travail prévus dans l'offre de reprise, dont il dressait la liste nominative (ce qu'il n'avait pas à faire). Les autres salariés affectés à cette unité avaient été licenciés. La question posée était celle de savoir si l'ensemble des salariés affectés à cette unité devait être repris par le cessionnaire, en application de l'article L. 122-12 du code du travail, alors que le jugement de liquidation avait autorisé le licenciement de ce personnel. En décidant que ce jugement était sans incidence, dès lors que l'unité vendue constituait un ensemble d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre, si bien que l'ensemble des contrats de travail des salariés affectés à cette entité économique autonome devait se poursuivre avec le cessionnaire, l'arrêt commenté applique donc la solution de l'arrêt de la chambre mixte fondé sur le caractère d'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail. En l'absence de plan de continuation de l'entreprise, la vente d'un bien non compris dans le plan de cession partielle de l'entreprise qui répond aux conditions d'application de l'article L. 122-12 du code du travail constitue donc un acte juridique nouveau qui prive d'effet l'autorisation de licenciement résultant du jugement de liquidation.

#### N° 660

Si les indemnités liées à la rupture du contrat de travail naissent à la date de cette rupture et incombent à l'employeur qui l'a prononcée, l'indemnité de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée naît dès la conclusion de ce contrat en méconnaissance des exigences légales et pèse ainsi sur l'employeur l'ayant conclu.

**Soc., 7 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-41.723. – C.A. Douai, 31 janvier 2005.

M. Sargos, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

#### *Note*

Aux termes de l'article L. 122-12, alinéa 2, « 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 ».

L'article L. 122-12-1 du code du travail précise qu'« à moins que la modification visée au deuxième alinéa de l'article L. 122-12 n'intervienne dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement ou liquidation judiciaires, ou d'une substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre eux, le nouvel employeur est en outre tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de cette modification.

« Le premier employeur est tenu de rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur en application de l'alinéa précédent, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux. »

Il résulte de ce dernier texte que le nouvel employeur qui a pris en charge les obligations qui incombent au premier employeur à la date du transfert peut appeler en garantie le premier pour le contraindre à rembourser ces sommes.

La Cour devait déterminer dans la présente espèce sur lequel des deux employeurs successifs pesait la charge d'une indemnité de requalification, due suite à la rupture d'un contrat de travail postérieure au transfert mais ayant pour origine une omission du premier employeur, qui n'avait pas mentionné le cas de recours au contrat à durée déterminée conclu avec le salarié. Fallait-il dès lors appeler le premier employeur en garantie ?

La chambre sociale, qui répondait pour la première fois à cette question, précise que l'indemnité de requalification naît dès la conclusion du contrat conclu en méconnaissance des exigences légales. C'est donc l'employeur qui a commis l'erreur ayant conduit à la requalification du contrat qui est tenu d'indemniser le salarié qui a obtenu cette requalification.

#### \* Perte d'un marché

##### N° 661

Ni la perte d'un marché de services au profit d'un concurrent ni la poursuite par l'entreprise entrante, en application d'un accord collectif qui la prévoit et l'organise, des contrats de travail d'une partie des salariés affectés à ce marché ne caractérisent à eux seuls le transfert d'une entité économique autonome, de sorte que seul l'accord collectif est applicable ; doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour décider que l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail est applicable et que l'ensemble des contrats de travail affectés par une société à un marché de gardiennage et de surveillance doit être repris par la société qui lui succède sur ce marché, retient qu'un accord collectif oblige cette dernière à reprendre une partie essentielle en termes de nombre et de compétence des contrats de travail affectés audit marché.

**Soc., 20 décembre 2006. Cassation sans renvoi**  
N° 04-19.829. – C.A. Rennes, 10 septembre 2004.

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

#### Note

Par plusieurs arrêts prononcés le 16 mars 1990, l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait procédé à une harmonisation du droit interne et du droit communautaire en ce qui concerne la poursuite des contrats de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur (*Bull.* 1990, Ass. plén., n° 3, 4, 5 et 6 commentés au rapport annuel 1990, p. 272 à 278). Elle avait en particulier jugé que la seule perte d'un marché ne donnait pas lieu à l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail.

Tirant les conséquences de ces arrêts, les partenaires sociaux ont conclu dans les secteurs d'activité les plus concernés, tels le gardiennage ou le nettoyage de locaux, des accords de branche étendus prévoyant la reprise par l'entreprise, dite entrante, de tout ou partie des contrats de travail affectés au marché perdu par l'entreprise, dite sortante. Les salariés transférables doivent répondre à certaines conditions (ancienneté d'affectation, qualification professionnelle, pourcentage du temps de travail accompli sur le chantier, exclusion ou non des contrats de travail à durée déterminée, etc.) et peuvent, d'une façon ou d'une autre, refuser de passer au service de l'entreprise entrante. Ce droit de refus, qui respecte la règle selon laquelle, hormis l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, un changement d'employeur ne peut pas être imposé aux salariés, leur permet, notamment, d'éviter de devenir salariés à temps partiel au service de plusieurs employeurs différents, avec toutes les conséquences que cela peut entraîner en termes de durée de trajets et de perturbations de la vie personnelle, notamment familiale.

On a pu se demander si un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes ne remettait pas en question la doctrine de l'assemblée plénière précitée. Il s'agit de l'arrêt du 24 janvier 2002, jugeant que la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, devait recevoir application en cas de perte d'un marché de nettoyage de locaux dès lors que le nouvel entrepreneur reprend, en vertu d'une convention collective de travail, une partie des effectifs du précédent, à condition que la reprise du personnel porte sur une partie essentielle, en termes de nombre et de compétences, des effectifs que le sous-traitant affectait à l'exécution de ce marché (*Aff. C-51/00, Temco Service Industrie, Rec. I-969*).

Il est néanmoins apparu à la chambre sociale que cette décision ne faisait pas obstacle à l'application particulière des accords collectifs intervenus depuis 1990. Ainsi dans l'affaire jugée le 20 décembre 2006, qui opposait une entreprise entrante et une entreprise sortante à propos de l'application d'un accord collectif du 18 octobre 1995 relatif à la reprise du personnel des entreprises de prévention et de sécurité, accord qui obligeait les entreprises entrantes à reprendre, à la date des faits, 75 % du personnel transférable, la chambre sociale a jugé que « ni la perte d'un marché de services au profit d'un concurrent ni la poursuite par l'entreprise entrante, en

*application d'un accord collectif qui la prévoit et l'organise, des contrats de travail d'une partie des salariés affectés à ce marché ne caractérisent à eux seuls le transfert d'une entité économique autonome, de sorte que seul l'accord collectif est applicable ».*

Cette solution respecte et préserve les dispositifs conventionnels adoptés par les partenaires sociaux qui, sans cela, seraient nécessairement appelés à disparaître soit du fait de leur « absorption » par l'article L. 122-12, alinéa 2, du code travail, soit du fait de leur dénonciation par les signataires au détriment des intérêts bien compris à la fois des salariés et des entreprises opérant dans ces secteurs particuliers.

On renverra pour une analyse complémentaire aux observations formulées sur cette question dans l'étude générale consacrée à la contribution de la jurisprudence de la Cour de cassation à la construction juridique européenne.

### \* Reprise d'activité (association)

#### N° 662

Une association sportive gérant, pour le compte d'une municipalité, l'activité tennis de la commune et dont une cour d'appel constate qu'elle a le même objet que l'association qui l'a précédée, qu'elle en a conservé les mêmes adhérents et qu'elle exerce la même activité dans les mêmes locaux, peu important que ceux-ci, auparavant donnés à bail par une personne de droit privé soient désormais mis à disposition par la collectivité territoriale, en sorte qu'une entité économique autonome ayant conservé son identité et dont l'activité s'est poursuivie a été transférée doit, en application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, poursuivre les contrats de travail en cours de l'activité reprise.

**Soc., 20 décembre 2006. Cassation partiellement sans renvoi**

N° 04-42.475. – C.A. Versailles, 28 janvier 2004.

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

#### Note

En vertu de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, la modification de la situation juridique de l'employeur entraîne pour le repreneur l'obligation de maintenir tous les contrats de travail en cours.

En l'espèce, un salarié travaillait pour une association sportive de droit privé. Son contrat de travail n'avait pas été poursuivi par la nouvelle association, mandatée par une commune pour reprendre l'activité de la première en usant des mêmes moyens matériels et humains. Le salarié fut licencié et contesta le bien-fondé de son licenciement en arguant de l'application de l'article L. 122-12 du code du travail.

La cour d'appel a débouté l'intéressé de ses demandes en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en décidant que

l'article L. 122-12 ne s'appliquait pas. Les juges du fond relevaient à cet égard que l'activité n'avait pas été transférée à la nouvelle association car l'identité de la première n'avait pas été maintenue. Ils s'appuyaient notamment sur le fait que la commune était devenue propriétaire ou locataire de l'ensemble mobilier et immobilier sportif et qu'elle l'avait mis à disposition de la nouvelle association.

La chambre sociale censure la décision d'appel et retient le transfert d'une entité économique autonome ayant conservé son identité.

Il résulte en effet d'une jurisprudence (Soc., 3 avril 2002, Bull. 2002, V, n° 114, p. 123) que « constitue une entité économique autonome conservant son identité, un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. Il en est ainsi en particulier lorsque deux associations créées par une commune se succèdent pour assurer la communication des informations à la population, que l'activité s'exerce dans les mêmes locaux de la mairie, que le travail du personnel affecté consiste à faire fonctionner l'imprimerie communale et que les moyens au service de l'activité sont mis à la disposition des exploitants successifs par la mairie ».

C'est donc une solution analogue que retient la chambre sociale dans la présente affaire pour décider de l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, en précisant qu'il importe peu que les locaux dans lesquels s'exerce l'activité, auparavant donnés à bail par une personne de droit privé, soient désormais mis à disposition par la collectivité territoriale.

### \* Salariés repreneurs

#### N° 663

1° Il n'y a pas lieu à application de l'article L. 122-12 du code du travail dans le cas d'un salarié licencié avec indemnité de licenciement par une première société, qui a constitué, avec d'autres salariés, également licenciés, une société coopérative ouvrière reprenant les activités de la première dès lors que le contrat de travail conclu avec cette dernière n'était plus en cours lorsque la nouvelle société coopérative ouvrière était devenue son employeur.

2° Dans le cas où un salarié, licencié avec indemnités de licenciement par une première société, a constitué, avec d'autres salariés, également licenciés, une société coopérative ouvrière reprenant les activités de la première, il ne peut, à la suite de son licenciement par la nouvelle société coopérative ouvrière, revendiquer, pour le calcul de son indemnité de licenciement, l'ancienneté acquise dans la première société.

**Soc., 20 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 04-44.787. – C.A. Chambéry, 27 avril 2004.

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

Note

L'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail dispose que « *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.* » C'est le principe de la continuation des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur.

Dans cette affaire, une première société avait été mise en liquidation judiciaire, tous ses salariés étant licenciés pour motif économique, avec versement de leurs indemnités de licenciement. Puis, grâce à ces sommes, certains de ces salariés créèrent une société coopérative ouvrière qui reprit les activités de la société liquidée. L'un d'entre eux, licencié par la suite, a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes relatives à l'exécution et à la rupture illicite de son contrat de travail. Il demandait notamment le versement d'un rappel de treizième mois institué par accord dans la première société, en invoquant la continuation de son contrat de travail en vertu de l'article L. 122-12 du code du travail.

La question qu'avait à trancher la Cour de cassation était donc de savoir si l'article L. 122-12 était applicable en l'espèce.

La chambre sociale répond très clairement par la négative, reprenant en cela une solution jurisprudentielle affirmée à plusieurs reprises.

En effet, elle a déjà eu l'occasion de préciser que l'article L. 122-12 du code du travail ne peut recevoir application lorsque la société repreneuse des activités d'une précédente a été créée par les salariés de la première après leurs licenciements devenus définitifs et ayant produit tous leurs effets (Soc., 7 mars 1989, *Bull.* 1989, V, n° 180, p. 107 ; Soc., 12 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 364, p. 262 ; Soc., 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-41.553).

Les contrats de travail liant les salariés à la première société étant valablement rompus avant que la seconde société ne soit créée, ces contrats ne sont plus en cours au moment de la modification de la situation juridique de l'employeur. Dès lors, l'article L. 122-12, alinéa 2, disposant très clairement que ce sont « *les contrats de travail en cours au jour de la modification* » qui subsistent, cet article ne peut recevoir application.

La chambre sociale de la Cour de cassation met donc en œuvre cette solution dans cet arrêt.

Par ailleurs, le salarié se fondait également sur la continuation de son contrat de travail pour demander que le calcul de son indemnité de licenciement soit fondé sur une ancienneté reprenant celle acquise dans la première société.

Le refus d'application de l'article L. 122-12 du code du travail opposé par la Cour de cassation commandait la solution.

Dès lors que le salarié a été valablement licencié par la première société et rempli de ses droits, la

non-continuation de son contrat de travail l'empêche logiquement de pouvoir revendiquer l'ancienneté acquise dans cette première société. Dans le cas inverse, ce serait lui accorder deux fois le versement d'une indemnité fondée sur une même période d'ancienneté.

## 4. Contrats particuliers

## \* Contrats de qualification

## N° 664

Il résulte de l'article L. 981-1, alinéa premier, du code du travail que l'employeur, qui conclut un contrat de qualification, s'engage à assurer au salarié une formation qui lui permettra d'acquies une qualification professionnelle et qu'à défaut le contrat de qualification doit être requalifié en contrat à durée indéterminée.

Encourt donc la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter l'action en requalification d'un contrat de qualification en contrat à durée indéterminée, retient que le salarié avait effectué une partie des heures de formation et que la preuve n'était pas rapportée que le non-accomplissement de cette formation résultait d'une opposition de l'employeur.

Soc., 28 novembre 2006.

Cassation

N° 05-41.189. – C.A. Bordeaux, 19 février 2004.

M. Texier, Pt (f.f.). – Mme Martinel, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

L'article L. 981-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, dispose, en son alinéa premier, que « *les formations ayant pour objet l'acquisition d'une qualification professionnelle sont dispensées dans le cadre d'un contrat à durée déterminée conclu en application de l'article L. 122-2 dénommé contrat de qualification.* » L'alinéa 3 de cet article précise que « *l'employeur s'engage, pour la durée prévue, à fournir un emploi au jeune et à lui assurer une formation qui lui permettra d'acquies une qualification professionnelle (...).* »

Il en résulte pour l'employeur une obligation de formation dont la Cour de cassation a d'abord précisé qu'elle constituait un élément essentiel du contrat (Soc., 12 avril 1995, *Bull.* 1995, V, n° 136, p. 99), avant d'énoncer qu'il s'agissait d'une des conditions d'existence du contrat de qualification à défaut de laquelle il devait être requalifié en contrat à durée indéterminée (Soc., 28 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 233, p. 222, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 74, avril-mai-juin 2006, n° 497, p. 37).

La Cour a également jugé que l'inexécution de cette obligation par l'employeur qui met fin prématurément à la formation théorique engage sa responsabilité, sauf en cas de force majeure (Soc., 6 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 223, p. 174).

La chambre sociale réaffirme dans le présent arrêt l'ample portée de cette jurisprudence, dont elle précise les conséquences s'agissant du bénéficiaire d'un contrat de qualification qui n'avait pas effectué l'intégralité de ses heures de formation.

Elle censure les juges d'appel ayant retenu que le salarié n'avait pas rapporté la preuve de ce que le non-accomplissement partiel de cette formation résultait de l'opposition de l'employeur, alors qu'il appartient à celui-ci d'assurer l'accomplissement de la formation.

### \* Contrats emploi-solidarité

#### N° 665

1° N'est pas une association intermédiaire une association de droit privé à but non lucratif dans le cadre d'activités présentant un caractère d'utilité sociale au sens de l'article L. 322-4-16-3 du code du travail qui a pour objet d'embaucher des personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières et pouvant bénéficier de contrats de travail régis par les articles L. 322-4-7 et L. 322-4-8-1 du code du travail en vue de faciliter leur insertion sociale et professionnelle.

2° Si, aux termes de l'article 3 du décret n° 90-105 du 30 janvier 1990, la durée du contrat emploi-solidarité est comprise entre trois mois minimum et douze mois maximum avec possibilité de deux renouvellements sans que la durée totale du contrat excède vingt-quatre mois, aucun texte ne fait obligation, dans le cadre d'un renouvellement de contrat emploi-solidarité, de prévoir une nouvelle durée minimale de trois mois.

Soc., 13 décembre 2006.

Rejet

N° 05-40.606. – C.A. Grenoble, 24 mai 2004.

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

#### Note

1° L'article L. 322-4-16 du code du travail prévoit un dispositif d'insertion par l'activité économique des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières, qui a pour objet de les faire bénéficier de contrats de travail en vue de faciliter leur insertion en mettant en œuvre des modalités spécifiques d'accueil et d'accompagnement. Il précise, dans différents titres, les divers modes de conventionnement de l'État avec les employeurs selon leurs secteurs d'activité (marchand ou non) et les contrats qui leur sont ouverts.

L'article L. 322-4-16-3 précise ainsi que de telles conventions peuvent être conclues avec des associations intermédiaires, qui ont pour but de faciliter l'insertion professionnelle des personnes concernées en les mettant à titre onéreux à disposition de personnes physiques ou de personnes morales.

Dans sa rédaction issue de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre

les exclusions, applicable en la cause, seules les personnes morales de droit public ou de droit privé à but non lucratif, œuvrant dans le cadre d'activités présentant un caractère d'utilité sociale et relevant du conventionnement du titre III de l'article L. 322-4-16, pouvaient recourir aux contrats régis par les articles L. 322-4-7 et L. 322-4-8-1 du code du travail, c'est-à-dire aux contrats emploi-solidarité et emploi consolidé. Ne pouvaient en revanche conclure de tels contrats les personnes morales de droit privé produisant des biens et des services en vue de leur commercialisation, conventionnées au titre de l'article L. 322-4-16-II.

Dans la présente affaire, une association d'insertion avait engagé une personne en contrat emploi-solidarité (CES) et l'avait mise à disposition d'une halte-garderie municipale. À l'issue du contrat, le salarié a saisi la juridiction prud'homale afin de le voir requalifier en contrat à durée indéterminée en excipant de la qualification d'association intermédiaire de l'employeur, interdisant ainsi le recours à un CES.

La chambre sociale approuve les juges du fond d'avoir rejeté la qualification d'association intermédiaire et d'avoir retenu celle d'association de droit privé à but non lucratif dans le cadre d'activités présentant un caractère d'utilité sociale.

Dès lors, l'employeur relevant du secteur d'activité de l'article L. 322-4-16 III du code du travail, il pouvait parfaitement recourir aux contrats emploi-solidarité.

2° Par ailleurs, le pourvoi posait également la question de savoir si le renouvellement d'un contrat emploi-solidarité devait intervenir pour une durée minimale.

En effet, l'article 3 du décret n° 90-105 du 30 janvier 1990 dispose que la durée du contrat emploi-solidarité est comprise entre trois mois minimum et douze mois maximum avec possibilité de deux renouvellements, sans que la durée totale du contrat excède vingt-quatre mois.

Le salarié, se fondant sur ce texte, soutenait que son contrat, renouvelé pour une durée d'un mois, l'avait été irrégulièrement. La chambre sociale écarte cette thèse en énonçant que la durée minimale de trois mois ne s'applique qu'au contrat initial, non à son renouvellement.

### \* Travail temporaire

#### N° 666

Si, en application des articles L. 124-3 6° et L. 124-4-2, alinéa premier, du code du travail, les salariés intérimaires, dont la rémunération ne peut être inférieure à celle que percevrait dans l'entreprise utilisatrice un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail, ont droit au paiement d'une prime versée aux salariés permanents de l'entreprise, c'est sous réserve qu'ils remplissent les conditions prévues pour l'attribution de celle-ci.

En conséquence, encourt la cassation l'arrêt qui, pour condamner l'employeur à payer aux salariés des rappels de salaires au titre de la prime de treizième mois, a retenu que cette réclamation devait être admise dès lors qu'il y avait requalification des contrats de travail temporaire en contrats à durée indéterminée, sans rechercher si, compte tenu de leur temps de présence dans l'entreprise, les salariés intérimaires remplissaient les conditions posées par un accord d'entreprise pour l'attribution de cette prime aux salariés de l'entreprise.

**Soc., 29 novembre 2006. Cassation partielle**

N° 05-40.755. – C.A. Rouen, 7 décembre 2004.

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

*Note*

La question posée à la Cour de cassation était celle des effets de la requalification du contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée quant à l'octroi d'une prime de treizième mois instituée par un accord d'entreprise.

Il résulte des dispositions des articles L. 124-3 6° et L. 124-4-2, alinéa premier, du code du travail que la rémunération, au sens de l'article L. 140-2, que perçoit le salarié lié par un contrat de travail temporaire ne peut être inférieure à celle que percevait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail.

La jurisprudence considère que cette rémunération de référence doit également comprendre tous les avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier (Soc., 16 juillet 1987, *Bull.* 1987, V, n° 524, p. 332).

Dans l'espèce soumise à la Cour, plusieurs salariés intérimaires réclamaient la requalification des contrats de travail temporaire en contrats à durée indéterminée et le bénéfice, notamment, d'une prime de treizième mois prévue par un accord d'entreprise.

L'accord prévoyait que le treizième mois était dû « après la période d'essai, si celle-ci est concluante, et payé au prorata du nombre de mois entiers de présence effectué (y compris la période d'essai) en cas d'engagement, de départ volontaire, ou de licenciement (sauf faute lourde), délai de préavis inclus, en cours d'année. »

La cour d'appel a déduit de la requalification des contrats de travail l'attribution de la prime.

Cette solution fut contestée par l'employeur, qui soutenait dans son pourvoi que la requalification des contrats temporaires n'entraînait pas automatiquement l'octroi de la prime, celle-ci devant être attribuée dans les conditions déterminées par l'accord d'entreprise.

Ces arrêts concernent le principe du droit au paiement *pro rata temporis* en cas de départ du salarié de l'entreprise avant la date de son versement. En

l'espèce, le droit au paiement *pro rata temporis* était expressément prévu par l'accord d'entreprise. La question est donc différente.

La chambre sociale énonce par le présent arrêt que le salarié intérimaire est soumis aux mêmes conditions d'attribution de primes et avantages que les salariés permanents dans l'entreprise occupant le même poste.

Ce n'est donc pas la requalification du contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée qui déclenche le versement de la prime de treizième mois, mais l'accord d'entreprise.

Il appartenait donc aux juges du fond de rechercher si les salariés intérimaires remplissaient les conditions d'attribution de la prime posées par l'accord relatives au temps de présence dans l'entreprise.

**N° 667**

Il résulte des articles L. 124-3 6° et L. 124-4-2, alinéa premier, du code du travail, que la rémunération que doit percevoir le salarié intérimaire est celle prévue par l'article L. 140-2 du même code. Dès lors qu'au sens de ce dernier texte, il faut entendre par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, le ticket-restaurant, qui constitue un avantage en nature payé par l'employeur, entre dans la rémunération du salarié.

Justifie donc légalement sa décision le conseil de prud'hommes qui condamne l'entreprise de travail temporaire à payer à une salariée intérimaire des dommages-intérêts pour non-paiement des tickets-restaurants et déclare le jugement commun à l'entreprise utilisatrice en retenant que le ticket-restaurant constitue un élément de la rémunération.

**Soc., 29 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-42.853. – C.P.H. Strasbourg, 31 mars 2005.

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

*Note*

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 124-3 6°, L. 124-4-2, alinéa premier, L. 140-2 du code du travail et de la jurisprudence de la chambre sociale, que la rémunération d'un salarié intérimaire « ne peut être inférieure à celle que percevait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail, ladite rémunération comprenant le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier » (Soc., 16 juillet 1987, *Bull.* 1987, V, n° 524, p. 332).

La chambre sociale a jugé dans un arrêt daté du même jour (Soc., 29 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 365, p. 350) que le salarié intérimaire devait



percevoir une prime de treizième mois accordée aux salariés permanents de l'entreprise s'il remplissait les conditions d'attribution de cette prime déterminées par l'accord d'entreprise la prévoyant. Dans le présent arrêt la question était celle de savoir si un salarié intérimaire doit bénéficier des tickets-restaurants dont l'entreprise utilisatrice fait bénéficier ses salariés permanents. En d'autres termes, les tickets-restaurants constituent-ils un avantage rentrant ainsi dans la rémunération de l'intéressé ?

La chambre sociale de la Cour de cassation n'avait jusqu'alors jamais précisé quelle était la nature exacte des titres-restaurants. Elle avait cependant estimé qu'ils ne pouvaient être assimilés à une prime ou à une gratification (Soc., 14 février 1995, pourvoi n° 91-43.963) et ne constituaient pas un remboursement de frais (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-41.556). La chambre criminelle avait considéré qu'ils étaient des accessoires de la rémunération (Crim., 30 avril 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 184, p. 532).

Le jugement attaqué avait en l'espèce retenu que « les tickets-restaurants sont un élément de rémunération à prendre en compte pour vérifier s'il y a égalité de traitement entre salariés permanents et salariés intérimaires d'une même entreprise ».

La chambre sociale confirme cette analyse, qualifiant le ticket-restaurant d'« avantage en nature » et donc d'élément de rémunération.

Elle approuve ainsi le conseil de prud'hommes d'avoir condamné l'entreprise de travail temporaire à payer au salarié des dommages-intérêts pour non-paiement des tickets-restaurants et d'avoir déclaré le jugement commun à l'entreprise utilisatrice.

L'entreprise de travail temporaire reste en effet l'employeur du salarié mis à la disposition d'une entreprise et doit lui verser un salaire conforme aux dispositions applicables.

Mais l'entreprise de travail temporaire peut se retourner contre l'entreprise utilisatrice si une faute a été commise par cette dernière (Soc., 30 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 117, p. 100 et Soc., 4 décembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 422, p. 304).

## 5. Statuts particuliers

### \* Artiste du spectacle

#### N° 668

Saisie par la Commission des Communautés européennes d'un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt du 15 juin 2006 – affaire C-255/04) a déclaré et arrêté qu'en « imposant une présomption de salariat aux artistes qui sont reconnus comme prestataires de services dans leur État 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 CE ».

Dès lors, encourt la cassation pour défaut de base légale l'arrêt d'une cour d'appel qui, n'ayant pas vérifié si l'action en recouvrement des cotisations, exercée par la caisse de congés payés, ne concernait pas la rémunération d'artistes ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne, prestataires de services établis dans leur État membre d'origine où ils fournissaient habituellement des services analogues, n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle au regard du droit communautaire.

**Soc., 20 décembre 2006. Cassation partielle**

N° 04-16.550. – C.A. Colmar, 19 février 2004.

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

#### Note

L'article L. 762-1 du code du travail pose, pour les artistes du spectacle, une présomption légale de salariat en disposant que « tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production est présumé être un contrat de travail dès lors que l'artiste n'exerce pas l'activité, objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce ».

Cette présomption ne peut qu'exceptionnellement être écartée, lorsqu'il est établi par exemple que l'artiste exerce en qualité de coentrepreneur de spectacles et est immatriculé à ce titre au registre du commerce (Cf. Soc., 31 octobre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 470, p. 291).

En revanche, la présomption s'applique quelle que soit la volonté des parties et même si l'artiste conserve la liberté d'expression de son art, est propriétaire d'une partie du matériel ou emploie une ou plusieurs personnes pour le seconder, dès lors qu'il participe personnellement au spectacle (Soc., 19 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 270, p. 205).

Cette rigueur concerne également les artistes étrangers (Soc., 4 octobre 1984, *Bull.* 1984, V, n° 356, p. 266), même lorsqu'ils sont engagés et rémunérés directement par un cocontractant étranger (Soc., 24 mai 1989, *Bull.* 1989, V, n° 389, p. 234).

Or, l'article 49 du traité CE interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

L'application de la présomption légale de contrat de travail à des artistes ressortissants de pays membres de la Communauté, reconnus dans leur pays d'origine, où ils fournissent des services analogues, comme prestataires de service, constitue-t-elle une telle restriction à la libre prestation des services ?

C'est ce qu'a déclaré et arrêté la Cour de justice des Communautés européennes, saisie par la

Commission d'un recours en manquement contre la France, dans un arrêt du 15 juin 2006 (CJCE, 15 juin 2006, affaire C-255/04).

La Cour de justice déclare notamment (paragraphe 38) que « *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* » en les obligeant à « *prouver qu'ils n'agissent pas dans le cadre d'un travail subordonné, mais, au contraire, à titre indépendant* ».

Il convient de souligner néanmoins que cette procédure en manquement et donc cet arrêt ne remettent en cause le droit français que pour autant que ce dernier s'applique à des artistes prestataires de services en provenance d'un autre État membre et ne vise donc pas les artistes établis en France ni les artistes qui exercent leur activité en France en tant que salariés.

La Cour de cassation vient préciser dans le présent arrêt la portée de cette décision quant à l'office du juge.

Dans cette affaire, une caisse de congés payés réclamait à une association le paiement de cotisations au titre de contrats passés avec des artistes. Les juges d'appel avaient condamné l'association aux motifs qu'elle alléguait simplement que les artistes étrangers exerçaient leur activité dans leur pays d'origine à titre libéral et indépendant, sans apporter d'élément de nature à renverser la présomption légale de contrat de travail.

La chambre sociale censure cette solution : la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes implique désormais que les juges du fond vérifient si la demande tendant au recouvrement de cotisations ne concerne pas des artistes ressortissants d'un État membre de la Communauté, reconnus dans leur pays d'origine, où ils fournissent des services analogues, comme prestataires de service.

#### N° 669

Sauf disposition contraire résultant de l'accord des parties, la résiliation, d'un commun accord, du contrat d'enregistrement exclusif conclu entre le producteur et l'artiste-interprète n'y met fin que pour l'avenir, de sorte qu'elle n'a pas pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues sur les enregistrements réalisés en cours de contrat et n'a pas non plus pour effet d'anéantir les clauses destinées à régir les relations entre l'artiste-interprète et le producteur après la période contractuelle de réalisation des enregistrements.

Dès lors, le producteur étant resté cessionnaire des droits voisins de l'artiste-interprète sur les enregistrements réalisés, une cour d'appel en a déduit à bon droit que la demande de restitution des bandes-mères devait être rejetée et que la clause relative à la durée de l'exclusivité et la clause catalogue devaient recevoir application.

Soc., 20 décembre 2006.

Rejet

N° 05-43.057. – C.A. Paris, 12 avril 2005.

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

#### Note

Le contrat d'enregistrement conclu entre un producteur et un artiste-interprète est un contrat de travail, régi par les articles L. 762-1 et suivants du code du travail. En effet, l'obligation contractuelle consiste pour l'artiste à fournir une certaine prestation à son employeur, le producteur, à savoir l'enregistrement d'une ou plusieurs interprétations.

Par ailleurs, l'interprétation étant protégée par des droits de propriété intellectuelle, les droits voisins du droit d'auteur (articles L. 211-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle), le contrat d'enregistrement contient également, outre les obligations relatives à l'exécution de la prestation de travail, des clauses régissant l'exploitation de l'enregistrement. En effet, l'artiste cède le plus souvent au producteur les droits d'exploitation et ce, de manière exclusive.

Dans la présente espèce, qui a connu une forte résonance médiatique du fait de la notoriété de l'artiste en cause, celui-ci invoquait des difficultés dans les relations contractuelles avec sa maison de production. Après divers échanges, les deux parties sont convenues d'un accord sur la rupture du dernier contrat d'enregistrement conclu, qui remplaçait et prenait la suite de tous les précédents : le contrat a donc fait l'objet d'une résiliation amiable dont la qualification n'était pas contestée.

Cependant, le sort des obligations résultant de la cession exclusive des droits d'exploitation n'a pas été réglé. L'artiste, ayant introduit une action, demandait au juge prud'homal de prononcer l'annulation du contrat, et subsidiairement la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur ainsi que, subséquentement, l'annulation de la clause d'exclusivité et de la clause catalogue et la remise des bandes-mères des enregistrements. Si les juges d'appel ont constaté l'existence d'une résiliation amiable du contrat, ils ont décidé que les clauses relatives à l'exploitation des enregistrements déjà réalisés devaient continuer à s'appliquer.

