

Droit *du travail*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications



*Publication
trimestrielle*

*Janvier
Février
Mars
2007*

N° 77

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS


COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

DROIT DU TRAVAIL

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – DOCTRINE

Table des matières

JURISPRUDENCE

	<u>Page</u>
COURS EUROPÉENNES	
I. – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME	3
Numéro	
B. – Durée du travail et rémunération	
* Heures supplémentaires	1
Pages	
II. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	5
II.1. – COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	5
Numéros	
A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Mesures discriminatoires	2
TRIBUNAL DES CONFLITS	
A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail	
4. <i>Contrat de travail</i>	
* <i>Contrat « nouvelles embauches »</i>	3
COUR DE CASSATION (*)	
I. – AVIS, ARRÊTS D’ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET DE CHAMBRE MIXTE DE LA COUR DE CASSATION	9
Avis de la Cour de Cassation	
Pages	
Séance du 15 janvier 2007	
Représentation des salariés	12

(*) 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	31
	Numéros
	<hr style="width: 50px; margin-left: auto; margin-right: 0;"/>
A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Contrats à durée déterminée	4
* Emploi des travailleurs handicapés	5
* Travailleurs privés d'emploi	6 à 8
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Clause de non-concurrence	9
* Mesures discriminatoires	10
3. <i>Modification dans la situation juridique de l'employeur</i>	
* Transfert d'une entité économique	11
4. <i>Contrats particuliers</i>	
* Travail intérimaire	12
* Travail temporaire	13
5. <i>Statuts particuliers</i>	
* Conjoint salarié	14
* Journalistes professionnels	15
* Voyageur, représentant, placier (VRP)	16-17
B. – Durée du travail et rémunérations	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Congés payés	18
* Repos hebdomadaire et jours fériés	19
2. <i>Rémunérations</i>	
* Majoration pour travail de nuit	20
* Salaire (à travail égal, salaire égal)	21
C. – Santé et sécurité au travail	
2. <i>Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail</i>	
* Discrimination en raison de l'état de santé	22
* Convention ou contrat de prévoyance	23
* Garantie d'emploi spécifique du salarié malade ou victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle	24 à 27
D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail	
1. <i>Accords collectifs et conventions collectives</i>	
* Champ d'application	28
2.3. <i>Conflits collectifs du travail</i>	
* Grève	29-30
E. – Représentation du personnel et élections professionnelles	
1. <i>Elections professionnelles</i>	
* Accord préélectoral	31
* Corps électoral	32
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.2. <i>Institutions représentatives du personnel</i>	
* Syndicat. – activité syndicale	33

3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre le licenciement	34 à 38
F. – Rupture du contrat de travail	
2. <i>Licenciements</i>	
2.1. Mise en œuvre	
* Lettre de licenciement	39
2.2. Imputabilité et motifs de la rupture	
* Motifs de la rupture	40-41
2.3. Licenciements disciplinaires	
* Entretien préalable	42
2.4. Licenciement économique	
* Plan de sauvegarde de l'emploi.....	43
2.7. Indemnités de licenciement	44
3. <i>Résiliation judiciaire</i>	45-46
5. <i>Retraite et préretraite</i>	
5.1. Retraite	
* Agent de la SNCF	47
G. – Action en justice	
* Capacité à agir	48
* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes	49
* Oralité des débats en matière prud'homale	50
* Péremption de l'instance.	51
* Prescription	52
* Qualité à agir	53
* Unicité de l'instance	54

COURS ET TRIBUNAUX

	Numéros
A. – Contrat de travail, organisation et exécution	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Caractérisation du contrat de travail	55 à 57
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Modification des conditions de travail	58 à 60
F. – Rupture du contrat de travail	
2. <i>Licenciements</i>	
2.2. Imputabilité et motifs de la rupture.	
* Insuffisance professionnelle	61 à 64
* Faute grave	65 à 67

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

I. – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

B. – Durée du travail et rémunération

* Heures supplémentaires

N° 1

X... et autres et vingt-quatre autres affaires c. France, arrêt du 9 janvier 2007, requêtes n° 20127/03 et autres, violation de l'article 6 § 1.

X... et autres et huit autres affaires c. France, arrêt du 9 janvier 2007, requêtes n° 31501/03 et autres, violation de l'article premier du Protocole n° 1.

Ces deux affaires concernent les mêmes faits. Dans le premier arrêt, les requérants ont invoqué une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et, dans le second, une violation de l'article premier du premier Protocole additionnel à la Convention.

Faits communs aux deux affaires :

Les requérants sont employés ou anciens employés en qualité d'éducateurs, de conseillers, de moniteurs, d'aides médico-psychologiques ou de surveillants de nuit, au sein d'établissements spécialisés, gérés par des associations et placés sous tutelle de l'Etat. Dans le cadre de leurs fonctions, ils durent assurer des permanences de nuit, dans une chambre dite « de veille », afin de répondre à tout incident ou demande de la part des pensionnaires. La convention collective applicable ne prévoyait qu'une compensation financière partielle pour ces heures de veille. Considérant toutefois qu'il s'agissait de travail effectif et que ces périodes devaient être intégralement rémunérées, les requérants (requêtes n° 20127/03, 31795/03, 2185/04, 4208/04 et 27632/04) saisirent le conseil de prud'hommes.

Une loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 est intervenue au cours de ces instances, pour disposer, en son article 29 : « Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, sont validés les versements effectués au titre de la rémunération des périodes de permanence nocturne comportant des temps d'inaction, effectuées sur le lieu de travail en chambre de veille par le personnel en application des clauses des conventions collectives nationales et accords collectifs nationaux de travail, agréés en vertu de l'article 16 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975

relative aux institutions sociales et médico-sociales, en tant que leur montant serait contesté par le moyen tiré de l'absence de validité desdites clauses. »

Première affaire

Grief

Les requérants soutenaient que l'adoption d'une loi et son application aux procédures en cours avait emporté violation de l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable).

Dispositif

La Cour rappelle que « le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêts général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige » (X..., Y... et Z... et autres c. France, requêtes n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96).

Relevant qu'en l'espèce l'Etat n'était pas partie à la procédure judiciaire, la Cour rappelle, en ce qui concerne les litiges opposant des intérêts de caractère privé, que « l'exigence de l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». En l'espèce, la loi du 19 janvier 2000, excluant expressément de son champ d'application les décisions de justice passées en force de chose jugée, fixait définitivement et de façon rétroactive les termes du débat soumis aux juridictions judiciaires.

La Cour estime donc que « l'on ne saurait parler d'égalité des armes entre les deux parties privées, l'Etat ayant donné raison à l'une d'elles en faisant adopter la loi litigieuse ».

Concernant l'« impérieux motif d'intérêt général », la Cour rappelle qu'« en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative » et qu'en l'espèce, rien ne prouve que « l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur de la santé et de la protection sociale aurait été mis en péril ».

Ainsi, la Cour de Strasbourg estime que « l'intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond des litiges devant

les juridictions internes, n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général ». Elle conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Seconde affaire

Griefs

Se plaignant de l'adoption de la loi du 19 janvier 2000 et de son application rétroactive par les juridictions internes, les requérants se considèrent victimes d'une atteinte à leur droit au respect de leurs biens et invoquent une violation de l'article premier du Protocole n° 1.

Dispositif

Sur l'existence d'un « bien » au sens de l'article premier du Protocole n° 1 :

La Cour note que les parties ont des vues divergentes quant à la question de savoir si les requérants étaient ou non titulaires d'un « bien » susceptible d'être protégé par l'article premier du Protocole n° 1.

Appelée à déterminer si la situation juridique dans laquelle se sont trouvés les requérants est de nature à relever du champ d'application de l'article premier, la Cour relève, « outre une majorité de juridictions du fond en faveur des salariés des établissements concernés, que la Cour de cassation avait adopté une position favorable à la thèse des requérants dès le 13 novembre 1990, position confirmée dans un arrêt du 16 juillet 1997. Certes, quatre arrêts en date des 9 mars, 6 avril et 4 mai 1999 avaient suscité des interrogations et entretenu l'incertitude quant aux régimes d'équivalence. Force est cependant de constater que très rapidement, à savoir dès le 29 juin 1999, la Cour de cassation a clairement réaffirmé sa position de principe sur la question, qui avait été la sienne depuis 1990. La Cour suprême a d'ailleurs confirmé une nouvelle fois ce principe après l'entrée en vigueur de la loi litigieuse, par un arrêt du 24 avril 2001 publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, allant même à en conclure que l'application de ladite loi devait être écartée » (paragraphe 73).

Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que les requérants bénéficiaient d'un intérêt patrimonial en l'espèce qui constituait, sinon une créance à l'égard de leurs adversaires, du moins une « espérance légitime » de pouvoir obtenir le paiement des rappels de salaire pour les heures litigieuses, qui avait le caractère d'un « bien » au sens de la première

phrase de l'article premier du Protocole n° 1 (*Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, arrêt du 29 novembre 1991, série A, n° 222, p. 23, § 51 ; *SA Dangeville c. France*, arrêt du 16 avril 2002, requête n° 36677/97, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, paragraphe 48 ; *X... c. France*, requête n° 67847/01, paragraphe 37-38, 14 février 2006). « *L'intervention d'une loi destinée à contrer la jurisprudence de la Cour de cassation, favorable aux requérant, vient assurément conforter ce constat.* »

L'article premier du Protocole n° 1 est donc applicable au cas d'espèce.

Sur la justification de l'ingérence :

Examinant si l'ingérence du législateur poursuivait une cause d'utilité publique, la Cour conteste les deux motifs allégués par le gouvernement :

– s'agissant de la nécessité de mettre un terme à une incertitude juridique, « la Cour rappelle qu'elle a constaté que la Cour de cassation avait adopté une position favorable aux salariés, dans le cadre d'une jurisprudence de nature à permettre aux requérants d'invoquer l'existence d'un "bien" au sens de l'article premier du Protocole n° 1 » (paragraphe 82).

Quant à la nécessité de préserver la pérennité et la continuité d'un service public, la Cour rappelle qu'en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative. « En tout état de cause, dans les faits de l'espèce, aucun élément ne vient étayer l'argument selon lequel l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur de la santé et de la protection sociale aurait été mis en péril ». La Cour conclut que la mesure litigieuse, à savoir l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000, « a fait peser une "charge anormale et exorbitante" sur les requérants (voir *X... c. France*, requête n° 67847/01, précité, paragraphe 52) et l'atteinte portée à leurs biens a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus » (paragraphe 88). Partant, il y a eu violation de l'article premier du Protocole n° 1 (unanimité).

La Cour n'estime pas nécessaire d'examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article premier du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, ni sous l'angle de l'article 6 § 1.

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*

* *Mesures discriminatoires*

N° 2

Faits et procédure :

La question préjudicielle est présentée dans le cadre d'un litige opposant un ressortissant suédois employé en qualité d'enseignant dans une école en Finlande, à l'*Umea universitet* au sujet du rejet de sa candidature pour suivre une formation dans cette université.

Droit communautaire en cause et question préjudicielle :

La Cour de justice des Communauté européennes est amenée à interpréter les articles 12 (prohibant les discriminations fondée sur la nationalité) et 39 du Traité CE (libre circulation des travailleurs et abolition de toute discrimination).

Le programme SAL est destiné à former et recruter des enseignants pour faire face à une augmentation des élèves en Suède et à de nombreux départs à la retraite. Le refus opposé au requérant était fondé sur le fait qu'étant employé dans un établissement scolaire finlandais, il devrait en conséquence suivre la partie pratique de la formation demandée en Finlande.

La question posée à la Cour de justice des Communauté européennes revient à savoir si le droit communautaire s'oppose à ce qu'une réglementation nationale organisant à titre provisoire une formation destinée à satisfaire à court terme à la demande d'enseignants qualifiés dans un Etat membre soit appliquée de telle sorte que le bénéfice de cette formation soit réservée aux candidats employés dans un établissement scolaire de cet Etat membre et si, pour cette appréciation, il importe qu'une telle formation ait un caractère plus permanent ou non et que les candidats soient ou non ressortissants de cet Etat membre.

Dispositif

La Cour juge au préalable que la formation professionnelle est susceptible de relever du champ d'application *ratione materiae* du droit communautaire. La Cour rappelle que l'article 12 du Traité CE invoqué n'a pas vocation à s'appliquer à des situations régies par le droit communautaire lorsqu'il existe des dispositions spécifiques visant ces situations.

Or, l'article 39 du Traité CE, paragraphe 2, concerne précisément la libre circulation des travailleurs et a donc vocation à s'appliquer à la place de l'article 12 du Traité CE.

La Cour relève que le programme litigieux de recrutement d'enseignants pour une durée déterminée est ouvert à tous les ressortissants des Etats membres qui présentent les qualifications nécessaires pour enseigner. L'exclusion de candidats employés dans un établissement scolaire d'un autre Etat membre est de nature à défavoriser les ressortissants européens travaillant dans d'autres Etats membres et exerçant leur droit à la libre circulation.

Après avoir constaté cette entrave à la libre circulation des travailleurs, la Cour de justice des Communautés européennes étudie si elle peut échapper à l'interdiction de l'article 39 du Traité CE, comme poursuivant un but légitime compatible avec le Traité, et se justifiant par des raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour, sur ce dernier point, reconnaît l'existence d'un contexte de pénurie d'enseignants en Suède et estime qu'il « *appartenait aux autorités nationales de recourir aux services d'enseignants recrutés pour une durée déterminée* ». S'agissant de la proportionnalité de la mesure, la Cour relève le caractère ponctuel des formations, qui ne sont dispensées que sur quelques universités du pays. Elle estime en outre ne pas disposer d'éléments suffisants pour déterminer avec exactitude si la partie pratique de la formation dispensée constitue ou non un élément essentiel et obligatoire de celle-ci.

« *Dans ces conditions, il ne saurait être exclu que l'application qui est faite du règlement SAL aille au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visant à préserver et à améliorer le système éducatif suédois* »

(paragraphe 47). Elle renvoie au juge national l'appréciation au cas par cas de l'application de la législation litigieuse.

La Cour dit pour droit :

« Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une réglementation nationale organisant à titre provisoire une formation destinée à satisfaire à court terme à la demande d'enseignants qualifiés dans un État membre exige que les candidats à cette formation soient employés dans un établissement scolaire dudit État, sous réserve toutefois que l'application qui est faite de cette réglementation n'aboutisse pas à exclure par principe toute candidature d'un enseignant qui n'est pas employé dans un tel établissement, exclusion qui interviendrait sans appréciation préalable et individuelle des mérites de cette

candidature au regard, notamment, des aptitudes de l'intéressé et de la possibilité de contrôler la partie pratique de la formation reçue par ce dernier ou éventuellement de l'en dispenser. »

Arrêt du 11 janvier 2007, troisième chambre, X... c. Umea universitet, affaire C-40/05

* * *

Ces résumés d'arrêts sont extraits du document de veille élaboré par l'Observatoire du droit européen, dépendant du service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

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

TRIBUNAL DES CONFLITS

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

4. Contrat de travail

* Contrat « nouvelles embauches »

N° 3

Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution présentent le caractère d'actes administratifs tant qu'elles n'ont pas été ratifiées. La ratification, qui a pour effet de leur conférer rétroactivement valeur législative, peut résulter du vote du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 susmentionné ainsi que du vote d'une autre disposition législative expresse ou d'une loi qui, sans avoir la ratification pour objet direct, l'implique nécessairement.

Tel est le cas de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 instituant le contrat « nouvelles embauches », dès lors que les lois n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 et n° 2006-339 du 23 mars 2006, qui prévoient les mesures de financement de l'allocation forfaitaire allouée par ladite ordonnance aux travailleurs titulaires d'un contrat « nouvelles embauches » s'ils se trouvent privés d'emploi, ont eu pour effet de ratifier implicitement l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, qui n'est pas divisible de l'ensemble de ses autres dispositions ; par suite, l'ordonnance n'ayant plus valeur réglementaire, c'est à tort que le conflit a été élevé.

19 mars 2007.

C.A. Paris, 20 octobre 2006.

Mme Mazars, Pt. – Mme Guirimand, Rap. – Mme de Silva, Com. du gouv.

COUR DE CASSATION

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

Avis de la Cour de cassation

Séance du 15 janvier 2007

	Pages
– Communiqué	11
– Titre et sommaire	12
– Avis	12
– Rapport	13
– Observations	25

COMMUNIQUÉ

La Cour de cassation a été saisie pour avis par des tribunaux d'instance de la question suivante : « *les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 codifié à l'article L. 442-5 du code de l'éducation et à l'article L. 613-8 du code rural qualifient d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux et peuvent-ils être désignés délégués syndicaux ?* ».

La loi du 5 janvier 2005, tout en qualifiant les maîtres de l'enseignement privé d'agents publics et en précisant qu'ils ne sont pas liés à l'établissement dans lequel ils exercent par un contrat de travail, leur a cependant expressément conservé le droit que leur avait reconnu la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation d'être électeurs et éligibles aux élections de délégué du personnel, de membres du comité d'entreprise et de membre du comité d'hygiène de sécurité et des

conditions de travail de l'établissement. Toutefois elle n'a pas précisé si les maîtres contractuels de l'enseignement privé pouvaient être désignés délégués syndicaux de l'établissement dans lequel ils exercent, alors que ce droit leur était reconnu par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

L'avis retient que les maîtres contractuels de l'enseignement privé, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'établissement dans lequel ils exercent, entrent dans le champ d'application de l'article L. 412-14 du code du travail relatif à la désignation des délégués syndicaux. Le concept de communauté de travail est ainsi mis en lumière, comme l'avait fait le Conseil constitutionnel dans sa récente décision 2006-545 du 28 décembre 2006, ainsi que, par de nombreux arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation (cf. rapport annuel 2004, p. 109 à 116).

Source : Service de documentation et d'études.

REPRÉSENTATION DES SALARIÉS

Délégué syndical – Désignation – Conditions – Travail dans l'entreprise – Appréciation – Critères – Communauté de travail – Portée.

Intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement, les maîtres de l'enseignement privé, dont le statut est défini par les articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux.

AVIS**LA COUR DE CASSATION,**

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

Vu les demandes d'avis formulées le 18 août 2006 par le tribunal d'instance de Lyon dans une instance opposant l'association Saint-Marc d'éducation chrétienne et le syndicat CFDT et M. X... et le 29 août 2006 par le tribunal d'instance de Paris XIII^e dans une instance opposant le groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul et le syndicat SNEC CFTC et autres, et ainsi rédigées :

« Les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 codifié à l'article L. 442-5 du code de l'éducation et à l'article L. 813-8 du code rural qualifient d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article

L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux et peuvent-ils être désignés délégués syndicaux ? »

Sur le rapport de Mme Pecaut-Rivolier, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Maynial, avocat général, entendu en ses observations orales ;

Vu les observations écrites de la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, représentant la fédération de la formation et de l'enseignement privé CFDT (FEP – CFDT), le syndicat CFDT de l'enseignement privé du Rhône (SEPR -FEP-CFDT) et M. Rémi X..., maître Masse-Dessen entendue en ses observations orales ;

Vu les observations écrites de la SCP Peignot et Garreau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, représentant le groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul et l'association Saint-Marc d'éducation chrétienne, maître Peignot entendu en ses observations orales ;

EST D'AVIS QUE :

Intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement, les maîtres de l'enseignement privé, dont le statut est défini par les articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux.

M. Canivet, P. Pt. – Mme Pecaut-Rivolier, Rap., assistée de M. Pinson, greffier en chef. – M. Maynial, Av. Gén.

Rapport de Mme Pecaut-Rivolier

Conseiller rapporteur

Par jugements du 18 et du 29 août 2006, le tribunal d'instance de Lyon puis le tribunal d'instance de Paris XIII^e ont sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

« *Les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 codifié à l'article L. 442-5 du code de l'éducation et à l'article L. 813-8 du code rural qualifient d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux ?* » (1).

PLAN DU RAPPORT

INTRODUCTION

A. – Les faits et la procédure à l'origine des demandes d'avis

B. – La recevabilité des demandes d'avis

I. – Contexte de la question posée

A. – Le régime applicable aux enseignants des établissements privés avant la loi du 5 janvier 2005

B. – La loi du 5 janvier 2005

II. – Arguments juridiques en faveur des deux thèses défendues

A. – Arguments juridiques en faveur de la possibilité de désigner un délégué syndical

B. – Arguments juridiques en faveur de l'exclusion de la possibilité de désigner un délégué syndical

Introduction

A. – Faits et procédure à l'origine des demandes d'avis

– Par lettre en date du 6 avril 2006, le syndicat SEPR-FEP-CFDT informait l'association Saint Marc d'éducation chrétienne de la désignation de M. X..., maître contractuel en sciences économiques et sociales, en qualité de délégué syndical de l'établissement scolaire.

Par courrier recommandé en date du 18 avril 2006 l'association Saint-Marc d'éducation chrétienne saisissait le tribunal d'instance de Lyon d'une contestation de cette désignation.

L'association Saint-Marc faisait valoir que la loi du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat

ne prévoyait pas la désignation de délégués syndicaux dans les établissements d'enseignement privés et concluait à la nécessité de demander l'avis de la Cour de cassation sur cette question.

Le syndicat CFDT demandait au tribunal de rejeter comme mal fondée la contestation de l'établissement et, à titre subsidiaire, de saisir la Cour de cassation pour avis.

Par jugement du 18 août 2006, le tribunal d'instance a saisi la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire.

– Le litige s'est présenté dans les mêmes termes devant le tribunal d'instance de Paris XIII^e. La désignation le 10 février 2006 par le syndicat SNEC-CFTC d'un délégué syndical au sein de l'établissement privé sous contrat du groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul a été contestée par l'établissement selon requête en date du 24 février 2006. Le groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul a demandé que soit mise en œuvre la procédure d'avis et le syndicat SNEC-CFTC, tout en concluant au mal fondé de la contestation, a considéré opportune une telle demande d'avis.

Par jugement du 29 août 2006, le tribunal d'instance a également saisi la Cour de cassation en application de l'article L.151-1 du code de l'organisation judiciaire.

B. – La recevabilité de la demande d'avis

Au regard des règles de forme

Les formalités prescrites aux articles 1031-1 et 1031-2 du nouveau de procédure civile ont été remplies dans les deux dossiers.

Au regard des règles de fond

En application de l'article L.151-1 du code de l'organisation judiciaire, toute demande d'avis adressée à la Cour de cassation doit, pour être recevable, répondre à trois conditions : porter sur une question nouvelle, présenter une difficulté sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

1. – La question posée est elle nouvelle ?

La nouveauté de la question n'est pas contestable, puisque cette question naît de la rédaction de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, entrée en application le 1^{er} septembre 2005. Par conséquent, aucun litige concernant la disposition litigieuse n'a encore fait l'objet d'un recours devant la Cour de cassation.

(1) Le tribunal d'instance de Lyon ajoute, à la fin de sa question : « *et peuvent-ils être désignés délégués syndicaux ?* ».

2. – La question posée présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

Simple au premier abord, lorsqu'elle est examinée sous l'angle de la rédaction incomplète de la proposition de loi à l'origine du texte évoqué, la question est en réalité très complexe et nécessite une recherche à la fois de l'intention du législateur, de la législation de droit public et de droit privé en matière syndicale et des incidences économiques de l'alternative. Dans son rapport d'information sur la mise en application de la loi du 5 janvier 2005, le député-rapporteur, M. Censi, a d'ailleurs indiqué que la question du droit syndical des maîtres des établissements privés nécessitait manifestement des éclaircissements (2).

3. – La question se pose-t-elle dans de nombreux litiges ?

A la connaissance du rapporteur, au moins cinq tribunaux d'instance ont été saisis, au cours de ces derniers mois, d'un litige portant sur la désignation d'un délégué syndical au sein d'un établissement privé sous contrat. Selon les chiffres de l'année 2004, il existe en France 9 053 établissements privés et 145 394 personnels enseignants au sein de ces établissements. Les questions relatives aux droits syndicaux de ces personnels et plus particulièrement celle relative à la possibilité de désigner un délégué syndical sont par conséquent des questions susceptibles de se poser dans de nombreux litiges.

I. – Le contexte de la question posée

La situation juridique et professionnelle des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat est d'une grande complexité en raison de la superposition de plusieurs liens nés de l'application de la loi Debré de 1959 : liens de l'enseignant avec l'établissement dans lequel il exerce, d'une part, lien de l'établissement avec l'Etat, d'autre part, et lien de l'enseignant avec l'Etat, enfin.

En effet, les « maîtres contractuels » (3) sont des enseignants recrutés – le plus souvent par concours – spécialement pour exercer dans des établissements d'enseignement liés à l'Etat par un contrat d'association. Ils signent donc avec l'autorité administrative (l'académie) un contrat d'enseignement puis sont affectés à un établissement ayant lui-même signé avec l'Etat un contrat d'association. A l'intérieur de cet établissement, ils exercent sous le contrôle du chef d'établissement.

(2) Rapport d'information du 5 octobre 2005, n° 2563.

(3) Il existe trois catégories d'enseignants dans les établissements privés sous contrat :

– les maîtres « agréés » par l'Etat, recrutés par l'établissement privé, mais rémunérés par l'Etat (environ 12 000 personnes) ;

– les maîtres de l'enseignement public, ayant le statut de fonctionnaire, mais affectés provisoirement dans un établissement privé par le rectorat ou le ministère (environ 1 000 personnes) ;

– les maîtres contractuels, jusqu'à présent liés par contrat à la fois à l'Etat et à l'établissement, qui sont ceux concernés par la loi du 5 janvier 2005 (environ 130 000 personnes).

Dans cet enchevêtrement de liens contractuels, il n'y a jamais eu de doute sur le caractère administratif des contrats passés entre l'Etat et l'établissement. Mais la loi de 1959 ne donnait aucune indication sur la nature du lien contractuel unissant l'enseignant à l'Etat. Or, la recherche de la qualification de ce contrat butait sur des données variées et contradictoires : présence d'un co-contractant personne publique, mais soumission dans le cadre du travail à un chef d'établissement privé ; participation à l'exécution d'un service public, mais au sein d'une entreprise de droit privé ; assimilation des maîtres contractuels aux enseignants publics par le principe de parité posé par la loi Debré, mais dissociation des régimes applicables en matière de nomination et de révocation.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont donc été amenés à tenter progressivement de dégager un statut pour les maîtres contractuels du privé (A). C'est ce statut, complexe et parfois critiqué, que le législateur a voulu simplifier par la loi du 5 janvier 2005 (B).

A. – Le statut des maîtres contractuels de l'enseignement privé avant la loi du 5 janvier 2005

La Cour de cassation a d'emblée considéré que les maîtres contractuels disposaient de deux contrats : le premier, contrat d'enseignement de droit public, les liant à l'Etat en ce qui concerne principalement leur rémunération. Le second, véritable contrat de travail les liant à l'établissement privé où ils exercent leur fonction. La Cour a par conséquent décidé que l'établissement était l'employeur direct de l'enseignant, lequel était lié par un lien de subordination, et que le droit social des salariés s'appliquait aux maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés (4).

Le Conseil d'Etat, de son côté, a déclaré, dès 1969, que les maîtres contractuels étaient liés à l'Etat par un contrat de droit public « pour l'exercice d'un enseignement constituant une activité de service public » (5). La juridiction administrative considère que les enseignants, qui reçoivent une rémunération de l'Etat, lequel peut mettre un terme à leur contrat, sont des agents publics (6).

Affinant peu à peu leurs jurisprudences respectives, les deux juridictions sont parvenues à un partage de compétence, aux termes duquel le contentieux pouvant naître des relations entre l'enseignant et l'Etat (rémunération, emplois publics, sanctions prises par le ministère) ressortissait de la compétence des juridictions administratives, tandis que le contentieux né des relations entre l'ensei-

(4) Soc., 14 juin 1989, collège Saint Charles c/ X..., pourvoi n° 86-40.315, *Bull.* 1989, V, n° 445, p. 710.

(5) Avis du Conseil d'Etat du 13 novembre 1969, section des finances, n° 303-011.

(6) CE, 26 juin 1987, n° 75569.

gnant et l'établissement, entendu de manière large, ressortissait des juridictions civiles (conseil de prud'hommes ou tribunal d'instance) (7).

Il ressortait notamment de cette jurisprudence que s'appliquait au sein de l'établissement d'enseignement privé, en faveur des maîtres contractuels, l'intégralité du droit de la représentation du personnel et du droit syndical tels qu'organisés par le livre IV du code du travail. Les maîtres contractuels devaient donc figurer dans le décompte des effectifs déclenchant la création des différentes instances (comité d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux, comité d'hygiène et sécurité), étaient électeurs et éligibles et pouvaient être désignés en qualité de délégués syndicaux. *A contrario*, les maîtres contractuels ne pouvaient revendiquer – sauf le cas particulier des franchises syndicales – l'application des dispositions applicables dans ce domaine aux fonctionnaires et agents publics.

Conçu pour être aussi protecteur que possible d'agents qui, incontestablement, ne bénéficiaient pas de conditions juridiques de travail clairement définies, le régime ainsi institué conduisait à orienter le statut des maîtres contractuels vers le droit privé. Mais cette position, qui permettait d'accorder à ces maîtres des avantages dont ils n'auraient pas bénéficié en tant qu'agents publics (institutions représentatives du personnel mais aussi indemnités de départ à la retraite, remboursement des cotisations de prévoyance...) a été parfois critiquée par la doctrine. On lui reprochait essentiellement l'« imbroglio » (8) créé entre le contentieux relevant des juridictions administratives et judiciaires, les conflits nés de la complexité du régime mis en œuvre et les problèmes financiers engendrés par ce dernier.

A la croisée de ces trois problèmes, s'est trouvée posée la question de la prise en charge des heures de délégation dont bénéficiaient les représentants du personnel et les représentants syndicaux. Les jurisprudences conjuguées ou contradictoires du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et la tentative du pouvoir réglementaire d'avaliser la pratique syndicale en instaurant des franchises syndicales spéciales (article 7 du décret n° 85-728 du 12 juillet 1985) ont conduit à la mise en place d'un système particulièrement dérogatoire et complexe : les délégués syndicaux bénéficiaient ainsi à la fois d'un système de décharges d'activité issu du droit de la fonction publique et d'un système de crédit d'heures conforme au droit du travail, le paiement de ces heures étant pris en charge soit par l'Etat soit par l'établissement privé selon qu'elles s'exerçaient pendant ou en dehors des horaires normaux de service (9).

(7) Jurisprudences convergentes des deux hautes juridictions : CE, 26 mars 1993, *Recueil*, p. 85 ; Ass. plén., 5 novembre 1993, *Bull.* 1993, Ass. plén., n° 14, p. 27.

(8) Dans sa chronique à l'AJDA 1995, p. 427, M. Bernard Toulemonde, particulièrement critique à l'égard de la position de la Cour de cassation, extrait chez les différents auteurs ayant travaillé la question les termes de « perplexité », « processus scabreux », « imbroglio », « grand écart juridique », « acrobatie ou loterie ».

(9) Conseil d'Etat, 31 janvier 2001, n° 202676, Fondation don Bosco.

C'est dans ce contexte qu'ont été déposées en 2004 deux propositions de loi en termes identiques, l'une par M. Censi à l'Assemblée nationale et l'autre par M. Haenel au Sénat.

B. – La loi du 5 janvier 2005

A l'origine, la proposition de loi n° 1757, qui deviendra la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, avait un objectif unique : homogénéiser le régime de retraite et de prévoyance des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat avec celui des fonctionnaires. En effet, malgré les tentatives d'égalisation des régimes menées en application du principe de parité inscrit dans l'article L. 914-1 du code de l'éducation, la prise en charge du système de retraite et du système de prévoyance par les organismes gérant les salariés du privé conduisait à des disparités, les retraites des enseignants du privé étant, selon les évaluations, inférieures de 20 % à celles des enseignants du public.

La proposition de loi – intitulée lors de son dépôt « proposition de loi visant à améliorer les retraites des maîtres de l'enseignement privé sous contrat » – a évolué au cours des travaux parlementaires afin de porter également clarification du statut des maîtres contractuels. Comportant deux articles au départ, le texte voté contient finalement huit articles générant un nouveau statut des maîtres du privé.

Ce nouveau statut, le législateur de 2005 l'a souhaité public : les articles 1 et 2 de la loi du 5 janvier 2005, modifiant respectivement les dispositions de l'article L. 442-5 du code de l'éducation et l'article L. 813-8 du code rural, disposent que les enseignants, « en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié ».

La situation juridique du maître contractuel ressort donc désormais du droit public, tant dans ses rapports avec l'Etat que dans ses rapports avec l'établissement dans lequel il travaille.

Néanmoins, le législateur a voulu préserver les droits acquis des maîtres contractuels du privé en matière de représentation des salariés. Au deuxième alinéa des articles L. 442-5 du code de l'éducation et L. 813-8 du code rural, il a donc été ajouté :

« Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants mentionnés à l'alinéa précédent sont, pour l'application des articles L. 236-1, L. 412-15, L. 421-2 et L. 431-2 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, tel que prévu à l'article L. 620-10 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail (...) »

Les demandes d'avis dont est saisie la Cour de cassation naissent de la lecture de cet article : si la

loi consacre l'application aux maîtres contractuels de l'enseignement privé des institutions représentatives du personnel que sont les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, elle ne dit rien des délégués syndicaux.

Omission involontaire ou choix délibéré ? De nombreux arguments juridiques peuvent être développés en faveur de l'une ou l'autre thèse.

II. – Les maîtres contractuels de l'enseignement privé peuvent-ils être désignés délégués syndicaux depuis la loi du 5 janvier 2005 ?

Éléments de réponse

Le fonctionnement extrêmement particulier de l'institution des maîtres contractuels de l'enseignement privé explique que, quelles que soient les tentatives de simplification et d'homogénéisation par les textes, des questions continueront de se poser. Rappelons qu'en pratique, les maîtres contractuels de l'enseignement privé passent un examen, le certificat d'aptitude aux fonctions d'enseignement dans les établissements d'enseignement privés (CAFEP), qui leur donne droit à inscription sur une liste d'aptitude. La désignation et l'affectation des maîtres contractuels de l'enseignement privé est ensuite le fait de l'autorité académique, qui publie les emplois vacants, réunit la commission consultative mixte et missionne le maître auprès de l'établissement privé (10). Mais le choix en réalité appartient *in fine* au chef d'établissement, auquel l'administration n'a pas le pouvoir d'imposer un maître. Une fois affectés à un établissement, les maîtres ne sont pas titularisés dans leur emploi. En cas de fermeture de classe, notamment, le contrat des maîtres avec l'établissement est automatiquement rompu. Il peut également leur être imposé par l'établissement un service à temps incomplet se traduisant par une perte de revenus.

Il importe donc de souligner que même après l'adoption de la loi du 5 janvier 2005, le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat reste singulier et se distingue notamment de celui des fonctionnaires mis à disposition d'un organisme privé par le fait que le fonctionnaire continue à appartenir à son corps d'origine et à bénéficier de la sécurité de l'emploi tandis que le maître contrac-

tuel, qui n'est recruté que pour être mis à disposition d'une personne morale privée, reste toujours hors de la sphère publique *stricto sensu* (11).

Au bénéfice de ces observations, il convient d'examiner les arguments justifiant d'appliquer ou d'exclure les dispositions relatives à la désignation de délégués syndicaux aux maîtres contractuels de l'enseignement privé.

A. – Arguments dans le sens du maintien de la possibilité de désigner un délégué syndical

Nous étudierons successivement cinq séries d'arguments pouvant être évoqués pour justifier le maintien de l'institution des délégués syndicaux.

1. – Les travaux parlementaires

La loi du 5 janvier 2005 étant issue d'une proposition parlementaire, les débats donnent des indications fort utiles sur l'intention du législateur et cela d'autant plus que l'article relatif à la représentation salariale et syndicale est issu d'un ajout à la proposition initiale.

Devant l'Assemblée nationale comme devant le Sénat, les parlementaires ont indiqué clairement qu'ils souhaitaient à la fois « sortir le contrat des maîtres du cadre du code du travail » (12), tout en maintenant à leur profit les institutions sociales et les droits qui leur ont été reconnus jusqu'à présent. A plusieurs reprises, les députés et les sénateurs évoquent les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le CHSCT.

Mais ils mentionnent également, et de manière expresse, les délégués syndicaux.

M. Censi se réfère ainsi à la « représentation syndicale » et M. Richard, à la nécessité de respecter « l'intégralité des droits syndicaux ». Mais deux propos plus explicites encore peuvent être cités.

En premier lieu, celui du député Lionnel Luca, à l'origine de l'amendement visant à maintenir au profit des maîtres du privé les droits de la représentation du personnel : le député affirme que son amendement « permet tout d'abord la mise en place des délégués syndicaux (...) ».

En second lieu, ceux tenus le 22 décembre 2004 à partir d'une proposition d'une sénatrice, Mme David. Cette dernière avait déposé un amendement afin qu'il soit expressément inscrit dans le texte de la loi que la désignation de délégués syndicaux était possible. Le rapporteur, Mme Troendle, a indiqué être défavorable à cet amendement qui « semble déjà satisfait ». Le ministre de l'éducation nationale, dont l'avis a alors été requis, a affirmé : « **pour répondre directement à la question, j'ajoute qu'un enseignant peut être délégué syndical** ». Après cet échange, la sénatrice a retiré son amendement.

(10) Selon les articles 8-2 et suivants du décret du 22 avril 1960, modifié : après publication des emplois vacants, les personnes qui postulent font acte de candidature auprès de l'autorité académique, laquelle notifie à chacun des chefs d'établissement « la ou les candidatures qu'elle se propose de retenir ». Mais en pratique, il est toléré que certains établissements privés, notamment d'enseignement catholique, effectuent un examen préalable des candidatures par l'intermédiaire d'une commission spéciale. En tout état de cause, le chef d'établissement doit donner son accord avant toute nomination.

(11) Voir à ce sujet Jean Savatier, Le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association, *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz.

(12) M. Censi, débats à l'Assemblée nationale le 8 décembre 2004.

La lecture des travaux parlementaires et notamment des débats, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, laisse ainsi apparemment supposer que l'intention du législateur a bien été de permettre aux maîtres du privé de continuer à être désignés délégués syndicaux.

Toutefois, cette lecture doit être tempérée par deux séries d'éléments, sur lesquels nous reviendrons plus longuement en deuxième partie : la confusion entretenue entre la notion de délégué syndical et celle de représentant syndical au sens du droit public et la volonté du législateur, également affirmée à plusieurs reprises, de limiter l'application du code du travail aux dispositions n'ayant pas d'équivalence dans l'enseignement public.

2. – La cohérence du texte de loi

La loi de 2005 ne prévoit pas expressément la désignation de délégués syndicaux. Pourtant, elle se réfère, en ce qui concerne la prise en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, à l'application de l'article L. 412-5 du code du travail. Or, l'article L. 412-5 du code du travail concerne les seuils d'effectif liés à l'exercice du droit syndical dans les entreprises tel qu'il est énoncé dans le chapitre 2 du livre 4 du code du travail, soit, plus précisément, à la création de sections syndicales et à la désignation de délégués syndicaux.

Par conséquent, les syndicats à l'origine du litige estiment que la référence à l'article L. 412-5 ne peut avoir de sens que si la désignation de délégués syndicaux est possible.

De fait, le chapitre dans lequel s'insère l'article L. 412-5 du code du travail ne contient que deux droits soumis à condition d'effectif : le droit à la mise à disposition des organisations syndicales, par l'employeur, d'un local et le droit à désignation d'un délégué syndical.

Peut-on imaginer que la référence à l'article L. 412-5 n'ait eu pour seule finalité que de permettre la mise à disposition de locaux au profit des organisations syndicales ? Cette analyse semble peu pertinente puisque, comme nous le verrons plus loin, l'exclusion de l'institution du délégué syndical ne pourrait se justifier que par des considérations liées à l'existence, dans le droit public, d'une institution équivalente (les représentants syndicaux). Or le droit public prévoit également la mise à disposition de locaux au profit des organisations syndicales, avec un seuil d'effectif différent de celui du droit privé. Par conséquent, les droits soumis à condition d'effectif auxquels se réfère l'article L. 412-5 du code du travail devraient être soit reconnus soit écartés dans leur globalité.

On peut cependant donner une autre portée à la référence à l'article L. 412-5 du code du travail. Cette référence peut simplement autoriser la prise en considération du nombre de maîtres contractuels employés par l'établissement pour le calcul de l'effectif permettant la mise en place des délégués syndicaux au profit des autres catégories de personnels (maîtres agréés, mais également personnels auxiliaires, d'entretien, etc.) sans que pour autant les

maîtres contractuels soient en droit de désigner eux-mêmes en leur sein des délégués syndicaux. Une telle analyse conduirait ainsi à intégrer les maîtres contractuels dans le calcul des effectifs au profit des autres catégories de personnel sans leur conférer le droit à désignation. Cette distinction entre la prise en compte d'un salarié dans les effectifs et le droit de ce salarié à exercer les droits liés à la représentation du personnel n'a rien d'exceptionnel. Ainsi, les salariés employés sous contrat à durée déterminée sont pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise au prorata de leur temps de présence (article L. 620-10 du code du travail) mais ne sont ni électeurs ni éligibles dès lors que le scrutin a lieu en dehors de la période couverte par leur contrat (13).

3. – L'application aux maîtres du privé des autres institutions représentatives du code du travail

L'application aux maîtres du privé de toutes les autres dispositions du code du travail relatives à la représentation du personnel est un argument fort en faveur de la possibilité de désigner des délégués syndicaux. D'une part, parce que les missions des différentes institutions représentatives du personnel sont conçues comme complémentaires : chacun des acteurs de la représentation a un rôle déterminé, de telle sorte que les salariés puissent au final être représentés dans tous les aspects de la vie de l'entreprise en rapport avec l'exercice de leur travail. D'autre part, parce que l'existence d'un délégué syndical est parfois même nécessaire à la mise en place des autres institutions représentatives du personnel. Ainsi, le délégué syndical est habilité à négocier, au nom de son syndicat, les accords préélectoraux permettant le déroulement du processus électoral (14). De même, au-dessous d'un certain seuil d'effectif, le délégué syndical est de droit représentant syndical auprès du comité d'entreprise.

Ces considérations pourraient conduire à penser, comme le suggèrent certains auteurs (15), que l'absence de référence aux délégués syndicaux ne peut être qu'une maladresse de rédaction ou encore, comme le suggèrent les syndicats, que la loi n'a estimé utile de citer que les institutions issues d'une élection et non d'une désignation.

Un élément textuel peut d'ailleurs conforter cette analyse : les textes relatifs aux conditions à remplir pour devenir délégué du personnel, être candidat au comité d'entreprise ou au CHSCT font référence à la notion de « salarié ». Celui relatif aux conditions pour être désigné délégué syndical (voir l'article L. 412-14 du code du travail) n'évoque que l'obligation de « travailler dans l'entreprise depuis un ans au moins ». On pourrait alors en déduire

(13) Soc., 28 avril 1986, *Bull.* 1986, V, n° 140, p. 110.

(14) Mais l'absence de délégué syndical n'est pas un frein à la négociation des accords préélectoraux et à la participation des syndicats : conformément à la jurisprudence émanant d'une décision de l'assemblée plénière, l'employeur doit alors envoyer directement l'invitation à négocier au siège des organisations syndicales représentatives (Ass. plén., 5 juillet 2002, *Bull.* 2002, Ass. plén., n° 2, p. 3).

(15) Pour B. Toulemonde, la référence à l'article L. 412-5, et les débats parlementaires rendent « plausible » l'hypothèse du maintien des délégués syndicaux : chronique *AJDA* 2005, p. 478.

qu'un texte spécial était nécessaire pour étendre les premières institutions citées aux maîtres contractuels du privé auxquels on supprimait le contrat de travail de droit privé, alors qu'un tel texte n'était pas nécessaire pour que s'applique toujours à eux le droit de désignation des délégués syndicaux.

Cependant, la prudence s'impose. Outre qu'il ne ressort pas des débats parlementaires qu'une telle analyse littérale ait dicté le choix des rédacteurs du texte, il existe maintes autres situations, notamment liées au droit public, dans lesquelles n'ont été volontairement étendues aux agents que certaines institutions représentatives du personnel. Ainsi, le législateur a réservé au personnel de droit privé de la Caisse des dépôts et consignations un statut hétérogène, ce personnel bénéficiant de toutes les dispositions du code du travail en matière de représentation salariale, à l'exception de celles concernant le comité d'entreprise (16). Dans d'autres cas, la loi a créé un organisme de concertation remplaçant certaines institutions représentatives du personnel (17). S'agissant des fonctionnaires mis à disposition d'une entreprise privée, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour a longtemps écarté l'électorat et l'éligibilité au comité d'entreprise (18).

Les institutions représentatives du personnel n'ont en effet pas toutes la même finalité et il est loisible, dans certaines situations particulières, de confirmer la présence de certaines en excluant les autres. Dans le cas des maîtres des établissements privés, il convient de tenir compte du fait que leur assimilation à des agents publics laisse subsister certaines différences, dont l'une, essentielle, concerne la garantie de l'emploi. La participation au comité d'entreprise peut donc se justifier par la nécessité de veiller à la bonne marche de l'entreprise. La présence de délégués syndicaux est-elle tout aussi nécessaire ? La mission spécifique des délégués syndicaux, celle qui les distingue des autres catégories de représentants du personnel et notamment des délégués du personnel, est leur participation à la négociation des accords collectifs. Or ces accords collectifs, qui concernent la politique salariale de l'entreprise, l'avancement, les horaires de travail, n'ont pas vocation à s'appliquer aux maîtres contractuels de l'enseignement privé dont le salaire est pris en charge par l'Etat. Plus encore, dès lors que la loi du 5 janvier 2005 assimile totalement le maître contractuel à un agent public, l'application d'un accord collectif à cette catégorie d'enseignant est juridiquement exclue : le Conseil d'Etat a en effet récemment rappelé, suivant en cela les conclusions de son commissaire du gouvernement (19), que les

accords collectifs conclus dans la fonction publique avec des syndicats n'ont aucune valeur juridique contraignante et sont inopérants sur l'état du droit.

Dès lors, on peut s'interroger sur l'intérêt juridique qui pourrait s'attacher à l'extension au profit des maîtres contractuels du privé de la possibilité de désigner des délégués syndicaux. Il est vrai qu'il ne faut pas oublier que la mission initiale et pérenne des délégués syndicaux est d'assurer un rôle de liaison entre le chef d'entreprise, les salariés et leurs syndicats qui va au-delà de la simple négociation des accords collectifs. Une telle mission demeure importante s'agissant d'agents publics n'ayant ni la garantie de leur emploi ni celle de leurs horaires et de leur rémunération et la présence dans ce cadre de délégués syndicaux au comité d'entreprise revêt une véritable signification.

4. – La jurisprudence habituelle de la Cour de cassation

Qualifiés par la loi d'agents publics, travaillant dans des établissements privés, les maîtres contractuels se trouvent dans une situation très proche des fonctionnaires détachés ou mis à disposition d'une entreprise privée.

Or, pour ces fonctionnaires détachés ou mis à disposition, la Cour de cassation a élaboré un régime leur permettant, pendant le temps de leur mise à disposition, d'être « intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise » (20) bien qu'ils soient toujours rémunérés par l'Etat. Cette notion d'intégration à la communauté des travailleurs, qui a succédé, dans la jurisprudence de la Cour de cassation applicable aux fonctionnaires détachés, à la notion de lien de subordination (21), conduit la Cour à déclarer applicables à ces fonctionnaires tous les droits de la représentation des salariés et de la représentation syndicale de l'entreprise. Les fonctionnaires détachés sont par conséquent électeurs et éligibles tant pour les élections de délégué du personnel que pour les élections au comité d'entreprise et susceptibles d'être désignés comme délégués syndicaux ou représentants syndicaux au comité d'entreprise.

Au regard de cette jurisprudence, il peut sembler cohérent d'appliquer aux maîtres contractuels de l'enseignement privé, agents publics exerçant dans des établissements de droit privé, l'institution des délégués syndicaux. Il peut même sembler incohérent d'exclure l'application aux maîtres contractuels d'une institution représentative dont vont bénéficier, au sein de la même entreprise, les fonctionnaires enseignants détachés ou mis à disposition.

Cependant, la jurisprudence de la Cour étend aux fonctionnaires enseignants mis à disposition ou détachés l'ensemble des institutions représentatives du personnel dans la mesure où ces fonctionnaires se trouvent liés à l'entreprise, pendant le temps de

(16) Loi n° 96-452, 28 mai 1996, Soc., 28 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 353, p. 252.

(17) Par exemple, dans le cas des chambres d'agriculture : article 46 de la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999.

(18) Soc., 2 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 92, p. 67. Mais depuis un arrêt du 23 mai 2006, les fonctionnaires mis à disposition sont électeurs et éligibles au comité d'entreprise : *Bull.* 2006, V, n° 182, p. 176.

(19) Arrêt du 19 juin 2006. Voir « L'absence de valeur juridique des "accords collectifs" conclus dans la fonction publique », conclusions du commissaire du gouvernement Yves Struillou, *Droit social*, sept./oct. 2006, p. 890.

(20) Soc., 23 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 182, p. 176.

(21) Par exemple, Soc., 5 mars 1997.

leur mise à disposition ou de leur détachement, par un contrat de travail (22). Tel n'est plus le cas des maîtres contractuels...

5. – Le champ d'application des dispositions du code du travail

La question posée par les tribunaux d'instance de Lyon et Paris XIII^e se réfère à l'article L. 412-14 du code du travail. Mais, de manière plus générale, cet article est inclus dans la section III du chapitre II du titre I du livre IV du code du travail, section qui comporte un article L. 412-11 ainsi rédigé : « *Chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale dans les entreprises et organismes visés par l'article L. 421-1 qui emploient au moins 50 salariés désigne (...) un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise.* »

Il ne fait guère de doute que les établissements d'enseignement privés font partie des entreprises et organismes visés par l'article L. 421-1 du code du travail, lequel se réfère aux « établissements industriels, commerciaux ou agricoles (...), les associations ou tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet ». Le fait que les établissements d'enseignement privés soient chargés d'une mission de service public ne modifie pas leur nature juridique et la loi du 5 janvier 2005 n'affecte en rien cette qualification.

Par conséquent, conformément à la jurisprudence précitée de la Cour, le simple fait de travailler habituellement au sein d'une entreprise ou d'une association répondant aux critères de l'article L. 421-1 du code du travail devrait ouvrir droit à la possibilité de désigner des délégués syndicaux.

B. – Arguments en faveur de l'exclusion du droit des maîtres contractuels du privé à être désignés délégués syndicaux

Ces arguments sont au nombre de trois.

1. – L'existence d'institutions équivalentes dans le statut de la fonction publique

Il s'agit là de l'argument le plus important en faveur de l'exclusion du droit des maîtres contractuels à être désignés délégués syndicaux.

Il ressort en effet des débats parlementaires qu'en étendant au profit des maîtres contractuels, devenus agents publics, le droit social applicable aux salariés du privé, le législateur a souhaité maintenir au profit des enseignants du privé les droits concernant leur représentation qui leur avaient été reconnus par la jurisprudence sous l'empire de la loi ancienne, dans la mesure où ils ne bénéficiaient pas d'institutions équivalentes dans le cadre de leur nouveau statut.

De fait, il est cohérent de considérer que si, par le biais de la législation applicable aux agents publics, les maîtres de l'enseignement peuvent bénéficier de droits de représentation équivalents à ceux qui

sont ouverts par le code du travail, l'application des textes de droit privé peut alors être écartée, sans risque de violation du principe constitutionnel du droit des salariés à disposer d'une représentation, notamment syndicale.

Or, s'il n'existe pas, à l'évidence, dans le statut public, d'institutions équivalentes à celles du comité d'entreprise, de la délégation du personnel – s'agissant du CHSCT, l'hésitation est permise, puisqu'il existe des comités d'hygiène et de sécurité intervenant au niveau de circonscriptions –, les délégués syndicaux ont des missions proches de celles dévolues aux « représentants syndicaux » évoqués dans le décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique.

Afin de faciliter l'étude comparative nécessaire à l'examen de l'« équivalence », il est joint au présent rapport un tableau détaillant les missions des deux catégories de représentants syndicaux et leur statut.

Il en ressort que la mission générale des délégués syndicaux officiant dans le secteur privé et des représentants syndicaux dans le secteur public est proche : représenter l'organisation syndicale qui les a désignés dans l'entreprise ou dans le service, tant auprès du chef d'entreprise ou chef de service qu'auprès des salariés ou fonctionnaires ; relayer par des actions syndicales les revendications ou propositions pour l'amélioration de la situation des personnes travaillant dans l'entreprise ou le service.

En revanche, le cadre de la désignation des deux représentants diffère sensiblement : alors que le délégué syndical est désigné par les syndicats représentatifs, à partir d'un certain seuil d'effectif, au sein de l'entreprise ou de l'établissement dans lequel il travaille, le représentant syndical est choisi aux termes d'un système complexe de contingentement, à partir des heures de franchises syndicales octroyées sur le plan national aux syndicats en fonction de leur représentativité. Il n'existe donc pas de représentant syndical dans tous les services et la présence du représentant syndical ne dépend pas directement de l'effectif du service.

Peut-on, dans ces conditions, considérer que les deux institutions sont équivalentes, ce qui rendrait inutile la désignation de délégués syndicaux en sus des représentants syndicaux ?

La réponse à cette question est d'autant plus complexe qu'en réalité, l'institution des représentants syndicaux ne s'applique pas de plein droit aux maîtres contractuels, même qualifiés d'agents publics. En effet, le décret du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique n'a vocation à régir que les agents publics exerçant « dans les administrations de l'Etat et dans les établissements publics de l'Etat ne présentant pas un caractère industriel et commercial ». Cependant, sans avoir étendu aux maîtres du privé les dispositions générales du décret du 28 mai 1982, le pouvoir réglementaire leur a conféré, par un texte spécial, depuis 1985, le droit de bénéficier du système des

(22) Ass. plén., 20 décembre 1996, *Bull.* 1996, Ass. plén., n° 10, p. 17 ; Soc., 5 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 99, p. 70. Voir également Trib. des conflits, 7 octobre 1996, *Bull.* 1996, T. confl., n° 16, p. 18.

franchises syndicales qui autorise l'action des représentants syndicaux. Par conséquent, depuis 1985, les syndicats sont en droit de désigner, parmi les maîtres contractuels de l'enseignement privé, des représentants qui bénéficieront de dispenses horaires, partiellement ou totalement, pour exercer leur fonction de représentants syndicaux.

Par conséquent, il ne peut être apporté de réponse sans que soit examinée au préalable la question, essentielle, de la prise en charge des heures de délégation.

2. – Le principe du non-cumul des heures de délégation

Proche de l'argument relatif à l'équivalence des fonctions, l'argument portant sur le non-cumul des heures de délégation met en avant une incidence financière non négligeable liée à la présente demande d'avis.

Une réponse affirmative à la demande d'avis est en effet susceptible d'engendrer une autre question, que les deux tribunaux d'instance ont intentionnellement écartée comme ne ressortant pas de leur compétence d'attribution : si les maîtres contractuels sont en droit de désigner des délégués syndicaux, ces délégués auront-ils droit aux crédits d'heure prévus par le code du travail ? Et en ce cas qui, de l'établissement privé ou de l'Etat, devra prendre en charge le coût financier des heures de délégation ?

Les délégués syndicaux bénéficient en effet, de par la loi, d'heures de délégation prises en charge comme des heures de travail, y compris parfois en heures supplémentaires. Les représentants syndicaux bénéficient d'heures de franchise syndicale, calculées, comme indiqué plus haut, en fonction d'un système de contingentement national.

Depuis le décret du 12 juillet 1985, les syndicats ont droit à des franchises syndicales au bénéfice des maîtres contractuels du privé. Le décret n° 64-217 du 10 mars 1964, relatif aux maîtres contractuels et agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat a parallèlement été modifié pour autoriser le remplacement des maîtres contractuels lorsque ceux-ci bénéficient d'une décharge d'activité pour exercer un mandat syndical (article 2-2). Ces franchises syndicales représentent, actuellement, au plan national, l'équivalent de 140 emplois temps plein (23).

Si les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical recouvrent les mêmes missions, il paraît difficile d'admettre qu'il puisse y avoir à la fois, pour les maîtres du privé, droit à des heures de délégation et à des heures de franchise syndicale. Certains auteurs ont d'ailleurs souligné que, dans cette hypothèse, il y aurait violation, cette fois au profit de l'enseignement privé, de la règle de parité instituée par les lois Debré et Guerneur.

(23) Un calcul forcément sommaire et approximatif permet néanmoins de considérer que le temps de décharge correspondant à 140 emplois temps plein pour 140 000 enseignants contractuels équivaut peu ou prou aux heures de délégation (10 à 20 heures par mois, selon les effectifs) institués pour les délégués syndicaux.

Dans les conclusions développées devant le tribunal d'instance, les deux syndicats d'enseignants contractuels effectuaient cependant une distinction entre les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical, qui ne seraient pas équivalentes, et la prise en charge des délégations, qui serait entièrement intégrée dans les décharges syndicales instituées par le décret du 28 mai 1982. Il y aurait ainsi application des dispositions du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux, mais non de celles relatives au crédit d'heures.

Outre que cette dissociation paraît aventureuse en l'état des textes, il convient de rappeler qu'elle ne résulte actuellement que d'une pratique.

Enfin, il faut indiquer que le régime des autorisations d'absence pour activité syndicale n'a jamais été étendu aux maîtres du privé et une incertitude demeure sur son application à ce jour.

Il est par conséquent incontestable que, s'agissant des enseignants contractuels de l'enseignement privé, la plus grande confusion règne quant à l'application des statuts parallèles de délégué syndical/représentant syndical et le droit concurrent à des crédits d'heures et à des heures de franchise syndicale. L'examen des débats parlementaires et des discussions qui ont eu lieu par la suite sur la mise en œuvre de la loi du 5 janvier 2005 montre que cette confusion est maintenue, voire entretenue, par les propos des différents intervenants et qu'une clarification est manifestement souhaitable.