La question posée à la Cour de cassation était donc de déterminer le sort des droits voisins d'un artiste-interprète, cédés au producteur, en cas de résiliation amiable du contrat d'enregistrement.

Deux thèses s'affrontaient : la première, celle de l'artiste, soutenait que la résiliation du contrat d'enregistrement d'un commun accord devait également mettre fin aux obligations découlant de la cession des droits d'exploitation, alors que la seconde thèse, celle du producteur, invoquait la poursuite de la cession des droits d'exploitation pour les enregistrements déjà réalisés.

La chambre sociale se prononce clairement en faveur de l'argumentation du producteur en décidant que « *la résiliation, d'un commun accord, du*

*contrat d'enregistrement exclusif, n'y met fin que pour l'avenir, de sorte qu'elle n'a pas pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues sur les enregistrements réalisés en cours de contrat ».*

Elle se situe ainsi dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure, qui opère une distinction quant à leurs effets entre résolution et résiliation d'un contrat.

En effet, la chambre sociale a eu l'occasion d'affirmer, dans une affaire précédente, que la résolution du contrat d'enregistrement « a pour effet de l'anéantir et de remettre les parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement sous la seule réserve de l'impossibilité pratique » : le producteur perd alors le bénéfice de la cession des droits d'exploitation et il peut lui être enjoint de remettre à l'artiste les supports originaux d'enregistrement (Soc., 21 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 172, p. 162).

À l'inverse, il a été jugé récemment par la première chambre civile, dans une autre affaire et s'agissant d'une résiliation judiciaire, que « la résiliation du contrat d'enregistrement exclusif [...] n'y mettait fin que pour l'avenir et n'avait pas eu pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues sur les enregistrements réalisés au cours du contrat » : le producteur reste alors cessionnaire des droits patrimoniaux de l'artiste-interprète sur les enregistrements déjà réalisés (1<sup>re</sup> Civ., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 361, p. 310).

La chambre sociale réaffirme cette solution dans le présent arrêt concernant une résiliation amiable.

Dès lors, la demande de remise à l'interprète des bandes-mères des enregistrements réalisés ne peut qu'être rejetée.

Elle ajoute tout de même que cette solution ne vaut qu'à défaut de stipulation contraire des parties : la résiliation étant opérée d'un commun accord, il est toujours loisible aux parties de prévoir autrement les effets qu'elle a sur les droits résultant de la cession des enregistrements.

Elle précise également que cette résiliation « n'a pas non plus pour effet d'anéantir les clauses destinées à régir les relations entre l'artiste-interprète et le producteur après la période contractuelle de réalisation des enregistrements ». Il s'agit ici des clauses d'exclusivité qui en régissent la durée post-contractuelle ainsi que les clauses catalogue : elle doivent continuer à recevoir application malgré la résiliation.

#### \* *Marin*

#### N° 670

1° Les dispositions du code du travail maritime concernant l'organisation et la durée du travail à bord sont applicables, pour le temps de leur embarquement, et sous réserve de dispositions collectives plus favorables, aux personnels non-marins, lorsque ces personnels sont conduits, en exécution de leur contrat de travail, à servir en mer.

2° Conserve son caractère d'accord d'entreprise, l'accord exécuté bien que le dépôt légal n'en ait pas été fait, dès lors que les parties à cet accord n'avaient pas entendu subordonner son entrée en vigueur à ce dépôt.

#### Soc., 18 octobre 2006. **Cassation et annulation par voie de conséquence**

N° 04-40.493 à 04-40.503. – C.A. Aix-en-Provence, 18 novembre 2003.

N° 04-41.496 à 04-41.506 – C.A. Aix-en-Provence, 20 janvier 2004.

N° 05-40.705 à 05-40.715 – C.A. Aix-en-Provence, 9 novembre 2004.

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

#### *Note*

1° La question à laquelle devait répondre la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 18 octobre 2006 a trait à l'application des dispositions du code du travail maritime, concernant l'organisation et la durée du travail à bord, à des personnels de droit privé n'ayant pas le statut de marin mais embarqués pour accomplir, pendant une période de l'année, des prestations salariées sur un navire. Il s'agissait en l'espèce de personnes chargées par leur employeur, un organisme de gestion de navires océanographiques, d'assurer en mer la maintenance et le fonctionnement d'équipements de recherche scientifique.

La chambre sociale juge que les dispositions du code du travail maritime sont applicables à ces personnels, mais uniquement pour le temps de l'embarquement et à défaut de dispositions conventionnelles plus favorables.

La Cour prend ainsi en compte les sujétions spécifiques auxquelles sont soumis ces salariés du fait de leur embarquement, même s'ils ne sont pas tenus en temps normal d'effectuer les tâches dévolues aux marins. Ainsi, il résulte des articles 18 du code du travail maritime et 2 du décret n° 60-1193 du 7 novembre 1960 sur la discipline à bord des navires de la marine marchande que le capitaine du navire a autorité, lorsque les circonstances, et plus particulièrement la sécurité immédiate du navire, l'exigent, sur l'ensemble des personnes embarquées.

Il convient de préciser que la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite « loi de modernisation sociale » a consacré, pour les litiges postérieurs à son entrée en vigueur, cette solution pour la catégorie particulière de personnels non-marins concernée par l'espèce. En effet, l'article 213 de ce texte précise notamment que « les personnels de droit privé non marins des établissements publics de recherche à caractère industriel ou commercial ou des groupements dans lesquels les établissements publics de recherche détiennent des participations majoritaires, s'il s'agit de personnels scientifiques ou de personnels chargés d'assurer la maintenance et le fonctionnement des équipements de recherche, sont soumis aux articles 24, 25, 28, 29 et 30 du code du travail

*maritime pendant la durée de leurs missions temporaires à bord d'un navire de recherche océanographique ou halieutique* » .

2° Le présent arrêt précise également les conditions de validité d'un accord d'entreprise exécuté sans avoir fait préalablement, en application de l'article L. 132-10, alinéa 2, du code du travail, l'objet d'un dépôt au greffe du conseil des prud'hommes du lieu où il a été conclu.

La Cour de cassation réaffirme que l'accord, dont l'entrée en vigueur n'est pas subordonnée par les parties à l'accord au dépôt légal, conserve son caractère d'accord d'entreprise s'il est exécuté (Soc., 22 avril 1985, *Bull.* 1985, V, n° 249, p. 180).

**\* Voyageur, représentant, placier (VRP)**

**N° 671**

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-42 et L. 751-1 du code du travail et de l'article 5-1 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs représentants placiers du 3 octobre 1975, d'une part qu'un voyageur représentant placier (VRP) engagé à titre exclusif a droit à la ressource minimale forfaitaire instituée par ce dernier texte, d'autre part que toute retenue pratiquée par l'employeur sur cette ressource minimale constitue une sanction pécuniaire illicite.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déboute un VRP de sa demande de rappel de salaire au titre de la ressource minimale forfaitaire au motif que ce VRP n'avait pas respecté son obligation contractuelle de réaliser le quota de vingt-cinq argumentations hebdomadaires, qu'il n'exerçait son activité qu'à temps partiel et qu'il n'avait pas fourni la totalité du temps de travail qui lui était demandé au regard de la clause définissant l'assiduité requise.

**Soc., 13 décembre 2006. Cassation**

N° 05-40.969. – C.A. Nancy, 29 mars 2004.

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

Note

L'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs représentants placiers prévoit en faveur des représentants de commerce, engagés à titre exclusif par un seul employeur, une ressource minimale forfaitaire au titre de chaque trimestre d'emploi à temps plein.

Or, la chambre sociale a retenu qu'un voyageur représentant placier, s'il est engagé à titre exclusif, ne peut, en raison de l'atteinte qu'une telle clause porte à la liberté du travail, se voir imposer de travailler à temps partiel et a droit à la rémunération minimale forfaitaire (Soc., 11 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n° 276, p. 218 et n° 277, p. 219).

Dès lors, et plus particulièrement depuis plusieurs arrêts de 2004 (Soc., 27 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 278, p. 251 et Soc., 30 novembre 2004, *Bull.* 2004,

V, n° 315, p. 283), la chambre sociale réaffirme régulièrement la règle selon laquelle « un voyageur représentant placier engagé à titre exclusif a droit à la ressource minimale forfaitaire » et que « toute retenue pratiquée par l'employeur sur cette ressource minimale constitue une sanction pécuniaire illicite. »

Cette règle signifie que le voyageur représentant placier lié à son employeur de manière exclusive et pour un travail à temps plein ne peut se voir opposer le fait qu'il n'a en réalité exercé qu'à temps partiel. Et l'article L. 122-42 du code du travail prohibant toute amende ou sanction pécuniaire, l'employeur ne peut en aucun cas pratiquer une retenue sur la rémunération minimale forfaitaire.

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans le présent arrêt, censurant les juges du fond qui avaient débouté un voyageur représentant placier de ses demandes en paiement de sommes au motif qu'il n'avait pas rempli ses engagements.

**B. – DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS**

*1. Durée du travail, repos et congés*

**\* Congés payés**

**N° 672**

En présence d'un objet social faisant état de prestations de nature à entraîner l'adhésion obligatoire à la caisse des congés payés du bâtiment, il incombe à l'entreprise de démontrer que son activité réelle n'entre pas, en tout ou en partie, dans le champ d'application de cette obligation.

**Soc., 15 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-19.124. – C.A. Aix-en-Provence, 14 juin 2005.

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

Note

Selon l'article D. 732-1 du code du travail, dans le domaine du bâtiment et des travaux publics, « le service des congés payés est assuré par des caisses constituées à cet effet dans les entreprises appartenant aux groupes ci-après de la nomenclature des entreprises, établissements et toutes activités collectives... », cet article citant ensuite les rubriques 33 (entreprises qui concourent à la construction des bâtiments) et 34 (entreprises de travaux publics) de la nomenclature de 1947.

Les entreprises dont l'activité relève de ce secteur ont donc l'obligation de s'affilier à une caisse de congés payés. Une jurisprudence assez fournie détermine la notion d'activité. Tout en se référant aux rubriques 33 et 34 de la nomenclature, le juge doit se fonder sur la nature de l'activité réellement exercée par l'entreprise et pas seulement sur son objet social (Soc., 28 octobre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 525, p. 332 ;

Soc., 20 mars 1990, pourvoi n° 88-16.179). Il doit éventuellement procéder à une décomposition de l'activité exercée pour déterminer si l'entreprise ne relève pas, même à titre accessoire, ou pour partie, du champ d'application de l'article D. 732-1 (Soc., 19 avril 1989, *Bull.* 1989, V, n° 296, p. 176).

Lorsque se pose une difficulté d'établissement de la nature réelle de l'activité, qui, de la caisse ou de l'entreprise, doit avoir la charge de la preuve ? La présente décision, rendue au visa de l'article 1315 du code civil, applique les règles probatoires classiques. La caisse doit établir que les conditions de l'affiliation au regard des termes de l'article D. 732-1 et de l'activité déclarée, telle qu'elle ressort de l'objet social, sont réunies. Mais si l'entreprise soutient que son activité réelle ne correspond pas à son activité déclarée et n'entre pas dans le champ d'application de ce même article, c'est à elle d'en rapporter la preuve.

### N° 673

Il résulte de l'article L. 223-15 du code du travail que lorsque le maintien en activité d'un établissement n'est pas assuré pendant un nombre de jours dépassant la durée fixée pour la durée des congés légaux annuels, l'employeur est tenu, pour chacun des jours ouvrables de fermeture excédant cette durée, de verser à son personnel une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité journalière de congés payés et que cette indemnité n'est pas cumulée avec l'indemnité de congés payés.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui alloue à un salarié des rappels de salaire et de congés payés pour des périodes non travaillées au motif qu'il importait peu qu'il ait reçu une indemnité de congés payés incluse dans la rémunération mensuellement payée alors qu'il résultait de ses constatations que les périodes non travaillées correspondaient à des périodes de fermeture de l'association au-delà de la durée légale des congés payés.

**Soc., 13 décembre 2006. Cassation partielle**

N° 04-46.935. – C.A. Orléans, 1<sup>er</sup> juillet 2004.

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

#### Note

Les conséquences de la fermeture de l'entreprise dont la durée excède la durée des congés légaux annuels sont régies par l'article L. 223-15 du code du travail.

Cet article prévoit que lorsque l'entreprise doit fermer pour une durée supérieure à celle des congés légaux annuels, l'employeur doit verser aux salariés une indemnité journalière pour les jours ouvrables de fermeture excédant cette durée. Cette indemnité ne se cumule pas avec celle de congés payés.

L'indemnité ainsi définie compense le fait que l'employeur ne fournisse pas de travail à ses salariés.

Dans l'espèce soumise à la Cour, un salarié avait travaillé pour une association en qualité de professeur de musique selon plusieurs contrats à durée déterminée conclus pour les périodes de la mi-septembre à la fin juin de chaque année scolaire et ce, moyennant une rémunération incluant les congés payés. Suite à leur non-renouvellement, il a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la requalification de ces contrats en un contrat à durée indéterminée et la condamnation de son employeur au paiement de rappels de salaires et congés payés afférents.

La cour d'appel a accueilli toutes les demandes de l'intéressé et en particulier celle relative aux rappels de salaires au motif que, du fait de la requalification du premier contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, « le salarié a droit aux salaires impayés durant les périodes au cours desquelles il n'a pas travaillé, peu important qu'il ait reçu une indemnité de congés payés incluse dans la rémunération mensuellement payée ».

La Cour de cassation censure cette analyse par application de l'article L. 223-15 : en effet, dès lors que les périodes non travaillées correspondaient à des jours de fermeture de l'association au-delà de la durée légale des congés payés, il ne saurait être fait droit à des demandes en rappels de salaires se cumulant avec l'indemnité de congés payés déjà perçue.

### \* Réduction du temps de travail

#### N° 674

1° Il résulte des dispositions combinées des articles L. 212-1 et L. 212-4 du code du travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 que l'application d'un horaire d'équivalence, dans les industries et commerces déterminés par décret, est subordonnée à l'existence, pendant le temps de travail, de périodes d'inaction.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui, pour condamner un employeur à verser à ses salariées des dommages-intérêts pour défaut de repos compensateur, constate, par une appréciation souveraine des faits et des preuves, que le travail des femmes de chambre d'un hôtel ne comporte pas de périodes d'inaction.

2° Dès lors qu'un accord collectif organisant le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération au fixe réserve, au titre des modalités d'accompagnement de cette mesure, le bénéfice d'une indemnité compensatrice aux salariés présents dans l'entreprise à la date d'entrée en vigueur dudit accord, un salarié embauché postérieurement ne peut prétendre au paiement de cette indemnité sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal ».

Le salarié nouvellement embauché ne se trouve en effet pas dans une situation identique à celle des salariés subissant une diminution de leur salaire de base consécutive à la modification de la structure

de leur rémunération, diminution que l'attribution de l'indemnité considérée a justement pour objet de compenser, et l'employeur peut ainsi se prévaloir d'une justification objective à la différence des rémunérations.

**Soc., 31 octobre 2006. Cassation partielle sans renvoi**

N° 03-42.641. – C.A. Paris, 11 février 2003.

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

Note

1° L'article L. 212-4 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, dispose que « Une durée équivalente à la durée légale peut être instituée dans les professions et pour des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction soit par décret, pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, soit par décret en Conseil d'État. Ces périodes sont rémunérées conformément aux usages ou aux conventions ou accords collectifs. »

Dans l'espèce soumise à la Cour, des salariées employées comme femmes de chambre sollicitaient la condamnation de leur employeur à leur verser des dommages-intérêts pour défaut de repos compensateur. Les juges d'appel, pour accueillir ces demandes, avaient écarté l'application du régime d'équivalence prévu par le décret n° 99-256 du 31 mars 1999 relatif à la durée du travail dans les hôtels, cafés, restaurants, au motif que le travail des femmes de chambre ne comportait pas de périodes d'inaction.

La chambre sociale avait déjà jugé (Soc., 8 juillet 2003, *Bull.* 2003, V, n° 216, p. 223) que lorsqu'un salarié soumis à un horaire d'équivalence est contraint d'effectuer, pendant les périodes d'inaction inhérentes à son emploi, des tâches supplémentaires ne relevant pas de cet emploi, les heures de travail consacrées à cette activité accessoire et distincte doivent lui être payées comme heures supplémentaires.

Par le présent arrêt, elle énonce pour la première fois expressément le principe selon lequel l'application d'un horaire d'équivalence, dans les industries et commerces déterminés par décret, est subordonnée à l'existence, pendant le temps de travail, de périodes d'inaction.

La Cour utilise ainsi une formule strictement identique à celle du Conseil d'État dans son arrêt du 15 décembre 2000 (M. X... c/ Banque de France, requête n° 203331). Cette même juridiction a d'ailleurs récemment (CE, première sous-section, 18 octobre 2006, n° 276359, 275360, 277153, 277155 et 278106, Fédération des services CFDT et a.) annulé les dispositions réglementaires validant et étendant le régime d'équivalence, prévu par l'avenant du 13 juillet 2004 à la convention collective des hôtels, cafés et restaurants, qui avait fixé à trente-neuf heures – ou trente-sept heures dans certains cas – la durée légale du travail dans ce secteur. Le Conseil

d'État a en effet constaté que le décret du 30 décembre 2004 attaqué avait méconnu les dispositions de l'article L. 212-4 du code du travail, dès lors qu'il avait entendu soumettre au même régime d'équivalence non pas les seuls emplois ou professions comportant des périodes d'inaction, mais l'ensemble des salariés du secteur de l'hôtellerie restauration, sans distinction.

On peut noter que, selon la chambre sociale, l'existence de périodes d'inaction est appréciée souverainement par les juges du fond.

2° Le présent arrêt permet par ailleurs à la Cour de cassation de rappeler la portée du principe « à travail égal, salaire égal. »

Dans l'espèce soumise à la Cour, les femmes de chambre réclamaient le bénéfice des dispositions d'un accord collectif attribuant une indemnité aux salariés qui passent d'une rémunération au pourcentage à une rémunération au fixe.

La chambre sociale censure la cour d'appel qui avait fait droit à cette demande, alors que les salariées avaient été embauchées postérieurement à la mise en œuvre de l'accord et n'avaient dès lors eu à subir aucune diminution de leur salaire de base résultant de cette modification de la structure de leur rémunération.

La Cour de cassation réaffirme ainsi une solution adoptée en matière de réduction du temps de travail. Dans un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> décembre 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 347, p. 307, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 72, octobre-novembre-décembre 2005, n° 319, p. 150), la chambre sociale avait en effet jugé qu'un salarié, embauché postérieurement à la mise en œuvre d'un accord de réduction du temps de travail, ne se trouvait pas placé dans la même situation que les salariés présents lors de la conclusion de l'accord et qui avaient dû subir une diminution de leur salaire de base, diminution que l'attribution d'une indemnité différentielle avait pour objet justement de compenser.

**N° 675**

1° Il résulte des dispositions combinées des articles 2 du chapitre premier, 1 et 2 du chapitre 2 de l'accord national du 22 juin 1999 sur la durée du travail, applicable aux entreprises entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils, dite « convention Syntec », que l'horaire hebdomadaire collectif de travail des salariés employés selon des modalités « standard » pouvait être maintenu à une durée supérieure à la durée conventionnelle de travail de trente-cinq heures, sous réserve que leur durée effective de travail soit ramenée à trente-cinq heures en moyenne annuelle par l'octroi de jours de réduction du temps de travail.

La cour d'appel qui constate qu'une société avait durant l'année 2000 maintenu l'horaire collectif de travail des salariés employés selon des modalités « standard » à trente-huit heures hebdomadaires en

accordant seulement des jours de repos au titre de la bonification légale des heures supplémentaires effectuées au-delà de trente-cinq heures, décide exactement qu'elle a méconnu les dispositions précitées.

2° Un accord dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la seule parution de son arrêté d'extension, sans distinction entre les dispositions étendues et celles éventuellement exclues de l'extension, est applicable dans son intégralité à compter de la survenance de cet événement aux signataires ou membres de groupements signataires, peu important que l'extension soit totale ou partielle.

**Soc., 31 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 05-10.051. – C.A. Versailles, 4 novembre 2004.

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

*Note*

1° Le présent arrêt porte sur l'interprétation de l'accord du 22 juin 1999 sur la durée du travail, applicable aux entreprises entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils, dite « convention Syntec ». Le chapitre premier, article 2, de l'accord fixe à trente-cinq heures la durée conventionnelle du travail effectif.

L'article premier du chapitre 2 portant dispositions communes relatives aux horaires de travail dispose notamment : « *Tous les salariés qui relèvent du champ d'application du présent accord voient leur durée hebdomadaire de travail réduite selon les modalités définies ci-après. Les réductions d'horaire seront obtenues notamment en réduisant l'horaire hebdomadaire puis en réduisant le nombre de jours travaillés dans l'année par l'octroi de jours disponibles pris de façon individuelle ou collective. Si la réduction d'horaire est obtenue en réduisant le nombre de jours travaillés dans l'année, le salarié bénéficie de jours disponibles attribués au titre de la réduction du temps de travail. Conformément aux dispositions légales, les entreprises conservent la faculté de modifier ou de maintenir l'horaire collectif en vigueur dans l'entreprise avant la date de signature du présent accord.* » Par ailleurs, l'article 2 du chapitre 2 relatif aux salariés employés en modalités « standard » dispose que ces salariés ont une durée hebdomadaire de travail de trente-cinq heures, compte tenu des modalités d'aménagement du temps de travail évoquées précédemment, la réduction de l'horaire de travail effectif devant être telle que leur horaire annuel ne puisse dépasser 1 610 heures pour un salarié à temps plein.

En l'espèce, une société avait maintenu, postérieurement à l'entrée en vigueur de cet accord et pour les salariés employés selon des modalités « standard », un horaire collectif de travail de trente-huit heures en accordant seulement des jours de repos au titre de la bonification légale des heures supplémentaires.

La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir jugé que la société avait méconnu les dispositions impératives de l'accord. Il résulte en effet des dispositions combinées précitées que si l'horaire hebdomadaire collectif de travail des salariés employés selon des modalités « standard » pouvait être maintenu à une durée supérieure à la durée conventionnelle de travail de trente-cinq heures, la durée effective de travail de ces salariés devait être ramenée en moyenne annuelle à trente-cinq heures par l'octroi de jours de réduction du temps de travail.

2° Aux termes de l'article L. 135-1 du code du travail, sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, les conventions et accords collectifs de travail obligent tous ceux qui les ont signés ou qui sont membres des organisations ou groupements signataires. Ainsi, en vertu de l'article L. 132-10 du même code, sauf stipulations contraires, ces textes sont applicables à partir du jour qui suit leur dépôt auprès du service compétent.

Par l'effet de la mise en œuvre de la procédure d'extension prévue à l'article L. 133-8 du code du travail, les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif peuvent être rendues obligatoires par arrêté du ministre chargé du travail, pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de ladite convention ou dudit accord.

En l'espèce, la question posée à la Cour est de savoir si lorsqu'un accord prévoit que son entrée en vigueur est subordonnée à son extension et est possible à compter du premier jour du mois qui suit la parution de son arrêté d'extension au *Journal officiel*, les employeurs membres d'une organisation signataire sont tenus d'appliquer les dispositions exclues de l'arrêté d'extension, à compter de l'extension.

La chambre sociale trouve l'occasion d'affirmer que les signataires ou membres de groupements signataires d'un accord dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la seule parution de son arrêté d'extension, sans autre indication quant aux clauses éventuellement exclues de l'extension, sont soumis à l'accord dans son intégralité dès la parution de l'arrêté d'extension. En effet, l'extension d'un accord n'a pas pour objet de lui conférer un effet exécutoire dans son champ d'application initial mais d'étendre son champ d'application.

Il est néanmoins parfaitement loisible aux parties de subordonner l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord à l'extension de l'accord pris de façon indivisible (Soc., 17 septembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 240, p. 248) ou bien à l'extension de l'accord et pour les seuls articles étendus, auquel cas un article exclu de l'extension n'a pas d'effet obligatoire (Soc., 18 février 1988, pourvoi n° 83-41.727).

**N° 676**

L'article 62 de l'accord national sur les trente-cinq heures de la SNCF du 7 juin 1999 qui dispose que « *sauf demande explicite, les salariés exerçant leur*

*activité à temps partiel... voient leur durée annuelle du travail réduite à due proportion de celle des salariés à temps complet* » implique que la réduction de la durée du travail ne pouvait être imposée aux salariés à temps partiel qui la refusent.

**Soc., 15 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 04-44.930. – C.A. Lyon, 23 avril 2004.

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

Note

Les conditions d'emploi et de travail des personnels de la SNCF sont déterminées par un statut de nature réglementaire, qui établit un régime dérogatoire au droit commun, notamment en matière de durée du travail. Les lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000, relatives à la réduction du temps de travail, ne sont pas applicables à ces personnels.

C'est pourquoi la SNCF a conclu le 7 juin 1999 avec les organisations syndicales un accord national sur les trente-cinq heures, dont l'article 62 stipule que « *sauf demande explicite, les salariés exerçant leur activité à temps partiel ou à temps réduit antérieurement à la signature du présent accord national voient leur durée annuelle du travail réduite à due proportion de celle des salariés à temps complet.* »

Plusieurs salariés, employés à temps partiel, ont sollicité le bénéfice du maintien de leur durée annuelle de travail. La SNCF n'a pas fait droit à leur requête, leur imposant la réduction proportionnelle de leur temps de travail ; elle leur a maintenu leur rémunération antérieure en application des dispositions de l'accord selon lesquelles aucune diminution de salaire ne doit résulter de la mise en place des trente-cinq heures.

Les salariés ayant engagé une procédure judiciaire aux fins d'obtenir des rappels de salaires, la cour d'appel a fait droit à leurs demandes.

La SNCF a formé un pourvoi contre cette décision.

La difficulté tient à l'interprétation de l'article 62 de l'accord national du 7 juin 1999 : en présence d'une demande d'un salarié à temps partiel de voir sa durée de travail antérieure maintenue, l'employeur peut-il néanmoins appliquer la réduction du temps de travail ?

Par la présente décision, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir interprété l'article 62 comme ne permettant pas à l'employeur d'imposer la réduction du temps de travail aux salariés à temps partiel qui la refusent.

**N° 677**

Après avoir décidé à bon droit que l'accord d'entreprise relatif à la réduction du temps de travail n'avait pu remettre en cause les dispositions de la convention collective du personnel de cet organisme relatives au régime des jours chômés pendant lesquels l'entreprise est fermée, une cour d'appel a

pu en déduire que la salariée avait droit à la récupération des jours chômés qui coïncidaient avec des jours d'absence rémunérée préfixés, acquis au titre de cet accord d'entreprise.

**Soc., 13 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-42.528. – C.A. Aix-en-Provence, 21 mars 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.) – M. Barthélemy, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

La présente affaire pose la question de l'articulation entre un accord d'entreprise relatif à la réduction du temps de travail et la convention collective du personnel de cette entreprise relative au régime des jours chômés pendant lesquels l'entreprise est fermée.

En d'autres termes, un salarié bénéficiant de jours d'absence préfixés au titre de la réduction du temps de travail coïncidant avec ces jours chômés peut-il demander à récupérer le bénéfice de ces derniers ?

La chambre sociale répond par l'affirmative. Elle avait déjà jugé que des jours de repos alloués au titre de la réduction du temps de travail coïncidant avec un jour férié chômé devaient donner lieu à indemnité compensatrice, dès lors qu'un accord moins favorable que le statut du personnel applicable ne pouvait priver les salariés d'un droit qu'ils tenaient de ce statut (Soc., 13 octobre 2004, pourvoi n° 02-44 148). Or en l'espèce, l'accord d'entreprise ne pouvait pas remettre en cause les dispositions de la convention collective.

La solution retenue est en outre conforme au principe d'égalité de traitement entre les salariés, régulièrement réaffirmé par la chambre sociale, dès lors que les salariés dont les jours d'absence au titre de la réduction du temps de travail ne coïncident pas avec les jours chômés peuvent en bénéficier cumulativement, de même que ceux dont les jours d'absence ne seraient pas fixes.

**N° 678**

L'accord cadre du 24 janvier 2002 sur l'organisation et la durée du travail effectif dans les services interentreprises de médecine du travail n'impose pas la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à trente-cinq heures. En l'absence de réduction effective du temps de travail, cet accord ne prévoit ni le paiement d'une indemnité différentielle (arrêt n° 1), ni que les rémunérations minimales conventionnelles des médecins du travail, définies sur la base de trente-neuf heures à la date de conclusion de l'accord, s'appliquent à une durée de travail de trente-cinq heures, dès son entrée en vigueur (arrêt n° 2).

Arrêt n° 1 :

**Soc., 13 décembre 2006.**

**Cassation partielle sans renvoi**

N° 05-43.651, 05-43.617 et 05-43.664. – C.A. Bordeaux, 23 mai 2005.



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

Arrêt n° 2 :

**Soc. 13 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-40.671. – C.P.H. Besançon, 15 novembre 2004.

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

*Note*

Les pourvois soumis à la chambre sociale concernaient des salariés employés en qualité de médecins du travail par deux associations différentes, lesquels, après l'entrée en vigueur de l'accord cadre du 24 janvier 2002 sur l'organisation de la durée du travail effectif intervenu dans le cadre de la convention collective du personnel des services interentreprises de médecine du travail du 20 juillet 1976, avaient continué à travailler trente-neuf heures par semaine, les heures effectuées au-delà de la trente-cinquième heure étant rémunérées à titre d'heures supplémentaires, avec bonification.

Ces salariés, soutenant que l'accord cadre avait un caractère impératif en ce qu'il imposait que la durée du travail effectif soit fixée à trente-cinq heures à compter de son entrée en vigueur et se prévalant de ses dispositions relatives au maintien des rémunérations, avaient sollicité, pour les uns, le paiement d'une indemnité différentielle correspondant à la différence entre le salaire de base réel afférent à trente-neuf heures et celui correspondant à trente-cinq heures, et pour les autres, un rappel de salaires correspondant au maintien de la rémunération minimale conventionnelle afférente à trente-neuf heures pour trente-cinq heures de travail effectif.

Les questions posées par les pourvois étaient les suivantes :

L'accord cadre du 24 janvier 2002 sur l'organisation et la durée du travail effectif dans les services interentreprises de médecine du travail a-t-il un caractère impératif, c'est-à-dire impose-t-il la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à trente-cinq heures dès son entrée en vigueur ?

L'accord prévoit-il le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail afin de maintenir le salaire de base réel afférent à trente-neuf heures pour trente-cinq heures de travail ou, à tout le moins, que la rémunération minimale conventionnelle afférente à trente-neuf heures sera due pour trente-cinq heures de travail ?

La chambre sociale, interprétant l'accord dont il s'agit, répond par la négative à chacune de ces questions. Elle énonce que l'accord cadre du 24 janvier 2002 n'impose pas la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à trente-cinq heures. Elle juge en outre que, si l'accord prévoit bien une « garantie de salaire minimale mensuelle » (article 10.2 de l'accord) ayant pour objet le maintien du salaire base trente-neuf heures, cette garantie porte d'une part, non sur le salaire réel, mais sur les rémunérations et appointements minimaux

mensuels fixés par la convention collective et d'autre part, ne s'applique qu'en cas de réduction effective du temps de travail en dessous de trente-neuf heures. Il ne s'agit donc pas d'un dispositif général de maintien du salaire afférent à trente-neuf heures lors de la réduction du temps de travail mais d'un mécanisme comparable à celui institué par la loi du 19 janvier 2000 pour les salariés payés au SMIC et destiné à ce que la réduction du temps de travail ne s'accompagne pas d'une baisse proportionnelle de la rémunération des salariés payés juste au niveau des minima conventionnels.