Ainsi, deux mois après le vote de la loi, sur une question parlementaire de M. Lachaud, le ministre de l'éducation nationale affirmait :

« S'agissant des heures de délégation syndicale, l'article premier de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 dispose que, nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les maîtres continuent à bénéficier et à exercer leurs droits syndicaux et sociaux conformément à ce qui leur est déjà reconnu. »

Quelques mois plus tard, à l'occasion du rapport d'information sur la mise en application de la loi du 5 janvier 2005 déposé par M. Censi le 5 octobre 2005, M. de Robien, ministre de l'éducation nationale, s'exprimait ainsi :

« S'agissant de l'exercice du droit syndical, les règles de droit public ont vocation à s'appliquer aux décharges dont bénéficient les délégués élus qui sont des agents publics. Les maîtres ne perçoivent donc pas de rémunération pour leurs heures de délégation puisqu'il existe par ailleurs un système de décharge accordé par l'Etat et géré globalement par les syndicats. Les établissements privés n'auront donc plus à rémunérer les décharges syndicales dont bénéficient les maîtres. »

Ces réponses, relativement confuses sur les notions de délégué syndical et représentant syndical, ne suffisent pas à l'évidence à éclairer complètement la question de l'équivalence et du cumul. Mais ce travail de clarification incombe-t-il au pouvoir judiciaire, saisi sur avis ?

3. – Le silence du texte

Certes moins doctoral, l'argument lié au silence du texte n'en existe pas moins et cela d'autant plus que l'omission matérielle ne ressort pas avec évidence. Il est incontestable que la loi du 5 janvier 2005 cite expressément un certain nombre d'institutions représentatives applicables aux maîtres du privé et n'évoque pas les délégués syndicaux. Sans s'arrêter à l'argument *a contrario* qui peut être mis en avant, la question se pose de savoir s'il appartient à notre Cour de décider, en l'absence d'un texte particulier et dans un contexte aussi complexe, l'application d'une institution syndicale de droit privé à des agents publics.

Certes, le silence de la loi n'a aucune portée lorsque des principes généraux du droit sont en cause. L'exercice du droit syndical en fait indéniablement partie. Mais, une nouvelle fois, la possibilité pour les maîtres du privé, agents publics, de bénéficier d'une représentation syndicale par le biais des franchises syndicales relativise cet argument.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs précisé (24) que les dispositions du code du travail, relatives au droit syndical, ne s'appliquaient pas au secteur public en l'absence d'un texte législatif ou réglementaire exprès. La Cour de cassation a de son côté rappelé que les collectivités territoriales n'étaient pas au nombre des organismes expressément visés par l'article L. 412-11 au sein desquels peut être désigné un délégué syndical (25). Sous l'empire de l'ancienne législation applicable à la Caisse des dépôts et consignations, elle a également jugé que, dès lors que le statut de la Caisse issu de la loi du 28 avril 1816 excluait l'emploi du personnel dans les conditions de droit privé, il ne pouvait être fait application des textes du code du travail relatifs à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise (26).

(24) CE, 13 décembre 1985, n° 43753, Conf. nat. des groupes autonomes et de l'enseignement public c/ Fonction publique.

(25) Soc., 7 novembre 1989, *Bull.* 1989, V, n° 646, p. 389.

(26) Soc., 28 novembre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 322, p. 229.

Dès lors que les maîtres contractuels sont officiellement des agents publics à part entière, obligés de démissionner au 1^{er} septembre 2005 des fonctions prud'homales qu'ils pouvaient avoir occupé éventuellement jusqu'alors (27), notre Cour peut-elle décider de continuer à leur appliquer, sans texte spécial, des dispositions particulières du code du travail ?

Conclusion

C'est en l'état de ces différentes observations que se présente la demande d'avis adressée à la Cour.

Il convient de préciser, pour conclure, que le rapporteur a demandé à cinq tribunaux d'instance ayant eu à connaître de la question de faire parvenir une copie de leur décision. Il en résulte qu'un tribunal d'instance a déclaré la contestation de l'établissement irrecevable faute de mandat régulier de son représentant. Le tribunal d'instance de Tarbes a validé à deux reprises la désignation d'un délégué syndical. Le tribunal d'instance de Bourgoin-Jallieu a quant à lui renvoyé l'examen de l'affaire au 9 janvier 2007. Les autres décisions ne sont pas parvenues au rapporteur.

Enfin, il convient de signaler que le député Censi a, le 1^{er} septembre 2006, déposé une proposition de loi « visant à compléter le droit syndical » des maîtres contractuels de l'enseignement privé. Cependant, et bien que la proposition de loi, qui est citée sur le site de l'Assemblée nationale, remonte désormais à trois mois, le contenu de la proposition n'a toujours pas été diffusé à l'heure où le rapporteur dépose son rapport. On ne peut donc que supposer que la proposition vise à apporter des éclaircissements sur le thème objet du présent avis. Mais de multiples propositions de loi restent à l'état de propositions.

(27) Réponse ministérielle apportée par le ministre de la justice à la question parlementaire n° 91087, *JO* du 23 mai 2006, p. 5516.

**Comparaison entre le statut des délégués syndicaux
dans les entreprises privées et les représentants syndicaux dans la fonction publique**

	DÉLÉGUÉS SYNDICAUX	REPRÉSENTANTS syndicaux
Textes	Articles L. 412-11 à L. 412-21 du code du travail	Décret 82-447 du 28 mai 1982
Mode de désignation	Désignation par chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement considéré	Désignation par les organisations syndicales représentatives, soit au niveau national, soit au niveau local
Conditions d'effectif	Au moins 50 salariés	Aucune. Système du contingentement des franchises syndicales (voir ci-dessous)
Mission générale	<ul style="list-style-type: none"> – représentation du syndicat auprès du chef d'entreprise (article L. 412-11) ; – renvoi aux dispositions consacrées aux syndicats professionnels 	Aucun texte ne décrit la mission générale du représentant syndical
Missions particulières prévues par les textes légaux	<ul style="list-style-type: none"> – article L. 412-17 : représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises de moins de 300 salariés ; – article L. 132-20 : négociation des conventions et accords de groupe 	– sur mandat spécial : participation au Conseil supérieur de la fonction publique, aux comités techniques, aux commissions administratives paritaires, aux comités économiques sociaux régionaux, aux comités d'hygiène et de sécurité, aux groupes de travail convoqués par l'administration, aux conseils d'administration de certains organismes
Missions résultant de la jurisprudence	<ul style="list-style-type: none"> – chargés d'exercer les pouvoirs dévolus à la section syndicale : l'affichage des documents syndicaux, de la distribution de ces documents, et de la collecte des cotisations syndicales ; – organisation de réunions syndicales ; – négociation des accords collectifs sur les conditions de travail (Soc, 1^{er} mars 1984, <i>Bull.</i> 1984, V, n° 88, p. 67) ; – négociation des accords préélectoraux 	<ul style="list-style-type: none"> – représentant du syndicat auprès des fonctionnaires et, à ce titre, chargé de l'affichage des documents syndicaux, de la distribution de ces documents et de la collecte des cotisations syndicales ; – organisation de réunions (certaines étant prévues par les textes : art. 5 décret 82 : réunion mensuelle d'information)
Moyens mis à disposition	<ul style="list-style-type: none"> – pas de moyen particulier ; – mais disposent des moyens liés à la présence d'une section syndicale : locaux selon les seuils d'effectif, panneaux d'affichage... 	<ul style="list-style-type: none"> – pas de moyen particulier ; – mais disposent des moyens liés à la représentativité de leur syndicat : locaux selon l'effectif du service ; panneaux d'affichage...

	DÉLÉGUÉS SYNDICAUX	REPRÉSENTANTS syndicaux
Droits spécifiques	<ul style="list-style-type: none"> – droit de s’absenter du poste de travail ; – droit de se déplacer librement dans l’entreprise pendant ou après leur temps de travail ; – droit de sortir de l’entreprise pendant les heures de délégation 	<ul style="list-style-type: none"> – droit pour le représentant syndical de circuler librement dans son service ; – droit d’entrer dans un service ou un établissement dans lequel il ne travaille pas (ou même dont il a été révoqué), pour une réunion ou la distribution de documents syndicaux
Temps de délégation	Le crédit d’heure conféré aux délégués syndicaux dépend de l’effectif de l’entreprise (article L. 412-20 : de 10 à 20 heures, selon l’effectif)	<ul style="list-style-type: none"> – régime général : les décharges d’activité, fixées selon un système de contingentement, puis attribuées aux organisations syndicales en fonction de leur représentativité et réparties librement par les organisations syndicales entre leurs représentants ; – régimes particuliers : autorisations spéciales d’absence pour certaines réunions ; détachement à plein temps
Prise en charge des heures de délégation	Les heures de délégation sont considérées comme temps de travail et payées à l’échéance normale	Les heures de délégation constituent des franchises
Révocation	Libre, par le syndicat	Libre, par le syndicat. Mais la suppression de la décharge syndicale notifiée par l’autorité administrative à la suite de la décision de l’organisation syndicale est une décision portant grief et pouvant faire l’objet d’un recours
Protection particulière	Article L. 412-18, protection contre le licenciement (statut du salarié protégé)	Pas de disposition spéciale : le fonctionnaire ne peut être licencié. Mais la jurisprudence a aménagé au profit des représentants syndicaux le droit disciplinaire applicable aux fonctionnaires (notamment lié à l’obligation de réserve, de neutralité...)

Observations de M. Maynial

Avocat général

Demande d'avis

Les syndicats représentatifs des maîtres de l'enseignement privé peuvent-ils désigner ces derniers en tant que délégués syndicaux dans les établissements d'enseignement privés sous contrat depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 qui leur confère la qualité d'agents publics employés et rémunérés par l'Etat ?

I. – Affaire pendante devant le tribunal d'instance du XIII^e arrondissement de Paris

Depuis le 29 juin 1995, Mme Y... est maître de l'enseignement privé qualifiée d'agent public (maître contractuelle). Elle exerce ses fonctions en sciences et techniques médico-sociales au sein du groupe scolaire Saint-Vincent-de-Paul, établissement privé sous contrat d'association avec l'Etat (l'Etablissement).

Le syndicat SNEC-CFTC (le Syndicat) ayant fait connaître à l'Etablissement qu'il la désignait en qualité de déléguée syndicale, l'Etablissement a fait connaître à cette dernière qu'il contestait la validité de sa désignation au motif qu'elle est agent public, par conséquent non titulaire d'un contrat de droit privé, puis a saisi le tribunal d'instance du XIII^e arrondissement de Paris aux fins de trancher cette contestation.

L'Etablissement a sollicité de cette juridiction la saisine pour avis de la Cour de cassation « sur les nombreuses questions que l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2005 a suscitées ».

Au soutien de sa demande, soulignant le statut hybride des maîtres contractuels, l'Etablissement évoque « l'ambiguïté (est) née de l'interprétation de la Cour de cassation qui considère, en effet, selon une jurisprudence constante, que les maîtres contractuels sont liés à leur établissement par un contrat de travail ». Il se dit favorable, au nom du principe de la parité entre les maîtres de l'enseignement privé et de l'enseignement public, à ce que s'applique aux premiers le droit syndical en vigueur dans la fonction publique tel que prévu par le décret du 28 mai 1982. Mais cette application est exclusive, selon lui, de toute désignation à des fonctions de délégué syndical auprès d'un établissement d'enseignement privé sous contrat. Car, interprétant la portée de la loi du 5 janvier 2005, muette sur ce point, et s'appuyant sur les travaux parlementaires, l'Etablissement estime que ce silence est le fruit non pas d'une omission mais d'une volonté manifeste du législateur. Il retient en outre, du fait que le statut

des maîtres contractuels ne leur permet pas de recevoir le paiement des heures de délégation, qu'il ne saurait être désigné en qualité de délégué syndical au sens du code du travail que le personnel relevant du droit privé.

Le syndicat, tout en exprimant sa réserve sur l'opportunité de saisir pour avis la Cour de cassation « dans la mesure où les arrêts les plus récents semblent suffisamment explicites sur sa doctrine » et, en tout état de cause, soulignant que la question sur les heures de décharge est étrangère au litige, s'en remet à la sagesse du tribunal d'instance sur l'opportunité de saisir pour avis la Cour de cassation.

La fédération de la formation et de l'enseignement privé CFDT, intervenant volontaire, indique « qu'il (lui) apparaît opportun de saisir la Cour de cassation pour avis sur la question de droit dont la réponse détermine, non seulement l'issue du présent litige, mais encore celle de plusieurs litiges actuellement pendants ou à venir ». Sur l'avis proprement dit, s'appuyant sur les travaux parlementaires préparatoires au vote de la loi, cette organisation syndicale a estimé que le législateur n'a pas entendu exclure les maîtres contractuels de la possibilité d'être désignés comme délégués syndicaux.

II. – Affaire pendante devant le tribunal d'instance de Lyon

M. X..., également maître contractuel en sciences économiques et sociales au collège Saint-Marc, a été désigné par le syndicat CFDT enseignement privé du Rhône SEPR-PEP-CFDT en qualité de délégué syndical auprès de cet établissement. L'association Saint-Marc d'éducation chrétienne a informé cet enseignant qu'elle contestait sa désignation puis a saisi le tribunal d'instance de Lyon aux fins de faire droit à sa contestation.

Par jugements des 18 et 29 août 2006, les tribunaux d'instance de Lyon, puis du XIII^e arrondissement de Paris, relevant « que la question soulevée était une question de droit nouvelle, non encore tranchée par la jurisprudence et d'ores et déjà soumise à différents tribunaux de l'ordre judiciaire », ont adressé à la Cour de cassation la question suivante :

Les maîtres de l'enseignement privé, que l'article premier de la loi n° 2005 du 5 janvier 2005 (...) qualifie d'agents publics en précisant qu'ils sont employés par l'Etat, entrent-ils dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux ?

Sur la recevabilité des demandes d'avis

Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent saisir pour avis la Cour de cassation avant de statuer lorsqu'elles sont elles-mêmes saisies d'une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

En l'espèce, les conditions d'ouverture de cette faculté légale sont remplies. En effet, la question de droit est nouvelle. Elle présente une difficulté sérieuse en ce sens qu'elle a trait à la détermination du droit pour les organisations syndicales représentatives de désigner en qualité de délégué syndical un enseignant contractuel. La réponse à cette question intéresse, entre autres, quelque 110 000 maîtres contractuels et 7 000 établissements privés sous contrat. En outre, des contestations opposant les organisations syndicales parties à la procédure à des établissements privés sous contrat ont déjà été portées devant plusieurs tribunaux d'instance et la question de droit n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation.

En conséquence, une réponse à la question ainsi posée serait d'un intérêt certain pour la profession d'enseignant sous contrat, les organisations syndicales les représentant et les établissements privés sous contrat.

Analyse de la loi du 5 janvier 2005, dite loi CENSI, du nom de son rapporteur à l'Assemblée nationale et du premier des signataires de la proposition de loi

Les travaux parlementaires

La proposition de loi CENSI relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat avait pour objet de soustraire les établissements privés sous contrat (les Etablissements) de la charge incombant normalement à l'Etat en sa qualité d'employeur et, à cet effet, de dissiper toute ambiguïté sur la nature du statut des enseignants contractuels tout en veillant à ce que leurs droits à la retraite soient équitablement traités. Les signataires de la proposition de loi entendaient corriger ainsi une inégalité de traitement qui avait trait à la retraite de ces personnels qui ne bénéficiaient pas du régime de retraite des fonctionnaires, tout en préservant l'équilibre économique des personnes de droit privé chargées de l'administration des établissements d'enseignement. L'examen de la loi montre que, devant ces objectifs, les autres aspects de la problématique s'estompaient.

Le député M. Yves Censi, son rapporteur, n'a pas manqué de souligner la difficulté de concilier l'évolution des jurisprudences administrative et judiciaire, celle du Conseil d'Etat qui, dans son arrêt du 26 juin 1987 (arrêt n° 75569), expose que le maître contractuel exécute une mission de service public et reçoit en contrepartie une rémunération de l'Etat et celle de la chambre sociale de la Cour de cassation qui considère que l'employeur direct du maître contractuel est l'établissement privé, que, par là-même, le salarié est soumis au directeur de l'établisse-

ment par un lien de subordination qui emporte le caractère privé du contrat. Il s'ensuivait, selon notre Cour, que la juridiction prud'homale était compétente pour connaître du contentieux du contrat de travail, peu important que le maître soit recruté, soumis en dernier ressort au pouvoir disciplinaire du recteur et rémunéré à titre principal par l'Etat.

En contrepoint des principes ainsi posés, la proposition de loi avait opté pour que le maître contractuel puisse être élu délégué du personnel et membre du comité d'entreprise. Mais la question était ouverte sur la possibilité pour cet agent public d'être désigné comme délégué syndical. D'où l'intérêt de l'avis sollicité.

Lors des débats, une député (Mme David, PC), s'inquiétant de cette différence d'approche, déposa un amendement tendant à garantir le plein exercice du droit syndical dans les établissements. Elle exposa que pour être délégué syndical, il faut faire partie de l'entreprise et ajouta : « *si le contrat implicite de droit privé qui lie des enseignants à l'établissement disparaît, la nomination (du maître contractuel en qualité de délégué syndical) devient impossible* » ; d'où l'amendement déposé visant à pallier cette lacune. Le ministre de l'éducation lui demanda de retirer son amendement dans les termes suivants : « *Pour répondre directement à la question, j'ajoute qu'un enseignant peut être délégué syndical.* » Mme David lui répondit : « *Puisque que M. le ministre m'assure qu'un délégué syndical – nous sommes bien d'accord qu'il s'agit d'un délégué syndical et non d'un délégué du personnel (M. le ministre acquiesce) – peut être nommé par son syndicat dans un établissement privé, je retire mon amendement* ». Le rapport d'information présenté par M. Censi le 5 octobre 2005 a confirmé ce point de vue sans ambiguïté : « *La loi a donc explicitement prévu que : (...) – la désignation des délégués syndicaux restant, pour sa part, régie par les règles générales applicables aux agents publics.* »

La position exprimée par le ministre est d'ailleurs conforme aux termes du précédent rapport de M. Censi, qui indiquait au sujet des maîtres contractuels : « *Leurs titulaires doivent cependant continuer à bénéficier des institutions sociales et des droits qui sont les leurs à ce jour. (...) Ils pourront bénéficier de la représentation syndicale (...). En effet, comme les fonctionnaires détachés, l'exercice de leur activité professionnelle dans un établissement privé justifie qu'ils bénéficient de ces dispositions à défaut de dispositions équivalentes ou de réglementation établie sur ces points dans l'enseignement public... (Ils pourront sans difficulté continuer à être désignés délégués syndicaux.* » (Rapport Censi, présenté à l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004).

Analyse de la loi proprement dite

La loi CENSI dispose que les maîtres contractuels, « *en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement*

au sein duquel l'enseignement leur est confié, dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef d'établissement (...) » (1).

Cette loi a modifié l'article L. 442-5 du code de l'éducation (pour l'enseignement général) et l'article L. 813-8 du code rural (pour l'enseignement rural) qui dispose en son alinéa 2 : « (...) (L'enseignement) est confié, en accord avec la direction de l'établissement (...) à des maîtres liés à l'Etat par contrat. Ces derniers, en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef de l'établissement, dans le respect du caractère propre de l'établissement et de la liberté de conscience des maîtres. Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, (ils) sont, pour l'application des articles L. 236-1, L. 412-5, L. 421-2 et L. 431-2 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement tel que prévu à l'article L. 620-10 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise (...) ».

Les maîtres contractuels : un statut *sui generis*

Le maître contractuel est un agent public, mais non un fonctionnaire. Il n'est pas *stricto sensu* en position de mise à disposition, ni de détachement comme l'indiquait à tort le rapport précité puisqu'il n'a pas vocation à occuper un emploi au service de l'Etat. Il n'appartient pas à un corps de l'Etat susceptible de l'accueillir. En revanche, ses liens

(1) Article L. 442-5 :

(Loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, art. 1^{er}, Journal officiel du 6 janvier 2005, en vigueur le 1^{er} septembre 2005) : « Les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré peuvent demander à passer avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public, s'ils répondent à un besoin scolaire reconnu qui doit être apprécié en fonction des principes énoncés aux articles L. 141-2, L. 151-1 et L. 442-1. Le contrat d'association peut porter sur une partie ou sur la totalité des classes de l'établissement. Dans les classes faisant l'objet du contrat, l'enseignement est dispensé selon les règles et programmes de l'enseignement public. Il est confié, en accord avec la direction de l'établissement, soit à des maîtres de l'enseignement public, soit à des maîtres liés à l'Etat par contrat. Ces derniers, en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef d'établissement, dans le respect du caractère propre de l'établissement et de la liberté de conscience des maîtres.

Nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les personnels enseignants mentionnés à l'alinéa précédent sont, pour l'application des articles L. 236-1, L. 412-5, L. 421-2 et L. 431-2 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, tel que prévu à l'article L. 620-10 du même code. Ils sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail. Les rémunérations versées par l'Etat à ces personnels sont prises en compte pour le calcul de la masse salariale brute, tel que prévu à l'article L. 434-8 du même code, et la détermination du rapport entre la contribution aux institutions sociales et le montant global des salaires, mentionné à l'article L. 432-9 du même code. Les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat sont prises en charge dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public.

Les établissements organisent librement toutes les activités extérieures au secteur sous contrat ». L'article L. 236-1 est relatif aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

L. 412-5 (relatif à l'exercice du droit syndical dans les entreprises), L. 421-2 (délégué du personnel) et L. 431-2 (comité d'entreprise) concernent la détermination des effectifs et renvoient pour ce faire aux articles L. 629-10 et L. 620-11.

avec l'Etablissement sont, une fois encore, affirmés : il est tenu à l'égard de l'Etablissement à un devoir de loyauté, notion qui vise en particulier l'orientation spécifique de l'Etablissement. Il doit, au surplus, en respecter le règlement intérieur. La loi de 2005 a ainsi créé un statut *sui generis*.

Il existe un lien entre ces enseignants et l'Etablissement puisqu'ils exercent « dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef d'établissement, dans le respect du caractère propre de l'établissement et de la liberté de conscience » qui reste la leur.

L'une des conséquences de cette position originale est que si l'on devait refuser à ces agents publics la possibilité d'être désignés comme délégué syndical auprès de l'Etablissement, ils ne pourraient pas davantage recevoir de mandat syndical au sein d'une hypothétique administration d'origine, de sorte qu'ils ne jouiraient que de libertés syndicales amoindries ; ce qui ne manquerait pas de soulever une interrogation sur la constitutionnalité d'une loi ainsi discriminante.

Mais est-il besoin d'insister sur le fait qu'une telle *capitis diminutio* ne repose nullement sur une disposition légale. Comment dès lors une liberté constitutionnelle pourrait-elle être tenue en échec par un silence de la loi ?

L'approche pragmatique

Abordons la question sur un plan pragmatique. Nous sommes en présence de salariés qui consacrent leur temps et leurs efforts à l'activité essentielle de l'Etablissement, qui consiste en la dispense d'un enseignement. Si l'on écartait les maîtres contractuels, quels seraient les salariés habilités à être mandatés par les syndicats ? Il s'agirait des personnels administratifs, de surveillance et d'entretien.

La thèse qui se propose de tirer toutes les conséquences de la qualité « d'agent public » du maître contractuel aboutirait au résultat selon lequel ces catégories, certes utiles mais dont les fonctions se situent en marge de l'objet social de l'Etablissement, fourniraient seules des candidats aux fonctions de délégué syndical. Elles seraient les seules à pouvoir débattre, pour le compte des organisations syndicales, avec l'employeur des projets de réforme et de négociier des accords et, d'une manière plus générale, pour exercer sur les lieux du travail un droit reconnu par la Constitution (cf. article L. 412-1).

Certes, d'un strict point de vue théorique, on peut comprendre que des agents publics affectés auprès d'une personne morale de droit privé ne soient pas désignés comme délégués syndicaux auprès de celle-ci. Mais c'est oublier que le corps enseignant des Etablissements est constitué de ce seul type de salariés (ou en très grande majorité) qui, davantage que les autres catégories, ont reçu la formation et acquis l'expérience leur conférant une légitimité suffisante pour nourrir un dialogue syndical enrichi avec l'Etablissement sur son cœur de métier.

La loi elle-même donne des signes d'appartenance des maîtres contractuels à l'Établissement

Ainsi, le mandat de délégué syndical est évoqué à l'article L. 442-5 du code de l'éducation, qui prévoit que « *les professeurs sous contrat sont décomptés dans l'effectif qui détermine le seuil de 50 salariés pour leur mise en place* ». Ces dispositions assurent le rattachement des enseignants contractuels à l'État, tout en maintenant quelques rattachements dans la sphère du droit privé. Ce qui montre que la jurisprudence de la chambre sociale antérieure à la loi du 5 janvier 2005 avait des justifications sur lesquelles le législateur n'a pas été estimé concevable de revenir. Certes, pour l'essentiel, il est mis un terme au concept de contrat de travail, d'où il résultait la superposition d'un contrat de droit public avec l'État et un contrat de travail de droit privé avec l'Établissement.

Sur la question précise de la désignation en qualité de délégué syndical

Ce qu'indique la loi, c'est qu'au plan collectif, les maîtres contractuels sont pris en compte comme tout salarié dans une entreprise privée en ce qui concerne les seuils des effectifs et les droits collectifs qui y sont attachés pour le calcul des effectifs de l'Établissement, pour l'appréciation des seuils concernant les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le CHSCT et les délégués syndicaux. Et, comme il vient d'être souligné, au plan individuel, ils peuvent exercer les mandats de délégué du personnel, de membre du CHSCT et du comité d'entreprise.

Mais surtout, on relève que si l'article L. 442-5 précité prévoit dans le décompte des seuils ces enseignants pour la désignation d'un délégué syndical tout en ne déterminant pas les conditions à remplir pour être désigné dans ces fonctions, c'est à notre sens parce qu'à la différence des délégués du personnel ou des membres du comité d'entreprise, ces fonctions procèdent d'un mandat accepté et non d'une candidature et d'une élection. Dès lors que la loi a fait entrer dans le calcul des effectifs les maîtres contractuels, ces derniers ont vocation à pouvoir être désignés.

Cette déduction se fonde, en outre, sur la nature même de la mission confiée aux délégués syndicaux, chargés de négocier des accords collectifs pour le compte de leur syndicat, des accords qui touchent à la vie concrète de l'établissement auquel le maître contractuel consacre sa vie professionnelle. Au demeurant, l'indépendance statutaire vis-à-vis de l'Établissement (2) que confère le statut d'agent public ne peut que donner davantage de poids au maître contractuel pour tenir son rôle de négociateur syndical. Car, en même temps, ce salarié appartient à la collectivité des travailleurs au sein de l'Établissement, peu important sa relation

contractuelle avec ce dernier ; ce qui explique fort logiquement la décision du législateur de l'intégrer dans cette communauté pour le calcul des seuils.

À l'appui de cette thèse, il y a lieu de se référer aux décisions de la chambre sociale, qui énonce que si un salarié remplit les conditions requises pour être délégué du personnel, il remplit, par là même, les conditions pour être désigné délégué syndical.

On peut ajouter deux arguments, l'un de principe et l'autre pratique.

Sur le plan des principes, les délégués syndicaux, les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise constituent ce que le livre IV du code du travail intitule entre autres « *Les groupements professionnels, la représentation des salariés...* ». Ils constituent l'une des facettes indissociables de la défense des droits des travailleurs. Ils incarnent à la fois la défense des droits des travailleurs au travers des organisations syndicales représentatives et les institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise. Dès lors qu'une loi ouvre le droit à une catégorie précise de personnels qui travaille dans l'entreprise d'accéder aux fonctions de délégué du personnel et de membre du comité d'entreprise, la chambre sociale n'a pas retenu d'arguments de principe qui s'opposeraient à ce qu'ils puissent être également délégués syndicaux.

Parmi les arguments pratiques en sens contraire, on peut avancer que si la loi CENSI renverse le rapport de force entre le rattachement au droit public et le rattachement au droit privé, elle limite le rattachement de ce travailleur à la puissance publique aux « *fonctions pour lesquels ils sont employés et rémunérés par l'État* ». Ce qui, en pratique, signifie qu'ils peuvent exercer d'autres fonctions pour lesquelles ils sont rémunérés par l'Établissement.

Si, par impossible, l'on devait considérer que le maître contractuel ne pouvait pas être délégué syndical au titre de ses fonctions rémunérées par l'État, ne pourrait-il pas l'être au titre d'autres fonctions ? Mais cette distinction obligerait alors le juge à se livrer à un examen précis qui le conduirait, au cas par cas, à autoriser ou refuser une telle délégation syndicale. Dans cette recherche, il importerait peu que ce salarié de type *sui generis* ne travaille que marginalement dans une relation de droit privé. En effet, dès lors qu'un travailleur a la qualité de salarié de l'entreprise, il n'appartient qu'aux organisations syndicales d'apprécier si celui-ci, ne travaillant pas en permanence dans l'entreprise, sera en mesure d'accomplir sa mission syndicale (3).

Mais une telle dualité de statut ne manquerait pas de susciter d'autres sources de contentieux nourries de l'inégalité de traitement réservée aux maîtres contractuels selon qu'ils exécutent ou non des tâches complémentaires pour le compte de l'Établissement. Ce qui pourrait être de nature à inciter ce dernier

(2) Soc., 4 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 37 à 39, p. 36-37 : *Il résulte de la combinaison des articles L. 412-11, L. 412-14, L. 423-8, L. 423-9 du code du travail qu'un salarié élu délégué du personnel remplit par là même les conditions d'ancienneté et de présence dans l'entreprise pour être désigné délégué syndical dans un établissement.*

(3) Soc., 17 juillet 1996, *Bull.* 1996, V, n° 295, p. 207.

à ne donner aucune fonction ne relevant pas strictement du contrat de travail de droit public, même au risque de porter préjudice à son projet éducatif.

Le maître contractuel salarié dans l'entreprise

Indépendamment du débat sur les effets du contrat de l'agent public avec l'Etat, l'article L. 412-14 du code du travail prévoit que « *le ou les délégués syndicaux doivent travailler dans l'entreprise depuis un an au moins* ». L'évolution du droit social en ce domaine montre que ce qui, aujourd'hui, est mis en exergue, c'est la situation de fait, pourvu qu'elle fasse apparaître que le salarié est étroitement associé au destin de l'entreprise où il travaille. C'est d'ailleurs pourquoi le maître contractuel est soumis au règlement intérieur de l'établissement. A titre d'illustration de cette évolution, l'article L. 423-7 du code du travail relatif aux délégués du personnel énonce que sont électeurs « *les salariés ayant travaillé dans l'entreprise* » et non pas les salariés de l'entreprise. Il s'ensuit que « *lorsque les circonstances font apparaître l'existence d'un lien de subordination avec l'entreprise d'accueil, le salarié « détaché » peut être inscrit sur les listes électorales* » de sorte qu'il bénéficie de la double qualité d'électeur (4).

Salarié mis à disposition

La même question s'était posée à propos de la faculté pour des agents de la fonction publique travaillant au sein d'une société de droit privé sous le régime de la mise à disposition, qui restent à ce titre gérés par leur corps d'origine, pour déterminer s'ils étaient électeurs et éligibles au comité d'entreprise de cette entreprise.

La chambre sociale (5) a considéré que ces fonctionnaires, au cours de cette période de mise à disposition, étaient intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise d'accueil et pouvaient se prévaloir de la qualité de salarié pour l'expression au sein de celle-ci des droits qui y sont attachés. Dès lors, ils sont électeurs et éligibles pour les élections des membres du comité d'entreprise, car cet organe a vocation à prendre en compte les intérêts de tous les salariés dans l'entreprise, quel que soit leur statut.

Deux questions écrites ont été posées sur des sujets proches

Le gouvernement a émis deux avis en apparence peu conciliables. Ainsi (6) le garde des sceaux, dans une réponse du 4 avril 2006, a indiqué que « *les maîtres contractuels sont considérés comme des agents publics relevant des juridictions administratives, (qu')il en résulte une impossibilité pour les intéressés d'être électeur et éligible aux conseils de prud'hommes* ». Il faut interpréter cette réponse comme reflétant le principe selon lequel ces salariés sont des agents

contractuels soumis au droit public et en particulier à celui de la fonction publique sous réserve d'une dérogation légale ou réglementaire ; mais c'est précisément le cas des fonctions au comité d'entreprise ou de délégué du personnel. Ce qui éclaire la portée de la réponse à la question posée par M. Yvan Lachaud au ministre de l'éducation : « *S'agissant des heures de délégation syndicale, l'article premier (de la loi) dispose que, nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les maîtres continuent à bénéficier et à exercer leurs droits syndicaux et sociaux conformément à ce qui leur est déjà reconnu.* » L'emploi de l'adverbe « nonobstant » et du verbe « continuer » ne peut que renvoyer aux règles relatives aux mandats dont les maîtres sont susceptibles d'être investis, notamment en tant que délégués syndicaux.

Les commentateurs de la loi de 2005

Les commentateurs de la loi de 2005 semblent pencher en faveur de l'admissibilité des maîtres contractuels à occuper les fonctions de délégué syndical. Ainsi M. Bernard Toulemonde (7) note :

« *des agents publics empruntant au droit du travail :*

Nonobstant l'absence de contrat de travail (de droit privé), la loi maintient expressément l'existence des institutions représentatives des personnels et les modalités d'exercice du droit syndical telles que prévues par le code du travail. Ce faisant, sur ce point, elle consacre et donne valeur législative à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi les maîtres contractuels restent comptés dans les effectifs déclenchant l'institution des délégués du personnel, les CHSCT, les comités d'entreprise ; ils y sont électeurs et éligibles ; ils sont inclus dans la masse salariale servant de base à la subvention de l'employeur. Ils bénéficient de ces institutions dans les conditions de droit commun ».

Plus précisément, M. Antony Taillefait, dans la même revue, relève que « *là aussi, l'égalisation des conditions avec les enseignants des établissements publics a été écartée par amendement à la proposition de loi initiale* ». En dépit de l'absence de contrat de travail avec l'établissement privé, la loi CENSI a prévu que les maîtres continueraient à bénéficier des institutions sociales et des droits qui sont les leurs à ce jour. Seule réserve de ce nouveau statut en faveur du droit public : « *La compensation du temps de représentation des enseignants délégués syndicaux, délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise. (Ils) ne percevront plus de rémunération pour les heures de délégation du fait de l'existence du système de décharge accordé par l'Etat et géré globalement par les syndicats.* »

Conclusion

Nous sommes d'avis que les maîtres de l'enseignement privé mentionnés à l'article premier de la loi n° 2000-5 du 5 janvier 2005 entrent dans le champ d'application des dispositions des articles L. 412-4 et suivants du code du travail relatives à la dési-

(4) Ass. plén., 29 février 1980, Bull. 1980, Ass. plén., n° 2, p. 1 ; Soc., 7 juillet 1981, Bull. 1981, V, n° 663, p. 497.

(5) Soc., 23 mai 2006, Bull. 2006, V, n° 182, p. 176, pourvoi n° 05-60.119.

(6) Question écrite du 5 mars 2005 par M. Marc Francina.

(7) ADJA, chroniques, p. 478 : « *Les maîtres des établissements d'enseignement privés entre droit public et droit privé : une hybridation législative* ».

gnation des délégués syndicaux et, en conséquence, que les syndicats représentatifs des maîtres de l'enseignement privé peuvent désigner leurs délégués syndicaux dans les établissements d'enseignement

privés sous contrat parmi cette catégorie de personnels depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 qui leur confère la qualité d'agents publics employés et rémunérés par l'Etat.

II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail1. *Emploi et formation*** Contrat à durée déterminée***N° 4**

Le contrat de travail conclu pour la durée d'un chantier est, en principe, un contrat à durée indéterminée à moins qu'il ne soit conclu dans l'un des cas énumérés par l'article L. 122-1-1 du code du travail où il peut être recouru à un contrat à durée déterminée.

Viola ce texte la cour d'appel qui juge que le contrat de travail était un contrat à durée déterminée alors qu'il avait été conclu pour la durée d'un chantier et n'entraînait dans aucun des cas énumérés par l'article L. 122-1-1 du code du travail.

Soc., 7 mars 2007.

Cassation

N° 04-47.059. – C.A. Bordeaux, 16 septembre 2004.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – Mme Bouvier, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt permet à la chambre sociale de rappeler sa jurisprudence déjà énoncée dans un arrêt du 29 octobre 1996 (Soc., Bull. 1996, V, n° 357, p. 254) concernant les règles régissant la distinction entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée en les appliquant aux contrats conclus pour la durée d'un chantier.

La question posée à la cour était la suivante : le contrat conclu pour la durée d'un chantier est-il un contrat à durée déterminée ou un contrat à durée indéterminée ?

En l'espèce, un salarié avait été engagé en qualité d'opérateur chargé de la maîtrise d'œuvre d'un projet d'amélioration et de diversification de systèmes d'exploitation au Bénin par un contrat qualifié de « contrat de chantier », d'une durée prévisible globale de la mission de 57,5 mois. Suite à son licenciement, intervenu environ un an après sa prise de service, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale en soutenant avoir été engagé par un contrat à durée déterminée et en contestant le bien-fondé de son licenciement.

La cour d'appel avait décidé qu'il s'agissait d'un contrat à durée déterminée, l'employeur ayant entendu engager le salarié pour une durée déterminée de 57,5 mois.

Cassant l'arrêt de la cour d'appel, la chambre sociale rappelle, au visa notamment de l'article L. 321-12 du code du travail, le principe selon lequel un contrat de travail conclu pour la durée d'un chantier est un contrat à durée indéterminée. En effet, ne sont pas soumis à la procédure de licenciement pour motif économique les licenciements qui, à la fin d'un chantier, revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée, sauf dérogations déterminées par convention et accord collectifs. Ces licenciements sont soumis aux dispositions générales régissant la résiliation du contrat à durée indéterminée.

Par exception, il peut être recouru au contrat à durée déterminée de chantier, mais seulement dans les cas limitativement énumérés par l'article L. 122-1-1 du code du travail, lequel prévoyait, dans sa rédaction alors en vigueur, le remplacement d'un salarié, l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, les emplois à caractère saisonnier ainsi que les emplois pouvant être pourvus par contrat dit d'usage.

La chambre sociale décide qu'en l'espèce, le contrat de travail n'entre dans aucun des cas énumérés par l'article L. 122-1-1 du code du travail et qu'il s'agit donc d'un contrat à durée indéterminée.

** Emploi des travailleurs handicapés***N° 5**

Il résulte de l'article L. 323-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, que la COTOREP est compétente pour déterminer l'orientation professionnelle et l'établissement d'accueil du travailleur handicapé.

Selon l'article L. 323-30 de ce code, la COTOREP se prononce par décision motivée, en tenant compte de la capacité de travail et des possibilités réelles d'intégration, sur l'embauche ou l'admission dans les ateliers protégés ou les centres d'aide par le travail et peut prendre une décision provisoire valable pour une période d'essai.

C'est à la COTOREP, en vertu de l'article R. 323-63-5 du même code, qu'il appartient, au vu du rapport

de l'inspecteur du travail après consultation du responsable de l'atelier protégé, de se prononcer soit pour l'embauche de l'intéressé par l'atelier protégé, soit pour le renouvellement de l'essai, qui est une période d'adaptation, soit pour une nouvelle orientation.

Il s'ensuit que lorsque la COTOREP décide du renouvellement de la période d'essai et conclut du bilan de stage que le salarié serait moins en difficulté dans un centre d'aide par le travail de sorte qu'il y a lieu de mettre fin à l'essai, la décision de cette commission s'impose à l'atelier protégé et à l'intéressé.

La rupture intervenue conformément à ces dispositions spécifiques ne constitue pas un licenciement.

Soc., 7 février 2007.

Rejet

N° 05-45.300. – C.P.H. Louviers, 27 janvier 2005.

M. Texier, Pt (f.f.). – M. Tredez, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

Le présent litige se situait avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Il posait la question de savoir si la décision de la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) de mettre fin à la période d'essai d'un travailleur handicapé engagé par un atelier protégé imposait la rupture de la relation de travail.

Les ateliers protégés et les centres d'aide par le travail ont été institués par la loi d'orientation du 30 juin 1975 en faveur des personnes handicapées.

Les ateliers protégés ne peuvent embaucher que des travailleurs handicapés dont la capacité de travail, appréciée par la COTOREP, est au moins égale au tiers de la capacité normale de travail. La COTOREP se prononce par une décision motivée, en tenant compte de la capacité de travail et des possibilités réelles d'intégration, sur l'embauche ou l'admission dans les ateliers protégés ou les centres d'aide par le travail ; elle peut prendre une décision provisoire, valable pour une période d'essai (article L. 323-30 du code du travail).

A la différence des personnes placées en centre d'aide par le travail qui n'ont pas le statut de salarié, les personnes handicapées placées en atelier protégé sont des salariés soumis au code du travail.

Selon les articles R. 323-63-3 à R. 323-63-5 du code du travail, une période d'essai, d'une durée de six mois au plus, peut être prévue. La période doit être mise à profit, tant par l'atelier protégé que par l'intéressé, pour rechercher les tâches dans lesquelles celui-ci peut, compte-tenu de son handicap, atteindre le meilleur rendement. A l'expiration de la période d'essai, l'inspecteur du travail établit un rapport après consultation du responsable de l'atelier protégé. Dans le mois suivant l'expiration de la

période d'essai, la COTOREP prend sa décision au vu de ce rapport et se prononce soit pour l'embauche de l'intéressé par l'atelier protégé, soit pour le renouvellement d'un essai, soit pour une nouvelle orientation.

La décision de la COTOREP est une décision de nature administrative, susceptible de recours contentieux devant la juridiction administrative.

La chambre sociale, dans un arrêt du 2 juin 2004, a répondu à la question de savoir si un atelier protégé pouvait rompre de manière anticipée la relation de travail lorsque le travailleur handicapé ne donnait pas satisfaction. Elle a décidé que la période de trois ou six mois instituée par les articles L. 323-30 et R. 323-63-3 et suivants du code du travail, qui devait être mise à profit par l'atelier protégé pour rechercher des tâches dans lesquelles le salarié pouvait, compte tenu de son handicap, atteindre le meilleur rendement, était une période d'adaptation à laquelle il ne pouvait être mis un terme que sur décision de la COTOREP (Soc., 2 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 154, p. 146).

L'essai prévu pour l'embauche d'une personne handicapée n'a donc pas la même finalité ni le même régime juridique que pour un salarié de droit commun. Seule la décision de la COTOREP peut mettre un terme à cette période d'adaptation.

En ce qui concerne la portée des décisions de la COTOREP, il résulte de deux arrêts (Soc., 2 juin 2004, *Bull.* 2004, n° 151, p. 143 et Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, n° 273, p. 261) que dès lors que la modification du classement en invalidité d'un travailleur handicapé par la COTOREP, en catégorie supérieure ou inférieure, est de nature soit à le rendre apte à un emploi en milieu ordinaire, soit à justifier sa réorientation vers un centre d'aide par le travail, cette décision de la COTOREP constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'employeur ne pouvant le maintenir dans son établissement, qui n'est plus habilité à le recevoir.

Se situant dans cette lignée jurisprudentielle, la chambre sociale décide, dans la présente espèce, que la décision de la COTOREP de mettre fin à la période d'essai d'un travailleur handicapé dans un atelier protégé s'impose à l'atelier ainsi qu'à l'intéressé et que la rupture ne constitue pas un licenciement.

** Travailleurs privés d'emploi*

N° 6

Le plan d'aide au retour à l'emploi prévu par l'article premier de la convention du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage et signé par chaque travailleur involontairement privé d'emploi qui demande à bénéficier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi ne contient aucun engagement de l'ASSEDIC de verser cette allocation au demandeur d'emploi pendant une durée déterminée. La durée et le taux d'indemnisation résultent de la décision d'ad-

mission au bénéfice de l'allocation prononcée par l'ASSEDIC en application de l'article 36 du règlement annexé à la convention.

Par suite, viole l'article premier de la convention du 1^{er} janvier 2001 la cour d'appel qui, pour condamner l'institution de l'assurance chômage à maintenir à des bénéficiaires de l'allocation d'aide au retour à l'emploi le versement de cette prestation telle qu'elle était fixée à la date de signature du PARE, retient que celui-ci comporte un engagement de l'ASSEDIC envers chaque signataire de lui assurer la sécurité d'un revenu de remplacement non dégressif pendant une durée déterminée.

Soc., 31 janvier 2007. Cassation partielle

N° 04-19.464. – C.A. Aix-en-Provence, 9 septembre 2004.

M. Bouret, Pt (f.f.). – M. Chauviré, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt intéresse les droits à indemnisation des demandeurs d'emploi signataires d'un plan d'aide au retour à l'emploi (PARE) en application de la convention du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage.

Une cour d'appel avait jugé que l'ASSEDIC devait maintenir, pour les bénéficiaires de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, le versement de cette prestation telle que fixée à la date à laquelle ils avaient signé un plan d'aide au retour à l'emploi, alors même qu'étaient intervenus, depuis cette signature, un avenant à la convention du 1^{er} janvier 2001 réduisant les durées d'indemnisation ainsi qu'une nouvelle convention d'assurance chômage applicable au 1^{er} janvier 2004. Le Conseil d'Etat avait, le 11 mai 2004, annulé les dispositions des arrêtés agréant les accords modifiant la convention du 1^{er} janvier 2001 et celui agréant la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2004, sous réserve des actions contentieuses engagées à cette date.

Se prononçant sur des actions engagées avant l'arrêt du Conseil d'Etat, la Cour de cassation a annulé la décision conduisant à recalculer les indemnités des demandeurs d'emploi signataires d'un PARE. Elle juge que le PARE signé par chacun des demandeurs d'emploi ne contenait aucun engagement de l'ASSEDIC de leur verser l'allocation d'aide au retour à l'emploi pendant une durée déterminée et que le taux et la durée de leur indemnisation résultaient de décisions d'admission au bénéfice de l'allocation prononcées par l'ASSEDIC, en application du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2001. La Cour a ainsi exclu le caractère contractuel du PARE.

N° 7

Une activité professionnelle, fût-elle bénévole, met celui qui s'y livre à plein temps dans l'impossibilité de rechercher un emploi.

Dès lors, ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui, saisie d'une poursuite exercée sur le fondement de l'article L. 365-1 du code du travail, déboute l'ASSEDIC de sa demande de remboursement d'allocations de chômage au motif que le prévenu bénéficiaire de ces allocations, ayant procédé comme simple exécutant à des démarches en vue de l'immatriculation en France de l'établissement d'une société de droit allemand et à l'embauche d'un salarié, ne pouvait être considéré comme gérant de fait de la société, sans rechercher si l'activité exercée alors qu'il percevait le revenu de remplacement versé par l'ASSEDIC lui permettait d'accomplir des actes positifs de recherche au sens de l'article L. 351-1 du même code.

Crim., 20 mars 2007. Cassation partielle

N° 06-86.269. – C.A. Colmar, 14 juin 2006.

M. Joly, Pt (f.f.). – Mme Guirimand, Rap. – M. Fréchède, Av. Gén.

N° 8

Il résulte de l'article L. 365-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2006 comme dans celle antérieure, que le fait pour un bénéficiaire des allocations d'aide aux travailleurs privés d'emploi de ne pas déclarer à l'ASSEDIC l'exercice d'une activité professionnelle caractérise la fraude en vue d'obtenir lesdites allocations.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui approuve la motivation des premiers juges qui, pour relaxer un prévenu, indiquent que le fait de ne pas avoir informé l'ASSEDIC d'une activité professionnelle constituait une abstention et non un acte positif nécessaire à la fausse déclaration et caractéristique de la fraude et ajoute que l'article L. 365-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2006, exclut qu'une absence de déclaration antérieure à la promulgation de cette loi puisse être considérée comme un acte constitutif de l'infraction prévue par ledit article dans sa rédaction antérieure.

Crim., 27 mars 2007. Cassation

N° 06-87.415. – C.A. Caen, 15 septembre 2006.

M. Faye, Pt (f.f.). – M. Delband, Rap. – M. Mouton-Gatineau, Av. Gén.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

** Clause de non-concurrence*

N° 9

La contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture de son contrat de travail, est tenu

d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi. Il en résulte que son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat, ni son paiement intervenir avant la rupture

Dès lors, la cour d'appel a exactement décidé que la stipulation selon laquelle la contrepartie financière de la clause de non-concurrence obligeant le salarié serait constituée par une fraction de son salaire et incluse dans sa rémunération était nulle.

Soc., 7 mars 2007.

Rejet

N° 05-45.511. – C.A. Paris, 11 octobre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Rovinski, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Par trois arrêts du 10 juillet 2002 (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 239, p. 234), la chambre sociale de la Cour de cassation a posé l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière à la clause de non-concurrence consentie par le salarié. Par un arrêt du 17 décembre 2004 (Soc., 17 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 346, p. 310), elle a précisé que l'exigence de cette contrepartie financière répond à l'impérieuse nécessité d'assurer au salarié la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle.

Dans le présent arrêt, la question posée à la chambre sociale était celle de la licéité de la clause de non-concurrence dont la contrepartie financière est constituée d'une majoration de salaire payée pendant la durée d'exécution du contrat de travail.

La Cour de cassation rappelle que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour finalité de compenser les limitations subies par le salarié dans la recherche d'un nouvel emploi du fait de l'obligation qui lui est imposée.

La Cour en tire deux conséquences nouvelles.

D'une part que le montant de cette contrepartie financière ne peut pas dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat de travail, cette circonstance étant évidemment pour une grande part étrangère à l'importance de l'atteinte portée à la liberté du travail du salarié.

Et d'autre part que le paiement de l'indemnité de non-concurrence ne peut intervenir avant la rupture.

La position de la chambre sociale de la Cour de cassation sur l'illicéité de la clause de non-concurrence litigieuse s'explique essentiellement par le fait que le montant de l'indemnité qu'elle prévoit n'est pas connu du salarié au moment de son engagement. En effet, ce montant dépend de l'aléa de la durée d'exécution de son contrat de travail et il n'existe dès lors aucune proportion ni prévisible ni garantie entre le préjudice inhérent à l'atteinte consentie par le salarié à sa liberté du travail et le montant de l'indemnité qu'il perçoit, les sommes versées au

cours de l'exécution du contrat de travail pouvant d'ailleurs s'avérer dérisoires ou au contraire excessives voire sans justification aucune.

La solution adoptée par le présent arrêt pourrait apparaître comme divergente de celle d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 septembre 2004 (pourvoi n° 00-18.265).

En effet, dans ce dernier arrêt, la chambre commerciale rejette le moyen qui reprochait à l'arrêt de la cour d'appel attaqué de ne pas avoir recherché si l'indemnité de non-concurrence d'un gérant de clinique privée (auquel s'appliquent les dispositions de l'article L. 223-18 concernant sa désignation et celles de l'article L. 223-25 du code du commerce s'agissant de sa révocation), versée pendant la relation contractuelle, ne se confondait pas avec le salaire, eu égard au salaire normal d'une personne exerçant de telles fonctions.

La chambre commerciale estime dans cet arrêt que le montant de cette indemnité faisait la loi des parties en ce qu'il avait été accepté en connaissance de cause et qu'ainsi l'engagement n'était pas disproportionné dans son étendue et avait été rémunéré par une somme librement négociée entre la société et son gérant.

Mais la solution de la chambre sociale et de la chambre commerciale ne sont en fait pas divergentes, puisque la chambre commerciale fonde sa décision sur le principe de la liberté de négociation de la rémunération du gérant et non sur la licéité des modalités convenues de paiement de l'indemnité de non-concurrence, question qui n'avait pas été soulevée.

Finalement, la décision de la chambre sociale se justifie par son désir d'éviter, sous couvert de liberté contractuelle, que soit mise à mal sa jurisprudence issue de ses arrêts de juillet 2002.

Cette solution permet également d'empêcher la multiplication de clauses-types dans les contrats de travail emportant la fixation, peut-être théorique, d'une contrepartie pécuniaire indéterminée au moment de l'engagement, constituée par un pourcentage du salaire payé tout au cours de l'exécution du contrat de travail et qui laisserait le salarié démuné au jour de la rupture.

** Mesures discriminatoires*

N° 10

Est justifiée la décision des juges du fond qui déclare constitués, en raison des mêmes agissements d'un prévenu, les délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral prévus par les articles L. 481-3 du code du travail et 222-33-2 du code pénal, qui sanctionnent la violation d'intérêts distincts.

Crim., 06 février 2007.

Rejet

N° 06-82.601. – C.A. Besançon, 28 février 2006.

M. Cotte, Pt. – Mme Guirimand, Rap. – M. Fréchède, Av. Gén.

3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

* Transfert d'une entité économique

N° 11

Une cour d'appel qui retient qu'une cession ne porte pas seulement sur un ensemble immobilier mais qu'elle emporte également la reprise du service de gardiennage et d'entretien qui en relève ainsi que des contrats nécessaires à l'exploitation de la résidence peut en déduire le transfert d'une entité économique autonome constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre, le transfert de cette entité imposant en conséquence au cessionnaire de poursuivre aux mêmes conditions les contrats de travail des salariés qui en relèvent.

Une cour d'appel qui constate que le cédant et le cessionnaire se sont entendus pour priver les salariés des droits qu'ils tiennent du second alinéa de l'article L. 122-12 du code du travail et éviter ainsi la poursuite des contrats de travail aux conditions antérieures peut les condamner au paiement de provisions sur l'indemnisation du préjudice causé aux salariés par la rupture de leurs contrats de travail.

Soc., 14 février 2007.

Rejet

N° 04-47.110 et 04-47.203. – C.A. Montpellier, 15 septembre 2004.

M. Bouret, Pt (f.f.). – M. Bailly, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

La chambre sociale a dit à plusieurs reprises que la seule cession d'un immeuble ne pouvait suffire, à elle seule, à caractériser le transfert d'une entité économique autonome (Soc., 14 mars 2006, *Bull.* 2006, n° 97, p. 89 ; 31 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 27, p. 19). Cette position se justifie par le fait qu'un bien immobilier ne constitue pas en soi une entreprise à vocation économique. Cependant, lorsque la cession ne se limite pas à la vente d'un ensemble immobilier mais qu'elle comprend aussi la reprise par l'acquéreur de services qui y sont attachés et de contrats liés à son exploitation (abonnements, contrats de bail, etc.), elle peut alors caractériser le transfert d'une entité économique autonome, constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre. Et, à cet égard, il n'est pas douteux qu'une activité de location immobilière relève du domaine économique, en sorte que lorsque celui qui l'exerce cède à un autre les moyens de poursuivre l'exploitation de

l'entité économique qui l'exerce, l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, tel qu'il est interprété au regard des directives européennes (ici, celle du 12 mars 2001, n° 2001/23/CE), trouve alors à s'appliquer. Le cessionnaire est en conséquence tenu de poursuivre, sans modification, les contrats de travail du personnel attaché à l'entreprise dont il prend la direction.

4. Contrats particuliers

* Travail intérimaire

N° 12

Selon l'article L. 124-4 du code du travail, le contrat écrit que l'entrepreneur de travail temporaire doit adresser au salarié intérimaire au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition doit notamment comporter la qualification du salarié ainsi que, s'il s'agit d'un contrat de mission pour remplacement, le nom et la qualification du salarié remplacé.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui a considéré qu'en portant sur les deux premiers contrats de mission remis au salarié intérimaire la seule mention de l'emploi « juriste fiscaliste », l'entreprise de travail temporaire n'avait pas satisfait aux exigences de ce texte, qui imposait que soit précisée la qualification de cadre du salarié intérimaire et du salarié qu'il remplaçait.

Soc., 21 mars 2007.

Rejet

N° 06-40.370. – C.A. Versailles, 8 novembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Dans le domaine du travail temporaire, le législateur impose un strict formalisme dans la rédaction des contrats de mission et de mise à disposition, pouvant être rapproché des exigences prévues à l'article L. 122-3-1 du code du travail concernant le contenu du contrat à durée déterminée.

Ainsi, l'article L. 124-4 du code du travail prévoit que le contrat de mission liant l'entreprise de travail temporaire au salarié « *mis à la disposition provisoire d'un utilisateur doit être établi par écrit et adressé au salarié au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition* » et doit comporter notamment la « *qualification du salarié* ».

En outre, le contrat de mission doit reproduire les clauses du contrat de mise à disposition qui, selon l'article L. 124-3 du code du travail, « *doit mentionner le motif pour lequel il est fait appel au salarié temporaire* », cette mention devant « *être assortie de justifications précises* » qui, notamment en cas de remplacement d'un salarié absent, « *comportent le nom et la qualification* » du salarié remplacé.

En l'espèce, la question était de savoir si un contrat de mission, précisant l'emploi du salarié temporaire

comme «juriste fiscaliste» mais non la qualification de cadre, répondait aux exigences formelles de l'article L. 124-4 du code du travail.

S'attachant à faire respecter le formalisme institué aux articles L. 124-3 et L. 124-4 du code du travail, la Cour de cassation a déjà jugé que le défaut de contrat écrit (Soc., 13 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 385, p. 372), l'omission de la signature d'un contrat de mission écrit (Soc., 20 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.569), de la mention du terme de la mission (Soc., 19 avril 2000, *Bull.* 2000, V, n° 146 (2), p. 113), de la qualification du salarié remplacé et du défaut de transmission du contrat au salarié dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition (Soc., 19 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 208 (1), p. 201) entraînent la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de droit commun à durée indéterminée. Des sanctions pénales sont d'ailleurs encourues en cas d'omission volontaire dans le contrat de mise à disposition de la mention du nom ou de la qualification du salarié absent (Crim., 9 octobre 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 298, p. 821).

En l'espèce, la chambre sociale confirme sa lignée jurisprudentielle en imposant que le contrat de mission précise la qualification particulière du poste à pourvoir et la qualification professionnelle précise du salarié temporaire. Il en résulte qu'un contrat de mission écrit transmis dans les délais légaux ne répond pas aux exigences de l'article L. 124-4 du code du travail dès lors que «la qualification de cadre» tant du salarié intérimaire que du salarié remplacé a été omise.

On peut noter que le droit communautaire a instauré, par sa Directive 91/533/CEE, du 14 octobre 1991 (*JOCE*, n° L. 288 du 18 octobre 1991, p. 32-35), en son article 2-1, une obligation générale d'information du salarié selon laquelle «*l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié auquel la présente Directive s'applique (...) les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail*». Ainsi «*le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé*» ou «*la caractérisation ou la description sommaire du travail*» font partie de la liste des éléments essentiels énumérés à l'article 2-2-c de la Directive.