La chambre sociale censure en conséquence les juges du fond saisis qui, pour condamner l'une des associations au paiement d'une indemnité différentielle, avaient fait application de la solution dégagée par les arrêts du 4 juin 2002 concernant l'accord cadre du 12 mars 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans les établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées relevant de la convention collective du 15 mars 1966 (Soc., *Bull.* 2002, n° 193 et 194) ainsi que l'accord-cadre du 9 mars 1999 relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail dans les centres d'hébergement et de réadaptation sociale et secteur insertion (pourvoi n° 01-01.215) : en l'état d'un accord collectif fixant la durée du travail à trente cinq heures et prévoyant le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail pour maintenir le salaire à son niveau antérieur, les salariés qui ont continué à travailler pendant trente neuf heures par semaine ont droit à cette indemnité et au paiement des heures accomplies au-delà de trente cinq heures majorées de la bonification alors applicable.

En l'espèce, l'accord n'ayant pas de caractère impératif et ne prévoyant pas le paiement d'une indemnité différentielle destinée à maintenir le salaire réel afférent à trente-neuf heures pour trente-cinq heures de travail, cette jurisprudence était inapplicable.

La chambre approuve en revanche les juges du fond qui avaient rejeté les demandes des autres salariés en paiement d'un rappel de salaires correspondant au maintien de la rémunération minimale conventionnelle, au motif que la garantie n'était due qu'en cas de réduction effective du temps de travail.

**N° 679**

Selon l'article L. 212-15-3 III du code du travail relatif aux conventions de forfait en jours sur l'année pour les cadres dits « autonomes », la convention ou l'accord détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte ainsi que les modalités concrètes d'application des dispositions concernant les repos quotidiens et hebdomadaires. Il résulte de ces dispositions et de celles de l'arti-

cle L. 212-15-3 I du même code que lesdites modalités ne peuvent être prévues que par convention ou accord collectif.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui déboute un salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires au motif que son contrat de travail prévoyait une convention de forfait en jours, alors que l'avenant à la convention collective applicable ne prévoyait pas les modalités de contrôle, de suivi et d'application des conventions de forfait en jours et que ces modalités avaient été précisées unilatéralement par l'employeur.

**Soc., 13 décembre 2006. Cassation partielle**

N° 05-14.685. – C.A. Versailles, 10 mars 2005.

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

#### Note

La loi du 19 janvier 2000 sur la réduction du temps de travail, dite loi « Aubry II », après avoir énoncé que les cadres dits « autonomes », c'est-à-dire ceux qui ne font pas partie de la catégorie des cadres dirigeants ni de celle des cadres « intégrés » soumis à l'horaire collectif de travail, doivent bénéficier d'une réduction effective de leur durée de travail, a institué la possibilité pour ces cadres d'être soumis à des conventions de forfait.

L'article L. 212-15-3 III du code du travail précise ainsi, dans sa rédaction originelle, applicable à la cause, que, pour les forfaits en jours, « *La convention ou l'accord collectif prévoyant la conclusion de conventions de forfait en jours ne doit pas avoir fait l'objet d'une opposition en application de l'article L. 132-26. Cette convention ou cet accord doit fixer le nombre de jours travaillés. [...] La convention ou l'accord précise en outre les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos. Il détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte. [...] Les salariés concernés ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 212-1 et du deuxième alinéa de l'article L. 212-7. Les dispositions des articles L. 220-1, L. 221-2 et L. 221-4 leur sont applicables. La convention ou l'accord doit déterminer les modalités concrètes d'application de ces dernières dispositions.* »

Dans la présente affaire, un avocat salarié, à la suite de son licenciement, avait introduit une demande en paiement d'heures supplémentaires. Cadre du cabinet, il était soumis de par son contrat de travail à une convention de forfait en jours. Les juges du fond l'ont débouté de sa demande au motif que le forfait en jours excluait l'application des dispositions relatives au paiement des heures supplémentaires et que si l'avenant n° 7 sur le temps de travail du 7 avril 2000 à la convention collective des avocats salariés du 17 février 1995 ne prévoyait pas les modalités de suivi de l'organisation du travail des cadres concernés par les forfaits en jours, de l'amplitude de leurs journées d'activité

et de la charge de travail qui en résulte ainsi que les modalités concrètes d'application des dispositions concernant les repos quotidiens et hebdomadaires, celles-ci étaient précisées au sein de l'entreprise au moyen de son réseau intranet.

Il convient de préciser à cet égard que les dispositions de l'accord qui prévoyait l'institution de conventions de forfait en jours avaient été étendues sous réserve que les différentes modalités précitées soient précisées au niveau de l'entreprise.

La question posée à la Cour de cassation portait donc sur le fait de savoir si un cadre peut être soumis à un forfait en jours quand l'accord collectif prévoyant le recours à ce mécanisme n'en précise pas les modalités de mise en œuvre et que celles-ci ont été définies de façon unilatérale par l'employeur.

La chambre sociale répond très clairement par la négative en censurant les juges du fond pour violation de la loi : il résulte de la lettre même de l'article L. 212-15-3 III du code du travail que les modalités de mise en œuvre d'une convention de forfait en jours « *ne peuvent être prévues que par convention ou accord collectif* » et ne peuvent pas être simplement « *précisées de façon unilatérale par l'employeur* ».

Cet arrêt complète donc ainsi la solution retenue par la chambre sociale le 26 mai 2004, concernant l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail applicable aux entreprises relevant de la convention collective dite « Syntec », qui avait admis la validité du dispositif prévoyant que les modalités conditions de mise en œuvre des conventions de forfait en jours seraient précisées par accord d'entreprise (Soc., 26 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 144 (2), p. 134) : si ces modalités peuvent n'être définies qu'à l'échelle de l'entreprise, elles doivent en revanche impérativement faire l'objet d'une négociation collective. Il s'agit là d'une garantie voulue par le législateur et destinée à éviter d'éventuels abus dans l'utilisation du mécanisme de forfait en jours, étant rappelé que celui-ci entraîne notamment l'inapplicabilité des durées maximales de travail.

#### \* *Repos hebdomadaire et jours fériés*

#### N° 680

Il résulte de l'article 23 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 que le personnel bénéficie du repos des jours fériés et fêtes légales (1<sup>er</sup> janvier, lundi de Pâques, 1<sup>er</sup> mai et 8 mai, Ascension, lundi de Pentecôte, 14 juillet, 15 août, Toussaint, 11 novembre, Noël) sans aucune diminution de salaire ; que le salarié dont le repos hebdomadaire n'est pas habituellement le dimanche a droit, quand ces jours fériés tombent un dimanche, à un repos compensateur d'égale durée quand il a effectivement assuré son service un jour férié légal, ou si ce jour coïncidait avec son repos hebdomadaire ; que dans l'un et l'autre cas, ce repos compensateur est accordé sans

préjudice du repos hebdomadaire normal ; que le salarié dont le repos hebdomadaire est habituellement le dimanche n'a pas droit à ce repos compensateur.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour faire droit à une demande de rappel de salaire qui n'entre pas dans ce cadre conventionnel, retient néanmoins que si un jour férié non travaillé coïncide avec un jour de repos hebdomadaire, le nombre total d'heures de travail est supérieur à la durée annuelle du travail que prévoit le protocole d'accord pour l'aménagement et la réduction du temps de travail applicable au sein de l'entreprise, alors que les heures effectuées au-delà de la durée annuelle de travail ne peuvent pas, par elles-mêmes, ouvrir des droits à absence rémunérée de la nature de ceux que prévoit le texte précité.

**Soc., 13 décembre 2006. Cassation**

N° 05-43.722 à 05-43.742. – C.A. Aix-en-Provence, 26 mai 2005.

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

#### Note

Cet arrêt soulève la question de savoir si une cour d'appel pouvait accorder un rappel de salaire pour des jours fériés non travaillés en se fondant sur la durée annuelle du travail prévue par un accord d'entreprise.

La convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 prévoit en son article 23 que le salarié travaillant habituellement le dimanche a droit, lorsque les jours fériés tombent un dimanche, à un repos compensateur d'égale durée :

– quand il a effectivement assuré son service un jour férié légal

ou

– si ce jour coïncidait avec son repos hebdomadaire.

Ce repos compensateur est accordé sans préjudice du repos hebdomadaire.

En l'espèce, un salarié sollicitait des rappels de salaires au titre des jours fériés non travaillés coïncidant avec un jour de repos hebdomadaire.

La cour d'appel avait déduit du texte conventionnel précité que si les jours fériés ne tombaient pas un dimanche, le salarié travaillant ce jour-là ne pouvait prétendre au repos compensateur et ce, conformément à la jurisprudence de la chambre sociale (Soc., 28 octobre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 524, p. 331). Mais, considérant qu'il se trouvait lésé parce qu'il travaillait alors au-delà de la durée annuelle du travail prévue par un accord d'entreprise d'aménagement et de réduction du temps de travail, elle avait accordé au salarié un rappel de salaire fondé sur cet accord.

La chambre sociale casse cette décision au motif que les heures effectuées au-delà de la durée annuelle de travail n'ouvrent pas droit à repos compensateur.

## 2. Rémunérations

### \* Intéressement et participation

#### N° 681

Il résulte des articles L. 442-1 et L. 442-2, dans sa rédaction applicable, du code du travail, qu'une entreprise occupant habituellement au moins cinquante salariés n'est légalement tenue de constituer une réserve spéciale de participation qu'autant que le bénéfice de l'exercice réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'Outre-mer, tel qu'il est retenu pour être imposé au taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu, excède, après déduction de l'impôt correspondant, la rémunération au taux de 5 % des capitaux propres de l'entreprise.

**Soc., 20 décembre 2006. Cassation partielle**

N° 04-16.661. – C.A. Versailles, 29 avril 2004.

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

#### Note

Si l'article L. 442-1 du code du travail dispose de manière générale que « Toute entreprise employant habituellement au moins cinquante salariés, quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique, est soumise aux obligations de la présente section, destinées à garantir le droit de ses salariés à participer aux résultats de l'entreprise », l'article L. 442-2, dans sa rédaction applicable à la cause, précise pour sa part que « Dans les entreprises mentionnées à l'article L. 442-1, une réserve spéciale de participation des salariés doit être constituée comme suit :

1. Les sommes affectées à cette réserve spéciale sont, après clôture des comptes de l'exercice, calculées sur le bénéfice réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'Outre-mer, tel qu'il est retenu pour être imposé au taux de droit commun de l'impôt sur le revenu ou aux taux de l'impôt sur les sociétés prévus au deuxième alinéa et au f du I de l'article 219 du code général des impôts. [...] »

Dans la présente affaire, un ancien salarié d'une association gérant un établissement d'enseignement avait introduit une action tendant à enjoindre à cette association d'inclure dans ses comptes la réserve spéciale de participation prévue par le régime obligatoire de participation des salariés aux résultats de l'entreprise. Les juges du fond avaient fait droit à sa demande en affirmant que l'association remplissait les conditions du régime obligatoire, dès lors qu'elle employait habituellement au moins cinquante salariés et qu'elle réalisait des bénéfices. L'association a formé un pourvoi en soutenant que

la réalisation d'un simple bénéfice comptable ne saurait suffire, mais que l'article L. 442-2 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, exige la réalisation d'un bénéfice fiscal.

La question soumise à la Cour de cassation était donc de déterminer les conditions exigées quant au bénéfice réalisé par l'entreprise pour que la constitution de la réserve spéciale de participation prévue par le régime obligatoire de participation des salariés aux résultats de l'entreprise soit une obligation.

Si la chambre sociale a eu l'occasion de préciser que la réserve spéciale devait être constituée dès lors que l'entreprise est soumise à la loi française (Soc., 22 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 179, p. 141), elle se détermine dans le présent arrêt pour la première fois sur la nature exigée du bénéfice réalisé.

Deux thèses étaient en présence.

Le salarié soutenait, repris en cela par les juges du fond, que les seules conditions requises pour déclencher l'obligation de constitution de la réserve étaient que l'entreprise emploie habituellement au moins cinquante salariés et réalise un bénéfice, même simplement comptable, les conditions d'imposition mentionnées à l'article L. 442-2 du code du travail ne fixant que les modalités de calcul de cette réserve.

Pour sa part, l'association soutenait au contraire que l'article L. 442-2 exigeait que le bénéfice soit fiscal et soit imposé au taux de droit commun de l'impôt sur le revenu ou au taux de l'impôt sur les sociétés.

Or en l'espèce, si l'association réalisait bien un bénéfice comptable, elle était exonérée de tout impôt en tant que congrégation religieuse.

Dans le présent arrêt, la chambre sociale prend clairement position pour la thèse soutenue par le pourvoi et censure les juges du fond : la réalisation d'un bénéfice simplement comptable ne saurait suffire à imposer à une entreprise la constitution de la réserve spéciale de participation.

Au contraire, seules les entreprises réalisant un bénéfice imposé au taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu sont légalement tenues de constituer la réserve, si ce bénéfice excède, après déduction de l'impôt correspondant, la rémunération au taux de 5 % des capitaux propres de l'entreprise.

En effet, bien qu'une association n'ait pas de but lucratif, elle peut tout de même exercer une activité qui se révèle lucrative, c'est-à-dire bénéficiaire. La seule interdiction faite à l'association est de partager ces bénéfices entre les membres de l'association. Mais si ce bénéfice est bien comptable, il est en principe exonéré de l'impôt. Se satisfaire de l'exigence de ce seul bénéfice comptable eût été assujettir à l'obligation de constitution de la réserve spéciale de participation toute association ou syndicat dès lors que son résultat comptable aurait été bénéficiaire.

## \* Salaire

N° 682

L'employeur est tenu de s'acquitter de l'intégralité du salaire dû au salarié.

A défaut, il engage sa responsabilité contractuelle, peu important que le manquement constaté résulte d'une erreur dans la détermination du précompte des charges sociales salariales.

**Soc., 31 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 05-40.302. – C.A. Paris, 16 novembre 2004.

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

### Note

Un salarié réclamait à son ancien employeur des dommages-intérêts pour ne pas lui avoir versé l'intégralité de son salaire, à la suite d'un prélèvement erroné de cotisations CSG et CRDS.

La cour d'appel avait condamné l'employeur au motif qu'il « avait le pouvoir d'interrompre la retenue à la source de la CSG et de la CRDS sans l'accord préalable de l'URSSAF » et avait ainsi « manqué à son obligation contractuelle de payer l'intégralité du salaire dû », le salarié étant « en droit d'obtenir réparation du préjudice financier résultant des retenues opérées ».

La jurisprudence reconnaît la possibilité d'une action en responsabilité contractuelle fondée sur la faute de l'employeur qui a omis de verser des cotisations vieillesse pour une période donnée (Soc., 1<sup>er</sup> avril 1997, *Bull.* 1997, V, n° 130, p. 95).

Mais qu'en est-il dans le cas de figure inverse, lorsque l'employeur a précompté des cotisations qui ne devaient pas l'être ? L'erreur commise de bonne foi permet-elle cependant d'engager sa responsabilité contractuelle ?

Par le présent arrêt, la Cour de cassation confirme que l'employeur est tenu de s'acquitter de l'intégralité du salaire ; à défaut sa responsabilité contractuelle est engagée, « peu important que ce manquement résulte d'une erreur dans la détermination du précompte des charges sociales salariales ».

Cet arrêt se situe dans la continuation de la jurisprudence de la Cour qui affirme que le non-paiement des salaires constitue une violation des obligations contractuelles incombant à un employeur, de sorte que l'employeur qui ne règle pas les salaires à leur échéance peut être jugé responsable de la rupture du contrat de travail (29 mai 1990, *Bull.* 1990, V, n° 244, p. 145 ; 18 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 495, p. 369).

\* *Salaire (à travail égal, salaire égal)*

## N° 683

1° Caractérise l'existence d'éléments de nature à justifier une différence de traitement et de rémunération une cour d'appel qui constate que les promotions internes sont, en application d'un accord d'entreprise, soumises à une procédure de reconnaissance des compétences par un jury indépendant et qu'un salarié, qui n'a pas été admis par le jury en 2000, n'a ensuite plus fait acte de candidature.

Est dès lors justifié l'arrêt qui décide que l'employeur n'a pas méconnu le principe « à travail égal, salaire égal ».

2° Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié et toute mesure contraire est abusive et donne lieu à des dommages-intérêts.

**Soc., 17 octobre 2006. Cassation partielle**

N° 05-40.393. – C.A. Grenoble, 17 novembre 2004.

M. Bailly, Pt (f.f.). – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

*Note*

1° Depuis un arrêt du 29 octobre 1996 (*Bull.* 1996, V, n° 359, p. 255), la chambre sociale pose le principe 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 ».

En vertu de ce principe dit « à travail égal, salaire égal », qui a valeur de principe général du droit (*Soc.*, 18 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 213, p. 156), des différences de rémunérations pour un travail égal ou de valeur égale doivent donc être justifiées par des éléments objectifs.

Dans la présente espèce, il appartenait à la Cour de cassation de déterminer si une procédure de promotion interne à une entreprise, applicable à tous les salariés, constituait un élément objectif justifiant une différence de classification et de rémunération.

La Cour de cassation considère qu'une telle procédure respecte la règle « à travail égal, salaire égal », au vu des constatations des juges du fond qui ont relevé que cette procédure fait intervenir, pour la reconnaissance des compétences, un jury indépendant et que le salarié intéressé, qui a fait acte de candidature à une reprise, n'a pas persévéré par la suite.

La chambre sociale prend donc en compte l'objectivité du processus de sélection auquel le salarié s'est soumis, caractérisé par l'intervention d'un jury indépendant.

2° Aux termes de l'article L. 412-2 du code du travail, « il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la

*répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement (...)*

*Toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents est considérée comme abusive et donne lieu à dommages et intérêts.*

*Ces dispositions sont d'ordre public ».*

La chambre sociale devait ici se prononcer sur l'application de ces dispositions à l'évaluation d'un salarié.

Elle répond positivement, compte tenu du caractère non limitatif de cet article ainsi que de la portée que l'évaluation peut avoir sur l'avancement, la rémunération ou l'octroi d'avantages sociaux au salarié concerné.

## N° 684

Il n'y a pas méconnaissance du principe « à travail égal, salaire égal » lorsque la différence de rémunération entre les salariés résulte de ce que, à la suite d'une réorganisation du service, l'employeur a maintenu à certains salariés leur qualification ainsi que la rémunération afférente, bien que les fonctions attachées à cette qualification leur aient été retirées.

**Soc., 28 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.414. – C.A. Dijon, 20 janvier 2005.

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

*Note*

Le présent arrêt vient rappeler la portée du principe « à travail égal, salaire égal ».

Cette espèce concernait des salariés qui, suite à une réorganisation de leur service, occupaient un poste ne correspondant plus à leur qualification, supérieure, tout en continuant à percevoir la rémunération attachée à celle-ci. Les salariés occupant ce poste avec la qualification qui lui correspondait percevaient pour leur part une rémunération inférieure.

Le pourvoi faisait valoir que les salariés occupant le même poste se trouvaient dans une situation identique et devaient en conséquence percevoir une rémunération identique.

La jurisprudence de la Cour de cassation a retenu que l'existence d'éléments objectifs justifiait une différence de rémunération entre des salariés effectuant un travail de même valeur (cf. la note sous *Soc.*, 3 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 160, p. 155 au *Bulletin du droit du travail*, n° 74, avril-mai-juin 2006, n° 513, p. 46).

Dans l'arrêt du 3 mai 2006 précité, la Cour a ainsi jugé que la différence de parcours professionnel entre des salariés occupant le même emploi justifiait une dérogation au principe « à travail égal, salaire égal ».

Dans cette logique, la chambre sociale affirme que les salariés ayant changé de fonction suite à la

réorganisation de leur service tout en gardant leur précédente qualification ne se trouvaient pas dans une situation identique aux autres salariés occupant cet emploi.

**\* Garantie AGS**

**N° 685**

Le paiement des cotisations sociales obligatoires afférentes à la rémunération constitue pour l'employeur une obligation résultant du contrat de travail. Dès lors, en vertu de l'article L. 143-11-1, alinéa 2, 1<sup>o</sup> du code du travail, l'AGS est tenue de garantir la régularisation des cotisations dues antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

**Soc., 24 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 04-46.622. – C.A. Toulouse, 24 juin 2004.

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

Note

L'article L. 143-11-1 du code du travail impose à tout employeur de s'assurer contre le risque de non-paiement des sommes dues aux salariés en exécution du contrat de travail en cas d'ouverture d'une procédure collective. Il prévoit notamment, en son alinéa 2, 1<sup>o</sup>, que cette assurance couvre « les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ». Il s'agit dans ce cas des créances nées en exécution du contrat de travail.

Dans cette affaire, un salarié a introduit une action prud'homale afin d'obtenir la condamnation de son ancien employeur, pour la période non prescrite, à procéder à la régularisation du paiement des cotisations sociales afférentes à ses indemnités de frais professionnels. La société a été placée en liquidation judiciaire en cours de procédure et les juges d'appel ont condamné l'employeur à procéder à la régularisation et dit que l'AGS devait la garantir, ce qu'elle a contesté en formant un pourvoi.

La question posée à la Cour de cassation était donc de déterminer si la régularisation du paiement de cotisations sociales entre dans le champ de la garantie de l'AGS.

La chambre sociale a déjà eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises que l'AGS devait sa garantie pour l'indemnité allouée au salarié en réparation du préjudice subi du fait du non-paiement par l'employeur de cotisations sociales obligatoires prévues par une disposition conventionnelle, car il s'agit d'une « créance née en exécution du contrat de travail. » Ainsi en est-il pour des cotisations à une caisse complémentaire de prévoyance (Soc., 31 mars 1998, Bull. 1998, V, n° 183, p. 133 ; Soc., 30 mars 1999, pourvoi n° 96-44.332) ou une caisse de retraite complémentaire (Soc., 25 janvier 2005, Bull. 2005, V, n° 17, p. 14).

Cependant, si l'indemnité due au salarié en réparation du préjudice subi du fait du non-paiement par l'employeur des cotisations sociales était garantie par l'AGS, en revanche, le paiement des cotisations sociales n'était pas garanti parce que ces cotisations n'étaient pas dues aux salariés mais aux organismes sociaux (Soc., 31 mars 1998, Bull. 1998, V, n° 183 ; Soc., 31 mars 1999, pourvoi n° 96-44.332).

Il a ainsi été jugé que les cotisations au régime de retraite complémentaire prévu par une convention collective ou un accord d'entreprise qui constituent une dette de l'entreprise envers l'organisme gestionnaire n'étaient pas garanties (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-42.494, RJS 5/00 n° 540, D. 2001, som. p. 119) et que la demande de régularisation du paiement des cotisations dues à une caisse de prévoyance complémentaire n'était pas garantie (Soc., 31 mars 1998 précité, Bull. 1998, V, n° 183, D. 1998, IR, 125 ; Soc., 21 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.231 ; Soc., 24 février 1993, pourvoi n° 90-43.865).

Toutefois, le fait que le créancier soit l'organisme de prévoyance ou de retraite ne doit pas faire illusion. C'est en raison de l'affiliation du salarié à ce régime que les cotisations sont versées et c'est finalement lui qui en sera bénéficiaire au moment de la liquidation.

D'ailleurs, en contrepartie de cette affiliation, la rémunération du salarié est amputée d'une partie de ces cotisations.

La chambre sociale a ainsi admis que des cotisations indûment retenues par l'employeur sur la rémunération du salarié étaient garanties par l'AGS (Soc., 12 janvier 1999, pourvoi n° 96-43.514, revenant sur la jurisprudence antérieure Soc., 5 avril 1995, RJS n° 622 ; Soc., 8 février 1994, pourvoi n° 92-42.366 ; Soc., 22 juin 1993, pourvoi n° 90-44.058 ; Soc., 4 mai 1993, pourvoi n° 92-40.395).

Plus récemment, elle a décidé que la garantie de l'AGS s'étendait à toutes les cotisations sociales dont le paiement résulte de l'exécution du contrat de travail (Soc., 12 février 2003, pourvoi n° 01-40.676).

Par l'arrêt du 24 octobre 2006, publié, la chambre sociale reprend la solution adoptée dans son arrêt du 12 février 2003, qu'elle précise en affirmant que « le paiement des cotisations sociales obligatoires afférentes à la rémunération des salariés est pour l'employeur une obligation résultant de l'exécution du contrat de travail. » Il s'agit donc de sommes dues en exécution du contrat de travail, à la condition qu'elles concernent des cotisations sociales obligatoires et afférentes à la rémunération du salarié. Dès lors, elles sont garanties par l'AGS en application de l'article L. 143-11-1, alinéa 2, 1<sup>o</sup>, du code du travail, à partir du moment où elles étaient dues antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

**N° 686**

1<sup>o</sup> Lorsque le salarié saisit le juge prud'homal sur le fondement de l'article L. 621-127 du code de

commerce, à la suite du refus de l'AGS de régler une créance figurant sur un relevé des créances résultant du contrat de travail, la seule absence de mise en cause de l'administrateur judiciaire ou, après la fin de ses fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ne peut affecter la recevabilité de cette action, dès lors que le représentant des créanciers encore en fonction est appelé à la procédure, avec un mandataire *ad hoc* désigné pour représenter la société dans les procédures.

2<sup>o</sup> Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort qu'une demande n'était pas recevable faute de mise en cause de l'administrateur judiciaire ou du commissaire à l'exécution du plan, 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 déclarant que l'action est recevable, le renvoi ne portant que sur l'examen au fond de la demande.

**Soc., 21 décembre 2006. Cassation partiellement sans renvoi**

N<sup>o</sup> 04-45.720. – C.A. Caen, 21 mai 2004.

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

#### Note

Lorsque, dans le cadre d'une procédure collective, l'AGS refuse de régler une créance figurant sur un relevé des créances résultant du contrat de travail, l'article L. 621-127 du code de commerce, en vigueur au moment du litige, prévoit que le salarié concerné peut saisir le conseil de prud'hommes. Le représentant des créanciers, le chef d'entreprise ou l'administrateur, lorsqu'il a pour mission d'assurer l'administration, sont alors mis en cause.

La question posée à la Cour par le présent litige était de déterminer si l'absence de mise en cause de l'administrateur judiciaire ou, après la fin de ses fonctions, du commissaire à l'exécution du plan affectait la recevabilité de la demande formée par le salarié.

La Cour de cassation a déjà jugé, pour l'application de l'article L. 621-125, qui prévoit une action semblable pour l'inscription d'une créance salariale sur l'état de créances, que l'absence de mise en cause du représentant des créanciers n'affectait pas la recevabilité de la demande (Soc., 16 janvier 1991, *Bull.* 1991, V, n<sup>o</sup> 14, p. 9).

La chambre sociale étend logiquement l'application de cette solution à l'action en paiement de la créance salariale inscrite sur le relevé, dès lors que la société est représentée par un mandataire *ad hoc* et dans la mesure où le principal défendeur à l'action n'est pas l'administrateur judiciaire mais, dans l'hypothèse prévue par l'article L. 621-127, l'AGS.

En outre, l'action intentée sur le fondement de l'article L. 621-127 ne tend qu'à la mise en œuvre de la garantie de l'AGS au bénéfice des salariés. L'absence de mise en cause du mandataire judiciaire ne constitue dès lors au plus qu'une irrégu-

larité de forme, qui ne saurait être sanctionnée au détriment du salarié, par l'irrecevabilité de l'action en paiement de la créance salariale.

## C. – SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL

### 1. Obligation de sécurité pesant sur l'employeur

N<sup>o</sup> 687

Il résulte de l'article L. 230-2 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive CEE n<sup>o</sup> 89/391 du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ainsi que de l'article R. 241-51 du code du travail, que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité ; qu'il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier, lors de la reprise du travail ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation ou éventuellement de l'une ou de l'autre de ces mesures et que le non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la visite médicale de reprise cause nécessairement au salarié un préjudice.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel, qui a fait ressortir que le salarié avait repris son travail et continué à travailler au-delà des huit jours de la reprise sans passer la visite médicale prévue par les alinéas 1 à 3 de l'article R. 241-51 du code du travail, a condamné l'employeur à verser au salarié des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi de ce fait.

**Soc., 13 décembre 2006.**

**Rejet**

N<sup>o</sup> 05-44.580. – C.A. Lyon, 1<sup>er</sup> juillet 2005.

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

#### Note

Aux termes de l'article L. 230-2 I du code du travail, « le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Il veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes ».

La jurisprudence de la Cour de cassation, interprétant ce texte à la lumière de la Directive CEE n° 89/391, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, a jugé qu'il en résultait pour l'employeur une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise. Par un arrêt du 28 février 2006 (Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, p. 78, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 73, janvier-février-mars 2006, n° 418, p. 35), mettant en exergue l'exigence d'effectivité du droit, elle a ainsi retenu qu'il appartenait à l'employeur de faire bénéficier de l'examen médical, prévu par l'article R. 241-51 du code du travail, le salarié absent depuis au moins huit jours pour cause d'accident du travail, faute de quoi ce salarié ne peut être licencié, sauf faute grave ou impossibilité, sans lien avec l'accident, de maintenir le contrat.

La chambre sociale se plaçait ainsi dans la continuité d'une jurisprudence qui, dans les arrêts dits « amiante » et « tabagisme », a retenu la faute inexcusable d'un employeur manquant à l'obligation de sécurité de résultat issue du contrat de travail (Soc., 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, p. 74), puis jugé que, dès lors qu'il est établi que l'employeur a manqué à son obligation de protection d'un salarié, la prise d'acte, par celui-ci, de la rupture du contrat de travail en raison de ce manquement produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 219, p. 192, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 70, juillet-août-septembre 2005, n° 170, p. 41).

La chambre sociale a ainsi consacré un véritable droit à la santé et à la sécurité du salarié dont il appartient à l'employeur d'assurer l'effectivité et ce, dans le sens de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui, sur la question de l'aménagement du temps de travail, a réaffirmé l'objectif de protection efficace de la santé et de la sécurité des travailleurs (CJCE, 1<sup>er</sup> décembre 2005, affaire C-14/04).

L'arrêt rendu le 13 décembre 2006 vient préciser la portée de la solution de l'arrêt du 28 février en retenant que le salarié ayant repris son travail sans avoir été soumis à l'examen médical réglementaire subit nécessairement un préjudice, du fait de la violation de ce qui constitue un droit fondamental dont l'effectivité doit absolument être assurée. Le salarié peut donc réclamer à son employeur des dommages-intérêts de ce chef.

## 2. Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail

N° 688

Il résulte des articles 41 et 42 de la convention collective nationale des organismes de sécurité sociale qu'il suffit qu'une cure thermique soit médicalement prescrite pour que le salarié ait droit au

versement de son salaire pendant la période de cure et que les accords de prise en charge de cure thermique délivrés par les caisses d'assurance maladie peuvent tenir lieu d'arrêt de travail.

**Soc., 18 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.408. – C.P.H. Lannoy, 13 janvier 2005.

M. Texier, Pt (f.f.). et Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

### Note

Selon l'article 41 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale, « en cas de maladie, quelle que soit l'affection entraînant un arrêt de travail justifié dans les conditions prévues au règlement intérieur type, les agents comptant au moins six mois de présence dans un organisme visé par l'ordonnance du 2 novembre 1945 seront appointés de la façon suivante :

- a) le salaire entier pendant une période de trois mois à dater de leur première indisponibilité, s'ils comptent moins d'un an de présence à la date du premier arrêt de travail dans un organisme visé par l'ordonnance du 2 novembre 1945 ;
- b) à salaire entier pendant six mois et à demi-salaire pendant trois mois s'ils ont un an de présence ou davantage... »

Il résulte de cet article que, pour percevoir son salaire pendant une période de maladie, le salarié régi par la convention du 8 février 1957 doit être en arrêt de travail, prescrit par un certificat médical.

Qu'en est-il lorsque le salarié s'absente pour effectuer une cure thermique qui lui a été médicalement prescrite, mais sans fournir d'arrêt de travail ?

En l'espèce, l'employeur contestait le jugement qui l'avait condamné à verser au salarié sa rémunération pendant la période d'absence au motif que l'accord de prise en charge de la cure par la CPAM tient lieu d'arrêt de travail. Le conseil de prud'hommes s'était fondé, outre l'article 41 précité, sur une note de l'UCANSS de 1985 selon laquelle « en réalité, ce sont les accords de prise en charge de cure thermique délivrés par les caisses d'assurance maladie qui tiennent lieu d'avis d'arrêt de travail, les textes en vigueur n'exigeant pas dans ce cas la présentation d'un certificat médical ».