* Travail temporaire

N° 13

L'article L. 125-3 du code du travail prohibe toute opération à but lucratif ayant pour objet le prêt de main-d'œuvre, dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions régissant le travail temporaire. L'article L. 125-1 du même code interdit toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'é luder l'application des dispositions de la loi, d'un règlement, d'une convention ou d'un accord collectif de travail.

Les juges du fond, lorsqu'ils sont saisis d'une poursuite exercée en application de ces deux textes, à l'occasion du transfert de salariés entre des sociétés fonctionnant comme une entité unique, sont tenus, pour entrer en voie de condamnation, de caractériser le but lucratif de l'opération conclue entre ces entreprises, liées par des intérêts communs, qui peut consister, au profit de l'utilisateur ou du prêteur de main-d'œuvre, en un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire.

Crim., 20 mars 2007. Cassation partielle

N° 05-85.253. – C.A. Metz, 29 juin 2005.

M. Joly, Pt (f.f.). – Mme Guirimand, Rap. – M. Fréchède, Av. Gén.

5. Statuts particuliers

* Conjoint salarié

N° 14

1° L'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition d'application de l'article L. 784-1 du code du travail réglementant le statut du conjoint salarié.

2° La poursuite du travail sans rémunération et sans protestation du salarié ne peut constituer la preuve d'une rupture amiable du contrat de travail.

Soc., 24 janvier 2007. Cassation

N° 05-44.346. – C.A. Amiens, 29 juin 2005.

Mme Mazars, Pt (f.f.). et Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

1° Issu de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982, l'article L. 784-1 du code du travail dispose : «*Les dispositions du présent code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance.*» Ce texte est applicable aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité et ce, en vertu de l'article 8 de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999.

Le présent arrêt rappelle une solution bien établie aux termes de laquelle l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition d'application de cette disposition (Soc., 6 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 339, p. 270). Cette jurisprudence vaut même dans l'hypothèse où l'entreprise est un bien de communauté (Soc., 16 février 1999, *Bull.* 1999, V, n° 73, p. 53) mais est en revanche écartée en cas de fraude (Soc., 15 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 341, p. 305).

Il suffit donc, pour bénéficier de ce régime, que l'époux, d'une part, participe effectivement à l'acti-

vité ou à l'entreprise de son conjoint et, d'autre part, qu'il perçoive une rémunération au moins égale au salaire minimal. La subordination est alors présumée par l'article L. 784-1 du code du travail.

Cette solution permet au conjoint salarié de bénéficier des dispositions protectrices du droit du travail sans avoir à établir un lien de subordination qui peut apparaître difficile à concilier avec le principe d'égalité entre les époux.

2° L'arrêt devait également se prononcer sur les conséquences que les juges peuvent tirer de la poursuite du travail sans rémunération et en l'absence de réclamation d'un salarié.

Depuis un arrêt du 8 octobre 1987 (*Bull.* 1987, V, n° 541, p. 344), la chambre sociale réaffirme de manière constante que la poursuite du travail ne vaut pas acceptation de la modification substantielle par l'employeur du contrat de travail (cf. *Soc.*, 29 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 38, p. 25).

Le présent arrêt affirme, dans la logique de cette jurisprudence, que la poursuite du travail sans rémunération et sans protestation du salarié ne vaut pas non plus rupture d'un commun accord du contrat de travail.

* *Journalistes professionnels*

N° 15

Constitue des dispositions impératives de la loi française le statut légal des journalistes professionnels institué par le chapitre premier du titre sixième du livre VII du code du travail, lequel statut est applicable, selon le deuxième alinéa de l'article L. 761-2 du code du travail, au correspondant de presse, qu'il travaille sur le territoire français ou à l'étranger.

Il s'ensuit que c'est à bon droit qu'ayant reconnu, en application de l'article L. 761-2 du code du travail, la qualité de journaliste professionnel à un correspondant de presse employé à l'étranger par une entreprise de presse, une cour d'appel a fait application aux rapports entre les parties de la convention collective nationale des journalistes.

Soc., 31 janvier 2007.

Rejet

N° 05-44.203. – C.A. Paris, 23 juin 2005.

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

Note

Le présent litige posait la question de la détermination de la loi applicable à un rapport de travail entre un salarié et une entreprise de presse française, ce salarié étant employé, sans contrat écrit, en qualité de correspondant à l'étranger.

Selon l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le contrat de travail est régi par la loi choisie par les parties, ce choix devant être exprès ou « résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou

des circonstances de la cause ». A défaut de choix, il est régi soit par « la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays », soit, en cas de mobilité internationale, par celle de l'Etat où se trouve l'établissement d'embauche, à moins que ce contrat ne présente « des liens plus étroits » avec un autre pays, dont le droit lui est dès lors applicable.

Cependant, le paragraphe premier de l'article 6 édicte que le choix contractuel de la loi applicable « ne peut avoir pour résultat de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix ».

Dans un arrêt du 12 novembre 2002 (*Bull.* 2002, V, n° 339, p. 329), la chambre sociale a défini le terme de « dispositions impératives de la loi » comme étant « celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat » et énoncé qu'il ne pouvait être dérogé par contrat aux dispositions de la loi française concernant l'entretien préalable au licenciement et la proposition d'une convention de conversion en cas de licenciement pour motif économique.

L'assemblée plénière a également attribué ce caractère de « dispositions impératives » à la législation sur le licenciement des salariés protégés (*Soc.*, 10 juillet 1992, *Bull.* 1992, Ass. plén, n° 9, p. 17).

Dans un arrêt rendu en 2002 (*Soc.*, 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 142, p. 147) la chambre sociale a jugé qu'« ayant relevé qu'une entreprise de presse française avait, par contrat verbal, engagé en Californie un journaliste y habitant pour exercer pendant plusieurs années dans cet Etat américain des fonctions de correspondant de presse, une cour d'appel peut en déduire que la loi californienne devait s'appliquer à l'occasion de la rupture de ce contrat. »

Dans la présente espèce, le salarié ayant été engagé avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la chambre sociale rappelle que celle-ci n'est pas applicable au litige mais reprend le terme de « dispositions impératives » figurant dans la Convention pour qualifier la législation française sur le statut légal des journalistes professionnels.

Ces dispositions figurant au livre VII, titre 6, chapitre premier, du code du travail étant impératives, elles s'appliquent aussi bien aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome qu'à ceux conclus postérieurement.

Dans un second temps, reprenant les termes de l'article L. 761-2, alinéa 2, du code du travail, la chambre sociale énonce que ce statut de journaliste professionnel est applicable au correspondant de presse, qu'il travaille sur le territoire français ou à l'étranger.

Elle en déduit que dès lors que la qualité de journaliste professionnel est reconnue par la cour d'appel à un correspondant de presse employé à l'étranger par une entreprise de presse, la convention collective nationale des journalistes s'applique.

*** Voyageur, représentant, placier (VRP)****N° 16**

En cas de rupture de fait du contrat de travail résultant de l'envoi au salarié d'une lettre lui enjoignant de quitter l'entreprise, le délai accordé à l'employeur par l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des VRP pour dispenser le salarié de son obligation de non-concurrence court à compter de la date de notification de cette lettre de rupture.

Soc., 31 janvier 2007. Cassation partielle

N° 04-47.842 et 04-47.843. – C.A. Douai, 29 septembre 2004.

M. Bouret, Pt (f.f.). – M. Bailly, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article 17 de l'accord national interprofessionnel des VRP accorde à l'employeur un délai de 15 jours à partir de la « notification de la rupture » pour dispenser le représentant de son obligation de non-concurrence. La chambre sociale a eu l'occasion de dire que lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, ce délai court à compter de la date de réception de la lettre de prise d'acte par l'employeur (8 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 194, p. 172). Elle précise ici que lorsque c'est l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat en enjoignant au salarié de quitter l'entreprise (en l'occurrence, en violation de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail), le délai de quinze jours court à partir de la notification de la lettre de rupture et non, comme l'avaient retenu les juges du fond, de la date de notification du jugement qui constate cette rupture. L'article 17 de l'accord précise, dans un renvoi, qu'il faut entendre par notification de la rupture « soit la lettre de démission, soit celle de licenciement, soit celle de la constatation de la rupture, soit celle de la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, soit celle du non-renouvellement du contrat à durée déterminée renouvelable ». Mais dès lors que l'employeur a exprimé l'intention de mettre fin au contrat de travail, dans une lettre adressée à l'intéressé, c'est à partir de cette notification que doit courir le délai de quinze jours. Il est en effet souhaitable que le salarié soit informé le plus tôt possible de ses droits et de ses obligations consécutifs à la rupture du contrat de travail.

N° 17

Violent l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs représentants placiers du 3 octobre 1975 la cour d'appel qui fixe la contrepartie pécuniaire de non-concurrence en refusant d'appliquer le mode de calcul prévu par ce texte.

Soc., 7 mars 2007. Cassation partielle sans renvoi

N° 05-45.574. – C.A. Lyon, 7 octobre 2005.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – M. Chollet, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

La jurisprudence de la Cour de cassation s'est attachée d'une manière générale à faire de la contrepartie financière une des conditions de validité de la clause de non-concurrence (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 239, p. 234). Dans le cas spécifique des voyageurs représentants placiers statutaires, « la contrepartie financière à la clause de non-concurrence prévue par l'article 17 de l'accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 s'applique de plein droit. Il s'ensuit qu'une telle clause est valable même si le contrat de travail ne comporte pas de disposition particulière sur la contrepartie financière » (Soc, 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 83, p. 75).

En l'espèce la cour d'appel, après avoir retenu la validité d'une clause de non-concurrence liant contractuellement un représentant de commerce, a diminué en fonction d'éléments de la cause le montant de la contrepartie financière revendiquée par le salarié au titre de l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs représentants placiers du 3 octobre 1975.

L'article 17 de l'accord collectif crée un droit à une indemnité compensatrice de non-concurrence, dont le montant varie selon le mode de rupture du contrat, et en fixe les modalités de calcul et de versement. Ainsi l'interdiction contractuelle de non-concurrence est limitée dans le temps à une durée maximale de deux années à compter de la rupture et « pendant l'exécution de l'interdiction, l'employeur versera au représentant une contrepartie pécuniaire mensuelle spéciale dont le montant sera égal à deux tiers de mois si la durée en est supérieure à un an et à un tiers de mois si la durée en est inférieure ou égale à un an... ».

Se pose alors le problème de la fixation du montant de la contrepartie financière. La Cour de cassation reconnaît-elle aux juges du fond le pouvoir souverain de fixer la contrepartie financière et d'en apprécier le montant ou bien les juges sont-ils liés par les modalités de l'article 17 de l'accord collectif ?

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que « la contrepartie pécuniaire de l'obligation de non-concurrence n'est pas une peine au sens de l'article 1152 du code civil » (Soc., 19 juillet 1988, *Bull.* 1988, V, n° 461 (2), p. 295 et l'arrêt cité). Le juge ne peut donc pas modérer ou augmenter son montant. De même, dès lors que le juge n'a pas la faculté d'en fixer le montant, en présence d'une contrepartie financière dérisoire, la clause de non-concurrence est nulle (Soc. 15 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 341 (1), p. 330).

La présente décision s'inscrit dans cette lignée jurisprudentielle. Le juge ne peut légalement qu'appliquer les modalités de calcul prévues à l'article 17 de l'accord du 3 octobre 1975 garantissant au salarié une contrepartie pécuniaire, sans arbitrairement en modifier le montant.

Il sera observé en revanche que l'indemnité prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence est une clause pénale. Les juges du fond peuvent dès lors user de la faculté offerte par l'article 1152, alinéa 2, du code civil, d'en augmenter le montant si elle est estimée dérisoire, dans des proportions souverainement évaluées (Soc., 5 juin 1996, *Bull.* 1996, V, n° 226, p. 159 et l'arrêt cité).

B. – Durée du travail et rémunérations

1. Durée du travail, repos et congés

* Congés payés

N° 18

La Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, qui fixe des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail, ne s'oppose pas à ce que l'ouverture du droit à congés payés soit soumise à la condition de l'accomplissement d'un travail effectif durant la période de référence.

Il résulte par ailleurs de l'article L. 223-4 du code du travail que les périodes limitées à une durée d'un an pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou maladie professionnelle ne sont considérées comme périodes de travail effectif que pour la détermination de la durée du congé et n'entrent pas en compte pour l'ouverture du droit à congé régi par l'article L. 223-2 du même code.

Ainsi, un conseil de prud'hommes, qui constate qu'un salarié, du fait de la suspension de son contrat de travail consécutive à un accident du travail, n'a accompli aucun travail effectif durant la période annuelle de référence ouvrant droit à congé et déboute celui-ci de sa demande en paiement d'une indemnité de congés payés par application des articles L. 223-2 et L. 223-4 du code du travail, ne méconnaît pas les dispositions de la Directive précitée (telle qu'interprétée par l'arrêt BECTU du 26 juin 2001 de la Cour de justice des Communautés européennes).

Soc., 7 mars 2007.

Rejet

N° 05-46.025. – C.P.H Meaux, 2 juin 2004.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt posait pour la première fois la question de savoir si la législation française concernant le droit à congé annuel des travailleurs en contrat de travail à durée indéterminée est conforme à la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

Les articles L. 223-2 et L. 223-4 du code du travail fixent les conditions d'ouverture du droit à congé annuel et de détermination de sa durée. L'article L. 223-2 dispose ainsi que « *Le travailleur qui, au cours de l'année de référence, justifie avoir été occupé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum d'un mois de travail effectif, a droit à un congé dont la durée est déterminée à raison de deux jours et demi ouvrables par mois de travail (...)* » et l'article L. 223-4 précise que « *(...) pour la détermination de la durée du congé (...)* les périodes limitées à une durée ininterrompue d'un an pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, sont considérées comme périodes de travail effectif ».

La Directive du 23 novembre 1993 disposait quant à elle dans son article 7 que « *Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales* ».

Dans la présente affaire, un salarié victime d'un accident du travail a été en arrêt de travail du 29 septembre 2000 au 21 mai 2002, puis a été licencié pour inaptitude le 18 juillet 2002. Si la caisse de congés payés compétente lui a versé une indemnité de congés payés pour la période du 1^{er} avril 2000 au 31 mars 2001, la période de référence dans le domaine d'activité concerné allant du 1^{er} avril de l'année N au 31 mars de l'année N+1, elle a refusé tout versement pour la période de référence suivante, le salarié n'ayant pas rempli la condition d'un temps de travail effectif d'un mois minimum. Le salarié a donc saisi le juge prud'homal d'une action tendant à obtenir la liquidation de ses droits mais a été débouté en application de la jurisprudence de la Cour de cassation.

En effet, la chambre sociale a précisé par une jurisprudence bien établie la différence entre ouverture du droit à congé et détermination de la durée de ce droit : « *il résulte de l'article L. 223-4 du code du travail que les périodes limitées à une durée d'un an pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou maladie professionnelle ne sont considérées comme périodes de travail effectif que pour la détermination de la durée du congé et n'entrent pas en compte pour l'ouverture du droit à congé régi par l'article L. 223-2 du code du travail* ».

Dès lors, un salarié qui n'a accompli aucun travail effectif pendant la période de référence ouvrant droit à congé du fait de son arrêt de travail consécutif à un accident du travail ne peut prétendre à une indemnité de congés payés (Soc., 11 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 163, p. 140 ; Soc., 31 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 49, p. 43).

Certains auteurs ont néanmoins critiqué cette jurisprudence au regard de la teneur de la Directive du 23 novembre 1993 telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes

dans un arrêt BECTU du 26 juin 2001 et affirmé la contrariété de l'article L. 223-2 du code du travail avec le droit communautaire.

La CJCE a en effet jugé dans son arrêt BECTU à propos de la législation du Royaume-Uni que « la Directive 93/104 doit être interprétée en ce sens qu'elle fait obstacle à ce que les Etats membres limitent unilatéralement le droit au congé annuel payé conféré à tous les travailleurs, en appliquant une condition d'ouverture dudit droit qui a pour effet d'exclure certains travailleurs du bénéfice de ce dernier » (point 52) et dit pour droit en conséquence que « L'article 7, paragraphe 1, de la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ne permet pas qu'un Etat membre adopte une réglementation nationale en vertu de laquelle un travailleur ne commence à acquérir un droit au congé annuel payé qu'à la condition d'avoir accompli une période minimale de treize semaines de travail ininterrompu auprès d'un même employeur ».

Le salarié ayant formé pourvoi se prévalait de cette interprétation et soutenait que les juges du fond avaient violé la Directive du 23 novembre 1993 telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes.

Il convient de souligner que si les directives ne bénéficient que d'un effet direct vertical, soit partiel, et ne sont donc pas invocables dans les litiges entre particuliers (arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 février 1986, X... c. Southampton and South-West Hampshire Area Health authority, affaire n° 152/84 et X... c. Recreb srl du 14 juillet 1994, affaire C-91/92), le litige présentait la particularité d'opposer un particulier à une caisse de congés payés du bâtiment, qui peut être considérée comme un non-particulier au sens du droit communautaire, c'est-à-dire un « organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers » (cf. arrêt X... c. British Gas plc. du 12 juillet 1990, affaire C-188/89, Rec. p. I-3313).

La présente espèce aurait ainsi pu permettre à la Cour de cassation de préciser si l'article L. 223-2 du code du travail était ou non compatible avec le droit communautaire.

Néanmoins, en l'espèce, si le jugement attaqué avait certes fait application de l'article L. 223-2 du code du travail, sa décision était également motivée par la constatation selon laquelle le salarié n'avait accompli aucun travail effectif durant la période de référence.

En l'état de la Directive et de la jurisprudence de la Cour de Justice, se posait donc la question de savoir si les législateurs nationaux peuvent soumettre l'ouverture du droit à congés payés à l'accomplissement d'un travail effectif et donc l'exclure – ou le restreindre – en cas de non-accomplissement

du travail pendant tout ou partie de la période de référence pour des raisons diverses (maladie, accident du travail, etc.).

En effet, la réponse à la question de savoir si la Directive permet ou non de fixer un délai minimum de travail effectif comme condition pour ouvrir droit au congé n'est pas la même que celle de savoir si elle autorise que soit refusé tout droit à congé en l'absence totale de travail effectif. Or l'arrêt BECTU ne répond qu'à la première.

Et si le droit communautaire vise à garantir le droit aux congés payés d'un salarié, il ne définit que la période minimale des congés payés annuels, qui, par hypothèse, et cela semble relever de l'évidence, s'applique pour un salarié ayant effectivement travaillé, d'une part, et ayant travaillé durant l'année entière, d'autre part. A cet égard, les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs visés par la Cour de justice n'ont de sens que pour un salarié ayant accompli un travail effectif.

Ainsi, le point 49 de l'arrêt BECTU relève que les travailleurs « sont privés de tout droit au congé annuel payé et ne bénéficient pas non plus d'une indemnité financière de remplacement, alors même qu'ils ont effectivement travaillé pendant un certain temps ».

Dans ces conditions, par le présent arrêt, la Cour de cassation affirme que la Directive du 23 novembre 1993 « ne s'oppose pas à ce que l'ouverture du droit à congés payés soit soumise à la condition de l'accomplissement d'un travail effectif durant la période de référence ».

Le droit minimal annuel à congés payés conféré par la Directive est ainsi un droit qui ne s'entend que pour un travailleur ayant accompli un travail effectif durant tout ou partie de la période de référence définie par la législation nationale, l'accomplissement d'un travail effectif, quelle que soit sa durée, étant une condition nécessaire mais suffisante de l'ouverture du droit.

* Repos hebdomadaire et jours fériés

N° 19

Peut prétendre à la majoration de 100 % prévue par l'article 21 de la convention collective des industries métallurgiques des arrondissements de Rouen et Dieppe du 1^{er} juillet 1991, pour les heures de travail effectuées un jour férié, le salarié qui travaille de nuit.

Soc., 21 février 2007.

Rejet

N° 05-40.991 – C.P.H Rouen, 5 janvier 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Marzi, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

Les jours fériés ne sont pas, à l'exception du 1^{er} mai, nécessairement chômés et le salarié qui travaille un jour férié n'a droit, à défaut de dispositions particu-

lières résultant de la convention ou de son contrat de travail, qu'à son salaire (Soc., 4 décembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 421, p. 304).

Les salariés, en l'espèce, réclamaient que leur soit appliqué l'article 21 de la convention collective des industries métallurgiques des arrondissements de Rouen et Dieppe du 1^{er} juillet 1991, lequel prévoit que « le salarié appelé, en raison de ses fonctions et des besoins de l'usine, à travailler un jour férié aura droit, à son choix, à un repos compensateur dont la date sera fixée en accord avec la direction ou à défaut à une majoration de 100 %, s'ajoutant à ses appointements habituels ».

La difficulté tenait à ce que ces salariés étaient des travailleurs de nuit, qui avaient pris leur poste la veille du jour férié à 21 heures et l'avaient quitté le jour férié à 5 heures du matin. L'employeur soutenait en effet que les dispositions de l'article 21 de la convention collective et notamment la majoration de salaire ne concernaient que les salariés amenés à travailler exceptionnellement un jour férié et n'étaient pas applicables aux travailleurs de nuit qui avaient débuté leur travail la veille d'un jour férié et ne l'avaient repris que le lendemain de ce jour férié à 21 heures. L'employeur prétendait que le fait que les salariés finissent leur travail à 5 heures le jour férié n'avait aucune incidence, dès lors qu'ils ne faisaient qu'achever leur journée de travail commencée la veille du jour férié.

La question posée à la Cour était donc celle de savoir si un salarié travaillant habituellement la nuit pouvait bénéficier de la majoration prévue par la convention collective pour les heures effectuées le jour férié, soit en l'espèce, pour les heures effectuées de 0 heure à 5 heures du matin.

L'employeur, à l'appui de ses prétentions, citait deux arrêts de la chambre sociale en date du 26 février 2003 (Soc., 26 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 71, p. 67 ; Soc., 26 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 72, p. 68).

Par ces arrêts, la chambre sociale avait en effet tranché une question voisine, mais dans le cadre de deux autres conventions collectives, la convention collective nationale de l'ameublement du 5 décembre 1955 et la convention collective nationale de la transformation des matières plastiques en date du 1^{er} juillet 1960, qui prévoyaient toutes deux une majoration de salaire de 100 % pour les heures de travail effectuées exceptionnellement le dimanche et les jours fériés.

La Cour de cassation, faisant application de ces deux conventions, avait décidé alors que les majorations de salaires qu'elle prévoyaient ne pouvaient être appliquées à des salarié travaillant habituellement le dimanche et les jours fériés.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation fait également une stricte application de la convention applicable. En effet, elle énonce que les dispositions conventionnelles n'excluaient pas les travailleurs de nuit du bénéfice de la majoration et ne réservaient pas celle-ci aux salariés appelés à accomplir de manière exceptionnelle leurs travaux un jour

férié. C'est ainsi qu'elle approuve le conseil des prud'hommes qui, ayant constaté que les salariés travaillaient un jour férié de 0 heure à 5 heures, a décidé qu'ils devaient bénéficier de la majoration salariale pour ces heures.

2. Rémunérations

* Majoration pour travail de nuit

N° 20

1° Si la définition du travail de nuit prévue par l'article L. 213-1-1 du code du travail tel qu'il résulte de la loi du 9 mai 2001 n'a, en principe, pas pour effet de modifier les conditions d'attribution de la compensation salariale fixées par une convention collective pour le travail de nuit, c'est à la condition que ladite convention fixe la plage horaire couverte par le travail de nuit.

2° Une convention ou un accord collectif, même dérogatoire, ne peut priver un salarié des droits qu'il tient de la loi pour la période antérieure à la signature de l'accord.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui a appliqué à une période antérieure à sa signature un accord d'entreprise fixant, pour le travail de nuit, une plage horaire moins favorable que celle retenue par la loi, alors que les dispositions de celle-ci devaient recevoir application jusqu'au lendemain de la date de dépôt dudit accord.

Soc., 24 janvier 2007.

Cassation partielle
sans renvoi

N° 04-45.585. – C.A. Toulouse, 19 mai 2004.

M. Texier, Pt (f.f.) et Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

1° En insérant un article L. 213-1-1 dans le code du travail définissant le travail de nuit comme « tout travail entre 21 heures et 6 heures », la loi du 9 mai 2001 a suscité un contentieux quant à l'application des conventions collectives existantes qui prévoyaient des compensations salariales au travail de nuit.

En effet, de nombreux accords collectifs retenaient une plage horaire différente, à savoir le plus souvent de 22 heures à 5 heures, et des salariés ont introduit des actions afin de bénéficier d'une compensation salariale étendue à la nouvelle amplitude horaire légale.

Dans la présente affaire, la convention collective nationale applicable (CCN des entrepôts d'alimentation du 29 mai 1969) prévoyait une majoration salariale de 20 % pour le travail de nuit, avec une définition de plage horaire allant de 22 heures à 5 heures. Cependant, les accords d'entreprise successifs du 26 février 1993 puis du 19 décembre 1996 octroyaient une majoration de 30 %, sans précision de la plage horaire.

Des salariés avaient donc demandé en référé l'extension de la compensation salariale de 30 % aux plages 21 heures-22 heures et 5 heures-6 heures. L'arrêt d'appel, qui avait fait droit à la demande, a fait l'objet d'un pourvoi qui a été rejeté par la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} octobre 2003, au motif que « *la nouvelle définition du travail de nuit devait s'appliquer immédiatement, à raison de son caractère d'ordre public* » (Soc., 1^{er} octobre 2003, pourvoi n° 01-45.812).

L'employeur a saisi la juridiction prud'homale au fond et demandait la restitution des provisions accordées au salariés en exécution de l'ordonnance de référé. Les juges d'appel l'ont refusée, en se conformant à la solution posée par l'arrêt du 1^{er} octobre 2003 précité.

La question posée à la Cour de cassation était donc la même qu'en 2003, à savoir l'application immédiate ou non de la nouvelle définition légale du travail de nuit pour la détermination des compensations salariales conventionnelles.

Cependant, la chambre sociale a opéré un revirement par deux arrêts du 21 juin 2006, dans lesquels elle revient sur sa position antérieure en affirmant que « *la définition du travail de nuit prévue par l'article L. 213-1-1 du code du travail n'a pas pour effet de modifier les conditions d'attribution de la compensation salariale fixées par une convention collective pour le travail de nuit, alors même qu'elles ne prendraient pas en compte la totalité des heures entre 21 heures et 6 heures* » (Soc., 21 juin 2006, Bull. 2006, V, n° 227, p. 216, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 74, avril-mai-juin 2006, n° 511, p. 45).

Dans le présent arrêt, elle précise sa jurisprudence en réaffirmant que « *si la définition du travail de nuit prévue par l'article L. 213-1-1 du code du travail tel qu'il résulte de la loi du 9 mai 2001 n'a, en principe, pas pour effet de modifier les conditions d'attribution de la compensation salariale fixées par une convention collective pour le travail de nuit* », toutefois, « *c'est à la condition que ladite convention fixe la plage horaire couverte par le travail de nuit* ».

En l'absence donc de précision par l'accord conventionnel de la plage horaire couverte par le travail de nuit, il y a bien lieu d'appliquer immédiatement la nouvelle définition légale.

En l'espèce, si la convention collective fixait bien cette plage, l'accord d'entreprise, plus favorable, s'en abstenait. Il convenait donc d'appliquer immédiatement la définition légale aux conditions d'attribution de la compensation financière prévue par l'accord d'entreprise.

2° D'autre part, un accord général de substitution de l'accord d'entreprise de 1996, signé le 11 septembre 2001 par les partenaires sociaux, fixait quant à lui la plage horaire couverte par le travail de nuit, à savoir de 22 heures à 5 heures, et stipulait qu'il prenait effet à compter du 1^{er} juin 2001.

Les juges du fond avaient donc accordé la majoration financière aux conditions de la nouvelle définition légale uniquement jusqu'au 31 mai 2001, ce qui était contesté par les salariés.

La seconde question posée à la Cour de cassation était donc de déterminer les conditions d'application dans le temps d'un accord conventionnel qui prévoit sa rétroactivité.

Il est tout d'abord à noter que la chambre sociale applique en premier lieu logiquement la solution qu'elle a retenue dans la première partie de son raisonnement : l'accord de 2001 fixant la plage horaire couverte par le travail de nuit, il convient d'appliquer le principe selon lequel la définition légale n'a pas pour effet de modifier les conditions d'attribution de la compensation salariale conventionnelle.

Cependant, même si l'accord prévoyait une date d'effet antérieure à sa signature, la chambre sociale censure les juges du fond de l'avoir retenue.

En effet, bien que l'article L. 132-10 du code du travail dispose que les conventions et accords collectifs « *sont applicables, sauf stipulations contraires, à partir du jour qui suit leur dépôt auprès du service compétent* », permettant ainsi qu'une disposition conventionnelle déroge elle-même à la date d'effet légal de l'accord, la chambre sociale a affirmé dans un arrêt du 11 juillet 2000 qu'un « *accord collectif, même dérogatoire, ne peut priver un salarié de droits qu'il tient de la loi pour la période antérieure à la signature de l'accord* » (Soc., 11 juillet 2000, Bull. 2000, V, n° 274, p. 217).

Elle réaffirme ce principe dans le présent arrêt au visa de l'article L. 132-10 du code du travail et de l'article 2 du code civil, qui pose le principe général de non-rétroactivité des lois : un accord conventionnel ne saurait s'appliquer rétroactivement dès lors qu'il prive les salariés de droits qu'ils tiennent de la loi.

En l'espèce, le raisonnement suivi par la Cour de cassation s'opère en deux temps.

Tout d'abord, l'accord du 19 décembre 1996 ne fixant pas la plage horaire couverte par le travail de nuit, c'est la définition légale qui doit s'appliquer jusqu'à l'application de l'accord de 2001.

Ensuite, la chambre sociale constate que l'accord du 11 septembre 2001 fixe une plage horaire moins favorable que celle retenue par la loi. Dès lors, l'application de l'accord de 2001 revient à priver les salariés de droits qu'ils tiennent de la loi.

La rétroactivité d'une telle privation n'étant pas permise, l'accord ne pouvait prendre effet qu'à la date prévue par l'article L. 132-10 du code du travail, c'est-à-dire le lendemain de son dépôt.

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

N° 21

Au regard de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que

les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif.

Doit donc être approuvé l'arrêt de cour d'appel qui relève une violation du principe « à travail égal, salaire égal », en constatant qu'un salarié, engagé postérieurement à l'entrée en vigueur de l'avenant n° 250 à la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 et ayant occupé la même fonction, pendant une période identique, qu'une salariée recrutée avant l'entrée en vigueur de l'accord, bénéficie, cependant, d'un coefficient supérieur à celui de cette salariée, sans qu'aucun autre motif que la date de recrutement des salariés ne soit invoqué par l'employeur.

Soc., 21 février 2007.

Rejet

N° 05-43.136. – C.A. Aix-en-Provence, 28 avril 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

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

La chambre sociale, au fil de ses arrêts, a défini l'articulation de ces deux principes et leurs conditions d'application en précisant notamment qu'un employeur peut établir une différence de traitement entre les salariés s'il « justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale » (Soc., 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 206, p. 181 ; Soc., 28 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 152, p. 146).

La question posée dans la présente affaire était de déterminer si le seul critère de la date d'embauche d'un salarié, avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif, était suffisant pour établir l'existence de situations différentes ou de raisons objectives de traiter différemment les salariés.

La chambre sociale a déjà jugé qu'« un salarié, engagé postérieurement à la mise en œuvre d'un accord collectif de réduction du temps de travail, ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord et ayant subi une diminution de leur salaire de base consécutive à la réduction de la durée du travail, diminution que l'attribution de l'indemnité différentielle a pour objet de compenser » (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 347, p. 307).

Elle a confirmé récemment cette jurisprudence en décidant qu'« un salarié, engagé postérieurement à la mise en œuvre d'un accord collectif organisant le

passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération au fixe, ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord et subissant, du fait de la modification de la structure de leur rémunération, une diminution de leur salaire de base que l'attribution de l'indemnité différentielle a pour objet de compenser » (Soc., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 320 (2), p. 305).

Dans ces deux arrêts la chambre sociale a donc décidé qu'il pouvait y avoir une différence de traitement entre les salariés présents avant la date de conclusion de l'accord et ceux embauchés postérieurement, en raison du préjudice subi par les premiers lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif.

Mais dans le cas d'espèce, la seule raison invoquée par l'employeur pour justifier la différence de traitement était la date d'engagement des salariés par rapport à l'entrée en vigueur de l'avenant n° 250 à la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1996.

La chambre sociale décide donc que cette date d'engagement, antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur d'un accord collectif, ne peut suffire, à elle seule, à justifier une dérogation au principe « à travail égal, salaire égal » et l'application d'un coefficient différent à deux salariés ayant occupé la même fonction, pendant une période identique.

Elle souligne toutefois, confirmant sa jurisprudence antérieure (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 347, p. 307 et Soc., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 320 (2), p. 305, précités), qu'il en serait différemment si l'accord collectif avait pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord.

C. – Santé et sécurité au travail

2. Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail

* Discrimination en raison de l'état de santé

N° 22

L'article L. 122-45 du code du travail prohibe les discriminations directes ou indirectes en raison de l'état de santé du salarié.

Constitue une discrimination indirecte en raison de l'état d'un salarié le fait pour un employeur de retenir comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie, aux fins de régularisation des heures dues en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de modulation, en l'occurrence trente-cinq heures, lorsque le salarié a été absent pendant une période de haute activité. Cette modalité

de calcul du nombre de jours d'absence, bien qu'apparemment neutre, se révèle en effet nécessairement défavorable au salarié en période de haute activité.

Soc., 9 janvier 2007. Cassation

N° 05-43.962. – C.A. Poitiers, 7 juin 2005.

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

Note

L'article L. 122-45 du code du travail prohibe les discriminations à raison de l'état de santé. Depuis la loi du 16 novembre 2001, l'interdiction concerne tant les discriminations directes que celles qui sont indirectes.

La chambre a eu l'occasion de faire application de ce texte en matière de discrimination directe, dans le cadre d'une période d'essai (Soc., 16 février 2005, pourvoi n° 02-43.402) ou à propos du licenciement de salariés intervenu soit en l'absence de toute constatation par le médecin du travail de son inaptitude à son poste de travail (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 98-43.403), soit après que l'inaptitude a été constatée sans respecter les règles prévues par l'article R. 241-51 du code du travail (Soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-41.325 ; Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-40.241).

Mais la chambre n'avait pas eu à se prononcer jusque-là sur l'existence d'une discrimination indirecte prohibée, dans quelque domaine que ce soit.

Si la loi ne précise pas ce qu'il convient d'entendre par discrimination indirecte, la définition qu'en donne la Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, bien que non applicable à l'espèce s'agissant de l'état de santé et non du handicap (CJCE - 11 juillet 2006), mérite d'être rappelée : « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes...* ».

Ayant constaté que le mode de calcul du nombre de jours d'absence pour maladie d'une salariée, retenu par un employeur dans le cadre d'une modulation annuelle du temps de travail avec lissage des rémunérations, désavantageait systématiquement la salariée par rapport à ses collègues de travail qui étaient présents lorsque ses absences intervenaient pendant la période de haute d'activité, la chambre a considéré que ce mode de calcul constituait une discrimination indirecte à raison de l'état de santé de la salariée, prohibée par l'article L. 122-45 du code du travail.

* *Convention ou contrat de prévoyance*

N° 23

Il résulte des articles 2 et 7 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 que lorsque des salariés sont

garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention de prévoyance est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution.

Constitue une prestation différée la rente qui se substitue, à la suite du même événement dont a été victime un salarié, à des indemnités journalières d'incapacité de travail.

Soc., 16 janvier 2007. Cassation partielle partiellement sans renvoi

N° 05-43.434. – C.A. Aix-en-Provence, 12 mai 2005.

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

Note

La prévoyance collective des salariés est un élément majeur de leur protection et de celle de leur famille contre les risques de maladie et d'atteinte à leur intégrité physique. Elle s'est développée essentiellement à partir de la Libération mais sans cadre juridique clair, de sorte que des failles se sont révélées. Une réflexion a été menée en 1985 par le « *groupe de travail interministériel sur la protection sociale complémentaire* », présidé par Pierre Gisserot, inspecteur des finances. Ce rapport avait mis en lumière les effets négatifs d'une concurrence excessive entre les intervenants, les règles trop disparates et la précarité, dans certaines situations, de la protection des assurés. Il formulait une série de propositions précises tendant à poser des définitions claires de la prévoyance, notamment collective, à protéger les salariés couverts par un accord collectif contre toute sélection individuelle des risques, à garantir le paiement des prestations, à permettre la poursuites de garanties au profit du salarié retraité, préretraité, invalide ou de ses ayants droit, à « réguler » les pratiques commerciales et à instituer des règles techniques et des contrôles. Ces préconisations ont été suivies quasiment dans leur intégralité par la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 « renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques » (dite « loi Evin »).

Le droit au maintien des prestations nonobstant toutes les circonstances qui pourraient affecter le contrat en vertu duquel elles sont versées, telles que sa résiliation, est la pièce maîtresse du dispositif renforçant la protection des assurés en matière de prévoyance collective. L'article 7 de la loi Evin, qui exprime ce principe, est ainsi rédigé : « *Lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liées à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution.* »

La présente affaire est une illustration de l'application de ce principe dans le cas où, à la suite d'un même événement – une maladie en l'espèce – un salarié a perçu des indemnités journalières en vertu d'un premier contrat de prévoyance qui prévoyait qu'en cas de reconnaissance d'inaptitude à la fonction par le médecin du travail, il aurait droit à une rente annuelle. Une telle reconnaissance était intervenue plus de deux ans après l'arrêt de travail pour maladie et la salariée, qui percevait jusque-là les indemnités journalières, avait demandé le bénéfice de cette rente, laquelle lui avait été refusée au motif qu'un second contrat de prévoyance s'était entre-temps substitué au premier et que ce second contrat ne prévoyait pas une telle rente.

L'arrêt attaqué, qui avait débouté le salarié, a été cassé car la rente constituait une prestation différée, au sens de l'article 7 de la loi Evin, relevant de l'exécution du premier contrat de prévoyance, de sorte que la salariée ne pouvait en être privée en raison de son remplacement par un second contrat de prévoyance diminuant les garanties, lequel ne lui était pas opposable.

Cette décision s'inscrit dans le continuité d'une jurisprudence convergente de la Cour de cassation (notamment 1^{er} Civ., 2 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 224, p. 172 ; Soc., 18 mars 2003, pourvoi n° 01-41.669), tout en apportant des précisions sur le concept de prestation différée.

Dans le souci de permettre au demandeur au pourvoi de bénéficier d'une reconnaissance de ses droits dans un délai raisonnable, la chambre sociale a prononcé une cassation partiellement sans renvoi en décidant qu'il avait droit au bénéfice de la rente prévue par le premier contrat de prévoyance.

*** Garantie d'emploi spécifique du salarié malade ou victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle**

N° 24

L'accord qui, pour le cas de perte d'un marché de services, prévoit et organise la reprise de tout ou partie des contrats de travail ne constitue pas une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail et ne peut, à lui seul et sauf clause contraire le prévoyant, faire échec aux dispositions de l'article L. 122-32-10 du même code.

Doit être cassé l'arrêt qui, pour décider que le licenciement, par un employeur ayant succédé à un autre sur un marché de nettoyage, d'un salarié victime d'un accident du travail survenu au service du premier avait été fait en méconnaissance de la protection prévue par les articles L. 122-32-1 et suivants du code du travail, retient que l'accord du 29 mars 1990 annexé à la convention collective nationale du personnel des entreprises de propreté équivaut à une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail.

Soc., 14 mars 2007.

Cassation

N° 05-43.184. – C.A. Rennes, 3 mai 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

Les articles L. 122-32-1 et suivants du code du travail accordent des garanties spécifiques d'emploi au salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. L'article L. 122-32-10 exclut toutefois du bénéfice de ces garanties les salariés dont l'accident – ou la maladie – est survenu « au service d'un autre employeur ». La jurisprudence a déjà eu l'occasion d'affirmer que l'article L. 122-32-10 n'est pas applicable en cas de transfert du contrat de travail par l'effet de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, de sorte que le salarié conserve ses garanties auprès du nouvel employeur (Soc., 20 janvier 1993, *Bull.* 1993, V, n° 14, p. 10 ; Soc., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-40.542). Mais que décider lorsque le transfert des contrats de travail résulte non pas de la loi mais d'un accord collectif de travail qui, dans des secteurs comme celui du gardiennage ou du nettoyage, oblige l'entreprise dite entrante sur un marché de services à reprendre tout ou partie des contrats de travail des salariés que l'entreprise, dite sortante, avait affectés à l'exécution de ce marché ? On pouvait hésiter dans la mesure où un arrêt de 1992 a jugé que l'application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, par une entreprise succédant à une autre sur un chantier emporte maintien des garanties résultant d'un accident du travail survenu au service du précédent employeur (Soc., 9 juillet 1992, pourvoi n° 91-40.015). C'est sans doute en partie cette décision qui avait inspiré un arrêt de la cour d'appel de Rennes assimilant application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, et reprise d'une partie des contrats de travail en vertu de l'annexe 7 de la convention collective du personnel des entreprises de propreté et qui, pour ce motif, avait jugé que le nouvel attributaire d'un marché est tenu de respecter les dispositions des articles L. 122-32-1 et suivants du code du travail à l'égard d'un salarié dont l'inaptitude résulte d'un accident du travail survenu au service de son précédent employeur.

N° 25

La cessation d'activité ou tout autre motif économique ne libère pas l'employeur de son obligation de respecter les règles particulières aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Viola dès lors les articles L. 321-1, L. 122-32-5 et L. 122-32-7 du code du travail la cour d'appel qui écarte l'application de ces règles au motif que le licenciement est fondé sur un motif économique.

Soc., 7 mars 2007.

Cassation partielle

N° 05-43.872. – C.A. Douai, 31 mai 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Chollet, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article L. 122-32-5 du code du travail impose à l'employeur d'un salarié déclaré inapte à reprendre son ancien emploi, à l'issue d'une période de suspension de son contrat de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle, de respecter une obligation de reclassement en lui proposant un autre emploi approprié. Et s'il est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi, l'employeur doit notifier par écrit au salarié les motifs qui s'opposent au reclassement.

Dans la présente affaire, un salarié victime d'une maladie professionnelle avait été déclaré par le médecin du travail inapte à son ancien poste. La société ayant été placée en liquidation judiciaire, le liquidateur désigné l'a licencié pour motif économique. Le salarié a alors formé une demande indemnitaire fondée sur l'article L. 122-32-7 du code du travail pour non-respect des obligations imposées par l'article L. 122-32-5, demande rejetée par les juges d'appel au motif que ces dispositions ne s'appliquent pas au cas de licenciement économique par suite de cessation d'activité de l'entreprise.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si un liquidateur judiciaire peut licencier pour motif économique un salarié victime d'une maladie professionnelle déclaré inapte à son ancien poste et ne pas mettre en œuvre l'obligation de reclassement et de notification par écrit des raisons de son impossibilité.

La formation plénière de la chambre sociale répond par la négative en affirmant que « *la cessation d'activité ou tout autre motif économique ne libère pas l'employeur de son obligation de respecter les règles particulières aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle* ».

Cet arrêt s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence résultant de l'arrêt du 14 mars 2000 selon lequel « *en application de l'article L. 122-32-5 du code du travail, l'employeur ne peut prononcer le licenciement d'un salarié déclaré inapte à son emploi par le médecin du travail à la suite d'un accident du travail que s'il justifie soit de l'impossibilité où il se trouve de proposer un emploi dans les conditions prévues par le même article, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé. Un salarié, ayant été déclaré inapte à son emploi par le médecin du travail à la suite d'un accident du travail, ce qui lui ouvrirait droit au bénéfice des dispositions de l'article L. 122-32-5 du code du travail, l'employeur ne pouvait dès lors le licencier pour motif économique sans méconnaître ces dispositions* » (Soc., 14 mars 2000, Bull. 2000, V, n° 103, p. 80).

Ainsi, l'existence d'un motif économique de licenciement ne saurait priver la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle du bénéfice des règles spécifiques protectrices édictées par le législateur en cas d'inaptitude.

N° 26

Il résulte des dispositions de l'article L. 122-32-2 du code du travail qu'au cours des périodes de suspen-

sion consécutives à un accident de travail ou une maladie professionnelle, une mise à la retraite décidée par l'employeur est nulle.

Viola ce texte la cour d'appel qui rejette la demande d'indemnisation du salarié, au titre de la nullité de la rupture de son contrat de travail, après avoir constaté que cette rupture procédait d'une mise à la retraite décidée par l'employeur.

Soc., 7 mars 2007.

Cassation partielle

N° 05-42.279. – C.A. Caen, 11 mars 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

Un salarié, victime d'un accident de travail à la suite duquel un arrêt de travail de plus de huit jours lui a été prescrit, a repris le travail sans avoir été soumis à la visite médicale de reprise effectuée par le médecin du travail. La suspension de son contrat de travail a donc perduré (Soc., 10 novembre 1998, Bull. 1998, V, n° 481, p. 358). Ayant par la suite été mis à la retraite par décision de l'employeur, il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'une indemnité au titre de la nullité de la rupture de son contrat de travail, intervenue en cours de suspension consécutive à un accident du travail.

La mise à la retraite sur décision de l'employeur est-elle possible pendant la durée de suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle au regard des dispositions de l'article L. 122-32-2 du code du travail ?

La Cour répond par la négative, la généralité des termes de l'article L. 122-32-2 du code du travail n'autorisant pas d'autre interprétation.

En effet, l'article L. 122-32-2 du code du travail limite les possibilités de rupture du contrat de travail pendant la période de suspension d'origine professionnelle à la faute grave du salarié ou à l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à la maladie ou à l'accident professionnel. En dehors de ces deux hypothèses, est nulle la rupture, par l'employeur, du contrat de travail suspendu.

En l'espèce, le salarié n'était pas parti en retraite à son initiative (article L. 122-14-3, alinéa premier, du code du travail), ce que ne prohibe nullement l'article L. 122-32-2 du même code, mais avait été mis à la retraite par suite d'une décision de l'employeur (article L. 122-14-3, alinéas 2 et 3, du code du travail). Or la mise à la retraite d'un salarié par l'employeur constitue pour celui-ci une faculté et non une obligation, la loi ne prévoyant pas d'âge légal de départ en retraite.

Dans ces conditions, la résiliation prononcée par l'employeur en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-32-2 du code du travail était nulle.

N° 27

Si l'article L. 122-32-10 du code du travail exclut l'application de la législation protectrice des victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle aux rapports entre un employeur et un salarié victime d'un accident du travail survenu ou d'une maladie professionnelle contractée au service d'un autre employeur, le salarié peut prétendre au bénéfice de la protection légale dès lors qu'il existe un lien de causalité entre la rechute de l'accident du travail initial et ses conditions de travail ou tout autre événement inhérent à ses fonctions au service du nouvel employeur.

La cour d'appel qui a constaté que le salarié avait été victime d'un accident du travail alors qu'il était au service d'un précédent employeur et que ses fonctions actuelles d'aide-soignant impliquaient des efforts physiques, notamment pour soulever les malades, qui avaient entraîné une rechute ayant nécessité une intervention chirurgicale, a fait ressortir que les lésions constatées lors de la rechute étaient imputables aux conditions de travail et en a exactement déduit que le salarié pouvait prétendre au bénéfice de la protection prévue à l'article L. 122-32-2 du code du travail.

Soc., 28 mars 2007.

Rejet

N° 06-41.375. – C.A. Aix-en-Provence, 24 novembre 2005.

M. Trédez, Pt. et Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Les salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle bénéficient d'une législation particulière destinée à permettre leur réinsertion professionnelle et à les protéger contre le licenciement (articles L. 122-32-1 et suivants du code du travail).

L'article L. 122-32-2 du code du travail prévoit notamment que l'employeur ne peut licencier des salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle, pendant les périodes de suspension du contrat à durée indéterminée, que pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour des motifs étrangers à l'accident ou à la maladie. Toute résiliation du contrat prononcée en méconnaissance de ces dispositions est nulle.

Toutefois, en vertu de l'article L. 122-32-10 du même code, les dispositions protectrices des accidents du travail ne sont pas applicables aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, survenu ou contractée au service d'un autre employeur.

La question qui était posée à la chambre sociale était de déterminer si les dispositions de l'article L. 122-32-10 du code du travail étaient applicables au salarié victime d'une rechute d'un accident du travail survenu alors qu'il était au service d'un précédent employeur.

Par un arrêt de revirement du 16 février 1999 (Soc., 16 février 1999, *Bull.* 1999, V, n° 71, p. 52), la chambre sociale a décidé que dès lors qu'il existait un lien de causalité entre la rechute de l'accident de travail initial et les conditions de travail ou tout autre événement inhérent aux fonctions au service du nouvel employeur, l'article L. 122-32-10 du code du travail ne s'appliquait pas et le salarié pouvait donc prétendre au bénéfice de la protection légale.

Cette solution fut considérée par certains auteurs comme susceptible de constituer un frein à l'embauche des salariés victimes d'accidents ou de maladies professionnelles. Elle fut également critiquée par Jean Savatier, celui-ci estimant qu'il s'agissait en réalité d'un nouvel accident du travail et non d'une simple rechute des lésions dues à l'accident antérieur (*in Droit social*, 1999, p. 538-539).

Par son arrêt du 28 mars 2007, la chambre sociale réaffirme sa position.

En l'espèce, les lésions constatées lors de la rechute étant imputables aux conditions de travail, ce dont il résultait que le salarié pouvait bénéficier de la protection de l'article L. 122-32-2 du code du travail, et le licenciement ayant été prononcé pour absence prolongée rendant nécessaire le remplacement pour assurer un fonctionnement normal du service, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que ce licenciement était nul.

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. Accords collectifs et conventions collectives

* Champs d'application

N° 28

Il résulte des articles L. 131-1 et L. 135-2 du code du travail que toute convention collective a pour objet les conditions générales de travail et les rapports entre employeurs et salariés.

Doit être cassé, dès lors, un jugement qui condamne un travailleur indépendant à payer une contribution au financement des actions sociales et culturelles et de gestion du paritarisme et des institutions de la branche, prévue par une convention collective, alors qu'il n'employait pas de salarié.

Soc., 21 mars 2007.

Cassation sans renvoi

N° 05-13.341. – T.I. Blois, 15 décembre 2004.

Mme Collomp, Pt. – M. Texier, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Cet arrêt permet à la Cour de cassation de rappeler le champ d'application et en particulier l'objet d'une convention collective ou d'un accord collectif.

A cet égard, il résulte de l'article L. 131-1 du code du travail que les conventions et accords collectifs de travail déterminant les relations collectives entre employeurs et salariés portent sur les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail des salariés et sur leurs garanties sociales. En outre, conformément aux dispositions de l'article L. 135-2 du code du travail, « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui (...) ».

La question posée dans le présent arrêt était de savoir si un travailleur exerçant à titre indépendant et n'employant aucun salarié était lié par les clauses d'une convention collective. Celle-ci prévoyait en effet une obligation de contribution pesant sur toute personne morale ou physique exerçant l'activité entrant dans le champ d'application de la convention, y compris le travailleur non salarié, et quel que soit le statut juridique sous lequel était exercée cette activité.

Au visa des articles L. 131-1 et L. 135-2 du code du travail, la Cour de cassation répond que « toute convention collective a pour objet de régler les conditions générales de travail et les rapports entre les employeurs et les salariés ». Il en résulte que l'application d'une convention collective est déterminée par l'existence d'une relation de travail liant contractuellement un employeur à au moins un salarié. Dès lors, les clauses d'une convention collective prévoyant la contribution au financement d'actions sociales et culturelles, de la gestion du paritarisme et des institutions de la branche ne peuvent s'imposer à un « employeur simplement potentiel ».

3. Conflits collectifs du travail

* Grève

N° 29

Selon l'article L. 521-3 du code du travail, lorsque les personnes mentionnées à l'article L. 521-2 de ce code font usage du droit de grève, la cessation concertée du travail doit être précédée d'un préavis qui émane de l'organisation ou d'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national et qui doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement.

Il en résulte que la grève déclenchée moins de cinq jours francs avant la réception du préavis est illégale et que les salariés qui s'y associent, même après l'expiration de ce délai, en dépit d'une notification de l'employeur attirant leur attention sur l'obligation de préavis, commettent une faute disciplinaire que l'employeur est en droit de sanctionner.

Soc., 11 janvier 2007.

Cassation partielle
sans renvoi

N° 05-40.663. – C.A. Versailles, 23 novembre 2004.

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

Note

Selon l'article L. 521-3 du code du travail, toute grève dans une entreprise chargée de la gestion d'un service public doit être précédée d'un préavis, déposé cinq jours francs au moins avant son déclenchement.

Dans la présente affaire, un préavis de grève avait été déposé dans une entreprise soumise à cette obligation, mais sans respecter le délai de prévenance, la grève devant débiter le cinquième jour suivant celui durant lequel la société avait reçu le préavis. L'employeur a averti les salariés que la grève était donc irrégulière. Cependant une salariée y a quand même participé, mais seulement le sixième jour suivant la notification du préavis, donc en respectant le délai de prévenance. Son employeur lui a infligé une mise à pied à titre de sanction disciplinaire, sanction qu'elle a contestée devant le juge prud'homal.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la participation à une grève illégale du fait d'un préavis irrégulier pour inobservation du délai de prévenance est constitutive d'une faute disciplinaire alors que cette participation a eu lieu le sixième jour suivant la notification du préavis.

La chambre sociale répond par l'affirmative : le salarié qui s'associe à une grève illégale pour inobservation du délai de préavis commet une faute disciplinaire, même s'il ne s'est joint à la grève qu'après l'expiration du délai légal.

Elle revient ainsi sur la solution qu'elle avait retenue dans un arrêt du 25 février 2003 dans lequel elle affirmait qu'un salarié participant à une grève en respectant le délai de prévenance ne commettait pas de faute, quand bien même le préavis était irrégulier (Soc., 25 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 63, p. 60).

La chambre sociale tempère, dans cet arrêt, cette solution en relevant que l'employeur avait préalablement attiré l'attention des salariés sur l'irrégularité du préavis. Elle reprend ainsi une solution qu'elle avait déjà affirmée en 1984 (Soc., 5 juin 1984, *Bull.* 1984, V, n° 229, p. 175) et dans un plus récent arrêt, mais non publié, de 2003 (Soc., 8 octobre 2003, pourvoi n° 01-43.220) : un salarié ne saurait être sanctionné pour une participation à une grève s'il n'a pas été averti du caractère illégal de celle-ci. Cette même solution a par ailleurs également été retenue par la chambre criminelle (Crim., 10 mai 1994, pourvoi n° 93-82.603), ainsi que le Conseil d'Etat (CE, 8 janvier 1992, n° 90634, publié au *Recueil Lebon*).

Ainsi, quand bien même le préavis serait irrégulier du fait de l'inobservation du délai de cinq jours francs, un salarié participant à la grève en respectant le délai de prévenance ne commet une faute disciplinaire que s'il enfreint sciemment les dispositions de l'article L. 521-3 du code du travail, c'est-à-dire si son employeur a appelé son attention sur l'irrégularité du préavis, et donc de la grève.

Si cette notification a bien été faite par l'employeur, comme c'était le cas en l'espèce, ce dernier est en droit de sanctionner la faute.

N° 30

Si l'exercice normal du droit de grève n'est soumis, en droit commun, à aucun préavis, il nécessite en revanche l'existence de revendications professionnelles dont l'employeur doit avoir connaissance au moment de l'arrêt de travail, peu important les modalités de cette information.

Soc., 28 février 2007.

Rejet

N° 06.40.944. – C.A. Paris, 15 décembre 2005.

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

Note

Il est de jurisprudence constante que « si l'exercice du droit de grève n'est soumis, en droit commun, à aucun préavis, il nécessite en revanche l'existence de revendication professionnelle dont l'employeur doit avoir connaissance au moment de l'arrêt de travail » (par exemple, Soc., 19 novembre 1996, Bull. 1996, V, n° 391, p. 280).

En l'espèce, l'employeur soutenait n'avoir jamais été informé par les salariés grévistes ou les syndicats de revendications professionnelles justifiant le mouvement de grève. Peu de temps avant le déclenchement de la grève, l'employeur avait cependant été destinataire d'un courrier de l'inspecteur du travail l'informant des revendications des salariés.

La question posée à la Cour était de savoir par qui, pour légitimer un mouvement de grève, l'information sur les revendications professionnelles devait être portée à la connaissance de l'employeur.

Dans un arrêt du 27 juin 1990 (Soc., 27 juin 1990, Bull. 1990, V, n° 316, p. 188) la chambre sociale avait déjà décidé que les revendications professionnelles pouvaient être présentées à l'employeur par un syndicat et pas seulement par les salariés grévistes eux-mêmes.

Dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a ensuite décidé que dès lors que dans le tract appelant à la grève, le syndicat invoquait la défense de l'exercice du droit syndical, la cour d'appel pouvait considérer que l'arrêt de travail avait été précédé de revendications professionnelles et que les salariés y participant, qui n'avaient fait qu'exercer normalement le droit de grève, ne pouvaient être licenciés (Soc., 30 mars 1999, Bull. 1990, V, n° 140, p. 101).

Dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour de cassation affirme dans le présent arrêt que seul importe le fait que l'employeur ait eu connaissance des revendications des salariés justifiant l'arrêt de travail, quelles que soient les modalités de cette information.

Elle estime plus particulièrement que le courrier de l'inspectrice du travail portant à la connaissance de la direction les doléances des salariés et la

réunion du CHSCT au cours de laquelle les conditions de travail avaient été débattues et à l'issue de laquelle il avait été décidé, sur initiative du médecin du travail, d'effectuer une étude, avait informé valablement l'employeur des revendications professionnelles des salariés.

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Elections professionnelles

* Accord préélectoral

N° 31

Le défaut d'invitation d'une organisation syndicale représentative dans l'entreprise à la négociation de tout ou partie d'un accord préélectoral est une cause de nullité de cet accord, quels que soient les termes du protocole préélectoral.

Violaient les articles L. 412-4, L. 423-18 et L. 433-13 du code du travail le tribunal d'instance qui, constatant qu'un syndicat représentatif dans l'entreprise n'avait pas été invité à la négociation des modalités de mise en œuvre du processus électoral que le protocole préélectoral renvoyait à un accord au sein de chaque établissement, déboute ce syndicat de sa demande en annulation des élections professionnelles au motif que le fait que n'ait été invité à négocier le relevé de décision de cet établissement que seul le délégué syndical déclaré de l'établissement était conforme aux termes du protocole préélectoral signé par les syndicats.