La Cour de cassation confirme cette solution, donnant une portée à l'accord de prise en charge. Notons néanmoins que dans un arrêt d'assemblée plénière du 1<sup>er</sup> avril 1993 (*Bull.* 1993, Ass. plén., n° 8, p. 11) et dans un arrêt de la chambre sociale du 13 avril 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 135, p. 116), la Cour de cassation a jugé que le champ d'application d'une disposition conventionnelle prévoyant, en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de la maladie ou de l'accident, une garantie de rémunération ne peut être étendue aux absences pour cure thermique, hors le cas d'incapacité de travail. Ainsi, suivant les dispositions conventionnelles en cause, l'assimilation d'une absence pour cure thermique à une absence pour maladie n'est pas toujours admise.



## N° 689

Le reclassement par mutation du salarié déclaré inapte par le médecin du travail, auquel l'employeur est tenu de procéder en application des dispositions de l'article L. 122-24-4 du code du travail, doit être recherché parmi les emplois disponibles dans l'entreprise, l'employeur ne pouvant être tenu d'imposer à un autre salarié une modification de son contrat de travail à l'effet de libérer son poste pour le proposer en reclassement à un autre salarié.

**Soc., 15 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-40.408. – C.A. Douai, 26 novembre 2004.

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

Note

L'article L. 122-24-4 du code du travail dispose qu'à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident, si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu 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.

Par le présent arrêt, la Cour vient préciser sa jurisprudence sur l'étendue de l'obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte.

Selon la jurisprudence déjà établie, c'est à l'employeur d'apporter la preuve de l'impossibilité de reclassement (Soc., 7 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 194, p. 182) et de justifier de recherches effectives (Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 283, p. 272).

Si le salarié refuse le poste de reclassement qui lui est proposé, l'employeur doit en tirer les conséquences, soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de l'intéressé au motif de l'impossibilité du reclassement (Soc., 9 avril 2002, *Bull.* 2002, V, n° 122, p. 129).

Pour autant, l'employeur, pour satisfaire aux exigences de reclassement prévues à l'article L. 122-24-4 du code du travail, est-il tenu, dans l'exercice de son pouvoir de direction, d'imposer à un salarié une mutation pour libérer un poste et ainsi permettre au salarié reconnu inapte d'exercer à ce poste des fonctions compatibles avec son état de santé ?

Dans un arrêt du 28 novembre 2000 (pourvoi n° 98-46 140), la Cour avait décidé, s'agissant d'un licenciement pour motif économique, que l'employeur ne pouvait être tenu de proposer à un sala-

rié une mesure de préretraite à l'effet de libérer son poste pour le proposer en reclassement à un autre salarié.

Dans la continuité de cette solution, la chambre sociale juge dans la présente espèce que l'obligation de reclassement qui incombe à l'employeur ne s'étend qu'aux postes disponibles et ne doit pas avoir pour effet de modifier, sans leur accord, les contrats de travail des autres salariés de l'entreprise. La Cour approuve donc les juges d'appel, qui avaient rejeté les demandes d'indemnités et de dommages-intérêts du salarié licencié en constatant qu'aucun poste n'était disponible pour son reclassement, suite au refus d'un autre salarié d'accepter la permutation qui lui était proposée.

4. *Maternité*

N° 690

Les dispositions de l'article L. 122-25-2 du code du travail relatives à l'annulation du licenciement d'une salariée en état de grossesse en cas de connaissance postérieure par l'employeur de cet état ne sont pas applicables à la rupture en période d'essai.

**Soc., 21 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-44.806. – C.A. Aix-en-Provence, 21 juillet 2005.

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

Note

Cette affaire concerne une salariée qui s'était vu notifier la rupture de son contrat de travail au cours de la période d'essai. Elle a alors adressé à son employeur un certificat médical justifiant qu'elle était en état de grossesse, invoquant ainsi le bénéfice de l'article L. 122-25-2 du code du travail qui prévoit, notamment, que le licenciement est annulé si, dans les quinze jours de sa notification, la salariée justifie de sa grossesse. L'employeur a estimé que cette disposition n'était pas applicable pendant la période d'essai. Un contentieux s'en est suivi et la cour d'appel a jugé que cet article était applicable même pendant la période d'essai.

A l'appui de son pourvoi, l'employeur invoquait une violation par fausse application de l'article précité en se prévalant d'une jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation, selon laquelle il résulte de la combinaison des articles L. 122-4, L. 122-25 et L. 122-25-2 du code du travail que les dispositions de ce dernier article ne sont pas applicables en période d'essai (Soc., 2 février 1983, *Bull.* 1983, V, n° 74, p. 50 ; Soc., 8 novembre 1983, *Bull.* 1983, V, n° 546, p. 386).

En décidant que les dispositions de l'article L. 122-25-2 du code du travail s'appliquaient pendant la période d'essai, l'arrêt attaqué allait à l'encontre de ces précédents, de sorte que se posait la question d'un éventuel revirement de jurisprudence, compte tenu notamment d'évolutions récentes en matière

de protection des salariés pendant leur période d'essai (notamment Soc., 26 octobre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 306, p. 266, rapport annuel 2005, p. 261).

Mais un revirement est de nature à porter atteinte aux prévisions des parties quant à l'état de droit, notamment, comme en l'espèce, quant aux chances d'un pourvoi. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé le 18 janvier 2001, dans l'affaire X... c/ Royaume-Uni (requête n° 27238/95, point n° 70) que « sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre. »

On peut tirer de ces décisions l'idée qu'un revirement ne peut intervenir que s'il existe des motifs valables. Il a donc été décidé que cette affaire serait renvoyée devant la formation plénière de la chambre sociale et les avocats des parties ont été invités à présenter leurs observations quant à l'existence ou non de tels motifs valables justifiant un revirement de jurisprudence quant au champ d'application de l'article L. 122-25-2 du code du travail.

La protection de l'emploi d'une salariée en état de grossesse repose sur des exigences fondamentales tenant à la santé, à la sécurité, à l'égalité, à la politique familiale et, de façon plus générale, à la dignité de la personne. Les pouvoirs publics s'en sont naturellement préoccupés. Certes les dispositions de l'article L. 122-25-2 du code du travail ne font pas état de la situation de la salariée en état de grossesse pendant la période d'essai, mais l'article L. 122-25 du même code interdit non seulement, en son alinéa premier, de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai mais il précise, en son alinéa 3, qu'en cas de litige, l'employeur est tenu de communiquer au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision et ajoute, en son dernier alinéa, que si un doute subsiste, il profite à la salariée en état de grossesse.

La question était donc de déterminer si ces dispositions spécifiques étaient suffisantes pour répondre aux impératifs de protection des salariées en état de grossesse.

La chambre sociale a estimé que ces dispositions législatives particulières permettaient d'assurer une telle protection, de sorte qu'il n'existait pas de raison valable de procéder à un revirement de jurisprudence en étendant le champ d'application de l'article L. 122-25-2 du code du travail. On doit aussi observer que ces dispositions expriment un choix clair fait par le législateur de protéger de façon spécifique la salariée en état de grossesse pendant la période d'essai, de sorte qu'il n'est pas de l'office du juge de remettre ce choix en cause, d'autant qu'une application de l'article précité à la situation des sala-

riées en état de grossesse pendant la période d'essai nécessiterait des adaptations légales particulières. L'arrêt affirme donc le maintien de l'interprétation jurisprudentielle antérieure (le pourvoi étant néanmoins rejeté, mais sur un autre fondement tenant à l'irrégularité, en l'espèce, du renouvellement de la période d'essai).

## D. – ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL

### 1 – Accords et conventions collectifs

#### \* Accords collectifs et conventions collectives divers

#### N° 691

Selon l'article L. 122-35 du code du travail, le règlement intérieur ne peut contenir aucune clause contraire aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement.

Par suite, viole ce texte et l'article 27 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, applicable dans l'entreprise, l'arrêt qui n'écarte pas l'application des dispositions du règlement intérieur relatives à la procédure disciplinaire, contrairement aux stipulations conventionnelles.

**Soc., 7 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 04-41.390. – C.A. Rennes, 18 décembre 2003.

M. Sargos, Pt. – M. Chauviré, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

#### Note

Le contenu du règlement intérieur d'une entreprise ou d'un établissement est défini par l'article L. 122-34 du code du travail, qui le limite aux règles d'hygiène et de sécurité, à la participation des salariés au rétablissement de conditions de travail protectrices de leur santé et de leur sécurité ainsi qu'à la discipline, outre le rappel des règles relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle et l'interdiction de toute pratique de harcèlement moral.

L'article L. 122-35 du code du travail précise que le règlement intérieur ne peut contenir de règles contrairement non seulement aux lois et règlements mais également aux conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise ou l'établissement concerné.

En application de cette dernière disposition, l'autorité administrative se livre d'ailleurs à un véritable contrôle de la conformité du règlement intérieur aux conventions et accords collectifs, dans le cadre de son contrôle de légalité (CE, 6 mars 1989, *in AJDA* 1989, p. 485, obs. Prétot et *Dalloz* 1990, sommaires commentés, p. 153). Il lui appartient

à cet égard de tenir compte des stipulations des conventions et accords applicables dans l'entreprise à la date à laquelle elle prend sa décision (CE, 28 janvier 1991, ministre des affaires sociales contre société Crédit du Nord, *in Dalloz* 1992, sommaires commentés, p. 153, obs. Chelle et Prétot, *Droit Social* 1992, p. 232, note Savatier, *RJS* 1991, n° 329, p. 172).

La Cour de cassation vient par le présent arrêt rappeler la portée contraignante de cette exigence de conformité en précisant qu'il appartient au juge d'écarter l'application de dispositions du règlement intérieur relatives à la discipline et qui seraient contraires aux stipulations conventionnelles.

Les renseignements relatifs à l'état de santé du salarié ne peuvent être confiés qu'au médecin du travail ; il en résulte que lorsque l'employeur procède au licenciement d'un salarié dont le handicap a été reconnu par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel, il ne peut lui reprocher de n'avoir pas fourni d'information préalable sur son état de santé ou son handicap, qu'il n'a pas à révéler. Une telle abstention, qui n'est pas fautive, ne peut dès lors priver le salarié, après qu'il a reçu notification de son licenciement, du droit de se prévaloir de son handicap afin de bénéficier des avantages que lui donnent l'article L. 323-7 du code du travail en matière de délai-congé et d'un accord d'entreprise prévoyant une indemnité de licenciement majorée.

### N° 692

La convention collective nationale du sport est applicable à la Fédération française de voile au seul motif que celle-ci est membre du Comité olympique et sportif de France (COSMOS), signataire de cette convention.

Soc., 15 novembre 2006.

Rejet

N° 05-43.507. – C.A. Paris, 17 mai 2005.

M. Texier, Pt (f.f.). – M. Rovinski, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

#### Note

Le présent arrêt soulève la question de savoir quelle convention collective est applicable à la Fédération française de voile.

En effet, la convention collective nationale de l'animation prévoyait dans son article 1-1 que celle-ci « règle les relations entre les employeurs et les salariés des entreprises de droit privé, sans but lucratif, qui développent à titre principal des activités d'intérêt social dans les domaines culturels, éducatifs, sportifs, de loisirs et de plein air » ; la mention du domaine sportif ne figure plus dans la rédaction de cet article issue de l'avenant du 4 octobre 1999. Par ailleurs, la convention collective nationale du sport résultant de l'accord du 28 octobre 1999 stipule quant à elle qu'elle « règle les relations entre les employeurs et les salariés

des entreprises exerçant leur activité principale dans l'un des domaines suivants : organisation, gestion et encadrement d'activités sportives [...] ».

Dans la présente espèce, une salariée de la Fédération française de voile, licenciée, a introduit une instance devant la juridiction prud'homale afin de demander notamment un rappel de prime d'ancienneté en se fondant sur la convention collective nationale de l'animation. L'employeur contestait cette demande en arguant de l'application de la convention collective nationale du sport. Les juges du fond ont retenu cette dernière comme applicable à la Fédération.

La Cour de cassation confirme cette analyse en affirmant que l'employeur étant membre d'une des organisations patronales signataires de la convention collective du sport, ce seul motif suffit à la rendre applicable.

La chambre sociale indique ainsi clairement que le débat sur le champ d'application des deux conventions relativement à l'objet statutaire de l'employeur est inutile en la cause et applique l'article L. 135-1 du code du travail qui dispose : « [...] les conventions et accords collectifs de travail obligent tous ceux qui les ont signés, ou qui sont membres des organisations ou groupements signataires. »

Or en l'espèce, la Fédération française de voile est membre du COSMOS, groupement d'employeurs habilité à négocier la convention collective nationale du sport et signataire de celle-ci depuis sa création.

Il était donc inutile de rechercher l'activité principale de l'employeur pour examiner dans le champ d'application de quelle convention elle entrait. Il n'en aurait été différemment que si l'employeur avait adhéré au groupement signataire après la conclusion de la convention (Soc., 19 janvier 1984, *Bull.* 1984, V, n° 29, p. 23 ; Soc., 4 décembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 553, p. 344).

### \* *Champ d'application*

### N° 693

Le salarié peut demander à se voir appliquer les stipulations d'une convention collective dès lors que celle-ci est mentionnée sur le bulletin de paie.

Mais tel ne peut être le cas lorsque le salarié, cadre, demande à bénéficier d'avantages inclus dans un avenant à la convention collective figurant sur le bulletin de paie alors que cet avenant exclut les cadres de son champ d'application.

Soc., 20 décembre 2006. Cassation partielle sans renvoi

N° 05-40.292. – C.A. Versailles, 12 octobre 2004.

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

Note

Le présent arrêt s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence relative à la portée de la mention d'une convention collective sur le bulletin de paie (Soc., 18 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 499, p. 372 ; Soc., 18 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n° 295, p. 233 et Soc., 10 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 372, p. 367). Il résulte de ces décisions que dans les relations individuelles de travail, « la mention de la convention collective sur le bulletin de paie vaut reconnaissance de l'application de ladite convention collective » à l'égard du salarié qui peut s'en prévaloir.

Dans le litige soumis à la Cour, la question était de savoir si un salarié « cadre » pouvait se prévaloir de la mention de la convention collective figurant sur son bulletin de paie afin de bénéficier d'avantages inclus dans un avenant « mensuel » à ladite convention, alors même que cet avenant excluait de son champ d'application les salariés dits « cadres ».

Par le présent arrêt, la chambre sociale réaffirme le principe dégagé par la jurisprudence antérieure selon lequel le salarié peut demander l'application de la convention collective mentionnée sur son bulletin de salaire.

Mais dans un second temps, elle en précise la portée en se fondant sur l'article L. 135-2 du code du travail.

Dans une jurisprudence antérieure, la Cour avait déjà admis l'hypothèse où une convention pouvait exclure de son champ d'application une catégorie de salariés (sur l'exclusion des femmes de ménage employées à temps partiel : Soc., 29 avril 1981, *Bull.* 1981, V, n° 356, p. 266).

De même, dans un arrêt du 10 mars 2004, la Cour vient limiter l'application d'une convention en retenant que la convention collective de la branche d'activité dont relevait l'entreprise et qui était mentionnée aux bulletins de paie d'un salarié VRP ne pouvait s'appliquer à l'intéressé que si elle contenait des stipulations expresses relatives aux VRP (Soc., 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 82, p. 74).

Se situant dans cette lignée jurisprudentielle, la chambre sociale refuse à un salarié ayant le statut de cadre le bénéfice des dispositions d'un avenant à la convention collective figurant sur son bulletin de paie, dès lors que cet avenant excluait cette catégorie de salariés de son champ d'application.

**N° 694**

Le contrat de travail entraîne l'application du statut collectif en vigueur dans l'entreprise, lequel peut résulter d'un engagement unilatéral de l'employeur, et le salarié ne peut y renoncer dans son contrat de travail, sauf disposition contractuelle plus favorable.

Encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui décide qu'un contrat de travail stipulant que le statut particulier donné à un salarié le place pendant toute

la durée du contrat en dehors du champ d'application de la convention d'emploi en vigueur dans l'entreprise.

**Soc., 18 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 04-44.602. – C.A. Nîmes, 2 avril 2004.

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

Note

Comme tout contrat, et conformément à l'article 1134 du code civil, le contrat de travail tient lieu de loi à ceux qui l'ont conclu. Mais cette liberté contractuelle n'est pas illimitée.

Ainsi, en application de l'article L. 135-2 du code du travail, la convention ou l'accord collectif s'impose au contrat de travail et le salarié ne peut renoncer dans son contrat à une disposition qu'il tient du statut collectif et qui lui est plus favorable (Soc., 30 mai 2000, *Bull.* 2000, V, n° 210 (2), p. 164 ; Soc., 5 juin 2001, *Bull.* 2001, n° 208 (1), p. 165).

Un engagement unilatéral de l'employeur présente également un caractère obligatoire, dès qu'il est plus favorable pour le salarié (Soc., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-45.088).

Dans le cas d'espèce, les parties avaient conclu un contrat de travail dont une clause stipulait que le statut particulier du salarié le plaçait pendant toute la durée de son contrat hors du champ d'application d'une convention d'emploi conclue avec les membres élus représentant le personnel au comité d'entreprise et valant donc engagement unilatéral de l'employeur. La cour d'appel avait débouté le salarié de ses demandes en paiement de primes et indemnités prévues par la convention d'emploi.

La Cour de cassation casse cette décision, en rappelant les principes sus-énoncés : le contrat de travail entraîne l'application du statut collectif en vigueur dans l'entreprise, un engagement unilatéral de l'employeur pouvant faire partie intégrante de ce statut. Du principe de l'application impérative de ce statut collectif, il en résulte l'interdiction pour le salarié d'y renoncer, sauf disposition contractuelle plus favorable.

## E. – REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES

### 1. Élections professionnelles

**N° 695**

L'accord préélectoral qui détermine la répartition des personnels et des sièges entre les collèges, conformément aux articles L. 423-3, alinéa 2, et L. 433-2, alinéa 6, du code du travail, s'impose aux parties, même s'il n'est pas unanime ; il en est de même pour la date limite de dépôt des listes de candidats et la date du scrutin, fixées par l'accord.

En présence d'un tel accord, l'inspecteur du travail n'a pas compétence pour modifier l'accord de répartition et sa saisine par un syndicat qui conteste l'accord ne suspend pas le processus électoral.

**Soc., 8 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-60.283. – T.I. Rennes, 30 juin 2005.

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

*Note*

Cet arrêt précise les conséquences qu'il convient de tirer de l'arrêt du 12 juin 2002 (*Bull.* 2002, V, n° 203, p. 197), dont il résulte que l'accord préélectoral qui procède à la répartition des personnels et des sièges entre les collègues s'impose aux parties, même s'il n'est pas unanime. Dès lors qu'un accord existe, la condition légale de saisine de l'inspecteur du travail fait défaut et, s'il est saisi, celui-ci ne pourra que constater l'existence de cet accord, dont le sens et la portée relèvent de la compétence judiciaire. Par conséquent, malgré la saisine de l'inspecteur du travail, le processus électoral se poursuit normalement, dans le respect des dates fixées par l'accord électoral pour le dépôt des listes de candidatures et la tenue des élections.

**N° 696**

Il appartient à l'employeur d'organiser un second tour en cas de vacance partielle des sièges à l'issue d'un premier tour. La demande tendant à ce qu'il lui soit enjoint d'organiser ce second tour peut être formée plus de quinze jours à compter de la proclamation des résultats du premier tour.

Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un jugement ayant décidé à tort qu'une demande tendant à l'organisation d'un deuxième tour d'élections professionnelles dans une entreprise 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 est recevable, le renvoi étant limité aux points restant en litige.

**Soc., 8 novembre 2006. Cassation partiellement sans renvoi**

N° 06-60.036. – T.I. Dijon, 27 janvier 2006.

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

*Note*

En matière d'élections professionnelles, les articles R. 423-3 et R. 433-4 du code du travail disposent qu'une contestation sur la régularité de l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise doit être introduite dans les quinze jours suivant cette élection. La jurisprudence a précisé depuis longtemps que ce délai court à compter de la proclamation des résultats (*Soc.*, 26 mai 1977, *Bull.* 1977, V, n° 351, p. 277).

Dans la présente affaire, à l'issue d'un premier tour d'élections professionnelles organisées dans une entreprise, plusieurs candidats ont été élus, la proclamation des résultats étant intervenue le jour même de ce premier tour, mais tous les sièges n'ont pas été pourvus. Or l'employeur n'a pas organisé de second tour afin de pourvoir les sièges restés vacants. Un syndicat a donc saisi le juge de l'élection d'une demande tendant à voir constater l'absence de second tour et en donner toute suite légale, puis a sollicité ultérieurement, par voie de conclusions, l'annulation de l'ensemble des opérations électorales et, subsidiairement, demandé qu'il soit enjoint à l'employeur d'organiser un second tour. Le tribunal d'instance a jugé cette dernière demande irrecevable pour avoir été saisi plus de quinze jours après la proclamation des résultats du premier tour.

La question posée pour la première fois à la Cour de cassation était donc de savoir si le délai de quinze jours prévu par les articles R. 423-3 et R. 433-4 du code du travail s'applique à une demande tendant à voir organiser un second tour en cas de vacance partielle des sièges à pourvoir.

La chambre sociale répond clairement par la négative, en considérant qu'une demande d'organisation d'un second tour en cas de vacances de sièges ne relève pas du contentieux de la régularité de l'élection.

Une jurisprudence constante de la chambre sociale précise depuis longtemps qu'il y a lieu d'organiser un second tour en cas de postes demeurés vacants à l'issue du premier, quand bien même l'article L. 433-10 du code du travail ne le prévoit qu'au cas où le quorum n'aurait pas été atteint lors du premier tour (*Soc.*, 18 mars 1982, *Bull.* 1982, V, n° 188, p. 139 ; *Soc.*, 5 novembre 1984, *Bull.* 1984, V, n° 405, p. 302).

La Cour de cassation précise dans le présent arrêt qu'il s'agit d'une obligation pesant sur l'employeur : « *il appartient à l'employeur d'organiser un second tour en cas de vacance partielle des sièges à l'issue d'un premier tour* ».

A cet égard, si le délai de quinze jours court bien à compter de la proclamation des résultats du second tour en l'absence d'élu au premier (*Soc.*, 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 145, p. 150) et si une demande reconventionnelle en annulation d'un premier tour est irrecevable comme tardive si elle a été présentée plus de quinze jours après la proclamation des résultats (*Soc.*, 16 juillet 1987, *Bull.* 1987, V, n° 511, p. 324), il n'en va pas de même pour une demande d'organisation d'un second tour, qui n'est pas une demande d'annulation.

Le jugement est donc cassé, mais seulement en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande d'organisation d'un second tour.

Disposant des éléments de fait suffisants pour pouvoir se prononcer définitivement sur la recevabilité de cette demande, la Cour de cassation applique en conséquence l'article 627 du nouveau code de procédure civile en disant qu'il n'y a pas lieu à

renvoi de ce chef et cantonne ce renvoi aux points restant en litige, c'est-à-dire essentiellement la fixation des modalités d'organisation du second tour.

### N° 697

En l'absence de tout accord avec les organisations syndicales sur l'intégration du personnel administratif dans le deuxième collège, le chef d'entreprise doit saisir l'inspecteur du travail. En l'absence de décision de ce dernier, l'élection n'est pas valablement organisée.

Il y a lieu à cassation sans renvoi d'un jugement ayant décidé à tort que des élections professionnelles avaient été valablement organisées, la cour de cassation pouvant mettre fin au litige en prononçant l'annulation des élections.

**Soc., 8 novembre 2006. Cassation sans renvoi**

N° 06-60.007. – T.I. Caen, 6 janvier 2006.

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

#### Note

L'article L. 423-3, alinéa 2, dispose que la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories font l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise ou son représentant et les organisations syndicales représentatives intéressées. Dans le cas où cet accord ne peut être obtenu, l'inspecteur du travail procède à cette répartition entre les collèges électoraux, conformément à l'alinéa premier ou, à défaut, en application de l'article L. 423-2.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, le demandeur au pourvoi réclamait l'annulation du scrutin des élections professionnelles, la répartition du personnel dans les collèges électoraux n'ayant pas eu lieu selon la procédure prévue aux articles L. 423-1, L. 423-3 et L. 433-2 du code du travail.

La chambre sociale, dans le présent arrêt, devait ainsi déterminer les effets de la décision unilatérale prise par un employeur d'affecter une catégorie du personnel, en l'espèce le personnel administratif, dans un collège électoral en l'absence d'accord avec les organisations syndicales ou de saisine de l'inspecteur du travail.

La Cour décide, au visa des articles L. 423-2 et L. 423-3 du code du travail, que l'absence d'accord entre les parties sur la répartition du personnel entre les collèges électoraux rend obligatoire la saisine de l'inspecteur du travail, cette irrégularité de procédure invalidant l'organisation de l'élection.

En revanche et conformément à l'article L. 423-3 du code du travail, le litige né de l'appartenance individuelle d'un ou plusieurs salariés à l'un ou l'autre des collèges électoraux et non de la répartition de l'ensemble du personnel entre les collèges électoraux relève dans ce cas de la compétence du tribunal d'instance (Soc., 27 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 363, p. 289).

### N° 698

Lorsque le quorum prévu par les articles L. 423-14 et L. 433-10 du code du travail n'est pas atteint au premier tour des élections professionnelles à la proportionnelle, il n'y a pas lieu de décompter le nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste, si bien qu'il y a carence d'élections professionnelles au sens du quatrième alinéa de l'article L. 132-2-2 III du même code déterminant les conditions de validité des accords d'entreprise.

**Soc., 20 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-60.345. – T.I. Villeurbanne, 25 octobre 2005.

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

#### Note

Cet arrêt tranche une difficulté née de la réforme de la négociation collective par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004. Le nouvel article L. 132-2-2 III du code du travail soumet la validité des accords d'entreprise à l'absence d'opposition par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, une autre modalité étant leur signature par des organisations syndicales remplissant les mêmes conditions lorsqu'un accord de branche étendu le prévoit.

Le premier tour des dernières élections professionnelles, auquel seules les organisations syndicales représentatives peuvent participer, a donc désormais deux objets : lorsque le quorum de la moitié des votants par rapport au nombre d'inscrits prévu par les articles L. 423-14 et L. 433-10 du code du travail est atteint, il permet d'élire tout ou partie des membres du comité d'entreprise ; il permet, d'autre part, de vérifier, à partir du nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste, si la condition de majorité requise pour la signature ou l'opposition à un accord d'entreprise est atteinte. Ce double objet, dans un scrutin à la proportionnelle à deux tours, fait produire au premier tour les effets d'un scrutin majoritaire à un tour, ce qui est source de difficultés non résolues par la loi.

En matière d'élections professionnelles, lorsque le quorum n'est pas atteint, il n'y a aucun résultat électoral, si bien que si des irrégularités sont commises sans que leur influence sur le quorum soit discutée, le juge de l'élection peut refuser d'annuler le premier tour. Mais, malgré l'absence de quorum, faut-il décompter dès le premier tour les suffrages exprimés en faveur de chaque liste en vue de l'application de l'article L. 133-2-2 III du code du travail ? Si oui, les irrégularités commises, malgré cette absence, peuvent en effet avoir des incidences sur le nombre global de suffrages exprimés et les pourcentages obtenus par chaque liste et, partant, sur les conditions dans lesquelles une ou plusieurs listes peuvent atteindre la majorité requise pour la validité des accords d'entreprise. Dans ce cas, faut-

il alors annuler le premier tour, voire le second tour, dont l'organisation est cependant nécessaire, faute de quorum ?

Le pourvoi formé contre un jugement qui avait refusé d'annuler le premier tour des élections professionnelles, tant au regard du droit électoral que du droit de la négociation collective, a conduit la Cour de cassation à trancher cette question. Un syndicat avait contesté le premier tour des élections en raison de la disparition d'un certain nombre de votes par correspondance, en se fondant notamment sur l'article L. 133-2-2 III du code du travail. Le quorum n'avait pas été atteint, ce qui n'était pas contesté. Le jugement avait estimé qu'en raison du très faible nombre de votants par rapport au nombre d'inscrits, ces irrégularités n'avaient eu aucune incidence sur la détermination de la majorité requise par ce texte, sans autre précision. Le pourvoi soutenait que cette motivation était inopérante. La réponse à apporter à ce pourvoi supposait d'abord de déterminer si l'absence de quorum au premier tour avait ou non une incidence sur la possibilité de déterminer la majorité requise par le texte précité.

En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation décide que l'absence de quorum ne permet pas de déterminer cette majorité. Elle en déduit qu'il y a une situation de carence, au sens de l'alinéa 4 de l'article L. 133-2-2 III du code du travail. Elle en décide ainsi alors même que, pour la détermination du quorum, seuls les suffrages valablement exprimés, à l'exclusion des votes blancs ou nuls, sont pris en compte (Ass. plén., 3 juin 1983, *Bull.* 1983, Ass. plén., n° 5, p. 9), en se fondant sur l'absence de tout résultat électoral au premier tour dans une telle hypothèse.

Cette solution s'appuie sur le mécanisme même des élections professionnelles à la proportionnelle. En effet, lorsque le quorum n'est pas atteint, il n'y a lieu de décompter que le nombre global de suffrages exprimés et non le nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste. Il n'y a donc pas de résultat de ce chef. Ce n'est que si le quorum est atteint que le nombre global de suffrages exprimés divisé par le nombre de sièges à pourvoir détermine le quotient électoral et ensuite seulement qu'il est procédé à l'attribution des sièges à la proportionnelle, en fonction du nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste, dont la détermination n'intervient donc qu'à ce stade.

Elle s'appuie ensuite sur l'article L. 133-2-2 III lui-même, qui prévoit dans son alinéa 4 la solution à retenir en cas de carence des élections professionnelles. Ce texte prévoit, dans ce cas, que l'accord collectif signé par un délégué syndical présent dans l'entreprise est soumis à un vote de la majorité des salariés (la circulaire d'application de la loi du 4 mai 2004 du 22 septembre 2004 préconise d'ailleurs une telle solution en cas de liste d'entente de plusieurs organisations représentatives).

Cette solution se justifie enfin au fond, tant par rapport à la finalité des nouvelles règles de la négociation collective que par rapport à la néces-

sité d'assurer leur cohérence avec celles des élections professionnelles, sur lesquelles le législateur a voulu se fonder. Lorsque le quorum n'est pas atteint, par définition le nombre de suffrages exprimés est inférieur à la moitié du nombre d'inscrits. La majorité des suffrages exprimés dans un tel premier tour permet de mesurer le poids respectif de chaque organisation syndicale, mais non leur poids par rapport à une majorité de salariés. Elle est en tout cas très fragile au regard de la finalité même de la loi. Par ailleurs, l'absence de résultat électoral faute de quorum rend obligatoire l'organisation du second tour au regard du droit électoral, dont la viabilité doit être assurée. Il n'en reste pas moins que ce litige est révélateur des difficultés présentées par le recours aux résultats des élections professionnelles pour apprécier une condition de majorité pour la négociation collective.

## 2. Représentation du personnel

### 2.1. Cadre de la représentation

#### \* *Unité économique et sociale*

##### N° 699

La reconnaissance d'un établissement distinct pour l'exercice du droit syndical suppose que cet établissement appartienne à la même entreprise ou à la même unité économique et sociale.

**Soc., 20 décembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-60.340. – T.I. Palaiseau, 21 octobre 2005.

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

**Soc., 20 décembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-60.380. – T.I. Lagny-sur-Marne, 18 novembre 2005.

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

#### Note

La chambre sociale affirme dans les arrêts rapportés que « pour l'exercice du droit syndical, un établissement distinct ne peut être reconnu qu'au sein d'une même entreprise ou d'une même unité économique et sociale. »

Chaque espèce met en cause deux groupes de sociétés ; l'existence d'une unité économique et sociale entre certaines sociétés de chacun des groupes a été reconnue par un accord collectif propre à chaque groupe. Ces groupes se sont ensuite rapprochés ; les équipes opérationnelles et les services ont été, à la suite de ce rapprochement, regroupés géographiquement.

Considérant que les sites désormais « fonctionnels » constituaient des établissements distincts, un syndicat a désigné des délégués syndicaux pour chaque site.

Un des tribunaux saisis a estimé que les salariés du site constituaient une communauté de travail ayant des intérêts propres et étaient placés sous la direction de représentants de l'employeur. Il a donc reconnu à ce site la qualité d'établissement distinct, en regroupant les salariés des sociétés présentes sur le site, qu'elles appartiennent à l'un ou à l'autre groupe.

Sa décision est cassée, au motif qu'un établissement distinct ne peut être reconnu qu'au sein d'une même entreprise ou d'une même unité économique et sociale.

La décision de l'autre tribunal est cassée également, les motifs retenus ne permettant pas de savoir si les salariés dénombrés à l'effectif de l'établissement qu'il a reconnu appartenaient ou non à la même entreprise ou à la même unité économique et sociale.

Accepter la reconnaissance de l'établissement distinct et la désignation d'un délégué syndical unique pour l'ensemble du site eût été mettre le délégué syndical, dont la mission est d'exprimer les revendications des salariés et de servir d'interlocuteur du chef d'entreprise en matière de négociation collective, face à deux employeurs distincts, avec l'obligation de mener une double action selon des modalités imprécises, notamment en ce qui concerne les heures de délégation.

En revanche, le pourvoi contre la décision d'un troisième tribunal, qui avait apprécié les critères de l'établissement distinct exclusivement en considération des conditions de travail des salariés d'une des sociétés et considéré qu'un des sites constituait un établissement distinct permettant la désignation de délégués syndicaux au sein de cette société, a été rejeté par un arrêt non publié du même jour.

## 2.2. Institutions représentatives du personnel

### \* *Comité d'entreprise et d'établissement - avis*

#### N° 700

En vertu de l'article L. 431-4 du code du travail, le comité d'entreprise assure l'expression collective des salariés lorsqu'il est consulté sur la décision du chef d'entreprise, qui doit recueillir l'avis dudit comité ; il en résulte que cet avis ne peut être exprimé que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent.

La cour d'appel qui, statuant en référé, a constaté qu'il était d'usage au sein d'un comité central d'entreprise que l'avis du comité soit exprimé sous forme d'une prise de position de chaque organisation syndicale, a légalement justifié sa décision faisant interdiction à un employeur de mettre en

œuvre une mesure décidée par lui tant que l'avis du comité central d'entreprise n'aurait pas été régulièrement recueilli.

**Soc., 5 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-21.641. – C.A. Paris, 5 octobre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). – Mme Perony, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### Note

Aux termes de l'article L. 431-4 du code du travail, le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production.

L'article L. 431-5 du code du travail précise que la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise, qui doit formuler un avis motivé.

Dans la présente affaire, un employeur envisageait un déménagement d'une structure de l'entreprise et avait organisé au préalable la consultation du comité central d'entreprise. Le recueil de l'avis du comité avait été réalisé sous la forme d'une prise de position de chaque organisation syndicale représentée, l'employeur ayant refusé de procéder au vote réclamé par l'un des représentants au comité d'entreprise.

La question posée pour la première fois à la Cour de cassation était donc de savoir dans quelles conditions doit être recueilli l'avis d'un comité d'entreprise.

La chambre sociale approuve les juges du fond d'avoir interdit à l'employeur de mettre en œuvre toute mesure en rapport avec le déménagement tant que l'avis du comité n'aurait pas été régulièrement recueilli.

En effet, elle rappelle qu'en vertu de l'article L. 431-4 du code du travail, « le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés. » Dès lors, l'avis du comité ne peut pas régulièrement s'évincer d'une simple prise de position des différentes organisations syndicales représentées, mais doit résulter de l'expression individuelle de chaque membre du comité : chaque membre doit pouvoir librement donner son avis. Le comité d'entreprise est le lieu de l'expression collective des salariés et non de l'expression syndicale, organisée notamment par l'institution des délégués syndicaux.



**\* Comités d'hygiène, de sécurité  
et des conditions de travail**

**N° 701**

Si un accord unanime peut définir les modalités de désignation des membres de la délégation du personnel au CHSCT, il ne peut être dérogé à l'obligation de procéder à un vote par un scrutin secret.

Viola l'article L. 236-5 du code du travail le tribunal d'instance qui, après avoir relevé que les élections avaient eu lieu à main levée, valide le scrutin en énonçant qu'il est établi qu'un accord unanime a été donné quant au choix du scrutin.

**Soc., 25 octobre 2006. Cassation sans renvoi**

N° 06-60.012. – T.I. Cherbourg, 12 janvier 2006.

M. Bouret, Pt (f.f.). – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

L'article L. 236-5 du code du travail pose le principe général de composition du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) : celui-ci comprend le chef d'établissement ou son représentant ainsi qu'une délégation salariale, les membres de cette délégation étant désignés par un collège constitué des membres élus du comité d'entreprise et des délégués du personnel, que l'on appelle collège désignatif.

Cet article prévoit que les règles précises de composition et de désignation sont fixées par voie réglementaire, mais si les articles R. 236-1 à R. 236-7 du code du travail précisent bien le nombre de membres devant composer la délégation salariale, ils restent silencieux quant à la détermination des modalités de désignation. C'est pourquoi la jurisprudence a été amenée à poser un certain nombre de principes en la matière.

La Cour de cassation a dû, dans un premier temps, déterminer le mode de scrutin à retenir et c'est d'une manière constante qu'elle décide qu'à défaut d'accord unanime entre les membres du collège désignatif, il faut appliquer les règles du droit commun électoral en matière d'élections professionnelles et retenir le scrutin de liste avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne et à un tour (Soc., 30 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 335, p. 267 ; Soc., 17 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 94, p. 84). Le collège ne peut donc retenir un scrutin majoritaire que si ce choix résulte d'un accord unanime de ses membres.

La Cour est également fréquemment appelée à se prononcer sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales. Elle a ainsi jugé que c'est au collège désignatif qu'il appartient de retenir un vote par correspondance et non à l'employeur (Soc., 12 mars 2003, *Bull.* 2003, V, n° 97, p. 93).

Dans la présente espèce, les résultats du vote de désignation de la délégation du personnel à

un CHSCT ont été contestés devant le juge d'instance pour la raison que le vote avait eu lieu à main levée. La contestation a été rejetée au motif que cette modalité avait été acceptée par un accord unanime du collège désignatif.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si un accord unanime des membres du collège peut prévoir la désignation de la délégation du personnel au CHSCT par un vote à main levée.

La chambre sociale répond clairement par la négative en affirmant que « si un accord unanime peut définir les modalités de désignation des membres de la délégation du personnel au CHSCT, il ne peut être dérogé à l'obligation de procéder à un vote par un scrutin secret. »

Elle avait déjà décidé, dans deux arrêts non publiés de 1998, que le vote « doit avoir lieu au scrutin secret sous enveloppe » (Soc., 24 juin 1998, pourvoi n° 97-60.334 ; Soc., 25 novembre 1998, pourvoi n° 97-60.781) et, dans un arrêt du 9 juin 1998 (*Bull.* 1998, V, n° 312, p. 237), que les délégués du comité central d'entreprise sont des représentants du personnel qui doivent être élus au scrutin secret sous enveloppe.

L'intérêt de l'arrêt rapporté est de préciser qu'il ne peut être dérogé à ce principe.

**N° 702**

1° Le transport par ambulance, constituant un complément du service public de la santé, est exclu des dispositions de la loi d'orientation des transports routiers du 30 décembre 1982 et se trouve soumis aux dispositions des articles L. 6312-1 et suivants du code de la santé publique ainsi qu'au décret du 30 novembre 1987 relatif aux transports sanitaires.

Il en résulte que les établissements ayant pour activité principale un service d'ambulance ne relèvent pas de l'article L. 611-4 du code du travail visant les entreprises soumises au contrôle technique des ministères chargés, notamment, des transports, pour lesquelles les attributions des inspecteurs du travail sont confiées aux fonctionnaires de ce département ministériel et que, dans ces conditions, l'inspecteur du travail est compétent pour dresser procès-verbal dans les établissements de cette nature, conformément à l'article L. 611-1 dudit code.

2° Les dispositions législatives soumettant à des procédures particulières le licenciement des salariés investis de fonctions représentatives ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, qui interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation des contrats de travail.

Par suite, est à bon droit déclaré constitué le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical reproché à un chef d'entreprise à la suite du départ négocié d'un représentant du personnel employé selon un contrat de travail à durée déterminée, alors que

l'inspecteur du travail, consulté à l'issue du contrat en application de l'article L. 425-2, alinéa 2, du code du travail, avait constaté l'existence de pratiques discriminatoires prises à l'égard dudit salarié et refusé la rupture des liens contractuels, le contrat du salarié devenant ainsi, en application des articles L. 122-3-10 et L. 412-18 du même code, un contrat de travail à durée indéterminée ne pouvant être rompu qu'après autorisation administrative.

3<sup>o</sup> Commet le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail l'employeur qui, en méconnaissance de l'article L. 236-4 du code du travail, ne présente pas à cet organisme le bilan annuel de la situation générale de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail dans son établissement ainsi que des actions de prévention.

Aucune disposition légale n'impose audit comité de formuler une demande préalable de communication des documents mentionnés dans ce texte pour que soit caractérisé l'élément intentionnel de l'infraction.

**Crim., 14 novembre 2006. Rejet**

N<sup>o</sup> 05-87.554. – C.A. Aix-en-Provence, 8 novembre 2005.

M. Cotte, Pt. – Mme Guirimand, Rap. – M. Fréchède, Av. Gén.

*\* Syndicat – activité syndicale*

**N<sup>o</sup> 703**

La décision du ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement reconnaissant la représentativité de la Fédération banques assurances et sociétés financières UNSA dans le champ d'application de la convention collective nationale de branche « sociétés d'assurance » ne permet pas à elle seule à ce syndicat, qui ne figure pas sur la liste des organisations syndicales présumées représentatives au niveau national telle qu'elle résulte de l'arrêt du 31 mars 1966, de bénéficier de cette présomption.

**Soc., 8 novembre 2006. Rejet**

N<sup>o</sup> 06-60.002. – T.I. Paris 9<sup>e</sup> arrondissement, 29 décembre 2005.

M. Sargos, Pt. – M. Perony, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

*Note*

Selon l'alinéa 2 de l'article L. 412-4 du code du travail, les syndicats affiliés à une organisation représentative sur le plan national sont considérés comme représentatifs dans l'entreprise pour désigner des délégués syndicaux ; la chambre sociale a précisé par un arrêt du 5 juillet 1977 (*Bull.* 1977, V, n<sup>o</sup> 457, p. 361) que ce texte édictait une règle générale tendant à éviter les contestations dans les cas qu'il prévoit et non une simple présomption susceptible de preuve contraire.

L'arrêt du 31 mars 1966, qui a modifié la décision gouvernementale du 8 avril 1948, a reconnu une représentativité nationale et interprofessionnelle à cinq organisations syndicales, quatre pour l'ensemble des salariés (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC) et une pour les cadres (CFE-CGC).

Dans cette affaire, une décision du ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement a reconnu à une organisation syndicale, qui ne figure pas parmi celles visées par l'arrêt de 1966 et qui ne bénéficie pas de la représentativité par affiliation, la représentativité sur le plan national dans le cadre de la convention collective nationale de branche « sociétés d'assurance » applicable au personnel administratif, après l'enquête instruite en application de l'article L. 133-3 du code du travail.

Cette décision permettait-elle à ce syndicat de désigner des délégués syndicaux et des représentants syndicaux au comité d'entreprise d'une unité économique regroupant plusieurs sociétés dans le secteur de l'assurance sans avoir à faire la preuve qu'elle était représentative au sein de cette unité économique et sociale ?

La chambre sociale a réaffirmé sa doctrine (*cf.* Soc., 8 décembre 1982, pourvoi n<sup>o</sup> 82-61.308 ; 19 novembre 1986, pourvoi n<sup>o</sup> 86-60.145 ; 4 mai 1994, pourvoi n<sup>o</sup> 92-60.369 ; 16 mars 1999, pourvoi n<sup>o</sup> 98-60.211) : seules les organisations figurant sur la liste du 31 mars 1966, qui est limitative, peuvent se prévaloir de la présomption de représentativité pour l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, les autres devant faire la preuve qu'elles réunissent les critères de représentativité dans le cadre du périmètre de la désignation.

*3. Protection des représentants du personnel*

*\* Protection contre le licenciement*

**N<sup>o</sup> 704**

Le licenciement d'un salarié protégé, prononcé sans autorisation administrative ou malgré un refus d'autorisation administrative, est nul et ouvre droit pour le salarié qui demande sa réintégration pendant la période de protection au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration ; il n'y a pas lieu de déduire de cette indemnité les revenus qu'il a pu percevoir de tiers au cours de cette période.

**Soc., 10 octobre 2006. Rejet**

N<sup>o</sup> 04-47.623. – C.A. Aix-en-Provence, 21 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

Note

La question posée dans cette affaire était celle de savoir si l'indemnité due au salarié protégé, licencié sans autorisation ou malgré un refus d'autorisation, qui demande sa réintégration, a un caractère forfaitaire ou s'il faut en déduire les salaires et revenus de remplacement que le salarié a pu percevoir de tiers pendant cette période.

Il est admis, s'agissant du salarié protégé licencié en vertu d'une autorisation ensuite annulée, que l'indemnité à laquelle il a droit lorsque l'annulation est devenue définitive, égale à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration s'il l'a demandée dans le délai de deux mois de la notification de la décision d'annulation ou l'expiration de ce délai dans le cas contraire, doit être calculée en tenant compte des sommes qu'il a pu percevoir pendant la période litigieuse au titre d'une activité professionnelle (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 148, p. 116) ; que le salarié n'est pas fondé à cumuler cette indemnité avec les allocations chômage servies par l'Assedic (Soc., 28 octobre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 263, p. 268).

La situation est différente lorsque le salarié protégé a été licencié sans autorisation préalable ou malgré un refus d'autorisation.

S'il ne demande pas sa réintégration, il a le droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance de son statut protecteur, le versement de la rémunération qu'il aurait dû percevoir depuis son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection (Soc., 10 juillet 1990, *Bull.* 1990, V, n° 362 et 363, p. 216-217 ; Soc., 23 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 296, p. 267). Le caractère forfaitaire de cette indemnité a été affirmé dans plusieurs décisions (Soc., 25 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 405, p. 290 ; Soc., 10 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 314, p. 315).

Lorsque, comme en l'espèce, il demande sa réintégration pendant la période de protection, il a été jugé qu'il a droit à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'à sa réintégration (Soc., 10 décembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 431, p. 308, *RJS* janvier 1998, n° 71 ; Soc., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 381, p. 305).

La chambre sociale affirme dans le présent arrêt que cette indemnité a un caractère forfaitaire et que l'employeur ne peut en déduire les sommes que le salarié a pu percevoir de tiers pendant cette période. Elle avait déjà décidé, dans un arrêt non publié du 3 mai 2001, pourvoi n° 99-43.815, *RJS* juillet 2001, n° 892) que cette rémunération constituant la sanction de la méconnaissance du statut protecteur, il n'y avait pas lieu d'en déduire les sommes perçues par le salarié au titre de l'assurance maladie.

L'affirmation du caractère forfaitaire de l'indemnité ne signifie pas nécessairement que le salarié pourra la cumuler, notamment avec les revenus de remplacement. Ainsi la chambre a-t-elle jugé, dans un précédent arrêt du 9 mars 1989 (*Bull.* 1989, V, n° 198, p. 117), que le salarié ne peut cumuler le

montant de cette indemnité avec les allocations de chômage reçues de l'Assedic, pour en déduire que cet organisme peut demander le remboursement des prestations versées. Cette solution n'est pas remise en cause par l'arrêt rapporté, qui affirme simplement que l'employeur ne peut, lui, déduire ces allocations de l'indemnité qu'il a à verser.

**N° 705**

Le mandat de suivi d'un accord de réduction du temps de travail qu'un syndicat peut donner à un salarié en application de l'alinéa 4 de l'article 19 VI de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 est distinct du mandat de négociation dudit accord ; il doit être exprès pour ouvrir droit à la période de protection de douze mois à compter de la fin du mandat de suivi prévue par l'alinéa 9 de ce texte.

A défaut, la période de douze mois court à compter de la signature de l'accord.

**Soc., 7 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.058. – C.A. Douai, 17 décembre 2004.

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

Note

Selon l'alinéa premier de l'article 19 VI de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, dite loi Aubry II, quand les entreprises ou établissements n'étaient pas pourvus de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical, l'accord collectif d'entreprise de réduction du temps de travail pouvait être conclu par un salarié expressément mandaté par une organisation syndicale reconnue représentative.

Selon l'alinéa 4 du même article, « *le mandat précise également les conditions dans lesquelles le salarié mandaté participe, le cas échéant, au suivi de l'accord, dans la limite de douze mois.* »

Il résulte de ces dispositions qu'un salarié peut être mandaté par son syndicat pour négocier l'accord de réduction de temps de travail et également mandaté pour suivre l'application de l'accord, la durée de ce suivi ne pouvant excéder douze mois (alinéa 4, cité ci-dessus). Dans ce cas, selon l'alinéa 9, « *les salariés mandatés au titre du présent article bénéficient de la protection prévue par les dispositions de l'article L. 412-18 du code du travail (...)* », qui implique, préalablement au licenciement, une autorisation de l'inspecteur du travail ou de l'autorité qui en tient lieu. L'alinéa 9 de l'article 19 VI ajoute que « *la procédure d'autorisation administrative est applicable au licenciement des anciens salariés mandatés pendant une période de douze mois à compter de la date à laquelle leur mandat a pris fin.* »

Dans la présente espèce, un salarié avait tout d'abord bénéficié d'un mandat de négociation, qui précisait que cette négociation portait notamment sur le suivi de la mise en œuvre de l'accord. Il avait ensuite été mandaté pour la signature de l'accord.

La Cour de cassation a jugé récemment qu'un mandat de négociation peut préciser dans quelles conditions le salarié participe au suivi de l'accord dans la limite de douze mois (Soc., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 129, p. 125).

Mais il lui appartenait, dans cette affaire, d'une part de déterminer si le mandat de négociation devait explicitement préciser l'existence d'un mandat de suivi, d'autre part de déterminer la durée du mandat de suivi lorsque celle-ci n'est pas expressément mentionnée et ce, afin d'établir quelle était l'échéance de la période de protection.

La chambre sociale précise dans l'arrêt rendu le 7 novembre 2006 que le mandat de suivi doit être distinct du mandat de négociation ; il doit également être exprès et prévoir son terme, dans la limite des douze mois de l'alinéa 4 précité. Si ce terme fait défaut, la protection dont bénéficie le salarié mandataire ne peut excéder douze mois suivant la date de la signature de l'accord.

### N° 706

Aucun changement de ses conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé et en cas de refus par celui-ci de ce changement, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement.

Viola dès lors les articles L. 425-1 du code du travail et 1184 du code civil la cour d'appel qui rejette la demande de résiliation du contrat de travail formée par un salarié au motif qu'aucune modification de son contrat de travail n'est intervenue, tout en constatant que, pendant la période de protection, l'employeur lui a imposé un changement de ses conditions de travail.

**Soc., 21 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 04-47.068. – C.A. Toulouse, 3 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

#### Note

Si l'article L. 425-1 du code du travail organise la protection des délégués du personnel et impose la nécessité d'une autorisation administrative préalable à tout licenciement, l'article 1184 du code civil prévoit quant à lui la possibilité de demander au juge la résolution du contrat en cas de non-exécution par une partie de son engagement.

C'est sur le fondement de ces deux articles qu'il est maintenant bien admis en jurisprudence qu'un salarié protégé ne peut non seulement pas se voir imposer une modification de son contrat de travail, mais pas non plus une modification de ses conditions de travail. S'il refuse cette modification, l'employeur doit y renoncer en poursuivant l'exécution du contrat de travail aux conditions antérieures

ou bien engager la procédure de licenciement en demandant l'autorisation administrative (Soc., 6 avril 1999, *Bull.* 1999, V, n° 159, p. 116).

A défaut, le salarié protégé pouvant demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail en cas de manquement par l'employeur à ses obligations (Soc., 16 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 94 (1), p. 81), il est également en droit de demander cette résiliation en cas de modification imposée de ses conditions de travail (Soc., 15 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 74, p. 66, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 73, janvier-février-mars 2006, n° 442, p. 48-49).

La chambre sociale réaffirme clairement dans l'arrêt rendu le 21 novembre 2006 qu'une simple modification des conditions de travail ne peut être imposée au salarié protégé et dès lors, s'il la refuse, l'employeur est tenu de renoncer à son projet ou d'engager la procédure de licenciement avec autorisation.

Par ailleurs, cet arrêt précise qu'il suffit que cette modification soit intervenue durant la période de protection. Peu importe que le salarié n'ait pas formulé sa demande de résiliation judiciaire aussitôt, et même une fois le statut protecteur achevé. Dès lors que les juges du fond avaient bien constaté qu'il y avait eu modification imposée des conditions de travail pendant la période de protection, ils ne pouvaient rejeter la demande de résiliation du contrat de travail formulée par le salarié.

### N° 707

La procédure spéciale de licenciement prévue par l'article L. 236-11 du code du travail en faveur des salariés qui siègent ou ont siégé en qualité de représentant du personnel dans un CHSCT ne concerne que les salariés dont la désignation résulte d'un vote du collège désignatif prévu par le premier alinéa de l'article L. 236-5 du code du travail.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour prononcer la nullité du licenciement d'un salarié, énonce que celui-ci a été membre du CHSCT et que l'employeur ne rapporte pas la preuve d'une désignation non conforme aux dispositions légales.

**Soc., 28 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 04-45.548. – C.A. Paris, 14 mai 2004.

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Bouret, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

#### Note

Il résulte des termes de l'article L. 236-11 du code du travail que les salariés qui siègent ou ont siégé en qualité de représentant du personnel dans un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail bénéficient du même statut protecteur que les membres ou anciens membres des comités d'entreprise.

L'espèce soumise à la Cour de cassation posait la question de l'application de cette protection au membre d'un CHSCT dont le mandat avait pris fin et qui avait été reconduit dans ses fonctions sans avoir été désigné par un vote du collège désignatif.

En effet, aux termes de l'alinéa premier de l'article L. 236-5 du code du travail, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail comprend le chef d'établissement ou son représentant et une délégation du personnel dont les membres sont désignés par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise ou d'établissement et les délégués du personnel.

Au visa de cet article, la chambre sociale réaffirme régulièrement la règle selon laquelle la désignation des membres de la délégation du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne peut résulter que d'un vote du collège désignatif (*cf.* notamment Soc., 4 juillet 1990, *Bull.* 1990, V, n° 353 (2), p. 211) dont les membres doivent se réunir en un même lieu et à la même date. Seul un accord unanime peut déroger à cette règle de nature électorale, qui ne peut faire l'objet d'un des aménagements conventionnels visés à l'article L. 236-13 du code du travail (Soc., 14 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 14, p. 13 ; Soc., 31 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 32, p. 22).

L'employeur peut contester la désignation irrégulière d'un membre du CHSCT devant le tribunal d'instance dans un délai de quinze jours à compter du moment où il en a connaissance, comme le prévoit l'article R. 236-5-1 du code du travail.

La cour d'appel a considéré qu'il y avait présomption d'élection régulière à défaut d'une telle contestation, l'employeur n'ayant par ailleurs pas rapporté la preuve d'une désignation non conforme du salarié, et a dès lors prononcé la nullité du licenciement pour méconnaissance du statut protecteur.

La Cour de cassation censure les juges du fond et rappelle que le statut protecteur issu de l'article L. 236-11 du code du travail ne concerne que les salariés ayant fait l'objet d'une désignation par le collège prévu à cette fin (Soc., 15 juin 1994, pourvoi n° 93-41.265).

La solution des juges du fond était en effet de nature à introduire une grande insécurité en raison de l'imprécision qui en résultait quant à la durée du mandat, donc de la protection.

## F. – RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

### 1. Prise d'acte de la rupture

N° 708

La prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne

la cessation immédiate du contrat de travail, en sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant.

S'il appartient alors au juge de se prononcer sur la seule prise d'acte, il doit fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de la prise d'acte.

**Soc., 31 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 04-46.280. – C.A. Rouen, 15 juin 2004.

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

**Soc., 31 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 05-42.158. – C.A. Chambéry, 1<sup>er</sup> mars 2005.

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

**Soc., 31 octobre 2006.**

**Cassation partielle**

N° 04-48.234. – C.A. Aix-en-Provence, 5 octobre 2004

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

#### *Note*

Par ces trois arrêts du 31 octobre 2006, la chambre sociale détermine l'office du juge lorsque le salarié, après avoir dans un premier temps demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail, prend ensuite acte de sa rupture en raison de faits qu'il reprochait à son employeur à l'appui de sa demande de résiliation et/ou d'autres faits.

Le juge doit-il statuer d'abord sur la demande de résiliation et seulement ensuite, en cas de rejet, sur la prise d'acte ?

La prise d'acte de la rupture par le salarié rompant immédiatement le contrat de travail (Soc., 19 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 11, p. 9 et rapport annuel 2005, p. 263), il est apparu à la chambre sociale que cette initiative du salarié rendait sans objet sa demande initiale en résiliation, de sorte que le juge doit seulement se prononcer sur le bien-fondé de cette prise d'acte mais – et ce point est important – en prenant en considération aussi bien les faits invoqués à l'appui de la demande initiale en résiliation que ceux qui seraient invoqués au soutien de la prise d'acte.

Les circonstances particulières de chacune des trois affaires jugées permettent de mieux cerner la portée du principe ainsi posé.

Dans le pourvoi n° 04-46.280, une salariée, s'estimant victime de harcèlement, avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, dont elle avait été déboutée en première instance, avant de prendre acte en cause d'appel de la rupture de son contrat de travail pour les mêmes faits. L'employeur soutenait qu'un salarié qui a engagé contre son employeur

une action tendant à la résiliation judiciaire du contrat de travail n'est plus en droit de prendre acte de la rupture à raison des faits dont il avait saisi la juridiction prud'homale. La cour d'appel ayant estimé que les faits reprochés par le salarié étaient fondés, le pourvoi de l'employeur est rejeté.

Dans le pourvoi n° 04-48.234, un salarié avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire en soutenant que sa rémunération avait été modifiée unilatéralement, sa prime de bilan ne lui étant pas payée, qu'il lui était dû un rappel d'heures supplémentaires et que sa voiture lui avait été retirée puis, en cours de procédure, il avait pris acte de la rupture de son contrat de travail en raison du non-paiement de sa prime de bilan et de pressions morales qui auraient été exercées contre lui. Il invoquait donc des faits nouveaux à l'appui de sa prise d'acte. La cour d'appel a rejeté sa demande en résiliation judiciaire et dit que sa prise d'acte produisait les effets d'une démission. Le salarié faisait notamment grief à l'arrêt attaqué de s'être prononcé uniquement sur les effets de la prise d'acte en considérant que la demande antérieure en résiliation judiciaire était irrecevable. Son pourvoi est rejeté, les motifs de la cour d'appel faisant apparaître qu'en réalité, contrairement à ce qui était soutenu par le demandeur au pourvoi, elle s'était bien prononcée sur chacun des griefs formulés par le salarié contre l'employeur, tant à l'appui de sa demande en résiliation judiciaire que de sa prise d'acte, et avait estimé qu'aucun d'entre eux n'était établi.

Enfin, dans le pourvoi n° 05-42.158, un salarié, agressé sur son lieu de travail par un parent de son employeur, avait été mis en arrêt de travail pour accident du travail et avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire avant de prendre acte, en cours d'instance, de la rupture du contrat de travail. La cour d'appel avait estimé que le salarié n'établissait pas que le comportement de l'employeur à la date de la prise d'acte le plaçait dans l'impossibilité de poursuivre sa collaboration et décidé que celle-ci produisait les effets d'une démission. Saisie d'un pourvoi formé par le salarié, la Cour de cassation, par un moyen relevé d'office après avis donné aux parties, censure l'arrêt qui n'a pas pris en compte, pour apprécier la prise d'acte, les manquements reprochés à l'employeur par le salarié à l'appui de sa demande de résiliation judiciaire.

### N° 709

Un salarié qui agit en justice contre son employeur en exécution d'une obligation née du contrat de travail peut toujours prendre acte de la rupture du contrat, que ce soit en raison des faits dont il a saisi le conseil de prud'hommes ou pour d'autres faits ; une telle prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient et d'une démission dans le cas contraire.

Soc., 21 décembre 2006.

Rejet

N° 04-43.886. – C.A. Chambéry, 30 mars 2004.

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

### Note

Depuis un arrêt du 8 juillet 2003 (*Bull.* 2003, n° 225 (2), p. 232 (Cassation partielle) et rapport annuel 2004, p. 324), la chambre sociale juge que « dès lors qu'il a engagé une action contre son employeur tendant à l'exécution du contrat de travail, un salarié n'est pas en droit, pendant le cours de l'instance, de prendre acte de la rupture du contrat à raison des faits dont il a saisi la juridiction prud'homale. » La chambre précisait que « si le salarié estime que les manquements reprochés à l'employeur rendent impossible la poursuite de la relation contractuelle, il lui appartient alors, en application de l'article 65 du nouveau code de procédure civile, de modifier ses prétentions antérieures en formant une demande additionnelle en résiliation dudit contrat. »

L'arrêt attaqué était allé à l'encontre de cette jurisprudence en décidant que, nonobstant son action engagée contre l'employeur pour qu'il soit condamné à exécuter une obligation née du contrat de travail (en l'espèce le paiement d'une prime), le salarié pouvait, en cours de procédure, prendre acte de la rupture pour les mêmes faits.

Se posait donc la question d'un éventuel revirement de jurisprudence, comme dans un autre pourvoi n° 05-44.806 rendu le même jour et qui fait aussi l'objet d'un communiqué. Mais un revirement est de nature à porter atteinte aux prévisions des parties quant à l'état de droit, notamment, comme en l'espèce, quant aux chances d'un pourvoi, puisque le demandeur au pourvoi se fondait sur l'arrêt précité du 8 juillet 2003 pour obtenir une cassation. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé le 18 janvier 2001 dans l'affaire X... c/ Royaume-Uni (requête n° 27238/95), point n° 70 que « sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre. »

On peut tirer de ces décisions l'idée qu'un revirement ne peut intervenir que s'il existe des motifs valables. Il a donc été décidé que cette affaire serait renvoyée devant la formation plénière de la chambre sociale et les avocats des parties ont été invités à présenter leurs observations quant à l'existence ou non de tels motifs valables justifiant un revirement de jurisprudence.

Il est apparu à la chambre sociale qu'il existait de tels motifs valables tenant à la nécessité d'assurer

la cohérence de sa jurisprudence relative à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et à sa résiliation judiciaire.

En effet, depuis les arrêts rendus le 25 juin 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 208 et 209, p. 212 et 213 et rapport annuel 2003, p. 323) la chambre sociale a précisé les effets de ces deux modes de rupture en décidant, d'une part, que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail rompt immédiatement le contrat (*Soc.*, 19 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 11, p. 9 et rapport annuel 2005, p. 263), d'autre part, que la prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraînant la cessation immédiate du contrat de travail, il n'y avait plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant (arrêts du 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 321, p. 307, qui ont été mis en ligne).

La chambre a donc estimé que le salarié peut rompre le contrat de travail en prenant acte de sa rupture en raison des faits qu'il reprochait à son employeur au soutien de son action en exécution, ou d'autres faits, sans attendre l'issue du procès prud'homal, étant observé qu'il est maître de l'instance qu'il engage, conformément à l'article premier du nouveau code de procédure civile ; au surplus, le maintien des exigences procédurales résultant de l'arrêt du 8 juillet 2003 (formation d'une demande additionnelle) n'aboutissait en dernière analyse qu'à des allongements de délais dans un domaine où il importe de les réduire.

## 2. Licenciements

### 2.1. Mise en œuvre

#### \* *Entretien préalable*

##### N° 710

Il résulte de l'article L. 122-14 du code du travail dans sa rédaction alors applicable au litige que le salarié doit disposer d'un délai de cinq jours pleins pour préparer sa défense. Il s'ensuit que le jour de remise de la lettre ne compte pas dans le délai non plus que le dimanche, qui n'est pas un jour ouvrable.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui énonce que le délai de convocation à l'entretien préalable a été respecté puisque la lettre de convocation audit entretien a été présentée au salarié le samedi 28 mars 1998 et que l'entretien a eu lieu le vendredi 3 avril 1998, soit le sixième jour ouvrable après la présentation de la lettre, alors que le dimanche 29 mars 1998 n'était pas un jour ouvrable, de sorte que l'entretien préalable ne pouvait avoir lieu avant le samedi 4 avril 1998.