Soc., 14 février 2007.

Cassation partielle

N° 06-60.106. – T.I. Poissy, 7 avril 2006.

M. Bouret, Pt (f.f.). – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Dans l'espèce soumise à la cour, un protocole d'accord préélectoral avait été signé au sein d'une société comportant trente établissements, après négociation entre l'employeur et les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise, notamment le syndicat CGT.

L'accord précisait que « les modalités de mise en œuvre relevant de la compétence des établissements » seraient déterminées « après négociation avec les syndicats représentatifs présents dans l'établissement ».

Par la suite, au sein de l'un des établissements de l'entreprise, l'employeur, constatant que seule la CFTC avait un délégué syndical au sein de cet établissement, n'avait invité à négocier que ce seul délégué syndical et n'avait donc négocié les modalités de mise en œuvre des élections qu'avec celui-ci.

La CGT a alors introduit devant le tribunal d'instance une action en annulation des élections professionnelles, pour défaut de convocation des syndicats représentatifs à la négociation préélectorale.

Le tribunal d'instance saisi de la demande en annulation a débouté la CGT en estimant que l'employeur, en ne convoquant que les organisations syndicales ayant une représentation dans l'établissement, n'avait fait qu'appliquer le protocole préélectoral.

La question posée à la cour était la suivante : un protocole préélectoral signé avec les organisations représentatives au niveau de l'entreprise peut-il prévoir de limiter la négociation des modalités de mise en œuvre du processus électoral propres à chaque établissement aux seules « organisations syndicales présentes dans l'établissement » ?

La Cour de cassation, s'appuyant sur sa jurisprudence particulièrement constante et ferme en matière de négociation préélectorale, n'a pas admis de dérogation à l'obligation d'inviter tous les syndicats représentatifs à la négociation.

La Cour de cassation avait déjà décidé que l'absence de délégué syndical dans l'établissement concerné ne peut justifier l'inexécution par l'employeur de son obligation découlant de l'article L. 423-18 du code du travail et que si la convocation doit normalement être adressée au délégué syndical, elle doit l'être, en l'absence de délégué syndical désigné par une organisation syndicale représentative, en la personne du syndicat constitué dans la branche ou à l'union à laquelle il a adhéré (Ass. plén., 5 juillet 2002, *Bull.* 2002, Ass. plén., n° 2, p. 3) et cela même en l'absence d'adhérents dans l'entreprise (Soc., 4 juillet 1990, *Bull.* 1990, V, n° 351, p. 210).

Dans un arrêt du 15 février 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 70, p. 63), la chambre sociale avait également rappelé que l'employeur ne pouvait exclure, au niveau de la négociation par établissement, des syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise, peu important qu'ils n'aient pas de délégué syndical dans l'établissement où les élections sont prévues.

En l'espèce cependant, la CGT, demanderesse à l'annulation des élections professionnelles de l'établissement, avait signé, au niveau central, le protocole sur lequel l'employeur s'était appuyé pour ne convoquer aux négociations au niveau de l'établissement que le seul syndicat CFDT. Or, dans un arrêt du 10 juin 1997, la Cour avait jugé que « la partie qui a signé un accord préélectoral n'est pas recevable à en contester l'application » (Soc., 10 juin 1997, *Bull.* 1997, V, n° 215, p. 155).

La présente décision rappelle fermement que l'obligation faite à l'employeur d'inviter tous les syndicats intéressés, pourvu qu'ils soient représentatifs au niveau de l'entreprise, à négocier le protocole d'accord préélectoral, y compris dans les établissements, est une règle d'ordre public à laquelle il est impossible, même par un accord collectif, de déroger.

* Corps électoral

N° 32

Sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du code du travail, sont, à ce même titre, électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par les articles L. 423-7 et L. 433-4 du code du travail.

Si, en application de l'article L. 620-10 du code du travail, les salariés d'entreprises de travail temporaire sont pris en compte dans le calcul des effectifs, les dispositions des articles L. 423-9, L. 423-10, L. 433-6 et L. 433-7 du même code qui régissent leur participation aux élections au sein de l'entreprise de travail temporaire excluent qu'ils aient la qualité d'électeur dans l'entreprise utilisatrice.

Soc., 28 février 2007.

Cassation partielle

N° 06-60.171. – T.I. Poissy, 22 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

En décidant que, sauf dispositions législatives contraires, les salariés d'entreprises extérieures mis à disposition d'une autre entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail sont à ce titre compris dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du code du travail et à ce même titre électeurs pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, cet arrêt retient en principe que l'appartenance d'un salarié mis à disposition d'une entreprise à son effectif l'intègre au corps électoral de cette entreprise. C'est là son apport principal qui conduit par là-même à donner une définition unique du corps électoral des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise.

Cette solution se fonde sur la prise en compte de « l'intégration étroite et permanente des salariés mis à disposition à la communauté de travail de l'entreprise qu'elle constitue », selon une jurisprudence élaborée depuis longtemps par la Cour de cassation pour répondre à la diversité des formes d'organisations productives des entreprises et des pratiques « d'externalisation ».

L'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 juillet 1990 (*Bull.* 1990, Ass. plén., n° 10, p. 19) relatif aux démonstrateurs de grands magasins, avait pour la première fois déduit de l'appartenance aux effectifs l'intégration dans la communauté de travail et, partant, l'électorat de cette catégorie de personnel. Ultérieurement, la jurisprudence a retenu l'intégration à la communauté de travail pour reconnaître l'électorat des

salariés mis à disposition, d'abord pour les élections des délégués du personnel (selon des critères variables), plus tardivement pour celle des membres du comité d'entreprise (Soc., 23 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 182, p. 176). Elle n'y a pas fait explicitement référence dans le contentieux relatif à la détermination des effectifs. Le présent arrêt reprend la solution dégagée en son temps par l'assemblée plénière en lui donnant une portée générale : la mise à disposition d'un salarié, dès qu'elle justifie son appartenance aux effectifs d'une entreprise, conduit à son intégration dans son corps électoral. L'effectif, tel qu'il est défini par l'article L. 620-10 du code du travail, n'est pas qu'une notion comptable, l'appartenance aux effectifs ouvre des droits.

L'arrêt commenté se situe ainsi dans le prolongement de la décision du Conseil constitutionnel du 26 décembre 2006 (DC 2006-545) qui a dégagé son fondement. Au visa de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution, le Conseil a censuré un article de la loi du 31 décembre 2006 sur le développement de la participation et de l'actionnariat salarié, qui limitait la prise en compte dans les effectifs d'une entreprise et l'électorat aux seules personnes liées par un contrat de travail. Il a en effet considéré que « *le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la "détermination collective" de leur condition de travail... a pour bénéficiaires sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné par une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés* », tout en considérant que les dispositions légales sur l'effectif et sur l'électorat sont « *inséparables* ». Il a réservé seulement la possibilité de dispositions législatives contraires sur la composition du corps électoral, notamment pour des raisons de double vote.

Cette application du principe de participation a deux conséquences, illustrées par l'arrêt commenté.

Tout d'abord l'arrêt considère que les dispositions législatives précisant les conditions de l'électorat des salariés temporaires dans l'entreprise de travail temporaire, même s'ils sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice en application de l'article L. 620-10, sont des dispositions législatives contraires.

Ensuite les litiges sur le décompte des effectifs et la composition du corps électoral doivent recevoir la même solution, contrairement à la solution retenue par le jugement objet du pourvoi. L'arrêt commenté ne précise pas les critères de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail. Il appartiendra aux juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de le faire au regard des solutions admises en matière de détermination de l'effectif. La jurisprudence considère aujourd'hui que sont compris dans les effectifs les salariés mis à disposition qui « *participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice* » et non pas seulement au « *processus de production* » (Soc., 26 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 141, p. 129 : l'utilisation

des mêmes moyens de production n'en est pas une condition. Il faut en outre que cette participation ne soit pas réalisée « *hors toute intégration à la communauté de travail* » (Soc., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 257, p. 243). C'est en effet cette intégration, dont résulte le partage des mêmes conditions de travail, qui justifie, indépendamment de l'existence d'un lien de subordination, que les salariés mis à disposition, sous réserve de remplir les conditions d'ancienneté propres à leur permettre d'intégrer le corps électoral, puissent participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective de leurs conditions de travail dans l'entreprise utilisatrice.

2. Représentation du personnel

2.2. Institutions représentatives du personnel

* *Syndicat - activité syndicale*

N° 33

L'article L. 412-8 du code du travail, qui se borne à organiser la diffusion de tracts par les syndicats professionnels aux travailleurs à l'intérieur de l'entreprise, n'est pas applicable à une diffusion de tracts à l'extérieur de l'entreprise et les propos qualifiés par l'employeur d'injurieux et diffamatoires contenus dans les tracts diffusés au public ne peuvent être incriminés qu'au regard de la loi du 29 juillet 1881.

Soc., 28 février 2007.

Rejet

N° 05-15.228. – C.A. Douai, 28 février 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article L. 412-8 du code du travail énonce que les publications et tracts de nature syndicale peuvent être librement diffusés aux travailleurs de l'entreprise dans l'enceinte de celle-ci aux heures d'entrée et de sortie du travail et que le contenu de ces tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse, notamment la loi du 29 juillet 1881. Sont ainsi visés les délits de presse, notamment l'injure et la diffamation publiques.

Dans la présente espèce, des délégués et représentant syndicaux d'une banque avaient distribué aux clients, à l'extérieur de plusieurs agences, des tracts portant l'en-tête du syndicat contestant la politique salariale de la direction.

L'employeur avait été débouté par le tribunal de grande instance puis par la cour d'appel de sa demande tendant à voir déclarer illicite, sur le fondement de l'article L. 412-8 du code du travail, la distribution de ces tracts et condamner le syndicat et les salariés au paiement de dommages-intérêts.

L'employeur faisait valoir, par une lecture *a contrario* de l'article L. 412-8 du code du travail, qu'était

illicite la diffusion de tracts de nature syndicale à des clients de l'entreprise à l'extérieur de celle-ci, arguant que seule la distribution dans l'enceinte de l'entreprise et aux salariés était autorisée par cet article.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la liberté d'expression des syndicats est limitée aux conditions définies par l'article L. 412-8 du code du travail, c'est-à-dire limitée à la distribution de tracts et publications à l'intérieur de l'entreprise et uniquement aux travailleurs de l'entreprise.

Si la chambre sociale a déjà rendu de nombreuses décisions concernant les modalités de la diffusion de tracts par les organisations syndicales au sein de l'entreprise, elle n'a en revanche rendu qu'un seul arrêt concernant la distribution de documents à l'extérieur de l'entreprise (Soc., 26 mai 1998, pourvoi n° 95-15.883). Dans cette décision, elle avait cassé l'arrêt de la cour d'appel ayant condamné un syndicat à payer des dommages-intérêts à un employeur pour avoir diffusé une communication syndicale auprès d'élus locaux en décidant « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les termes de l'écrit litigieux ne caractérisaient pas une diffamation au sens des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, auquel cas seules les règles propres à la diffamation pouvaient s'appliquer, à l'exclusion des dispositions de l'article 1382 du code civil, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

La chambre sociale décide, dans la présente espèce, que la distribution de tracts syndicaux à l'extérieur de l'entreprise n'est pas illicite au regard de l'article L. 412-8 du code du travail, celui-ci étant exclusivement destiné à régir les conditions de diffusion de tracts dans l'enceinte de l'entreprise.

La chambre sociale ne suit donc pas le raisonnement *a contrario* de l'employeur, qui avait pour effet de limiter considérablement la liberté d'expression des syndicats en la cantonnant à l'intérieur de l'entreprise.

La chambre sociale ajoute que si l'employeur ne peut fonder son action en justice sur l'article L. 412-8 du code du travail, il peut le faire sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, s'il estime que le contenu des tracts distribués au public est diffamatoire et injurieux.

3. Protection des représentants du personnel

* Protection contre le licenciement

N° 34

Dès lors que son licenciement pour motif économique, prononcé à la suite de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard de l'employeur, a été autorisé par l'inspecteur du travail, au vu de la décision du juge-commissaire rendue en application de l'article L. 621-37 du code de commerce, le salarié investi d'un mandat ne peut

contester, devant le juge judiciaire, la validité et la cause du licenciement, en raison de vices dont serait affectée l'ordonnance du juge-commissaire.

Soc., 14 février 2007.

Cassation partielle

N° 05-40.213. – C.A. Angers, 16 novembre 2004.

M. Bouret, Pt (f.f.). – M. Bailly, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Le contrôle qu'exerce l'administration du travail sur le licenciement des salariés investis d'un mandat et bénéficiant à ce titre d'une protection contre les licenciements s'étend notamment à la vérification de la régularité de la procédure préalable au licenciement. Il en résulte que le juge prud'homal n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la cause économique du licenciement et sur la régularité de la procédure suivie avant l'autorisation de l'inspecteur du travail (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 210 et 211, p. 195).

Dans la présente espèce, le licenciement du salarié protégé avait été autorisé par l'inspecteur du travail au cours de la période d'observation faisant suite à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard de l'employeur, après que le juge-commissaire eut autorisé des licenciements. Le salarié contestait néanmoins la cause du licenciement en se prévalant de l'irrégularité de la décision rendue par le juge-commissaire, qui ne contenait pas les mentions prescrites par l'article 63 du décret du 27 décembre 1985. On sait en effet que le juge-commissaire doit préciser dans son ordonnance le nombre des licenciements qu'il juge urgents, inévitables et indispensables ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées, en sorte qu'une ordonnance qui ne comporte pas ces indications et qui renvoie à une liste nominative des salariés à licencier est dépourvue d'effet, les licenciements ensuite prononcés sur son fondement étant alors sans cause réelle et sérieuse (Soc., 5 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 244, p. 225). C'est ce vice qu'invoquait le salarié pour contester son licenciement.

La chambre sociale décide ici, par substitution de motifs, que l'autorisation de l'inspecteur du travail ne permettait plus au salarié de discuter, devant le juge prud'homal, la cause de son licenciement, en particulier au titre d'une irrégularité de fond affectant la décision rendue par le juge-commissaire. Il faut y voir une conséquence de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

N° 35

Le licenciement d'un salarié mandaté en application de la loi du 13 juin 1998 et dont le mandatement n'a pas été annulé préalablement par le juge du fond doit être autorisé par l'inspecteur du travail.

Il en résulte qu'est nul le licenciement d'un salarié licencié sans cette autorisation, l'employeur ne

pouvant pas s'exonérer unilatéralement de la protection attachée à la mission du salarié mandaté par l'article 3-III de la loi n° 98-461 du 13 juillet 1998.

Soc., 21 février 2007.

Rejet

N° 04-47.682. – C.A. Grenoble, 22 septembre 2004.

M. Chauviré, Pt (f.f). – Mme Morin, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Il résulte de l'article 3-III de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 (dite « Aubry I ») d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail que « *dans les entreprises ou établissements dépourvus de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical, (...) un accord collectif peut être conclu par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales (...). Les salariés ainsi mandatés bénéficient de la protection prévue par les dispositions de l'article L. 412-18 du code du travail dès que l'employeur aura eu connaissance de l'imminence de leur désignation. La procédure d'autorisation est applicable au licenciement des anciens salariés mandatés pendant (loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000) douze mois après la signature de l'accord ou, à défaut, la fin du mandat ou la fin de la négociation* ».

Mais la loi du 13 juin 1998 ne contient aucune disposition concernant les conditions de contestation du mandatement. En effet, s'il est fait référence à l'article L. 412-18 du code du travail concernant l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour le licenciement d'un délégué syndical, il n'est pas fait référence à l'article L. 412-15 du code du travail qui, pour les contestations relatives aux conditions de désignation des délégués syndicaux, donne compétence exclusive au tribunal d'instance statuant en dernier ressort et indique que le recours n'est recevable que s'il est introduit dans les quinze jours suivant l'accomplissement des formalités prévues à l'article L. 412-16, alinéa premier, du code du travail.

La présente espèce posait à la Cour la question de savoir si l'employeur, qui contestait la validité du mandat conféré à un salarié pour négocier un accord collectif de réduction du temps de travail en application de l'article 3-III de la loi du 13 juin 1998, était fondé à procéder au licenciement de ce salarié et à voir trancher par la juridiction saisie d'une contestation de ce licenciement à la fois la question de la validité du mandat et celle, par conséquent, de la validité du licenciement.

Dans cette affaire, un salarié avait été mandaté par un syndicat pour négocier la réduction du temps de travail dans le cadre de la loi du 13 juin 1998 au sein de son entreprise. L'employeur avait indiqué par courrier au syndicat qu'il n'avait jamais manifesté son intention d'inscrire la réduction du temps de travail, mise en place avec les délégués du personnel, dans une démarche d'application de la loi du 13 juin 1998 et qu'il estimait donc le mandatement sans objet. Puis le salarié avait été licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail.

La cour d'appel avait estimé que le licenciement du salarié était nul, l'employeur ne pouvant pas s'exonérer unilatéralement de la protection attachée à son mandat, et qu'il lui appartenait de le contester judiciairement avant de procéder au licenciement.

Dans son pourvoi, l'employeur arguait que l'article L. 412-15 du code du travail n'était pas applicable aux contestations de désignations des salariés mandatés pour conclure un accord collectif au sens de l'article 3-III de la loi du 13 juin 1998.

Dès lors, aucun texte ne prévoyant la compétence exclusive d'une juridiction pour statuer sur la contestation de la désignation d'un mandaté syndical et cette contestation n'étant enfermée dans aucun délai, le juge du fond qui devait statuer sur la validité d'un licenciement d'un salarié mandaté était pleinement compétent pour se prononcer sur la validité du mandatement syndical contestée par l'employeur.

Par un arrêt du 19 février 2002 (Soc., Bull. 2002, V, n° 71, p. 66), la chambre sociale a décidé que « *le licenciement d'un salarié, mandaté depuis moins de six mois en application de la loi du 13 juin 1998 et dont le mandatement n'a pas été annulé par le juge du fond, doit être autorisé par l'inspecteur du travail* ».

Concernant la non-application de l'article L. 412-15 du code du travail, la chambre sociale a déjà jugé « *qu'aucun texte ne prévoyant la compétence du tribunal d'instance pour statuer en dernier ressort sur la contestation de la désignation d'un salarié en qualité de salarié expressément mandaté pour conclure un accord collectif au sens de l'article 3-III de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998, le jugement par lequel cette juridiction se prononce sur une telle contestation est nécessairement rendu en premier ressort* » (Soc., 20 juin 2000, Bull. 2000, V, n° 238, p. 186).

Enfin, en ce qui concerne la fin du mandat et donc la fin de la protection du salarié, la chambre sociale a décidé que lorsque la négociation n'a pas eu lieu, le mandat du salarié cesse par révocation du syndicat ou par constatation de sa caducité à la demande de l'employeur (Soc., 11 mai 2004, Bull. 2004, V, n° 129, p. 118 et Soc., 30 novembre 2004, Bull. 2004, V, n° 312, p. 281) et que la disparition d'une entreprise à la suite de sa liquidation judiciaire met fin au mandat (Soc., 20 juin 2006, Bull. 2006, V, n° 221, p. 211). L'employeur ne peut donc décider unilatéralement qu'un mandat a pris fin.

Se situant dans la continuité de ces décisions, la Cour retient dans la présente espèce que l'employeur ne peut se faire juge de la validité d'un mandatement et décider que celui-ci étant sans objet, il n'y a pas lieu de respecter la procédure de licenciement édictée par l'article L. 412-18 du code du travail. Seul le juge du fond peut annuler le mandatement et en l'absence d'annulation préalable, le licenciement doit être autorisé par l'inspecteur du travail.

N° 36

L'annulation d'un mandat donné dans le cadre des dispositions de l'article 3-III de la loi n° 98-461

du 13 juin 1998 n'ayant pas d'effet rétroactif sur le statut protecteur prévu par ce texte, la perte de la qualité de salarié protégé intervenant à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé, la cour d'appel a exactement décidé que le licenciement du salarié protégé intervenu sans autorisation administrative avant l'annulation de son mandat avait été prononcé en violation de son statut protecteur.

Soc., 28 février 2007.

Rejet

N° 05-42.553. – C.A. Poitiers, 22 mars 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article 3-III de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 relative à la réduction du temps de travail prévoit : « dans les entreprises ou établissements dépourvus de délégué syndical (...) qu'un accord collectif peut être conclu par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales reconnues représentatives (...) ». Le salarié mandaté bénéficie ainsi « de la protection prévue par les dispositions de l'article L. 412-18 du code du travail (...) » relatives à la nécessité d'obtenir l'autorisation de l'inspection du travail pour licencier un salarié protégé. « La procédure d'autorisation est applicable au licenciement des anciens salariés mandatés pendant douze mois après la signature de l'accord ou, à défaut, la fin du mandat ou la fin de la négociation. »

Dans ce litige, un salarié mandaté à cette fin a été licencié pour faute sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Postérieurement au licenciement, les juges du fond ont déclaré nuls le mandat et la désignation de l'intéressé. Le salarié a alors saisi la juridiction prud'homale pour méconnaissance de son statut protecteur et rupture illicite de son contrat.

La question soulevée par cette affaire concerne l'effet de l'annulation du mandat sur le statut protecteur. Le statut protecteur conféré au salarié mandaté se trouve-t-il rétroactivement anéanti par l'effet de l'annulation judiciaire du mandat, validant ainsi un licenciement prononcé sans autorisation de l'inspecteur du travail antérieurement à la décision d'annulation ?

Il a déjà été jugé au visa de l'article L. 412-18 du code du travail que « l'annulation d'une candidature à une fonction représentative du personnel n'a pas d'effet sur le statut protecteur, la perte de la qualité de salarié protégé intervenant à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé ». Dès lors, « le licenciement intervenu sans autorisation administrative avant la décision d'annulation de la candidature est prononcé en violation du statut protecteur » (Soc., 28 novembre 2000, Bull. 2000, V, n° 396, p. 303).

Cependant, dans le cas d'espèce où l'annulation judiciaire de la désignation a été prononcée après l'entretien préalable mais avant le licenciement (Soc., 3 décembre 2002, Bull. 2002, V, n° 363, p. 359),

la chambre sociale a considéré que « la désignation du salarié en qualité de délégué syndical et représentant syndical au comité d'établissement se trouvait anéantie par l'effet de l'annulation prononcée ». Le salarié ne pouvait bénéficier de la procédure spéciale puisqu'il n'était plus protégé à la date du licenciement.

Un arrêt récent de la chambre sociale du 21 février 2007 (Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 04-47.682) précise l'étendue de la protection attachée à la mission du salarié mandaté par l'article 3-III de la loi n° 98-461 du 13 juillet 1998, en retenant que lorsque le mandatement n'a pas été annulé préalablement par le juge du fond, le licenciement doit être autorisé par l'inspecteur du travail. « A défaut le licenciement constitue un trouble manifestement illicite auquel le juge des référés doit mettre fin en ordonnant la réintégration » (Soc., 19 février 2002, Bull. 2002, V, n° 71, p. 66).

Se situant dans la lignée de jurisprudences affirmant que l'annulation judiciaire de la désignation d'un salarié protégé n'a pas d'effet rétroactif sur son statut protecteur dès lors que l'annulation est prononcée postérieurement à son licenciement, le présent arrêt souligne que la perte de la qualité de salarié protégé intervient à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé.

N° 37

Lorsqu'à la suite d'un jugement arrêtant le plan de cession d'une entreprise et autorisant des licenciements, le licenciement d'un salarié protégé a été refusé par une décision de l'inspecteur du travail qui l'a ensuite autorisé sur recours gracieux, le cessionnaire, tenu de maintenir provisoirement le contrat de travail dans l'attente de cette dernière décision, peut tirer les conséquences du licenciement prononcé par l'administrateur judiciaire en application du jugement arrêtant le plan de cession et ainsi autorisé par l'inspecteur du travail.

Soc., 14 mars 2007.

Cassation partielle

N° 05-45.458. – C.A. Caen, 30 septembre 2005.

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

Note

Dans le cadre d'un plan de cession d'une entreprise placée en redressement judiciaire et du jugement arrêtant ce plan, l'article L. 621-64 du code de commerce tel qu'applicable avant la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 disposait dans son alinéa 2 que « Le plan précise notamment les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement. Dans ce délai, ces licenciements interviennent sur simple notification de l'administrateur [...] ».

Dans la présente espèce, le salarié désigné comme représentant des salariés d'une entreprise placée en redressement judiciaire et faisant l'objet d'un plan de cession, donc salarié protégé à ce titre, figurait parmi les salariés non repris par le cessionnaire et

dont le licenciement économique avait été autorisé par le jugement arrêtant le plan. L'administrateur judiciaire commissaire à l'exécution du plan a donc sollicité l'autorisation administrative de licenciement : après un refus de l'inspection du travail, il a informé le salarié du transfert de son contrat de travail à la société cessionnaire et a formé un recours gracieux contre la décision, qui a abouti à la délivrance de l'autorisation de licenciement. Le licenciement a alors été notifié au salarié par l'administrateur, puis également prononcé par la société cessionnaire sur le fondement de la non-reprise du salarié telle que prévue par le plan de cession. Une demande en indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ayant été formée par le salarié, les juges d'appel y ont fait droit.

La question soulevée par cette affaire était donc de déterminer la validité d'un licenciement prononcé par le cessionnaire suite à une autorisation administrative délivrée après recours gracieux en application d'un jugement de cession autorisant ce licenciement, dès lors que le contrat de travail du salarié s'était poursuivi après la cession de l'entreprise du fait d'un refus initial de l'autorité administrative d'autoriser le licenciement.

La Cour de cassation tranche pour la première fois cette difficulté et censure les juges d'appel pour avoir dit le licenciement non fondé sur une cause réelle et sérieuse : elle estime que « *le cessionnaire, tenu de maintenir provisoirement le contrat de travail, pouvait tirer les conséquences du licenciement prononcé par l'administrateur judiciaire en application du jugement arrêtant le plan de cession après autorisation de l'inspecteur du travail* ».

La chambre sociale se prononce tout d'abord sur le transfert du contrat de travail au cessionnaire à la suite du refus par l'inspection du travail d'autoriser le licenciement : elle affirme que le cessionnaire était « *tenu de maintenir provisoirement le contrat* ». Mais si le transfert du contrat de travail est donc une obligation s'imposant au cessionnaire, par application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, il n'a qu'une vocation provisoire, dans l'attente de l'issue du recours gracieux : ce transfert n'équivaut pas à une reprise ferme et définitive du salarié.

Dès lors, si ce recours aboutit à la délivrance de l'autorisation, le licenciement prononcé par le cessionnaire à la suite de celui notifié par l'administrateur n'est pas dépourvu de cause réelle et sérieuse : il ne fait que tirer les conséquences de la notification de l'administrateur et a en quelque sorte une valeur superfétatoire. L'important est bien que le licenciement ait été régulièrement notifié par l'administrateur en application du jugement arrêtant le plan de cession et qu'il ait été autorisé par l'autorité administrative, quand bien même le contrat de travail du salarié aurait dans un premier temps été transféré au cessionnaire en raison du refus initial de l'inspecteur du travail de délivrer l'autorisation de licenciement.

N° 38

Dès lors qu'elle intervient dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise et qu'elle a été autorisée par l'inspecteur du travail, la rupture du contrat de travail pour motif économique d'un salarié investi d'un mandat représentatif peut faire l'objet d'une convention de résiliation amiable. En ce cas, l'employeur n'est pas tenu d'engager une procédure de licenciement.

Par suite, viole l'article L. 122-14 du code du travail l'arrêt qui décide qu'en l'absence d'une telle procédure la rupture du contrat de travail est légitime mais irrégulière en la forme.

Soc., 27 mars 2007.

Cassation partielle
sans renvoi

N° 05-45.310. – C.A. Toulouse, 23 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Duplat,
Av. Gén.Note

Dans un arrêt du 2 décembre 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 309, p. 311), la chambre sociale a décidé « *qu'un contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore d'un commun accord entre les parties* » et que « *constitue une rupture amiable du contrat de travail la rupture du contrat de travail pour motif économique résultant d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise* ». La jurisprudence considère par ailleurs de façon constante que les salariés protégés ne peuvent renoncer par avance, notamment par voie de rupture amiable de leur contrat de travail, aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger leur mandat (*Soc.*, 23 janvier 2002, pourvoi n° 00-40.597). Mais telle n'est pas la situation d'un salarié protégé dont la rupture du contrat de travail a été autorisée préalablement à la signature d'une convention de rupture amiable du contrat de travail en application d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise. Un arrêt du 22 février 2006 (pourvoi n° 04-42.464) avait déjà admis la licéité d'une telle rupture amiable du contrat d'un salarié protégé, par application de la solution retenue dans l'arrêt du 2 décembre 2003, dès lors qu'elle a été autorisée par l'inspecteur du travail. L'arrêt commenté réaffirme cette solution et ajoute que l'employeur n'a pas à engager une procédure de licenciement après la signature de la convention de rupture amiable.

F. – Rupture du contrat de travail

2. Licenciements

2.1. Mise en œuvre

* Lettre de licenciement

N° 39

Aux termes de l'article L. 423-1 du code de l'aviation civile, l'engagement d'un membre du personnel navigant doit donner lieu à l'établissement d'un contrat de travail écrit devant comporter la durée du préavis.