Les dispositions de l'article L. 742-1 du code du travail ne font pas obstacle à ce que les articles L. 122-14-12 et L. 122-14-13 du code du travail relatifs à la

mise à la retraite des marins soient applicables aux marins dont la mise à la retraite n'est pas régie par le code du travail maritime.

Il résulte du troisième alinéa de l'article L. 122-14-13, dans sa rédaction alors en vigueur, que la mise à la retraite d'un salarié, dès lors qu'il ne peut bénéficier d'une pension de retraite à « taux plein » même s'il a atteint l'âge de la retraite fixé par les dispositions conventionnelles, constitue un licenciement.

Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, pour définir la notion de « taux plein » de la pension de retraite d'un officier de marine, se réfère à l'article R. 13 du code des pensions de retraite des marins français du commerce, de pêche ou de plaisance.

#### **Soc., 20 décembre 2006. Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 04-47.853. – C.A. Aix-en-Provence, 27 septembre 2004.

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

#### *Note*

Il se déduit de l'arrêt rendu le 7 avril 2006 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (*Bull.* 2006, Ass. plén., n° 4, p. 7) que les dispositions des articles 640 à 694 du nouveau code de procédure civile relatives aux délais, actes d'huissier de justice et notifications ne sont pas applicables à des actes non contentieux ou précontentieux.

Or la convocation à un entretien préalable au licenciement n'est pas un acte relevant du contentieux. Le calcul de la computation du délai de cinq jours ouvrables qui doit être laissé au salarié convoqué à un tel entretien préalable pour préparer sa défense ne peut donc se faire par références aux règles du nouveau code de procédure civile.

La chambre sociale, abandonnant toute référence au nouveau code de procédure civile – comme elle l'avait fait, par exemple, dans un arrêt du 11 octobre 2005 (pourvoi n° 02-45.927) – a décidé que ce délai de cinq jours s'entendait de cinq jours pleins, de sorte que doivent être exclus et le jour de la remise de la lettre de convocation et tout jour non ouvrable compris dans la période de cinq jours.

Cette décision tire donc les conséquences de l'arrêt précité de l'assemblée plénière et est aussi fondée sur le souci d'assurer l'effectivité des droits du salarié convoqué à un entretien préalable. On rappellera à cet égard que, par un arrêt du 28 juin 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 215, p. 189), la chambre sociale avait jugé que le salarié ne pouvait pas renoncer au délai de cinq jours ouvrables entre la convocation et la date de l'entretien préalable à un éventuel licenciement.

*\* Formalités conventionnelles préalables***N° 711**

L'accord paritaire AFTAM du 12 juin 1995 prévoit d'une part, en son article premier, qu'une commission paritaire a pour mission d'étudier les conflits qui pourraient intervenir avec la direction générale et un salarié de l'association à l'occasion d'une mutation dans l'intérêt du service, d'autre part, en son article 3, qu'elle peut être saisie par tout salarié contestant une mutation proposée dans l'intérêt du service, enfin, en son article 4, qu'en cas de saisie de cette commission, dont le rôle est consultatif, les décisions concernées sont suspendues durant un délai d'une semaine après la réunion.

Le non-respect par l'employeur du délai prévu à cet article 4 ne constitue pas la violation d'une garantie de fond, privant le licenciement, prononcé après le refus de sa mutation par le salarié, de cause réelle et sérieuse.

**Soc., 18 octobre 2006. Cassation partielle**

N° 05-43.767. – C.A. Paris, 2 juin 2005.

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

Note

Un salarié est licencié par son employeur pour avoir refusé une mutation dans l'intérêt du service. Or un accord d'entreprise prévoyait, en cas de conflit à l'occasion d'une telle mutation, la possibilité pour le salarié concerné de saisir une commission paritaire, au rôle consultatif, et la suspension de la décision de mutation pendant une semaine à compter de la réunion de la commission.

L'employeur ayant confirmé sa décision de mutation sans respecter ce délai, une cour d'appel a jugé que le licenciement, motivé par le refus de la mutation, était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation casse cette décision au motif que le délai conventionnel ne constitue pas une garantie de fond, dont la violation priverait le licenciement de cause réelle et sérieuse.

En matière de licenciement disciplinaire, après avoir longtemps affirmé que la violation d'une procédure conventionnelle ne saurait se confondre avec l'absence de cause réelle et sérieuse, la Cour de cassation analyse, depuis quelques années, la portée de la clause conventionnelle prévoyant la consultation d'une commission préalablement au licenciement comme constituant une « garantie de fond » pour le salarié. Le défaut de respect de cette procédure conventionnelle est sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement (Soc., 23 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 134, p. 96 ; Soc., 29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 221 (1), p. 193 et les arrêts cités).

Mais dans la présente espèce, la commission paritaire prévue par l'accord d'entreprise ne donnait

un avis consultatif que sur la mutation envisagée et non sur le licenciement consécutif au refus de la mutation.

**N° 712**

Aux termes de l'article 90 de la convention collective des sociétés d'assurance, la lettre de convocation à l'entretien préalable à un licenciement pour faute ou pour insuffisance professionnelle doit mentionner expressément, lorsque le salarié concerné a plus d'un an de présence dans l'entreprise, la faculté qu'il a de demander la réunion d'un « conseil paritaire » et du délai impératif dans lequel cette faculté peut être exercée ; cette exigence constitue une garantie de fond dont la violation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

**Soc., 18 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 03-48.370. – C.A. Douai, 29 octobre 2003.

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

Note

L'article 90 de la convention collective des sociétés d'assurances prévoit que lorsqu'un membre du personnel ayant plus d'un an d'ancienneté dans l'entreprise est convoqué par l'employeur à un entretien préalable à son licenciement pour faute ou insuffisance professionnelle, il a la faculté de demander la réunion d'un conseil composé à parité de représentants de l'employeur et de représentants du personnel.

Le texte précise que cette faculté, ainsi que le délai dans lequel elle peut être exercée, doivent être expressément mentionnés dans la lettre de convocation à l'entretien préalable.

Une jurisprudence abondante décide que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou d'un règlement intérieur, de donner son avis sur un licenciement envisagé par l'employeur constitue une garantie de fond, ce qui signifie que le licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté et ait rendu son avis selon une procédure régulière n'a pas de cause réelle et sérieuse (notamment Soc., 29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 221 (1), p. 193 et les arrêts cités). La chambre sociale a d'ailleurs rappelé ce principe pour l'application de l'article 90 de la convention collective des sociétés d'assurance (Soc., 4 octobre 2005, pourvoi n° 03-45.983 ; Soc., 8 janvier 2002, pourvoi n° 99-46.070).

En l'espèce, il s'agissait de déterminer si la mention prévue par la convention dans la lettre de convocation à l'entretien préalable constituait également une garantie de fond ou s'il s'agissait d'une exigence formelle, sachant que l'organisme consultatif avait été effectivement saisi par le salarié, après l'entretien préalable mais avant le licenciement.

La chambre sociale décide qu'il s'agit d'une garantie de fond.



## 2.2 Imputabilité et motifs de la rupture

### N° 713

Il résulte de l'article L. 122-45 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, qu'aucun salarié ne peut être licencié en raison de son âge et que toute disposition ou tout acte contraire à l'égard du salarié est nul.

Ayant constaté qu'un armateur n'invoquait comme cause de rupture que l'âge de l'officier qui, au moment de la rupture, ne bénéficiait pas d'une retraite à taux plein, une cour d'appel décide à bon droit que sa mise à la retraite constituait un licenciement nul.

Les dispositions de l'article L. 742-1 du code du travail ne font pas obstacle à ce que les articles L. 122-14-12 et L. 122-14-13 du code du travail relatifs à la mise à la retraite des marins soient applicables aux marins dont la mise à la retraite n'est pas régie par le code du travail maritime.

Il résulte du troisième alinéa de l'article L. 122-14-12, dans sa rédaction alors en vigueur, que la mise à la retraite d'un salarié, dès lors qu'il ne peut bénéficier d'une pension de retraite à « taux plein », même s'il a atteint l'âge de la retraite fixé par les dispositions conventionnelles, constitue un licenciement.

Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, pour définir la notion de « taux plein » de la pension de retraite d'un officier de marine, se réfère à l'article R. 13 du code des pensions de retraite des marins français du commerce, de pêche ou de plaisance.

**Soc., 21 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-12.816. – C.A. Caen, 14 janvier 2005.

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

#### Note

L'article L. 122-14-13, introduit dans le code du travail par la loi du 30 juillet 1987, dispose que « *si les conditions de mise à la retraite ne sont pas remplies, la rupture du contrat de travail par l'employeur constitue un licenciement* ». Une telle rupture est donc soumise au régime du licenciement tant en ce qui concerne la procédure que les règles de fond : le préavis, l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et l'exigence de la cause réelle et sérieuse.

Appelée à se prononcer sur la mise à la retraite prématurée du salarié, la chambre sociale a précisé que « *l'employeur qui invoque comme seule cause de rupture du contrat de travail l'âge du salarié à un moment où celui-ci ne peut bénéficier d'une pension de retraite à taux plein procède à un licenciement sans cause réelle et sérieuse* » (Soc., 25 mars 1992, Bull. 1992, V, n° 213, p. 130 ; Soc., 7 avril 1994, Bull. 1994, V, n° 139, p. 93 ; Soc., 16 juin 1998, Bull. 1998, V, n° 325, p. 247).

La loi du 16 novembre 2001, transposant en droit interne la Directive 200/78/CE du Conseil, du

27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui, en son article 12, interdit « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* », a ajouté à la liste limitative des motifs illicites de discrimination de l'article L. 122-45 du code du travail celle relative à l'âge. La lutte contre les discriminations a donc ainsi été étendue à celles fondées sur l'âge en matière d'embauche, de déroulement de carrière et de licenciement.

Dès lors que l'article L. 122-45 sanctionne de nullité le licenciement discriminatoire, la rupture du contrat de travail par l'employeur qui ne respecte pas les conditions de mise à la retraite est elle frappée de nullité ou, comme le décidait la jurisprudence antérieure ci-dessus citée, dépourvue de cause réelle et sérieuse ?

Cette question était posée pour la première fois à la chambre sociale de la Cour de cassation, dans une affaire où un officier de marine avait été mis à la retraite par son employeur à 55 ans alors qu'il ne pouvait bénéficier du taux de retraite à taux plein qu'il aurait pu atteindre s'il avait continué son activité. La Cour de cassation a décidé que dès lors que l'employeur invoquait comme seule cause de rupture du contrat de travail l'âge du salarié, cette rupture était nulle.

## 2.3. Licenciements disciplinaires

### \* *Faute grave*

#### N° 714

Le juge saisi de la contestation d'un licenciement doit apprécier les éléments de fait et de preuve qui lui sont soumis conformément aux règles applicables audit licenciement, sans être lié par la qualification pénale que l'employeur a donnée aux faits énoncés dans la lettre de licenciement ; lorsque l'employeur procède à un licenciement pour faute grave en reprochant à son salarié d'avoir commis une diffamation, il lui appartient d'établir la preuve de la réalité et de la gravité de la faute qu'il prétend privative de l'indemnité de licenciement et du délacongé.

**Soc., 8 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.504. – C.A. Paris, 19 janvier 2005.

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

#### Note

La dénonciation par un salarié à l'employeur ou à une autre autorité de faits délictueux ou contraires à l'éthique peut-elle justifier le licenciement de ce salarié pour faute grave quand la preuve des faits dénoncés n'est pas judiciairement rapportée ?

Telle est la question soumise en cette espèce, la salariée ayant dénoncé auprès de son employeur

les propos qu'elle jugeait racistes du responsable du personnel et ayant été licenciée pour diffamation, l'employeur lui reprochant de ne pas apporter la preuve des faits relatés dans son courrier.

En droit pénal, la diffamation impose à celui qui impute à autrui un fait portant atteinte à son honneur ou à la considération de sa personne d'établir la réalité de ce fait.

En droit du travail, il appartient à l'employeur d'établir la faute grave.

En donnant une qualification pénale aux faits reprochés, l'employeur pouvait-il modifier l'appréciation que le juge civil doit faire du licenciement contesté devant lui ?

La chambre sociale répond par la négative et réaffirme qu'il appartient à l'employeur d'établir la preuve de la réalité et de la gravité de la faute qu'il prétend privative d'indemnités.

Il ne s'agit en effet pas pour le juge d'apprécier le bien-fondé d'une incrimination, mais de caractériser une faute civile de nature à justifier un licenciement.

En l'espèce, le salarié avait pris la précaution de ne transmettre sa missive dénonçant les faits qu'au président-directeur général de la société et sous pli « confidentiel ». La Cour de cassation a donc appliqué sa jurisprudence selon laquelle le refus par un salarié d'accomplir des actes susceptibles d'engager sa responsabilité ou le fait de porter à la connaissance d'une autorité (par exemple à l'inspecteur du travail, au procureur de la République) des agissements qui lui paraissent anormaux ne constituent pas par eux-mêmes une faute (Soc., 14 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 104, p. 81) « *sauf si la dénonciation est mensongère ou que le salarié a agi de mauvaise foi* » (Soc., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 245, p. 232), ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

#### N° 715

Est constitutif d'une faute grave le comportement d'un salarié qui fait obstacle de façon réitérée à l'examen du médecin du travail.

**Soc., 29 novembre 2006. Rejet**

N° 04-47.302. – C.A. Bordeaux, 2 septembre 2004.

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

#### *Note*

Cet arrêt décide qu'un salarié qui fait obstacle de façon réitérée à des examens médicaux par le médecin du travail peut être licencié pour faute grave. Un équilibre est ainsi assuré entre la lourde responsabilité pesant sur l'employeur en matière de santé et de sécurité, notamment quant à son obligation de faire assurer les visites médicales, et le devoir consécutif du salarié de ne pas y faire obstacle.

## 2.4. Licenciement économique

### N° 716

Pour fixer l'ordre des licenciements pour motif économique, l'employeur doit prendre en compte l'ensemble des critères mentionnés à l'article L. 321-1-1 du code du travail.

Dès lors, une cour d'appel qui a constaté que le handicap d'un salarié n'avait pas été pris en compte a exactement décidé que l'employeur n'avait pas respecté les règles relatives à l'ordre des licenciements.

**Soc., 11 octobre 2006. Rejet**

N° 04-47.168. – C.A. Caen, 24 septembre 2004.

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Leblanc, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

#### *Note*

Il appartient à l'employeur, en application de l'article L. 321-1-1 du code du travail, de fixer, préalablement à tout licenciement collectif, un ordre des licenciements.

Cet ordre des licenciements peut être déterminé en fonction de critères fixés par une convention ou un accord collectif. A défaut d'un tel accord, ces critères sont définis par l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

L'article L. 321-1-1 précise les éléments qui doivent notamment être pris en compte pour fixer ces critères, à savoir « *les charges de famille (...), l'ancienneté dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés, les qualités professionnelles appréciées par catégorie* ».

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation juge de manière constante que l'employeur, s'il peut privilégier l'un de ces critères, doit prendre en compte l'intégralité de ceux-ci (Soc., 13 juin 1990, *Bull.* 1990, V, n° 283 (2), p. 170 ; Soc., 8 avril 1992, *Bull.* 1992, V, n° 259, p. 159 ; Soc., 14 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 16 (1), p. 10 ; Soc., 2 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 68, p. 62).

C'est ce que rappelle la chambre dans l'arrêt rendu le 11 octobre 2006, qui approuve les juges du fond d'avoir décidé qu'un employeur, en ne prenant pas en compte le handicap d'un salarié, n'avait pas respecté les règles relatives à l'ordre des licenciements.

### N° 717

Le licenciement économique ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé n'est pas possible et que les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'explo-

tation leur permettent d'affecter tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salarié étranger et qu'à la demande de l'employeur, le salarié a accepté son affectation.

En matière de reclassement à l'étranger, il appartient à l'employeur de s'assurer de la législation applicable localement.

**Soc., 15 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-40.935. – C.A. Paris, 9 décembre 2004.

M. Gillet, Pt (f.f.). – Mme Morin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

*Note*

Cet arrêt précise l'étendue de l'obligation individuelle de reclassement résultant de l'article L. 321-1 du code du travail, lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe ayant des filiales à l'étranger. Dans un arrêt du 7 octobre 1998 (*Bull.* 1998, V, n° 407, p. 307), la chambre sociale a décidé que les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi des salariés étrangers.

L'arrêt rapporté précise d'abord qu'il appartient à l'employeur de s'assurer de la législation applicable localement. Il soumet surtout cette obligation de recherche de reclassement à l'étranger à une condition nouvelle ; elle n'existe qu'autant que le salarié a accepté, à la demande de l'employeur, une telle éventualité.

La Cour de cassation reprend ainsi la solution déjà adoptée par le Conseil d'État dans l'hypothèse du licenciement pour motif économique d'un représentant du personnel (CE, 24 février 2004, n° 255956, publié au *Recueil Lebon*) pour répondre aux difficultés que de telles propositions peuvent susciter dans l'hypothèse de délocalisations.

**N° 718**

Une cour d'appel qui constate que l'évolution du marché sur lequel intervient l'entreprise la place dans l'impossibilité de réaliser les investissements nécessaires pour affronter la concurrence et lui impose de se réorganiser à cette fin, fait ainsi ressortir que cette nouvelle organisation, qui procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi, était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe dont elle relevait.

L'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur, afin d'éviter des licenciements économiques ou de réduire leur nombre, devant être mise en œuvre préalablement aux licenciements, un

manquement de l'employeur à des engagements pris dans un plan de sauvegarde de l'emploi pour favoriser la reconversion professionnelle, hors de l'entreprise et du groupe, des salariés licenciés ne constitue pas une violation de l'obligation de reclassement et n'a donc pas d'incidence sur la cause économique de licenciement.

Si la méconnaissance par l'employeur de l'obligation que met à sa charge l'article L. 121-7 du code du travail d'informer préalablement les salariés des techniques et méthodes d'évaluation qu'il met en œuvre peut ouvrir droit au paiement de dommages-intérêts, elle n'est pas de nature à caractériser une inobservation des critères d'ordre des licenciements, prenant notamment en compte les qualités professionnelles, dès lors que l'appréciation de ces qualités repose sur des éléments objectifs et vérifiables.

**Soc., 21 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-40.656. – C.A. Riom, 30 novembre 2004.

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

*Note*

1° Si l'article L. 321-1 du code du travail dispose que « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement [...] résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* », cette liste des motifs économiques n'est pas exhaustive.

Ainsi, depuis l'arrêt dit « *Vidéocolor* » du 5 avril 1995 (Soc., 5 avril 1995, *Bull.* 1995, V, n° 123, p. 89) – et cette jurisprudence est confirmée régulièrement depuis – la Cour de cassation admet que la réorganisation d'une entreprise constitue un motif économique autonome si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. Ce motif peut ainsi justifier une réorganisation de l'entreprise sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des difficultés économiques actuelles ou des mutations technologiques.

Il est d'ailleurs à noter que le juge administratif a également consacré, dans un récent arrêt, l'autonomie de ce motif pour les licenciements économiques de salariés nécessitant une autorisation administrative, pour le distinguer d'une simple amélioration de la productivité de l'entreprise (CE, 8 mars 2006, n° 270857, publié au *Recueil Lebon*).

La chambre sociale a précisé dans les arrêts « *Pages jaunes* » du 11 janvier 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 10, p. 7, au rapport annuel 2005, pages 267 et suivantes) que répond à ce critère une restructuration destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi. Ainsi qu'il est relevé dans le commentaire de ces arrêts au rapport annuel, il revient à l'employeur de justifier en ce cas que des difficultés futures sont prévisibles et qu'il

est nécessaire de les anticiper afin que l'entreprise soit encore en mesure d'affronter la concurrence, nonobstant les évolutions qu'elle doit subir. Il doit donc résulter des constatations des juges du fond qui retiennent cette cause de licenciement qu'une menace pèse sur la compétitivité de l'entreprise, qui peut engendrer des difficultés économiques à venir s'il n'y est pas porté remède par des « mesures d'anticipation. »

Dans la présente affaire, un grand groupe fabricant de pneumatiques a décidé la mise en place d'une nouvelle organisation de sa production, ce qui affectait principalement l'un de ses établissements par la suppression de 391 emplois. Un plan social a été établi et des licenciements économiques sont intervenus. Plusieurs salariés licenciés ont alors saisi le juge prud'homal de diverses demandes indemnitaires et notamment pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Déboutés, ils reprochaient dans leur pourvoi aux juges du fond de ne pas avoir suffisamment caractérisé la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la réorganisation décidée constituait bien une cause réelle et sérieuse de licenciement économique.

La Cour répond par l'affirmative. En effet, les juges du fond ont retenu que « *l'évolution du marché des pneumatiques, la baisse des prix de ces produits et l'augmentation du coût des matières premières plaçaient l'entreprise dans l'impossibilité de réaliser les investissements qui étaient nécessaires pour remédier à la faible dimension des sites de production par rapport à ceux des concurrents et à la diversification excessive des fabrications* » et que cette situation lui imposait de se réorganiser pour pouvoir affronter la concurrence.

Ils ont ainsi fait ressortir que la réorganisation était bien destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi et non simplement à « sauvegarder la rentabilité de l'entreprise » (Soc., 1<sup>er</sup> décembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 466, p. 347).

En soulignant que cette nouvelle organisation procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois, la chambre sociale laisse entendre que cette anticipation relevait au surplus d'une obligation de l'employeur, telle que prévue par l'article L. 320-2 du code du travail résultant de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005.

2° L'article L. 321-1, alinéa 3, du code du travail dispose que « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque [...] le reclassement de l'intéressé sur un emploi [...] ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. [...].* »

Il s'agit de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur, préalable à tout licenciement économique.

Dans la présente affaire, le plan social prévoyait que l'employeur devait proposer à chaque salarié

licencié trois ou quatre « offres d'emplois valables » en vue d'un reclassement externe, hors de l'entreprise et hors du groupe. Le pourvoi reprochait à l'arrêt attaqué de ne pas avoir recherché si cet engagement de l'employeur avait été respecté, ne caractérisant pas en quoi l'obligation de reclassement avait été remplie et le licenciement pourvu d'une cause réelle et sérieuse.

L'arrêt soulève donc la question de savoir si le manquement d'un employeur à son engagement prévu dans le plan social de reclassement externe des salariés licenciés constitue une violation de son obligation de reclassement et rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale de la Cour de cassation répond par la négative.

En effet, la Cour affirme régulièrement et rappelle dans cet arrêt que l'obligation de reclassement est un préalable au licenciement, qui, en cas de violation, enlève sa cause économique au licenciement, le rendant dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 6 juillet 1999, *Bull.* 1999, V, n° 333, p. 242).

Dès lors, cette obligation ayant pour but d'éviter des licenciements ou d'en limiter le nombre, un engagement de reclassement à l'égard des salariés déjà licenciés, ayant pour but de favoriser leur reconversion professionnelle hors de l'entreprise et du groupe, n'en fait pas partie. Il ne s'agit alors pas d'une mesure préventive mais plutôt d'accompagnement des salariés licenciés.

C'est pourquoi la chambre sociale indique qu'un manquement à cet engagement ne constitue pas une violation de l'obligation de reclassement et n'enlève pas sa cause économique au licenciement.

En effet, l'article L. 321-1 du code du travail ne vise que le reclassement interne, dans le cadre de l'entreprise ou le cas échéant du groupe, comme condition préalable du licenciement économique.

Il en va différemment quand le reclassement externe résulte d'une obligation particulière prévue dans la convention collective nationale : son manquement enlève alors toute cause réelle et sérieuse au licenciement (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 146, p. 115).

3° Selon l'article L. 121-7 du code du travail, « *Le salarié est informé de la même manière [préalablement à leur mise en œuvre] des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle mises en œuvre à son égard.* »

Or dans la présente espèce, un des critères retenus et ce, de manière prépondérante par l'employeur pour déterminer l'ordre des licenciements, était fondé sur les qualités professionnelles des salariés, conformément à l'article L. 321-1-1 du code du travail.

Des salariés ont alors formulé une demande indemnitaire fondée sur une inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements en soutenant que l'appréciation du critère de la qualité professionnelle nécessitant une évaluation professionnelle, ils auraient dû être informés préalablement à sa mise en œuvre des méthodes et techni-

ques utilisées, conformément à l'article L. 121-7 du code du travail. Les juges du fond ont rejeté cette demande en affirmant que la notation des salariés relevant de l'article L. 121-7 ne peut être confondue avec la mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements.

La Cour de cassation rejette le pourvoi sur ce point. Elle précise que si la méconnaissance de l'obligation peut justifier l'allocation de dommages-intérêts, elle ne caractérise pas en revanche en elle-même pour l'employeur une inobservation des règles relatives aux critères d'ordre des licenciements, « *dès lors que l'appréciation des qualités professionnelles repose sur des éléments objectifs et vérifiables* ».

La chambre sociale rappelle ainsi sa jurisprudence qui exige que l'employeur se fonde sur des éléments objectifs dans l'appréciation des critères d'ordre qu'il a retenus (Soc., 14 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 16 (1), p. 10 ; Soc., 3 avril 2002, pourvoi n° 00-42.053).

Elle ajoute que ces éléments doivent être vérifiables, précisant ainsi le rôle du juge et confirmant la censure qu'elle avait opérée dans une décision de 2002, non publiée, contre un arrêt dans lequel les juges du fond s'étaient abstenus de « *vérifier si ces notes avaient été attribuées sur la base d'éléments objectifs* » (Soc., 3 avril 2002, précité).

En définitive, si l'information préalable prévue par l'article L. 121-7 du code du travail a pour but d'instaurer plus de transparence et d'objectivité dans les méthodes d'évaluation mises en œuvre par l'employeur, la seule méconnaissance de cette obligation ne traduit pas nécessairement l'inobservation des règles relatives aux critères d'ordre des licenciements. Ce n'est que si l'appréciation des qualités professionnelles des salariés ne repose pas sur des éléments objectifs et vérifiables qu'une inobservation de l'article L. 321-1-1 du code du travail sera caractérisée.

## 2.5. Indemnité compensatrice de préavis

### N° 719

Si la rupture du contrat de travail se situe à la date d'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant le licenciement, le préavis ne court qu'à compter de la présentation de la lettre.

Lorsqu'une partie invoque l'application d'une convention collective, il incombe au juge de se la procurer par tous moyens, au besoin en invitant les parties à lui en procurer un exemplaire.

**Soc., 7 novembre 2006.**

**Cassation**

N° 05-42.323. – C.A. Fort-de-France, 25 mars 2004.

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

### Note

1° La mise en œuvre par l'employeur de son droit de rupture unilatérale du contrat de travail par licenciement a pour effet de rompre le contrat de travail (cf. commentaire n° 721 ci-après).

Cette solution devait-elle impliquer l'exécution immédiate du préavis par le salarié ?

La chambre sociale apporte une réponse négative. L'article L. 122-14-1 précise en effet que c'est la date de présentation de la lettre recommandée qui fixe le point de départ du délai-congé. La chambre distingue ainsi la date de rupture du contrat de travail, à laquelle est appréciée la validité du licenciement et qui est fixée à la date d'envoi de la lettre de notification, de la date à laquelle elle produit ses effets et qui se situe au moment où le licenciement est opposable au salarié.

2° Aux termes de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.* » L'article 4 du code civil précise en outre que « *le juge qui refusera de juger, sous du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* », pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice

En application de ces dispositions – et conformément à une jurisprudence régulièrement réaffirmée (Soc., 14 octobre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 512, p. 324 ; Soc., 3 mars 1993, *Bull.* 1993, V, n° 76, p. 53 ; Soc., 5 octobre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 224, p. 154 ; Soc., 10 décembre 2002, pourvoi n° 01-40.010 et Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 00-45.134, *in JCP* 2003, II, 10065, p. 731, note Perdriau) – la chambre sociale rappelle qu'un juge ne peut écarter l'application de prescriptions conventionnelles au seul motif que la convention invoquée par les parties n'est pas produite aux débats. Le juge a en effet l'obligation, lorsqu'une partie invoque une convention collective, de se procurer ce texte, qui contient la règle de droit qui s'applique éventuellement au litige. Au besoin, le juge peut procéder à une réouverture des débats afin d'inviter les parties à produire un exemplaire de ce texte.

## 3. Résiliation judiciaire

### N° 720

Le contrat de travail étant rompu par l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant le licenciement, la demande postérieure du salarié tendant au prononcé de la résiliation judiciaire de ce contrat est nécessairement sans objet, le juge devant toutefois, pour l'appréciation du bien-fondé du licenciement, prendre en considération les griefs invoqués par le salarié au soutien de sa demande de résiliation, dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur cette appréciation.

**Soc., 20 décembre 2006. Cassation partielle**

N° 05-42.539. – C.A. Versailles, 15 février 2005.

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

*Note*

Un salarié licencié saisit le conseil de prud'hommes d'une action tendant non seulement à la contestation du caractère réel et sérieux de son licenciement, mais également à la résiliation de son contrat de travail pour des faits antérieurs qu'il imputait à son employeur. Quel est dans ce cas l'office du juge ?

La situation est différente de celle où une action en résiliation de son contrat de travail formée par un salarié est suivie de son licenciement : en ce cas - et l'arrêt du 20 décembre 2006 ne remet pas en cause cette solution - le juge doit d'abord se prononcer sur cette demande de résiliation et c'est seulement s'il l'estime non fondée qu'il doit statuer sur le licenciement postérieur (Soc., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 246, p. 215 et Soc., 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 225, p. 215).

Mais la mise en œuvre par l'employeur de son droit de rupture unilatérale du contrat de travail par licenciement a pour effet de rompre le contrat de travail. Comme l'a décidé la CJCE dans un arrêt du 27 janvier 2005 sur question préjudicielle introduite par l'*Arbeitsgericht Berlin*, « l'événement valant licenciement est constitué par la manifestation de la volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail. » Et il résulte des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 28 janvier 2005 (*Bull.* 2005, Ass. plén., n° 1, p. 1, rapport annuel 2005, p. 264) et de ceux de la chambre sociale du 11 mai 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 159, p. 136 et rapport annuel 2005, p. 230), du 26 septembre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 287 et 288, p. 277) et du 7 novembre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 327, p. 318) que la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin par l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant le licenciement. Bien entendu – et c'est ce que relevait aussi l'arrêt précité de la CJCE, paragraphe 36 – la cessation effective de la relation d'emploi se situe à l'expiration du délai de préavis et ne constitue que l'effet de la décision de rupture de l'employeur. L'arrêt susvisé de la chambre sociale du 7 novembre 2006 précise ainsi que le préavis ne court qu'à compter de la présentation de la lettre de licenciement, bien que la rupture soit acquise dès l'envoi de la lettre recommandée.

Il est donc apparu à la chambre sociale que dès lors que la rupture du contrat de travail était intervenue du fait du licenciement, la demande postérieure du salarié aux fins de résiliation était nécessairement sans objet, mais que, pour l'appréciation du bien-fondé du licenciement, le juge devait prendre en considération les griefs invoqués par le salarié au soutien de sa demande de résiliation, dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur cette appré-

ciation. On peut ainsi penser au cas d'une faute commise par le salarié qui serait la conséquence de faits de harcèlement imputables à l'employeur. En revanche, si les griefs du salarié, même établis, sont sans lien avec les motifs du licenciement, ils n'auront aucune influence sur l'appréciation de celui-ci. Mais le salarié aurait la faculté de demander la réparation du préjudice résultant des manquements de l'employeur ; ainsi en est-il lorsque, au moment où le juge statue sur une action du salarié tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur, le contrat de travail a pris fin par la mise à la retraite du salarié (Soc., 12 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 131, p. 113), ou lorsque le salarié, licencié pour inaptitude, n'a pas été réglé de son salaire (Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 271, p. 259).

**4. Démission****N° 721**

La démission d'un salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur s'analyse en une prise d'acte.

Celle-ci produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

**Soc., 13 décembre 2006. Cassation partielle**

N° 04-40.527. – C.A. Nîmes, 21 novembre 2003.

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

*Note*

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation vient rappeler la solution dégagée par la jurisprudence récente quant à la portée d'une démission circonstanciée (Soc., 15 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 109, p. 103, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 73, janvier-février-mars 2006, n° 448, p. 51).

Ainsi la démission circonstanciée d'un salarié, au motif par exemple du non-paiement de salaires, constitue une prise d'acte de la rupture par le salarié à raison de faits imputables à l'employeur.

En conséquence, conformément à la jurisprudence relative à la prise d'acte (Soc., 25 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 209, p. 213), cette rupture produit les effets soit d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse soit d'une démission, selon que les griefs allégués par le salarié sont ou non fondés.

## 5. Retraite et préretraite

### \* Préretraite

#### N° 722

Dès lors que le salaire de référence mentionné au II de l'article R. 322-7 du code du travail, qui sert de base au calcul de l'allocation financée par l'État et servie par l'ASSEDIC, prend en compte les allocations annuelles versées au salarié pendant les douze derniers mois de travail précédant la signature de la convention de préretraite progressive, c'est à bon droit qu'afin d'éviter un cumul partiel de rémunération infondé, une cour d'appel décide que doit être réduit le montant d'un complément de primes attribué au salarié.

**Soc., 13 décembre 2006. Rejet**

N° 04-47.414. – C.A. Riom, 12 octobre 2004.

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

#### *Note*

Aux termes de l'avenant d'entreprise Michelin du 20 mars 1959, il est prévu au bénéfice du personnel des allocations de vacances de fin d'année ainsi que de « compte points », à condition d'avoir vingt-quatre jours de présence dans l'année. Ce texte ne fait pas de distinction entre salariés à temps plein et salariés à temps partiel.

C'est ainsi que la chambre a jugé que l'employeur ne pouvait réduire le montant de ces primes proportionnellement à l'activité à temps partiel d'un salarié en préretraite progressive, celui-ci étant en droit de percevoir l'intégralité des allocations (Soc., 5 mai 1999, pourvoi n° 97-41.267 ; Soc., 23 juin 2004, pourvoi n° 03-40.452).

Cependant, depuis deux arrêts du 28 juin 2006, non publiés (Soc., 28 juin 2006, pourvois n° 05-40.199 et 04-47.673), la Cour de cassation a précisé que le salaire de référence, qui sert de base au calcul de l'allocation de préretraite progressive, prenant déjà en compte les allocations annuelles versées au salarié pendant les douze derniers mois de travail précédant la signature de la convention de préretraite progressive et ce, en application du paragraphe II de l'article R. 322-7 du code du travail, le montant du complément de prime attribué aux salariés doit être réduit afin d'éviter un cumul partiel de rémunération infondé.

Le présent arrêt vient confirmer cette solution.

## G. – ACTIONS EN JUSTICE

### \* Appel (acte d'appel)

#### N° 723

Les dispositions de l'article R. 516-2 du code du travail relatives à la recevabilité des demandes

nouvelles en cause d'appel sans que puisse être opposée l'absence de tentative de conciliation n'excluent pas l'application des dispositions de l'article 555 du nouveau code de procédure civile quant à la recevabilité de l'intervention forcée en cause d'appel d'une personne qui n'a été ni partie ni représentée en première instance ou qui y a figuré en une autre qualité.

Est par conséquent légalement justifié l'arrêt qui déclare irrecevable la demande formée pour la première fois en cause d'appel par un salarié contre une partie qui ne l'avait pas été devant le premier juge dès lors qu'une évolution du litige n'est pas établie.

**Soc., 20 décembre 2006. Cassation partielle**

N° 04-48.253. – C.A. Rennes, 12 octobre 2004.

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

#### *Note*

Par cet arrêt, la chambre sociale affirme nettement que l'article R. 516-2 du code du travail, qui autorise la recevabilité en appel des demandes nouvelles, n'exclut pas l'application des dispositions de l'article 555 du nouveau code de procédure civile relatives à la mise en cause d'une partie appelée devant la cour d'appel, quand l'évolution du litige implique cette mise en cause, alors que cette partie n'avait pas été partie ni représentée en première instance. Une demande nouvelle en matière prud'homale ne peut donc être formée pour la première fois en cause d'appel contre une partie qui ne l'avait pas été devant le premier juge que si une évolution du litige implique sa mise en cause.

La notion d'évolution du litige qui a été précisée par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 mars 2005 (*Bull.* 2005, Ass. plén., n° 4, p. 9) est en effet préalable et étrangère à celle de la recevabilité des demandes nouvelles formées en appel ; et l'article R. 516-2 du code du travail, texte d'exception, ne déroge pas aux dispositions générales de l'article 555 du nouveau code de procédure civile concernant non pas les demandes, mais les parties.

Cet arrêt, qui revient nettement sur un précédent publié du 23 mars 1994 (*Bull.* 1994, V, n° 103, p. 71), va dans le même sens que des arrêts non publiés de la chambre sociale du 22 novembre 2000 (pourvoi n° 98-42.229) du 26 avril 2006 (pourvois n° 05-42.611 et 05-42.612).

#### N° 724

Nonobstant le principe de l'oralité de la procédure en matière prud'homale, l'appel incident peut être régulièrement formé par le dépôt ou l'envoi au greffe de conclusions valant déclaration d'appel.

Il en résulte qu'est recevable l'appel incident contenu dans des conclusions écrites envoyées au greffe avant le désistement de l'autre partie, quand bien même le délai pour régulariser un appel à titre principal serait expiré.

**Soc., 15 décembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-41.468 et 05-41.469. – C.A. Toulouse, 20 janvier 2005

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

Note

L'article 401 du nouveau code de procédure civile dispose que le désistement d'appel n'a besoin d'être accepté que s'il contient des réserves ou si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente.

Le désistement d'appel produit donc immédiatement son effet extinctif s'il n'a pas été précédé d'un appel ou d'une demande incidente (Soc., 27 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 365, p. 291 ; Soc., 29 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 146, p. 143 ; Soc., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-46.185 ; Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-47.062).

Il est donc essentiel de déterminer si l'appel incident est ou non antérieur au désistement de l'appel principal. S'il est postérieur au désistement, il n'est pas recevable. Jusqu'à une période récente, la chambre sociale décidait qu'en raison de l'oralité de la procédure, l'appel incident ne pouvait résulter de conclusions écrites transmises au greffe, de sorte que l'effet extinctif du désistement rendait irrecevable l'appel incident, même si les conclusions étaient antérieures.

Cette solution avait l'inconvénient de permettre à l'appelant principal d'échapper à l'appel incident en se désistant, après avoir pris connaissance des conclusions adverses, ce qui était contraire à la loyauté des débats.

Aussi, dans un arrêt de principe du 5 juillet 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 233, p. 204, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 71, juillet-août-septembre 2005, n° 285, p. 41), la chambre sociale a décidé que nonobstant le caractère oral de la procédure, le désistement de l'appel principal ne rend pas irrecevable l'appel incident résultant de conclusions écrites antérieures.

La Cour de cassation rappelle ce principe dans l'arrêt rendu le 15 décembre 2006. Elle valide donc le raisonnement des juges d'appel qui ont constaté qu'un appel incident, par voie de conclusions écrites, avait été formé antérieurement au désistement d'appel et ont considéré qu'il était recevable.

**\* Autorité de la chose jugée par le juge administratif**

**N° 725**

Toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif s'impose au juge civil.

En l'état d'un arrêt du Conseil d'État, rendu sur question préjudicielle posée par la Cour de cassation, déclarant illégal l'article 11 du décret n° 59-1337 du 20 novembre 1959 relatif aux litiges entre armateurs et marins aux termes duquel « toutes actions ayant trait au contrat d'engagement sont prescrites un an après le voyage terminé », l'arrêt d'une cour d'appel qui a déclaré prescrite l'action d'un marin en application de ce texte se trouve privé de base légale et doit être annulé.

**Soc., 21 décembre 2006 Annulation partiellement sans renvoi**

N° 04-46.355. – C.A. Rouen, 8 juin 2004.

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

Note

En vertu d'un principe issu de la jurisprudence du Tribunal des conflits (Tribunal des conflits, 16 juin 1923, S..., *Recueil Lebon*, p. 498, *Grands arrêts de la Jurisprudence administrative*, n° 42), le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs, sauf lorsqu'il s'agit d'un acte réglementaire portant « une atteinte grave à l'inviolabilité du domicile privé et, par suite, à la liberté individuelle ainsi qu'au respect dû au droit de propriété » (Tribunal des conflits, 30 octobre 1947, B..., *Recueil Lebon*, n° 511).

La jurisprudence de la Cour de cassation tire de manière constante les conséquences de ce principe en affirmant que la déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par la juridiction administrative s'impose au juge civil (2<sup>e</sup> Civ., 14 décembre 1964, *Bull.* 1964, II, n° 791, p. 582 ; Soc., 7 décembre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 307, p. 209 ; Com., 26 avril 2000, *Bull.* 2000, IV, n° 85 (2), p. 75).

C'est ce que rappelle la chambre sociale dans son arrêt du 21 décembre 2006.

La présente espèce concerne l'application de l'article 11 du décret n° 59-1337 du 20 janvier 1959 relatif aux litiges entre armateurs et marins, qui disposait que « toutes actions ayant trait au contrat d'engagement sont prescrites un an après le voyage terminé ».

La chambre sociale a estimé que « le décret en cause, qui fixait un délai dont le terme entraîne l'extinction d'une obligation contractuelle, touchant ainsi aux principes fondamentaux du droit civil, soulevait une difficulté sérieuse », ce qui nécessitait l'appréciation de sa légalité par le juge administratif (Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 92, p. 83). Elle a



donc sursis à statuer et renvoyé les parties au litige à saisir le Conseil d'État, conformément à la jurisprudence « S... » précitée.

Par un arrêt du 27 novembre 2006 (CE, 27 novembre 2006, n° 296018), le Conseil d'État a déclaré l'article 11 du décret du 20 janvier 1959 illégal, au motif que « le gouvernement ne saurait abroger des dispositions législatives, ni édicter lui-même une telle règle, sans méconnaître le champ de compétence réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution ».

Cette décision du juge administratif s'imposant au juge civil, la chambre sociale annule comme étant privée de base légale la décision rendue par les juges du fond sur le fondement du texte reconnu illégal par le Conseil d'État.

### \* Cassation (pouvoi)

#### N° 726

La signification faite après l'expiration du délai pour former un pourvoi ouvert par une première notification n'a pu faire courir un nouveau délai, peu important que le demandeur au pourvoi ait été admis au bénéfice de l'aide juridictionnelle sur la base de cette signification.

Soc., 11 octobre 2006

Irrecevabilité

N° 05-45.623. – C.A. Amiens, 11 septembre 2002.

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

#### Note

En application des articles 528 et 612 du nouveau code de procédure civile, le délai pour former un pourvoi est de deux mois et court à compter de la notification de la décision attaquée. Il faut bien évidemment que la notification faite le soit valablement (2<sup>e</sup> Civ., 23 février 2004, *Bull.* 2004, II, n° 66, p. 37 ; 1<sup>re</sup> Civ., 17 septembre 2003, *Bull.* 2003, n° 175, p. 137). La sanction de l'écoulement du délai est l'irrecevabilité du recours exercé. Cependant, la matière prud'homale pose souvent une difficulté spécifique, qui résulte de la pratique : en effet, les textes imposent une notification en la forme ordinaire par le greffe, mais souvent la partie gagnante procède de son côté à une signification.

Quel est le sort des délais ouverts ? Il faut distinguer deux hypothèses, selon que la seconde notification est faite ou non dans le délai ouvert par la première. Depuis les années 1990, la Cour de cassation admet que la seconde notification faite dans le délai ouvert par la première est valable et fait courir un nouveau délai (Soc., 9 mai 1990, *Bull.* 1990, V, n° 204, p. 124 ; Soc., 3 mars 1993, *Bull.* 1993, V, n° 77, p. 53 ; Com., 6 février 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 38, p. 29 ; 2<sup>e</sup> Civ., 20 décembre 2001, *Bull.* 2001, II, n° 197, p. 139). La Cour de cassation précise cependant qu'à l'égard de celui qui notifie, seul court le délai ouvert par la première notification régulière (2<sup>e</sup> Civ., 3 avril 2003, *Bull.* 2003, II, n° 91, p. 79).

Le présent arrêt statue dans la seconde hypothèse et tire la conséquence d'une notification faite après l'expiration du délai ouvert par la première. Dans un tel cas, la seconde notification n'est pas valable et ne fait pas courir un nouveau délai de recours. C'est une solution déjà ancienne qui est rappelée ici (Soc., 27 juin 1990, *Bull.* 1990, V, n° 315, p. 188 ; Soc., 17 avril 1991, *Bull.* 1991, V, n° 197, p. 120).

### \* Cassation d'un arrêt en toutes ses dispositions

#### N° 727

1° La cassation d'une décision dans toutes ses dispositions n'en laisse rien subsister et investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans ses éléments de fait et de droit.

2° Lorsque la juridiction prud'homale est saisie par un salarié d'une demande d'inscription d'une créance sur un relevé des créances résultant du contrat de travail, selon la procédure définie par les articles L. 621-125 et L. 621-127 du code de commerce, la dispense du préliminaire de conciliation prévue par l'article L. 621-128 de ce code s'applique aussi à la demande en paiement formée, dans cette même instance et pour la même créance, contre le cessionnaire de l'entreprise.

Soc., 5 décembre 2006.

Rejet

N° 05-45.697. – C.A. Nîmes, 6 octobre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Bailly, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### Note

1° Aux termes de l'article 624 du nouveau code de procédure civile : « La censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire. »

Ce texte, interprété de manière formelle, conduisait à admettre que même en cas de cassation totale d'un arrêt, les dispositions non attaquées par le pourvoi devenaient irrévocables comme passées en force de chose jugée, la cour de renvoi ne devant statuer que sur les moyens attaqués par le pourvoi (3<sup>e</sup> Civ., 4 décembre 1973, *Bull.* 1973, III, n° 612, p. 446 et 1<sup>re</sup> Civ., 19 juillet 1989, *Bull.* 1989, I, n° 295, p. 195). Une jurisprudence plus récente, s'attachant essentiellement au dispositif de l'arrêt prononçant la cassation, investissait la juridiction de renvoi, en cas de cassation totale, de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit (2<sup>e</sup> Civ., 28 février 2006, *Bull.* 2006, II, n° 53, p. 47 et 2<sup>e</sup> Civ., 13 juillet 2006, *Bull.* 2006, II, n° 207, p. 198).

L'assemblée plénière a, dans un arrêt du 27 octobre 2006 (Ass. plén., 27 octobre 2006, *Bull.*, Ass. plén., n° 13, p. 45), dans un souci de sécurité juridique, tranché en faveur de la deuxième interprétation pour décider que la cassation prononcée « en toutes ses dispositions » investissait la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige.

Dans le présent arrêt, un salarié travaillait pour une société d'industrie maritime qui fit l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Un des secteurs de la société fut cédé à une autre entreprise. Le salarié fut licencié pour motif économique et contesta cette décision au motif qu'il appartenait à la catégorie des salariés repris par l'entreprise figurant au plan de cession.

L'arrêt de la cour d'appel fut frappé d'un pourvoi en ce qu'elle avait rejeté l'action dirigée contre la société cédante. Sur la base de ce moyen, la décision fut cassée dans toutes ses dispositions le 17 octobre 2001 par la chambre sociale. La cour de renvoi a jugé le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et a condamné le cessionnaire à indemniser le salarié.

La société cessionnaire a formé un pourvoi contre cet arrêt en reprochant à la juridiction de renvoi d'avoir écarté la nullité de la procédure prononcée par la première cour d'appel alors que la cassation intervenue n'affectait pas cette disposition.

Reprenant la solution dégagée par l'assemblée plénière, la chambre sociale affirme que la cour de renvoi se trouvait, du fait de la cassation totale mentionnée au dispositif, investie de l'entier litige, quel que soit le moyen qui a déterminé la cassation.

2° L'article L. 621-128 du code de commerce, en vigueur au moment du litige, prévoit que les demandes tendant à voir inscrire une créance sur un relevé de créances salariales, par application de l'article L. 621-125 ou faisant suite à un refus de garantie opposé par l'AGS par application de l'article L. 621-127, sont portées directement devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, sans conciliation préalable.

Dans la présente espèce, la cour d'appel a étendu cette solution au cas où la demande d'inscription de la créance du salarié s'accompagnait d'une demande en paiement dirigée contre la société cessionnaire, à laquelle la rupture du contrat de travail était aussi imputée.

Un arrêt de la chambre sociale (Soc., 4 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 189, p. 185) avait déjà jugé que le bureau de jugement est seul compétent pour statuer sur les litiges relatifs aux créances devant figurer sur un relevé des créances, y compris lorsque les créances concernées sont des créances indemnitaires nées au cours de la procédure collective.

Dans la logique de cette jurisprudence, la chambre sociale, tenant compte de la connexité existant entre la demande visant à voir reconnaître le licenciement sans cause réelle et sérieuse et fixer la créance du salarié au passif de l'entreprise et la demande visant pour les mêmes causes à la condamnation indemnitaire du cessionnaire, a admis que la dispense du préliminaire de conciliation valait pour les deux actions lorsqu'elles étaient formées au cours d'une même instance.

### \* *Compétence matérielle du conseil de prud'hommes*

N° 728

Les salariés qui demandent, conformément à l'article L. 511-1 du code du travail, la réparation du préjudice causé par l'irrégularité de fond de leur licenciement, exercent une action distincte de celle ouverte par l'article L. 621-125 du code de commerce alors applicable, aux termes duquel le salarié dont la créance ne figure pas en tout ou en partie sur un relevé des créances résultant du contrat de travail établi par le représentant des créanciers peut saisir le conseil de prud'hommes de sa contestation.

Dès lors, la cour d'appel a exactement décidé qu'ils ne pouvaient se voir opposer la fin de non-recevoir prévue par l'article L. 621-125 et tirée de la forclusion de leur demande, même si celle-ci avait été directement introduite devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes.

**Soc., 11 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 04-47.950 à 04-47.954. – C.A. Douai, 29 septembre 2004

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Leblanc, Rap. – M. Cuinat, Av. Gén.

#### Note

L'article L. 621-125 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dispose que le représentant des créanciers établit un relevé des créances résultant des contrats de travail. Cet article donne la possibilité au salarié de former une contestation devant le conseil de prud'hommes au cas où sa créance ne figure pas en tout ou partie sur un relevé, mais uniquement dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement de la mesure de publicité du relevé, à peine de forclusion. Ces dispositions ont été reprises par la loi du 26 juillet 2005 et figurent sous l'article L. 625-1 du code de commerce.

Dans la présente affaire, des salariés ayant fait l'objet d'un licenciement économique à la suite de la liquidation judiciaire de leur entreprise ont saisi la juridiction prud'homale de demandes en fixation de créances résultant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Une fin de non-recevoir leur était opposée, tirée de la forclusion prévue par l'article L. 621-125, car l'instance avait été introduite plus de deux mois après la publication du relevé des créances. Les juges du fond ont rejeté la fin de non-recevoir et prononcé la nullité des licenciements.

La Cour de cassation approuve cette décision en affirmant qu'une demande en réparation du préjudice causé par l'irrégularité de fond d'un licenciement, conformément à l'article L. 511-1 du code du travail, est distincte de l'action ouverte par l'article L. 621-125 du code de commerce, et ce même si les salariés ont saisi directement le bureau de jugement de leurs prétentions.

La chambre sociale réaffirme ainsi le principe posé dans un arrêt du 4 juillet 2000 (Soc., 4 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n° 266, p. 210), et dont la formule a constamment été reprise depuis lors (Soc., 20 février 2002, pourvoi n° 99-46.267 ; Soc., 15 janvier 2003, pourvoi n° 00-46.150 ; Soc., 4 juin 2003, pourvoi n° 01-41 515 ; Soc., 31 mars 2004, pourvoi n° 02-41.753 ; Soc., 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-42.727 ; Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-43.223 ; Soc., 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-46.449).

Selon la Cour de cassation, en effet, la demande tendant au versement des indemnités de rupture d'un contrat de travail ou à la réparation du préjudice causé par l'irrégularité de fond ou de procédure d'un licenciement trouve son fondement dans l'article L. 511-1 du code du travail. Dès lors, elle est distincte de l'action ouverte par l'article L. 621-125 du code de commerce et n'est donc pas soumise à son régime de forclusion.

La Cour apporte une précision supplémentaire dans cet arrêt. En effet, l'action en contestation du relevé des créances salariales est portée directement devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, conformément à l'article L. 621-128 du code de commerce, devenu l'article L. 625-5 depuis la loi de sauvegarde des entreprises. Or, en l'espèce, les salariés avaient introduit leur action directement devant le bureau de jugement. Est-ce à dire que cela devait faire présumer qu'ils avaient entendu mettre en œuvre la procédure de l'article L. 621-125 et leur appliquer la forclusion ?

La chambre sociale répond par la négative. Seules les prétentions soutenues au cours de l'instance par les salariés permettent de savoir quelle action ils ont introduite : la saisine directe du bureau de jugement ne peut suffire à conclure que c'est la procédure du code de commerce qui a été mise en œuvre.

### N° 729

Le conseil de prud'hommes est compétent pour connaître de tout litige relatif à l'article L. 122-45 du code du travail.

Il s'ensuit qu'une cour d'appel a à bon droit décidé qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur une discrimination raciale dans une procédure de recrutement relevait de la compétence de la juridiction prud'homale.

**Soc., 21 décembre 2006.**

**Rejet**

N<sup>os</sup> 06-40.662, 06-40.799 et 06-40.864. – C.A. Orléans, 8 décembre 2005.

M. Sargos, Pt. – M. Mazars, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

### *Note*

La loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 a complété l'article L. 122-45 du code du travail en y incluant l'interdiction de la discrimination lors d'une procé-

ture de recrutement. Saisie d'une demande de dommages-intérêts d'un candidat à un emploi qui se disait victime d'une discrimination raciale à l'embauche, une cour d'appel a retenu la compétence du conseil de prud'hommes.

L'employeur, demandeur au pourvoi, soutenait, en s'appuyant sur une circulaire ministérielle (DRT n° 93-10 du 15 mars 1993, non publiée au *Journal officiel*), que dès lors qu'aucun contrat de travail n'avait été conclu et qu'aucune promesse d'embauche n'était invoquée, le conseil de prud'hommes était incompétent, de sorte que le litige devait être renvoyé devant le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance, selon le montant de la demande.

La jurisprudence de la chambre sociale reconnaît la compétence du conseil de prud'hommes pour les litiges relatifs à une promesse d'embauche. Mais, s'agissant d'un litige portant sur un refus d'accès à un emploi, hors toute promesse d'embauche, la question posée par le présent pourvoi n'avait jamais été soumise à la Cour de cassation.

L'alinéa premier de l'article L. 122-45, en sa rédaction applicable au litige, dispose : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap.* »

La chambre sociale a décidé que la juridiction prud'homale était compétente pour connaître de tout litige relatif à l'application des dispositions précitées, sans qu'il y ait lieu de faire de distinction selon qu'un contrat de travail a été signé ou une promesse d'embauche faite. Elle s'est déterminée au regard de la finalité et de l'effectivité de ces dispositions, qui reposent sur le souci de lutter contre les discriminations visées tant en ce qui concerne l'accès à l'emploi que son exécution et sa cessation. Un « bloc de compétence » a donc été établi au profit du juge naturel du travail, le conseil de prud'hommes, dont on doit relever qu'il est particulièrement averti, en d'autres domaines de son contentieux, à la pratique de règles de preuve similaires au régime probatoire de l'alinéa 4 de l'article L. 122-45.

**\* Compétence matérielle  
du tribunal de grande instance**

N° 730

La demande formée par un ancien salarié contre un organisme gestionnaire d'un régime de retraite complémentaire étant dirigée contre un tiers au contrat de travail relève de la compétence du tribunal de grande instance ; et il en est de même de la demande formée dans la même instance contre l'ancien employeur eu égard à l'indivisibilité des deux demandes.

Soc., 5 décembre 2006.

Rejet

N° 06-40.163 à 06-40.222 et 06-40.234. – C.A. Paris, 10 novembre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Linden, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note*

La compétence d'attribution du conseil de prud'hommes est régie par l'article L. 511-1 du code du travail.

Cet article prévoit que le conseil de prud'hommes règle les litiges « qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient ».

Dans l'espèce soumise à la Cour, plusieurs anciens salariés d'une compagnie d'assurance demandaient à l'organisme gestionnaire le bénéfice d'un régime de retraite complémentaire modifié par un accord survenu après leur mise à la retraite et revendiquaient la compétence du conseil de prud'hommes pour statuer. Leur action tendait également à obtenir des dommages-intérêts à l'encontre de l'ancien employeur et de la caisse de retraite en réparation du préjudice moral.

La cour d'appel, saisie sur contredit, a déclaré le tribunal de grande instance compétent pour régler le litige.

Le pourvoi des salariés reprochait à la cour d'appel d'avoir statué de la sorte alors que leurs demandes se fondaient sur des droits acquis à l'occasion de l'exécution de leur contrat de travail, peu important que ceux-ci aient été servis par un tiers, non employeur.

La Cour avait effectivement jugé (Soc., 19 janvier 1999, Bull. 1999, V, n° 34, p. 25) que : « Le différend opposant un salarié à son ancien employeur, né de l'exécution du contrat d'assurance souscrit par ce dernier au profit de l'ensemble de son personnel, lequel constitue un avantage social complémentaire et accessoire au contrat de travail, relève, en application de l'article L. 511-1 du code du travail, de la compétence de la juridiction prud'homale. »

A l'inverse, s'agissant de l'action des salariés dirigée contre un organisme de retraite complémentaire auprès duquel ils ont été affiliés par leur ancien employeur, la Cour de cassation a précisé,

dans un arrêt non publié (Soc., 11 février 2003, pourvoi n° 01-00.597), que « la demande formée par un ancien salarié contre l'organisme gestionnaire du régime de retraite complémentaire, étant dirigée contre un tiers étranger au contrat de travail (...) devait en conséquence être renvoyée devant le tribunal de grande instance. » Le même arrêt avait approuvé les juges du fond d'avoir décidé qu'en raison de son indivisibilité, la demande dirigée contre l'employeur, qui tendait aux mêmes fins, ne pouvait, sans risque de contrariété de décisions, être soumise à une juridiction différente.

Le présent arrêt réaffirme cette solution.

**\* Compétence de la juridiction administrative**

N° 731

Un groupement d'intérêt public doté de la personnalité morale constitué, conformément à l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 et au décret n° 88-41 du 14 janvier 1988, entre l'État et un conseil régional dans le but de mettre en œuvre une politique locale d'insertion professionnelle et sociale des jeunes âgés de 16 à 25 ans et dont la convention constitutive a été agréée par arrêté du ministre de l'emploi et de la solidarité assure un service public à caractère administratif ; le personnel non statutaire travaillant pour le compte de ce service est soumis, quel que soit son emploi, à un régime de droit public et les litiges entre un agent contractuel de droit public et le groupement d'intérêt public relèvent de la compétence du juge administratif.

Soc., 20 décembre 2006.

Rejet

N° 04-46.673. – C.A. Fort-de-France, 28 juin 2004.

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

*Note*

Si l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 a permis la création de groupements d'intérêt public, c'est-à-dire de groupements rassemblant des personnes morales de droit public et de droit privé, dans le domaine de la recherche et du développement technologique, des dispositions législatives ou réglementaires ont étendu par la suite ce dispositif à d'autres champs d'application. Ainsi, la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 a ouvert la possibilité de créer de tels groupements notamment dans le domaine de l'action sanitaire et sociale et le décret n° 88-41 du 14 janvier 1988 a autorisé la création de groupements pour exercer « des activités contribuant à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une politique locale d'insertion professionnelle et sociale destinée aux jeunes de seize à vingt-cinq ans ».

Dans la présente affaire, un salarié d'un groupement d'intérêt public œuvrant dans ce domaine de l'insertion professionnelle avait saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes quant à l'exécution de son contrat de travail. Les juges d'appel, saisis sur contredit, ont dénié la compétence des

juridictions judiciaires, motif pris de ce que le groupement exerçait un service public à caractère administratif.

La question posée à la Cour de cassation touchait donc au statut du personnel contractuel d'un groupement d'intérêt public et à la compétence juridictionnelle subséquente.

Le Tribunal des conflits a déjà été amené à trancher cette question par diverses décisions.

Il a en effet affirmé que les groupements d'intérêt public constitués conformément à l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 sont des personnes morales de droit public soumises à un régime spécifique, qui n'est pas de plein droit celui régissant les établissements publics. Par suite, la détermination de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des litiges opposant ces groupements à leurs agents contractuels dépend de la nature du service public assuré : si ce service public est de caractère administratif, c'est la juridiction administrative qui est compétente, si, à l'inverse, il a la nature d'un service public industriel et commercial, compétence revient au juge judiciaire (Tribunal des conflits, 14 février 2000, *Bull.* 2000, T. conflits, n° 5, p. 8 ; Tribunal des conflits, 15 décembre 2003, *Bull.* 2003, T. conflits, n° 36, p. 47 ; Tribunal des conflits, 22 mai 2006, *Bull.* 2006, T. conflits, n° 16, p. 21).

Il revient donc au juge de déterminer la nature du service public assuré, en fonction de l'objet du groupement, de ses modalités d'organisation et de fonctionnement, de ses ressources ainsi que des règles de comptabilité appliquées.

En l'espèce, si les juges d'appel ont bien qualifié le service public assuré par le groupement en relevant que, par son objet et ses modalités d'organisation et de fonctionnement, il a un caractère administratif, le pourvoi critique cette motivation en lui reprochant de ne pas préciser quel est cet objet et les modalités d'organisation et de fonctionnement, empêchant ainsi la Cour de cassation d'opérer tout contrôle sur la qualification retenue et caractérisant un défaut de base légale.

La chambre sociale ne fait pas droit à cette argumentation et rejette le pourvoi : elle décide qu'un groupement constitué conformément à l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 et au décret n° 88-41 du 14 janvier 1988 entre l'État et le conseil régional dans le but de mettre en œuvre une politique locale d'insertion professionnelle et sociale destinée aux jeunes de 16 à 25 ans et dont la convention constitutive a été agréée par le ministre de l'emploi et de la solidarité assure un service public administratif.

Dès lors, la Cour de cassation applique logiquement la jurisprudence *B...* du Tribunal des conflits : les agents non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi (Tribunal des conflits, 25 mars 1996, *Bull.* 1996, T. conflits, n° 6, p. 7).

Le groupement assurant un service public administratif, ses agents contractuels sont des agents de droit public et les litiges les opposants relèvent donc de la compétence des juridictions administratives.

### \* *Contradiction*

#### N° 732

1° Les juges du fond apprécient souverainement si des pièces ont été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 du nouveau code de procédure civile.

2° Le refus par un salarié, déclaré inapte à un emploi par le médecin du travail, d'un poste proposé dans le cadre de son obligation de reclassement n'implique pas, à lui seul, le respect par l'employeur de cette obligation.

**Soc., 29 novembre 2006.**

**Rejet**

N° 05-43.470. – C.A. Versailles, 12 mai 2005.

M. Trédez, Pt (f.f.). – M. Chollet, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

#### *Note*

1° Selon l'article 15 du nouveau code de procédure civile, « *les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.* »

Jusqu'à un arrêt récent de la chambre mixte de la Cour de cassation, la jurisprudence sanctionnait la production tardive de conclusions ou de pièces sur le fondement des articles 15, 16 et 135 du nouveau code de procédure civile, à condition que le juge du fond motive la mise à l'écart desdits documents en caractérisant « *les circonstances particulières qui auraient empêché le respect du principe de la contradiction.* »

L'arrêt de la chambre mixte du 3 février 2006 (*Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 2, p. 2) a approuvé les juges du fond d'avoir écarté des débats diverses pièces au motif « *qu'il résulte des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 du nouveau code de procédure civile.* » Plusieurs arrêts postérieurs rendus par diverses chambres de la Cour de cassation ont confirmé cette jurisprudence, qui abandonne le contrôle par la Cour de la caractérisation des « *circonstances particulières* » au profit d'une appréciation souveraine par le juge du fond du « *temps utile* », au sens des articles 15 et 135 du nouveau code de procédure civile (3<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> mars 2006, *Bull.* 2006, III, n° 55, p. 46 ; 2<sup>e</sup> Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, II, n° 84, p. 80 ; 1<sup>re</sup> Civ., 23 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 265, p. 232).

La présente décision réaffirme cette jurisprudence, tout en précisant que son champ d'application s'étend à la matière prud'homale, l'article 135 étant un texte applicable à toutes les juridictions.

Il convient en outre de remarquer que les arrêts antérieurs au 3 février 2006 étaient rendus au visa des articles 15, 16 et 135 du nouveau code de procédure civile, alors que l'arrêt de la chambre mixte et les arrêts subséquents ne visent que les articles 15 et 135 du code. L'article 16, qui dispose que « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* » impose une obligation, le respect du principe de la contradiction, à la charge du juge dans ses rapports avec les parties. Ce visa justifiait le contrôle du juge de cassation en matière de communication de pièces sur l'application de la notion de « circonstances particulières » par le juge du fond. Il apparaît significatif que le visa des arrêts postérieurs au 3 février 2006 ne concerne plus que les articles 15 et 135, c'est-à-dire des articles qui ne régissent que les rapports des parties entre elles, dont la loyauté est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

2° Selon l'article L. 122-32-5 du code du travail, « *si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension, l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer, 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 existant dans l'entreprise et après avis des délégués du personnel, un autre emploi approprié à ses capacités 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 ou aménagement du temps de travail* ».

Il résulte de ce texte une obligation de reclassement du salarié déclaré inapte. A défaut d'impossibilité de reclassement du salarié, dont la preuve incombe à l'employeur, débiteur de l'obligation (Soc., 7 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 194, p. 182), le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse.

Dans la présente espèce, un employeur prétendait que dès lors qu'il avait proposé au salarié déclaré inapte un poste compatible avec l'avis du médecin du travail, poste que l'intéressé avait refusé, il avait nécessairement satisfait à son obligation de reclassement.

Cette thèse est écartée par la chambre sociale, qui énonce que le refus d'un poste de reclassement ne suffit pas à justifier, à lui seul, que l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement.

Cet arrêt s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence antérieure selon laquelle, si la preuve de l'impossibilité de reclassement peut résulter de l'échec de la mise en œuvre de procédures de reclassement (Soc., 7 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 195, p. 183), il appartient à l'employeur de tirer les conséquences du refus par le salarié du poste de reclassement proposé, soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant à son licenciement au motif de l'impossibilité du reclassement (Soc., 18 avril 2000, *Bull.* 2000, V, n° 140, p. 108 ; Soc., 9 avril 2002, *Bull.* 2002, V, n° 122, p. 129).

Ainsi, a pu décider que l'employeur avait manqué à son obligation de reclassement, la cour d'appel qui

a constaté que l'intéressé avait adressé à un salarié déclaré inapte par le médecin du travail une proposition imprécise de reclassement, ne lui avait finalement offert qu'un emploi à temps très partiel et ne lui avait donné aucune indication sur la structure de son effectif, la nature des postes existant dans l'entreprise, ainsi que sur les possibilités de mutations ou de transformations de postes de travail (Soc., 6 février 2001, *Bull.* 2001, V, n° 40, p. 30). De même, ne satisfait pas à son obligation de reclassement l'employeur qui propose des postes qui ne sont pas adaptés aux capacités du salarié (Soc., 7 juillet 2004, précité).

### \* *Contredit*

#### N° 733

L'arrêt qui statue sur le contredit formé à l'encontre d'une décision rendue sur la demande de renvoi du défendeur devant la juridiction normalement compétente, fondée sur l'inapplicabilité de l'article 47 du nouveau code de procédure civile, qui n'est pas une exception d'incompétence, est rendu en matière d'appel.

Par suite, ne peut être frappé d'un pourvoi en cassation indépendamment de la décision sur le fond un tel arrêt qui se borne à statuer sur une exception de procédure sans mettre fin à l'instance.

**Soc., 5 décembre 2006.**

**Irrecevabilité**

N° 05-44.924. – C.A. Rouen, 27 septembre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). – M. Linden, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### *Note*

Aux termes de l'article 47, alinéa premier, du nouveau code de procédure civile, « *lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe* ».

Dans le présent litige, une juridiction avait été saisie par le demandeur en application de cet article, au motif que l'un des cadres dirigeants de l'entreprise partie au litige exerçait des fonctions de magistrat au sein de la juridiction prud'homale normalement compétente.

Le défendeur demandait le renvoi de l'affaire devant la juridiction normalement compétente. La juridiction saisie a reconnu sa compétence par décision qu'elle a qualifiée de susceptible de contredit. La cour d'appel a confirmé la compétence et renvoyé le dossier au fond à la juridiction prud'homale.

La question posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était de déterminer la nature de l'exception tendant à écarter l'application de l'article 47, alinéa premier, du nouveau code de procédure civile. S'agissait-il d'une exception d'incompétence, susceptible de contredit puis de pourvoi en cassation ?

La Cour de cassation se prononçait pour la première fois sur cette question.

La Cour avait en revanche déjà statué sur l'application de l'alinéa 2 de l'article 47 du nouveau code de procédure civile, qui prévoit que le défendeur attrait devant la juridiction normalement compétente peut se prévaloir de sa qualité de magistrat ou d'auxiliaire de justice, ou de celle de son adversaire, pour demander le renvoi de l'affaire à une juridiction d'un ressort limitrophe. La jurisprudence a ainsi précisé que cette demande de renvoi n'était pas une exception d'incompétence et pouvait dès lors être frappée d'appel (2<sup>e</sup> Civ., 15 février 1995, *Bull.* 1995, II, n° 51, p. 29) et non de contredit.

Dans l'arrêt rendu le 5 décembre 2006, la chambre sociale décide que la demande visant à écarter l'application de l'article 47, alinéa premier, n'est pas non plus une exception d'incompétence. La décision prise par les premiers juges est susceptible d'un recours devant la cour d'appel et l'arrêt, « rendu en matière d'appel », ne pourra être frappé d'un pourvoi indépendamment de la décision sur le fond. En effet, la demande n'étant pas une exception d'incompétence mais une simple exception de procédure, la décision, statuant sur cette exception sans mettre fin à l'instance, ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond (Soc., 16 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 113, p. 81, *JCP* 1999, IV, 1866).

#### N° 734

Est recevable le contredit formé par une déclaration signée de l'avocat de la demanderesse accompagnant la motivation dudit contredit.

**Soc., 5 décembre 2006. Cassation partiellement sans renvoi**

N° 06-40.821. – C.A. Bordeaux, 12 décembre 2005.

M. Chagny, Pt (f.f.). – Mme Slove, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### *Note*

L'article 82 du nouveau code de procédure civile dispose que « *le contredit doit, à peine d'irrecevabilité, être motivé et remis au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision dans les quinze jours de celle-ci* ».

Il résulte de ce texte que l'absence de motivation constitue une fin de non-recevoir d'ordre public qui peut être relevée d'office par le juge (2<sup>e</sup> Civ., 23 novembre 1994, *Bull.* 1994, II, n° 238, p. 137). En revanche, la loi ne comporte aucune exigence sur la forme de l'acte de contredit.

En l'espèce, une partie forme contredit à un jugement d'un conseil de prud'hommes par une déclaration de contredit, signée par son avocat, déclaration qui précise que la motivation du contredit lui est annexée. Mais cette motivation annexée n'ayant pas elle-même été signée par l'avocat, la cour d'appel déclare le contredit irrecevable.

La Cour de cassation casse cette décision et déclare recevable le contredit ainsi formé.

Cet arrêt se situe dans la lignée de la jurisprudence, qui n'impose que peu d'exigences à la présentation formelle du contredit, l'article 82 précité ne sanctionnant que l'absence de motifs et le dépassement du délai (Soc., 3 mars 1983, *Bull.* 1983, V, n° 129, p. 90). Il résulte effectivement du texte que « *le contredit... doit être remis au secrétariat de la juridiction* » et, avec l'arrêt précité, la Cour de cassation et les juridictions du fond en ont déduit qu'il s'agissait d'un écrit qui peut être remis matériellement au greffe de la juridiction ayant rendu la décision mais également d'un écrit qui pouvait être envoyé par la poste, à condition qu'il soit reçu dans le délai imparté par le texte.

La Cour de cassation a également déclaré recevable le contredit formé par une déclaration non motivée, régularisée par le dépôt ultérieur d'un mémoire contenant la motivation, dans le délai de quinzaine (2<sup>e</sup> Civ., 24 juin 1998, *Bull.* 1998, II, n° 209, p. 123). Il y avait dans ce cas dissociation des supports matériels de la déclaration et de la motivation du contredit. Il résulte de cette décision que, formellement, il est permis de régulariser la motivation d'un contredit dans le délai de quinze jours ; en revanche, une déclaration de contredit faite dans le délai imparti mais ne comprenant pas la motivation de fait et de droit sur laquelle il se fonde se heurte à une irrecevabilité d'ordre public (2<sup>e</sup> Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, II, n° 81, p. 78).

Le présent arrêt complète cette jurisprudence en admettant que lorsque contredit est formé par une déclaration à laquelle est jointe la motivation, la signature de la déclaration suffit à rendre régulière la procédure.

#### \* Prescription

#### N° 735

1° Si les demandes du salarié tendant à l'attribution de commissions, de compléments de salaire et au titre de la privation de treizième mois relèvent de la prescription quinquennale instituée par l'article L. 143-14 du code du travail, le cours de cette prescription est interrompu jusqu'à ce que le litige trouve sa solution par l'action procédant du contrat de travail engagée par l'employeur contre son salarié, l'effet interruptif de cette action s'étendant de plein droit aux demandes reconventionnelles de ce dernier dès lors qu'elles procédaient du même contrat de travail, peu important la date de leur explicitation par rapport à la date de la saisine du conseil de prud'hommes par l'employeur.

2° Si la protection prévue par l'article L. 436-1, alinéa 4, du code du travail bénéficie au candidat aux fonctions de membres du comité d'entreprise, tant au premier qu'au second tour et cela alors même qu'il aurait présenté sa candidature avant le déroulement du premier, la connaissance par l'employeur de l'imminence de sa candidature n'est de nature à le faire bénéficier de cette protection que jusqu'au dépôt de sa candidature pour le second tour.

Est dès lors légalement justifiée la décision d'une cour d'appel écartant cette protection, dès lors qu'elle a constaté que le salarié n'avait en définitive pas présenté sa candidature au second tour des élections, lequel avait eu lieu avant son licenciement.

**Soc., 21 décembre 2006**                      **Cassation partielle  
partiellement sans renvoi**

N° 04-47.426. – C.A. Paris, 7 septembre 2004.

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

*Note*

1° En ce qui concerne l'étendue de l'effet interruptif de la prescription résultant d'une action en justice – lequel dure jusqu'à ce que le litige trouve sa solution (1<sup>re</sup> Civ., 12 décembre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 456) – cet arrêt, qui fait bénéficier un demandeur reconventionnel de l'acte interruptif émanant du demandeur principal, se situe dans le sens d'arrêts étendant les effets d'actes interruptifs rendus par la première chambre civile (1<sup>re</sup> Civ., 29 février 2000 et 7 mars 2000, *Bull.* 2000, I, n° 61 et 85, p. 41 et 57 et rapport annuel 2000, p. 410), la chambre sociale (Soc., 23 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 20, p. 18 ; Soc., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 332, p. 297), la deuxième chambre civile (16 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 322, p. 298), la chambre criminelle (14 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 181, p. 633 ; 19 septembre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 228, p. 803) et la chambre mixte (24 novembre 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 11, p. 31).

Comme le relevait le rapport annuel 2000 précité, le souci de la Cour de cassation en conférant une sorte d'effet « *erga omnes* » à un acte interruptif de prescription, dès lors qu'un même « élément » les réunit (fait dommageable, nature de la contestation, contrat de travail), est essentiellement d'éviter d'exposer les parties à des aléas procéduraux que souvent elles ne peuvent réellement maîtriser (dans cette affaire, des renvois successifs suivant la saisine du conseil de prud'hommes par l'employeur n'avaient pas permis au salarié d'explicitement sa demande reconventionnelle avant plusieurs années).

2° L'article L. 436-1 du code du travail dispose que le licenciement d'un membre du comité d'entreprise ou d'un représentant syndical ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail. La protection s'étend aux candidats à ces fonctions, l'alinéa 4 prévoyant que la procédure s'applique lorsque la lettre du syndicat notifiant à l'employeur la candidature a été reçue par l'employeur ou lorsque le salarié a fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature avant que le candidat n'ait été convoqué à l'entretien préalable.

Dans un arrêt du 18 novembre 1992 (*Bull.* 1992, V, n° 556, p. 352), la chambre sociale a décidé que cette procédure était applicable aux candidats au premier comme au second tour, peu important que le salarié ait présenté sa candidature au second tour

avant le déroulement du premier, dès lors que l'employeur avait connaissance de l'imminence de cette candidature avant l'engagement de la procédure de licenciement.

La chambre criminelle a, dans un arrêt du 3 décembre 1996 (*Bull. crim.* 1996, n° 444, p. 1299), adopté la même position et décidé que doit être considérée comme imminente la candidature d'un salarié au second tour alors même que celle-ci a été présentée avant le premier tour pour lequel les organisations syndicales ont un monopole.

Toutefois, la protection au titre de l'imminence n'est qu'une anticipation de la protection due au titre de la candidature ; elle est donc conditionnée par celle-ci.

La plupart du temps, la question ne se posera pas car le salarié sera licencié avant même d'avoir pu présenter sa candidature : il sera alors protégé s'il fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature avant la convocation à l'entretien. C'est d'ailleurs pour ce type de situation que la protection de la candidature imminente a été organisée : il s'agit d'éviter que l'employeur, sachant que le salarié a l'intention de se porter candidat, ne le licencie avant qu'il ait pu officialiser sa candidature.

Mais dans la présente espèce, le licenciement avait été prononcé après le déroulement des élections auxquelles le salarié ne s'était finalement pas porté candidat. La chambre sociale décide qu'en l'absence de candidature ayant pris le relais de l'annonce préalablement faite, le salarié n'était à cette date plus protégé, la connaissance par l'employeur de l'imminence de sa candidature n'étant de nature à le faire bénéficier de cette protection que jusqu'au dépôt de sa candidature pour le second tour.

La portée de cette solution est limitée au cas où le licenciement est prononcé après le deuxième tour des élections ou, à tout le moins, après la date limite de dépôt des candidatures pour le deuxième tour.

*\* Qualité à agir*

**N° 736**

Le représentant d'un syndicat doit, s'il n'est avocat, justifier d'un pouvoir spécial ou d'une disposition des statuts l'habilitant à agir en justice et le défaut de pouvoir d'une personne figurant au procès comme représentant un syndicat est une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte, qui ne peut plus être couverte après l'expiration du délai ouvert par l'article R. 423-3 du code de travail pour contester la régularité des élections.

**Soc., 20 décembre 2006.**                      **Cassation sans renvoi**

N° 06-60.017. – T.I. Paris 13<sup>e</sup>, 10 janvier 2006.

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



Note

L'article 117 du nouveau code de procédure civile dispose que « *constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte (...) le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ; le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice* ».

L'arrêt de la chambre sociale du 20 décembre 2006 réaffirme que l'absence de pouvoir pour représenter une personne en justice constitue une irrégularité de fond, qui affecte la validité même de cet acte. L'arrêt reconnaît cependant la possibilité, pour la personne munie d'un pouvoir spécial ou habili-

tée à agir en justice, de régulariser cette situation. Mais cette régularisation est enfermée dans le délai de quinze jours édicté par l'article R. 423-3 du code du travail pour contester la régularité de l'élection devant le tribunal d'instance.

Dès lors, la régularisation par le secrétaire général d'une union syndicale en cours de délibéré, après expiration de ce délai, ne suffit pas à couvrir l'irrégularité résultant du dépôt de la requête par une personne non habilitée à le faire.

Cette solution s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence antérieure, qui fait régulièrement l'objet de décisions publiées par la chambre sociale (Soc., 26 juin 1985, *Bull.* 1985, V, n° 366, p. 264 ; Soc., 17 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 150, p. 111).

## COURS ET TRIBUNAUX

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

#### 1. *Emploi et formation*

##### \* *Contrats à durée déterminée*

*Jurisprudence des cours d'appel sur la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée*

##### N° 737

Selon l'article L. 122-3-8 du code du travail, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance de son terme qu'en cas de faute grave de l'une ou l'autre partie, de force majeure ou d'accord entre les parties.

Le défaut de règlement de l'intégralité des frais professionnels constitue un manquement grave de l'employeur à ses obligations et justifie la rupture du contrat de travail par le salarié aux torts de l'employeur.

C.A. Bastia (ch. soc.), 9 novembre 2005. – R.G. n° 05/00072.

M. Delmas-Goyon, P. Pt. – M. Mucchielli, Pt. – Mme Chiaverini, MM. Steff et Cavalerie, Conseillers.

##### N° 738

Lorsqu'un salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation inhérente à son contrat de travail, son employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire, sauf disposition légale, contractuelle ou conventionnelle particulière. Si l'inaptitude physique du salarié ne constitue pas un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, une telle inaptitude et l'impossibilité du reclassement de l'intéressé n'ouvrent pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat, ni à l'attribution de dommages-intérêts compensant la perte de ceux-ci.

Il en résulte que si c'est à tort que l'employeur a rompu le contrat à durée déterminée le liant au salarié, celui-ci n'a pas droit à une rémunération dès lors qu'il ne pouvait exercer effectivement ses fonctions, mais ne peut prétendre qu'à l'attribution de dommages-intérêts résultant du préjudice subi pour rupture abusive du contrat de travail.

C.A. Lyon (ch. soc.), 4 novembre 2005. – R.G. n° 04/04529.

Mme Panthou-Renard, Pte. – Mme Devalette et M. Cathelin, Conseillers.

##### N° 739

Si, aux termes de l'article L. 122-3-8 du code du travail, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance de son terme qu'en cas de faute grave de l'une ou de l'autre partie, de force majeure ou d'accord entre les parties, la démission n'est pas un cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée.

La démission doit en outre résulter d'un acte dépourvu de toute équivoque, ce qui n'est pas le cas d'une simple absence, serait elle injustifiée.

C.A. Bastia (ch. soc.), 26 octobre 2005. – R.G. n° 04/00178.

M. Mucchielli, Pt. – MM. Huyette et Steff, Conseillers.

##### \* *Période d'essai*

*Jurisprudence des cours d'appel sur la période d'essai*

##### N° 740

La période d'essai, durant laquelle chaque partie est libre de rompre sans donner de motif, se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail ; lorsqu'une période d'essai est stipulée postérieurement au commencement de l'exécution du contrat, la durée ainsi exécutée est déduite de la période d'essai. Ainsi en est-il quand le contrat a débuté par une période de formation.

C.A. Lyon (ch. soc.), 7 avril 2006. – R.G. n° 04/05563.

Mme Panthou-Renard, Pte. – Mme Devalette et M. Cathelin, Conseillers.

##### N° 741

En présence de deux contrats de travail successifs entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat de travail n'est licite qu'à la condition que ce contrat ait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet du dernier contrat, l'employeur ayant pu apprécier les capacités professionnelles de l'intéressé avant de l'embaucher.

C.A. Lyon (ch. soc.), 20 janvier 2006. – R.G. n° 05/01516.

Mme Panthou-Renard, Pte. – Mme Devalette et M. Cathelin, Conseillers.

**N° 742**

Une première rupture d'un contrat de travail par l'employeur opérée à l'intérieur de la période d'essai pour des motifs clairement indiqués, à savoir des absences non justifiées et non contestées par le salarié, et notifiée par lettre recommandée avec avis de réception produit tous ses effets.

Dès lors, le second contrat, qui comportait d'ailleurs certaines modifications par rapport au premier, doit être considéré comme un nouveau contrat et non comme une simple prolongation de la période d'essai du contrat initial.

De ce fait, l'employeur était en droit de procéder à la rupture de ce second contrat qui comportait lui-même une période d'essai et il n'y a pas de rupture abusive du contrat de travail ni absence de respect de la procédure.

C.A. Agen (ch. soc.), 3 août 2005. – R.G. n° 04/00359.

Mme Roger, Pte. – Mme Latrabe et M. Tcherkez, Conseillers.

## 2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

*Jurisprudence des cours d'appel sur les implications de l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat de travail*

**N° 743**

Aux termes de l'article L. 120-4 du code du travail, le contrat de travail est exécuté de bonne foi, ce qui implique notamment que, dans l'exercice de son pouvoir de direction, l'employeur doit respecter la personne du salarié et ne peut porter atteinte à la dignité de celle-ci. La mise en place par le législateur d'une procédure de licenciement au cours de laquelle le salarié est informé et entendu participe de ces éléments.

Dès lors, caractérise un manquement à l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail ainsi qu'un mépris de la personne du salarié, lui causant un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi, le fait pour l'employeur de le convoquer brutalement, le jour de son retour de vacances, à un entretien préalable en vue de son licenciement pour motif économique et de le placer le même jour en congé exceptionnel, le respect ultérieur de la procédure de licenciement ayant un caractère purement formel puisque le décision de se séparer de lui avait déjà été prise et était irrévocable.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 9 mai 2006 – R.G. n° 04/03412

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, Conseillers.

**N° 744**

Tout salarié est tenu, pendant l'exécution de son contrat de travail, à une obligation de loyauté à l'égard de son employeur. Ne remplit pas en l'es-

pèce l'exigence de bonne foi énoncée à l'article 1134, alinéa 3, du code civil le salarié qui a volontairement caché à son employeur l'existence de son mandat de conseiller prud'hommes dès le début de la procédure de licenciement alors que ce dernier, du fait du silence du salarié, n'a pas sollicité l'autorisation préalable de l'inspection du travail et a, au contraire, laissé se poursuivre une procédure de licenciement qu'il savait irrégulière et donc susceptible d'entraîner de lourdes condamnations à l'encontre de son employeur, sans jamais contester par ailleurs, auprès de la juridiction prud'homale compétente, les motifs économiques de son licenciement ou former une demande de réintégration. Par cette attitude, le salarié a manqué à l'exécution de bonne foi de son contrat de travail et ne peut dès lors, en conséquence de son comportement déloyal caractérisé, revendiquer les dispositions du statut protecteur dont il réclame l'application.

C.A. Reims (ch. soc.), 17 mai 2006 – R.G. n° 05/00095

M. Scheibling, Pt. – Mme Lefevre et M. Kunlin, Conseillers.

**N° 745**

L'employeur doit exécuter de bonne foi le contrat de travail. Dès lors, il ne peut, pour accroître son chiffre d'affaires, faire concurrence à son représentant statutaire en présentant à la vente les mêmes produits à des prix notablement inférieurs.

En conséquence, une politique commerciale qui tendait à créer un circuit de vente parallèle de ces produits en grande surface dans le secteur géographique sur lequel officie le représentant chargé du circuit traditionnel constitue en fait une concurrence déloyale envers celui-ci, justifiant la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur.

C.A. Agen (ch. soc.), 30 mai 2006 – R.G. n° 05/00293

Mme Roger, Pt. – Mmes Latrabe et Martres, Conseillères.

## F. – Rupture du contrat de travail

### 2. Licenciements

#### 2.1. Mise en œuvre

##### \* *Entretien préalable*

*Jurisprudence des cours d'appel sur l'entretien préalable au licenciement*

**N° 746**

Le directeur des ressources humaines d'une société mère, ayant reçu délégation à cet effet, a qualité pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié d'une des filiales.

C.A. Nouméa (ch. soc.), 12 avril 2006. – R.G. n° 05/199.

M. Stoltz, Pt. – M. Potée et Mme Amaudric du Chaffaut, Conseillers.

#### N° 747

Même s'il n'est pas dans l'objet ou la finalité de l'entretien préalable, qui doit conserver le caractère d'un échange informel et spontané, d'y convier un huissier de justice, il ne résulte pas de sa présence, que pouvait justifier le caractère très conflictuel de la rupture, une inobservation de la procédure de licenciement par l'employeur, dès lors qu'il n'apparaît pas que l'huissier de justice se soit comporté comme assistant l'employeur lors de l'entretien ni qu'il en ait détourné l'objet en se transformant en enquêteur, se bornant à consigner les propos de l'une et l'autre des parties au contrat de travail.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 28 mars 2006. – R.G. n° 04/02781.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, Conseillers.

#### N° 748

La présence du délégué du personnel à l'entretien préalable au licenciement d'un salarié, non pour assister celui-ci, qui n'en avait pas fait la demande, mais comme simple témoin du déroulement de l'entretien, constitue un vice de procédure.

Dès lors, l'attestation du délégué du personnel sur le déroulement de l'entretien préalable n'est pas recevable.

C.A. Riom (ch. soc.), 28 février 2006. – R.G. n° 05/01732.

M. Gayat de Wecker, Pt.

### G. – Actions en justice

#### \* *Compétence matérielle du conseil de prud'hommes*

*Jurisprudence des cours d'appel sur la compétence de la juridiction prud'homale*

#### N° 749

Aux termes de l'article R. 517-1 du code du travail, le conseil de prud'hommes territorialement compétent pour connaître d'un litige est celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est effectué le travail, même s'il ne constitue pas un établissement au sens des institutions représentatives du personnel.

Dès lors, la réunion dans les locaux permanents d'une agence locale d'une équipe de plusieurs personnes y travaillant sous la responsabilité hiérarchique d'un directeur d'agence, ce lieu étant

stable et défini, est de nature à permettre au salarié de saisir le conseil des prud'hommes dans le ressort duquel est située cette agence.

C.A. Versailles (6<sup>e</sup> ch.), 6 juin 2006. – R.G. n° 05/05667.

M. Ballouhey, Pt. – Mme Doroy et M. Liffra, Conseillers.

#### N° 750

Aux termes de l'article 64 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, « le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement ». Le fonctionnaire placé en position de détachement qui accomplit une prestation de travail pour le compte d'une entreprise privée dans un lien de subordination, en percevant une rémunération, se trouve lié à celle-ci par un contrat de travail et tous les différends pouvant s'élever entre l'entreprise privée et le fonctionnaire, pendant le temps de son détachement, relèvent de la juridiction prud'homale, hormis disposition légale, réglementaire ou conventionnelle contraire.

Dès lors, c'est à tort que les premiers juges ont considéré que le litige relevait de la compétence de la juridiction administrative alors même que le fonctionnaire territorial placé en position de détachement n'échappe pas totalement à la subordination vis-à-vis de l'entreprise privée l'accueillant. En effet, le décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 prévoit expressément :

- qu'il peut être mis fin au détachement à la demande de l'organisme d'accueil, soit immédiatement en cas de faute grave commise dans l'exercice des fonctions, soit, dans les autres cas, sur demande adressée à l'administration intéressée au moins trois mois avant la date effective de cette remise à disposition ;
- que l'avancement dans le corps ou l'emploi de détachement est sans influence sur la situation individuelle dans le corps ou l'emploi d'origine ;
- que l'entreprise d'accueil joue un rôle important dans sa notation et les conditions précises d'activité.

C.A. Lyon (ch. soc.), 9 février 2006. – R.G. n° 05/03885.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Vilde, Conseillers.

#### N° 751

L'article L. 511-1 du code du travail donne compétence d'une manière générale au conseil de prud'hommes pour régler les différends qui s'élèvent à l'occasion du contrat de travail, ce dont il se déduit que cette juridiction a compétence pour traiter des litiges relatifs au logement lorsque celui-ci

constitue l'accessoire au contrat de travail, ce caractère devant s'apprécier selon les circonstances de l'espèce et l'intention des parties.

Le caractère accessoire d'un logement au contrat de travail est établi dès lors que les éléments relevés témoignent suffisamment de la nécessité d'une présence quasi permanente du salarié sur son lieu de travail, justifiant le lien fait depuis l'origine par les parties entre les fonctions exercées et le logement litigieux.

C.A. Agen (1<sup>re</sup> ch. civ.), 15 novembre 2005. – R.G. n° 05/00898.

Mme Latrabe, Pte. – Mme Auber et M. Combes, Conseillers.

#### \* *Unicité de l'instance*

*Jurisprudence des cours d'appel sur le principe de l'unicité de l'instance prud'homale*

#### N° 752

Aux termes de l'article R. 516-1 du code du travail, toutes les demandes dérivant du contrat de travail entre les mêmes parties doivent 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.

Dès lors, en présence de deux instances concernant la relation de travail entre un même employeur et un même salarié, les demandes présentées ne peuvent être déclarées irrecevables au seul motif que deux instances sont engagées, alors la jonction de celles-ci, ordonnée d'office par simple mesure d'administration judiciaire, suffit à faire disparaître la fin de non-recevoir.

C.A. Agen (ch. soc.), 23 mai 2006 – R.G. n° 05/00255

Mme Roger, Pt. – Mme Latrabe et M. Mornet, Conseillers.

#### N° 753

La règle d'unicité de l'instance posée par l'article 880-2 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ne fait pas obstacle à l'introduction d'une seconde instance en référé par la partie dont l'assignation initiale a été frappée de caducité.

C.A. Nouméa (ch. soc.), 10 avril 2006 – R.G. n° 06/12

M. Fey, P. Pt. – M. Stoltz et Mme Amaudric du Chaffaut, Conseillers.

#### N° 754

Aux termes de l'article R. 516-1 du code du travail, le principe de l'unicité de l'instance est opposable au demandeur comme au défendeur dès lors que les demandes successives concernent le même contrat de travail et que les fondements du litige sont nés ou révélés au moment de la saisine du conseil de prud'hommes.

Est dès lors irrecevable la demande faite pour commissions impayées et pour harcèlement, distinctement de la demande initiale en cours, alors que l'unicité de l'instance justifiait l'adjonction de cette demande aux prétentions initiales.

C.A. Colmar (ch. soc.), 27 septembre 2005 – R.G. n° 03/05649

Mme Burger, Pt. – MM. Schilli et Dié, Conseillers.

COMMENTAIRES  
ET DOCTRINE



# COMMENTAIRES ET DOCTRINE

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

Patrick Morvan, « Problème de sources dans un paradis social du droit maritime », in *Recueil Dalloz*, n° 41, 23 novembre 2006, *Chroniques*, p. 2813

Patrick Morvan, « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement », in *JCP, édition sociale*, n° 49, 5 décembre 2006, n° 1964, p. 7

Pierre Rodière, « le CNE et la convention n° 158 de l'OIT », in *Semaine sociale Lamy*, 27 novembre 2006, n° 1284, p. 5

## B. – Durée du travail et rémunérations

Raymonde Vatinet, « Épargne salariale, critères de répartition de l'intéressement », observations sous Soc., 20 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 219, p. 209, in *JCP, éd. sociale*, n° 43, 24 octobre 2006, n° 1842, p. 31

## C. – Santé et sécurité au travail

Michel Miné, « L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur se cumule avec la responsabilité civile du salarié », observations sous Soc., 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 223, p. 212, in *Recueil Dalloz*, n° 41, 23 novembre 2006, p. 2832

## D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

François Duquesne, « Information des salariés préalable à la grève et abus du droit de revendiquer », observations sous Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.855, in *Recueil Dalloz*, n° 39, 9 novembre 2006, *Jurisprudence*, p. 2715

## E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

Bernard Gauriau, « Protocole d'accord pré-lectoral : objet et effets », observations sous Soc., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 251, p. 237, in *JCP, éd. sociale*, n° 44-45, 31 octobre 2006, n° 1874, p. 31

## F. – Rupture du contrat de travail

Jean Mouly, « Une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du libre choix du domicile », observations sous Soc., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 126, p. 122, in *JCP, éd. générale*, n° 51-52, 20 décembre 2006, II, 10209, p. 2397

## G. – Actions en justice

Sylvain Bollée, observations sous Soc., 10 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 168, p. 162, in *JCP, éd. générale*, n° 28, 12 juillet 2006, II, 10121, p. 1405-1408





# 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) : **410,20 €** (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 2006, frais de port inclus.

197060760-000407 – 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**