Une cour d'appel décide à bon droit qu'un salarié n'est pas tenu de respecter le délai de préavis demandé par l'employeur, alors que le contrat de travail ne comportait aucune clause sur le principe d'un préavis.

Soc., 24 janvier 2007.

Rejet

N° 05-42.183. – C.A. Douai, 28 février 2005.

M. Texier, Pt (f.f.) et Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

La question tranchée par la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 24 janvier 2007 est celle de la portée à donner aux articles L. 423-1 et R. 423-1 du code de l'aviation civile, au regard des dispositions de l'article L. 122-5 du code du travail et de celles d'un accord d'entreprise.

L'article L. 423-1 du code de l'aviation civile prévoit que « L'engagement d'un membre du personnel navigant professionnel donne obligatoirement lieu à l'établissement d'un contrat de travail écrit. Ce contrat précise, en particulier (...) le délai de préavis à observer en cas de résiliation du contrat par l'une ou l'autre des parties. »

L'article R. 423-1 de ce code précise que, parmi les stipulations que doit obligatoirement comporter le contrat, figure le délai de préavis, qui est au minimum de trois mois.

Or, aux termes de l'article L. 122-5 du code du travail, « dans le cas de résiliation [du contrat de travail] à l'initiative du salarié, l'existence et la durée du délai-congé résultent soit de la loi, soit de la convention ou accord collectif de travail ».

L'article L. 122-6 vient préciser les différents délais légaux de préavis applicables en fonction de l'ancienneté du salarié.

Dès lors que le contrat de travail d'un salarié démissionnaire, membre du personnel navigant professionnel, ne comporte aucune précision quant au préavis au mépris des conditions de forme imposées par les articles L. 423-1 et R. 423-1 du code de l'aviation civile, le principe même d'un préavis peut-il être opposable au salarié sur le fondement

de l'article L. 122-5 du code du travail quand l'accord collectif, auquel le contrat de travail fait référence, en fixe le délai ?

La chambre sociale fait primer les dispositions du code de l'aviation civile, qui exigent l'établissement d'un contrat de travail écrit devant comporter la durée du préavis.

En conséquence de ce formalisme strict, lorsque le contrat de travail ne comporte aucune clause sur le principe d'un préavis, le salarié n'est pas obligé de respecter le délai de préavis demandé par l'employeur conformément à l'accord collectif applicable.

2.2. Imputabilité et motifs de la rupture

* Motifs de la rupture

N° 40

Fait une exacte application de l'article L. 122-14-2 du code du travail la cour d'appel qui retient que le seul fait que le salarié ait exercé une action en justice tendant à la rupture de son contrat de travail contre son employeur ne peut constituer une cause de licenciement.

Soc., 21 mars 2007.

Rejet

N° 05-45.392. – C.A. Versailles, 28 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bodard-Hermant, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt de la chambre sociale affirme que « le seul fait que le salarié ait exercé une action en justice tendant à la rupture de son contrat de travail contre son employeur ne peut pas constituer une cause de licenciement ».

En l'espèce, un salarié, ayant introduit une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur devant le juge prud'homal, a été licencié par ce dernier dès réception de la convocation devant le bureau de conciliation au seul motif de la saisine de la juridiction. Les juges d'appel ont considéré un tel licenciement comme ne reposant pas sur une cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation a déjà été amenée à juger de la validité de licenciements prononcés en conséquence d'une action judiciaire d'un salarié contre son employeur.

Dans un arrêt du 8 mars 1979, elle a ainsi décidé que lorsqu'un salarié a été licencié brutalement par son employeur en raison de l'action en résiliation judiciaire de son contrat de travail qu'il avait introduite, la cause de la rupture ne résidait pas dans la perte de confiance alléguée et rendait le licenciement sans cause (Soc., 8 mars 1979, Bull. 1979, V, n° 217, p. 154).

Plus récemment, la chambre sociale a affirmé dans une décision du 13 janvier 2004 que « ni la perte de confiance, ni le fait qu'un salarié ait exercé une action

judiciaire tendant à la rupture de son contrat de travail contre son employeur ne constituent par eux-mêmes une cause de licenciement » (Soc., 13 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 4, p. 3). Dans cette espèce, les juges du fond avaient en effet estimé que l'employeur était en droit de se fonder sur la perte de confiance résultant de l'action introduite.

Dans le présent arrêt du 21 mars 2007, la Cour de cassation confirme cette solution, en retenant simplement une formulation quelque peu remaniée, déconnectée de toute référence à la notion de perte de confiance : tout licenciement fondé sur le seul motif, tel qu'il résulte de la lettre de licenciement, de la saisine par le salarié de la juridiction prud'homale d'une action tendant à la rupture de son contrat de travail est sans cause réelle et sérieuse.

N° 41

Viole l'article L. 122-14-2 du code du travail l'arrêt qui retient un motif de licenciement personnel alors que la qualification que l'employeur a donné au licenciement s'impose à lui et qu'il résulte des constatations de l'arrêt que le licenciement avait été prononcé pour un motif économique.

Soc., 21 mars 2007. Cassation partielle

N° 05-45.060. – C.A. Orléans, 15 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bodard-Hermant, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

L'article L. 122-14-2 du code du travail dispose que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement. En outre, lorsque le licenciement est prononcé pour un motif économique, la lettre de licenciement doit énoncer les motifs économiques ou de changement technologique invoqués par l'employeur et mention doit être faite de la priorité de réembauchage prévue par l'article L. 321-14 du code du travail ainsi que de ses conditions de mise en œuvre.

La question de droit posée à la chambre sociale était la suivante : la qualification donnée au licenciement par l'employeur dans la lettre de licenciement s'impose-t-elle au juge prud'homal ?

En l'espèce, un salarié ayant bénéficié d'un congé sabbatique avait reçu, à son retour, une lettre de licenciement lui notifiant son « licenciement pour motif économique ».

La cour d'appel, saisie par le salarié d'une demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le déboutait au motif que l'employeur ayant utilisé par erreur l'expression « licenciement pour motif économique » dans la lettre de licenciement, il appartenait au juge de restituer la véritable nature du licenciement. Faisant application de l'article L. 122-32-21 du code du travail relatif au congé sabbatique, la cour décidait qu'il s'agissait en réalité d'un licenciement pour motif personnel sanction-

nant le refus du salarié de reprendre un emploi similaire au sein de l'entreprise et qu'il n'était pas dépourvu de cause réelle et sérieuse.

La cour d'appel reprenait dans son arrêt le texte de la lettre de licenciement, qui d'une part notifiait expressément au salarié son « licenciement pour motif économique », justifié par la suppression de son poste en considération d'une baisse d'activité, d'autre part notait que le salarié avait refusé les différents postes de reclassement qui lui avaient été proposés et enfin faisait état de vaines recherches de reclassement au niveau des sociétés du groupe.

Le salarié, dans son pourvoi, faisait valoir que la cour d'appel, en énonçant que la véritable cause du licenciement était personnelle et non économique, avait dénaturé les termes de la lettre de licenciement en violation de l'article L. 122-14-2 du code du travail, la lettre de licenciement fixant les termes du litige.

La chambre sociale rappelle tout d'abord que la lettre de licenciement fixe les limites du litige (Soc., 13 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 491, p. 306 ou Soc., 5 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 210, p. 166), ce qui interdit à l'employeur d'invoquer un autre motif que celui qu'il a notifié au salarié dans la lettre de licenciement (Soc., 20 mars 1990, *Bull.* 1990, n° 124, p. 72).

Concernant l'incidence sur les pouvoirs du juge du motif du licenciement invoqué par l'employeur dans la lettre de licenciement, la chambre sociale avait déjà jugé que « *dès lors que dans la lettre de notification du licenciement, l'employeur a invoqué seulement un motif économique, c'est à bon droit qu'une cour d'appel refuse d'examiner le motif disciplinaire invoqué ultérieurement par l'employeur* » (Soc., 14 octobre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 235, p. 160) et que « *ne tire par les conséquences légales de ses constatations et viole l'article L. 321-1 du code du travail la cour d'appel qui, alors que le licenciement prononcé pour un motif inhérent à la personne n'est pas un licenciement économique et qu'elle avait relevé que le salarié avait été licencié pour un motif personnel tiré de son état physique, rejette la demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse présentée par un salarié licencié pour motif économique* » (Soc., 29 avril 1998, *Bull.* 1998, V, n° 213, p. 158).

En application de cette jurisprudence antérieure, la chambre sociale décide que lorsque l'employeur a fait le choix, dans la lettre de licenciement, de licencier le salarié pour motif économique et non pour motif personnel et qu'il résulte des constatations du juge prud'homal que le licenciement a été prononcé pour un motif économique, ce choix lie irrémédiablement l'employeur ainsi que le juge prud'homal qui, même s'il constate que les conditions en sont réunies, ne peut pas valider pour cause personnelle un tel licenciement.

2.3. Licenciements disciplinaires

** Entretien préalable*

N° 42

Lorsque le salarié refuse une mesure de rétrogradation disciplinaire notifiée après un premier entretien préalable, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement au lieu de la sanction refusée doit convoquer l'intéressé à un nouvel entretien.

Il en résulte que le délai d'un mois prévu par l'article L. 122-41 du code du travail court à compter de la date fixée pour ce nouvel entretien.

Soc., 27 mars 2007. Cassation partielle

N° 05-41.921. – C.A. Aix-en-Provence, 31 janvier 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

Depuis l'arrêt du 16 juin 1998 (*Bull.* 1998, V, n° 320, p. 243), la jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation considère que même prononcée à titre disciplinaire, une modification du contrat de travail ne peut être imposée au salarié.

Cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction au lieu et place de la sanction refusée.

Lorsque le salarié refuse une mesure de rétrogradation disciplinaire, si le licenciement n'a pas été envisagé dès l'origine et que l'employeur l'a convoqué à un entretien préalable à une sanction disciplinaire, l'employeur devra reprendre la procédure pour qu'elle soit régulière compte tenu des garanties procédurales spécifiques qui s'y attachent, l'article L. 122-14 imposant notamment à l'employeur d'indiquer l'objet de la convocation, c'est-à-dire l'éventualité d'un licenciement.

En revanche si la lettre de convocation à l'entretien préalable mentionne, dès l'origine, qu'un licenciement est envisagé, cette double procédure pourrait être évitée, le refus du salarié laissant subsister la procédure initiale, ce dernier ayant été informé de l'éventualité d'un licenciement.

Dans un souci de simplification, la chambre sociale a décidé que quelle que soit la sanction envisagée à l'origine, une sanction disciplinaire ou un licenciement, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement au lieu d'une rétrogradation disciplinaire refusée doit convoquer le salarié à un nouvel entretien. En conséquence, le délai d'un mois prévu par l'article L. 122-41 du code du travail pour prononcer le licenciement court à compter de la date fixée pour ce nouvel entretien.

2.4. Licenciement économique

** Plan de sauvegarde de l'emploi*

N° 43

Seules l'absence ou la nullité d'un plan de sauvegarde de l'emploi pouvant entraîner la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique, les irrégularités affectant la procédure de consultation permettent seulement d'obtenir la suspension de la procédure de licenciement, tant qu'elle n'est pas achevée par la notification des licenciements ou, à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre, suivant les prévisions de l'article L. 122-14-4 du code du travail.

Dès lors, la nullité de la procédure de licenciement économique ne peut être encourue à ce titre lorsque sa suspension n'a pas été demandée.

Soc., 11 janvier 2007. Rejet

N° 05-10.350. – C.A. Versailles, 3 novembre 2004.

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

Note

L'intérêt de cet arrêt est de préciser jusqu'à quand peut être présentée utilement une demande en suspension de la procédure de licenciement, en raison d'irrégularités affectant la consultation du comité d'entreprise sur un plan de sauvegarde de l'emploi.

La chambre sociale a déjà eu l'occasion de juger que si l'absence ou l'insuffisance du plan social présenté au comité d'entreprise peut entraîner la nullité de la procédure de licenciement, en vertu de l'article L. 321-4-1 du code du travail, des irrégularités affectant la procédure de consultation ne permettent d'obtenir que la suspension éventuelle de la procédure, si elle n'est pas terminée, ou, à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre (*Soc.*, 18 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 501, p. 373, *RJS* 1/99, n° 29). Pour les salariés licenciés, cette indemnisation est prévue par l'article L. 122-14-4 du code du travail. Il reste que la nullité de la procédure de licenciement est néanmoins encourue, au titre de vices de la procédure consultative, dans trois situations : d'abord lorsque bien que l'irrégularité ait été soulevée avant la fin de la procédure de licenciement, à un moment où la consultation pouvait être suspendue ou reprise, l'employeur a poursuivi la procédure jusqu'aux licenciements (*Soc.*, 14 janvier 2003, *RJS* 3/03, n° 334, *Bull.* 2003, V, n° 5, p. 5 ; 7 avril 2004, *RJS* 6/04, n° 672, *Bull.* 2004, V, n° 108, p. 96) ; ensuite lorsque malgré l'annulation de la procédure de consultation en cours, l'employeur la poursuit en l'état (*Soc.*, 10 février 2004, *RJS* 4/04, n° 399, *Bull.* V, n° 45, p. 43) ; enfin quand l'employeur substitue en cours de procédure un nouveau plan à celui qu'il avait présenté (*Soc.*, 17 décembre 2004, *RJS* 3/05, n° 263, *Bull.* 2004, V, n° 344, p. 308).

Il est donc essentiel déterminer quel est exactement le terme au-delà duquel la nullité de la procédure de licenciement, par voie de conséquence, n'est plus encourue en raison d'irrégularités commises lors de la présentation du plan de sauvegarde de l'emploi aux représentants du personnel, faute de demande de suspension. Les arrêts antérieurement rendus laissent subsister, à cet égard, une incertitude. Certains faisaient référence à l'achèvement de la procédure consultative sur le plan social, d'autres laissaient penser que seul le terme de la procédure de licenciement économique, constitué par la notification des licenciements, devait être retenu.

C'est cette dernière solution que consacre le présent arrêt : la suspension de la procédure de licenciement peut être demandée jusqu'au jour de la notification des licenciements. Ce choix peut se justifier par le fait qu'une référence à l'achèvement de la procédure de consultation du comité d'entreprise priverait ce dernier de la possibilité de demander la régularisation de la procédure et, dans cette attente, la suspension des licenciements, lorsque l'irrégularité invoquée concerne la dernière réunion de cette instance. On relèvera toutefois, à cette occasion, que les données de la question ont été renouvelées par la loi du 18 janvier 2005, qui enferme la contestation de la régularité de la procédure consultative en référé dans de brefs délais, courant à compter de chacune des réunions. Ces dispositions nouvelles ne visent toutefois que la procédure de référé et ouvrent également au comité d'entreprise la possibilité de contester la régularité des licenciements économiques dans l'année qui suit l'achèvement de la consultation.

2.7. Indemnités de licenciement

N° 44

Le droit à l'indemnité de licenciement naît à la date où l'employeur manifeste, par l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception, prévue par l'article L. 122-14-1 du code du travail, la volonté de résilier le contrat de travail.

Soc., 11 janvier 2007.

Rejet

N° 04-45.250. – C.P.H. Evry, 11 juin 2003.

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

Note

Le présent arrêt s'inscrit dans le cadre de l'évolution de la jurisprudence intervenue en 2005 tant au niveau de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) que de la Cour de cassation sur la détermination de la date à laquelle se situe la rupture du contrat de travail par l'employeur et des effets qui en résultent sur la validité du licenciement.

Depuis un arrêt du 27 janvier 2005, la CJCE affirme que « l'événement valant licenciement est constitué par

la manifestation de la volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail » (CJCE, 27 janvier 2005, affaire n° C-188/03).

De son côté, la Cour de cassation a longtemps considéré que la rupture du contrat de travail, lorsqu'elle était notifiée par lettre recommandée, se situait à la date de la présentation de cette lettre à l'adresse du destinataire (Soc., 17 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 332, p. 256).

Dans la lignée jurisprudentielle de la CJCE, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière (Ass. plén., 28 janvier 2005, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 1, p. 1 et rapport annuel 2005, p. 264) a amorcé un revirement confirmé par un arrêt de principe du 11 mai 2005 (Soc., 11 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 159 (2), p. 136 et rapport annuel 2005, p. 230, commenté au *Bulletin du droit du travail* n° 70, avril-mai-juin 2005, n° 174, p. 44), qui énonce que 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.

La chambre sociale a depuis lors non seulement réaffirmé ce principe mais en a précisé la portée. Ainsi, la chambre décide :

– que l'ancienneté du salarié s'apprécie au jour où l'employeur envoie la lettre recommandée de licenciement, date à laquelle se situe la rupture du contrat de travail. Dès lors, les juges du fond, qui ont constaté que la lettre de licenciement avait été expédiée avant que le salarié n'ait acquis deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, ont pu lui allouer une indemnité inférieure au minimum légal prévu par l'article L. 122-14-4 du code du travail (Soc., 26 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 288 (2), p. 277, commenté au *Bulletin du droit du travail* n° 75, juillet-août-septembre 2006, n° 616, p. 56) ;

– qu'encourt la cassation l'arrêt attaqué qui, pour apprécier si la rupture d'une période d'essai était intervenue avant son terme, prend en considération la réception par le salarié de la lettre de notification (Soc., 28 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 327 p. 318) ;

– que 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 du contrat est nécessairement sans objet (Soc., 20 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 397, p. 383).

Cependant, le principe énoncé n'a aucune incidence sur la détermination du point de départ du préavis qui, conformément aux dispositions de l'article L. 122-14-1 du code du travail, ne court qu'à compter de la date de présentation de la lettre recommandée (Soc., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 327, p. 318).

Le présent arrêt, posant la question de l'application de la loi dans le temps, donne l'occasion à la chambre sociale de préciser sa jurisprudence sur la détermination du point de départ du droit à indem-

nité de licenciement. Un employeur avait envoyé un courrier de licenciement le 6 mai. Le salarié en avait reçu la notification aux alentours du 9 mai. Or, le 7 mai 2002, était entré en vigueur le décret du 3 mai 2002 prévoyant une majoration de l'indemnité de licenciement.

Le décret du 3 mai 2002 était-il applicable à ce licenciement ? La réponse à cette question dépendait de la fixation de la date à laquelle s'apprécient les effets du licenciement.

La Cour de cassation a d'abord estimé que le droit à indemnité de licenciement naissait à la date où le licenciement était notifié et que c'étaient des dispositions légales ou conventionnelles en vigueur à cette date qui déterminaient les droits du salarié (Soc., 11 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 9, p. 6 et les arrêts cités ; Soc., 30 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 106 (3), p. 90).

Mais, revenant sur cette première appréciation, la chambre sociale, dans le présent litige, affirme que le droit à l'indemnité de licenciement naît à compter de la manifestation de volonté de l'employeur de résilier le contrat et non plus à la date de réception de la lettre recommandée notifiant le licenciement. Elle unifie ainsi sa jurisprudence sur la date de la rupture du contrat de travail par l'effet d'un licenciement.

En revanche, il faut préciser que l'évaluation du montant de l'indemnité de licenciement du salarié est faite en tenant compte de l'ancienneté du salarié à l'expiration du contrat, c'est-à-dire à l'expiration normale du préavis même s'il y a eu dispense de l'exécuter (Soc., 30 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 106 (3), p. 90).

3. Résiliation judiciaire

N° 45

En matière de résiliation judiciaire du contrat de travail, sa prise d'effet ne peut être fixée qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant, dès lors qu'à cette date le salarié est toujours au service de son employeur.

Soc., 11 janvier 2007.

Rejet

N° 05-40.626. – C.A. Paris, 14 décembre 2004.

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

Note

Lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail en raison de manquements qu'il impute à son employeur, tout en restant à son service, à quelle date doit être fixée la prise d'effet de cette résiliation ? L'arrêt attaqué l'avait fixée à la date de son prononcé, ce qui était contesté par le pourvoi, qui soutenait que la date de prise d'effet est soit le jour où l'employeur a manqué à ses obligations, soit la date de la demande de résiliation.

La chambre sociale n'avait jamais pris une position tranchée sur la question, si ce n'est en ce qui concerne la résiliation du contrat d'apprentissage, qui peut être fixée par le juge au jour où l'une des parties a manqué à ses obligations ou à celui où la demande de résiliation est formée (Soc., 1^{er} octobre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 249, p. 257).

Mais lorsque le salarié est toujours au service de son employeur le jour où le juge prononce la résiliation, la fixation de sa prise d'effet à une date antérieure au prononcé soulève de sérieuses difficultés. Le contrat de travail, à la différence des autres contrats à exécution successive, comporte en effet, au-delà de la prestation de travail proprement dite, une série d'autres droits concernant la personne du salarié et sa famille : couverture sociale de base, complémentaire, régimes de prévoyance, droit à retraite de base et complémentaire, droits au titre de diverses allocations, etc.

Une application rétroactive de la résiliation du contrat de travail est de nature à remettre en cause tellement d'éléments qu'elle relève donc de ce qu'un arrêt de la première chambre civile du 7 juin 1995 (*Bull.* 1995, I, n° 244, p. 171) qualifiait « d'impossibilité pratique ». Au surplus, dans un nombre non négligeable de cas, notamment lorsque la résiliation prononcée par le premier juge a fait l'objet d'un appel ou lorsque c'est la cour d'appel qui la prononce, les effets de la résiliation pourraient remonter loin dans le temps, aggravant encore les effets pervers de la rétroactivité. Dans la présente affaire, d'ailleurs, la demande de résiliation avait été formée par la salariée le 21 février 2003 pour des faits dont certains remontaient à 1999 ; le conseil de prud'hommes l'avait déboutée le 13 avril 2004 et l'arrêt infirmatif décidant de la résiliation avait été rendu le 14 décembre 2004.

Pour l'ensemble de ces raisons la chambre sociale a donc décidé que la date de prise d'effet de la résiliation du contrat de travail ne pouvait être que celle de son prononcé par le juge dès lors qu'au jour de ce prononcé le salarié est toujours au service de son employeur.

N° 46

Lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation était justifiée. C'est seulement s'il ne l'estime pas fondée qu'il doit statuer sur le licenciement.

Encourt la cassation l'arrêt qui, bien qu'ayant constaté que le salarié avait, le 11 mars 2003, saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, refuse de statuer sur cette demande en raison du fait que son employeur l'avait licencié le 16 juin 2003.

Soc., 7 février 2007.

Cassation

N° 06-40.250. – C.A. Versailles, 6 septembre 2005.

M. Texier, Pt (f.f.). – Mme Quenson, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt s'inscrit dans la question, plus large, de l'articulation des divers modes de rupture du contrat de travail en cas de concours.

Dans le silence du législateur, la Cour de cassation adopte des solutions propres à chaque situation (concoures entre une prise d'acte de la rupture et un licenciement postérieur : Soc., 8 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 194, p. 172 ; entre une prise d'acte de la rupture et une demande de résiliation judiciaire antérieure : Soc., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 321, p. 307 ; entre un licenciement et une demande de résiliation judiciaire postérieure : Soc., 20 décembre 2006, *Bull.* 2006, n° 397, p. 383).

En l'espèce, il s'agit du concours entre une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail effectuée par le salarié et un licenciement qui lui est postérieur mais qui intervient avant que le juge du fond ne se soit prononcé sur la demande de résiliation.

La question qui se pose donc à la cour est de savoir si le licenciement rend sans objet la demande de résiliation judiciaire qui lui est antérieure ou si le juge, dans son office, doit statuer sur la demande de résiliation, même si elle a été suivie d'un licenciement.

La difficulté réside en ce que la demande de résiliation judiciaire n'entraîne pas immédiatement rupture du contrat de travail, à la différence du licenciement.

Dans la présente espèce, la cour d'appel avait refusé de statuer sur la demande de résiliation du contrat présentée par le salarié et l'avait déclarée irrecevable au motif qu'au jour où elle se prononçait, l'employeur avait licencié l'intéressé et que donc le contrat de travail était déjà rompu.

La Cour de cassation avait déjà énoncé à plusieurs reprises (Soc., 16 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 54, p. 48 ; Soc., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 246, p. 215 ; Soc., 26 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 147, p. 143 ; Soc., 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 225, p. 215) que lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur tout en continuant à travailler à son service et que ce dernier le licencie ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat de travail, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation judiciaire est justifiée et c'est seulement lorsqu'elle ne l'est pas qu'il doit se prononcer sur le licenciement.

Par le présent arrêt, la chambre sociale confirme cette solution et, en supprimant la mention selon laquelle le salarié a continué à travailler postérieurement à sa demande de résiliation, lui confère une portée plus générale. La solution a donc vocation à s'appliquer même si le salarié a cessé le travail concomitamment ou postérieurement à sa demande de résiliation.

5. Retraite et préretraite

5.1. Retraite

* Agent de la SNCF

N° 47

Les dispositions de l'article L. 122-14-13 du code du travail issues de la loi du 30 juillet 1987 ne sont pas applicables aux agents de la SNCF, dont la rupture du contrat de travail pour mise à la retraite est régie par le statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel, élaboré conformément au décret du 1^{er} juin 1950 et prononcé dans les conditions prévues par le décret du 9 janvier 1954 pris pour l'application du décret du 9 août 1953 relatif au régime des personnels de l'Etat et des services publics, lequel est intervenu pour l'application des lois du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier et du 21 juillet 1909 relative aux conditions de retraite des personnels des grands réseaux de chemin de fer d'intérêt général.

Soc., 23 janvier 2007.

Rejet

N° 05-41.608. – C.A. Aix-en-Provence, 27 janvier 2007.

Mme Pérony, Pt (f.f.). – Mme Bobin-Bertrand, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Les agents de la SNCF sont régis par un statut élaboré en conformité avec le décret du 9 janvier 1954 relatif au régime des personnels de l'Etat et des services publics. Le statut comprend notamment des dispositions relatives aux conditions de mise à la retraite des agents de la SNCF.

La question posée par la présente affaire était celle de la licéité des dispositions statutaires, considérées par le salarié demandeur comme contraires aux dispositions de l'article L. 122-14-13, issu de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987, et moins favorables qu'elles.

Depuis un arrêt rendu par la chambre sociale le 21 juin 1995 (Soc., 21 juin 1995, *Bull.* 1995, V, n° 205, p. 151), la Cour de cassation affirme que la loi du 30 juillet 1987 n'est pas applicable aux agents de la SNCF, dont la rupture du contrat de travail pour mise à la retraite est régie par le statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel. La Cour réaffirme ce principe de manière constante s'agissant du personnel de la SNCF (Soc., 5 mai 1998, pourvoi n° 95-45.459 ; Soc., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-45.822) et de celui d'EDF-GDF (Soc., 21 juin 1995, *Bull.* 1995, n° 204, p. 150).

Le Conseil d'Etat, devant lequel des salariés d'entreprise à statut ont à plusieurs reprises invoqué la non-conformité des dispositions du décret du 9 janvier 1954 au code du travail et aux principes généraux du droit du travail, a également jugé que les dispositions statutaires relatives à la mise

à la retraite d'office ne méconnaissaient aucun des principes fondamentaux du droit du travail (CE, 3 février 1999, affaire n° 178.785, *Rec. Lebon*, p. 8).

La Cour de cassation, en conformité avec la jurisprudence administrative, réaffirme donc sa position dans le présent arrêt de rejet : dès lors qu'aucun texte légal ne rend applicable aux agents des entreprises à statut les dispositions du code du travail relatives à la mise à la retraite, les règles prévues spécialement par le décret du 9 janvier 1954 en application de la législation du 11 juillet 1953 et du 21 juillet 1909 sont seules applicables à la rupture du contrat de travail pour mise à la retraite d'un agent SNCF.

G. – Action en justice

* Capacité à agir

N° 48

Arrêt n° 1 :

Le dépôt de la liste du nom et du siège social des syndicats qui composent une union, prévu par l'article L. 411-22 du code du travail, ne constituant pas une formalité dont l'absence prive à elle seule cette union de syndicats de l'une de ses conditions d'existence, le tribunal a exactement décidé que l'action de la fédération nationale des syndicats des transports CGT était recevable.

Soc., 28 février 2007.

Rejet

N° 06-60.099. – T.I. Puteaux, 31 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Arrêt n° 2 :

Le dépôt de la liste du nom et du siège social des syndicats qui composent une union, prévu par l'article L. 411-22 du code du travail, ne constituant pas une formalité dont l'absence prive à elle seule cette union de syndicats de l'une de ses conditions d'existence, viole ce texte le tribunal qui, pour déclarer nulle la désignation d'un délégué syndical par la fédération nationale des syndicats des transports CGT, décide que cette absence la privait en revanche de sa capacité à exercer ses prérogatives juridiques.

Soc., 28 février 2007.

**Cassation partielle
sans renvoi**

N° 06-60.150 et 06-60.151. – T.I. Puteaux, 19 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Dans les deux procédures ayant abouti aux arrêts commentés, les faits de l'espèce concernaient une union de syndicats – la Fédération nationale des syndicats des transports CGT (FNST-CGT) –, qui avait désigné divers représentants syndicaux aux

comités d'établissements et au comité central d'entreprise d'une société et dont était contestée la capacité à agir en justice et à exercer ses prérogatives juridiques de syndicat, au motif qu'elle n'avait pas déposé en mairie la liste des noms et sièges sociaux des syndicats la composant, conformément aux dispositions de l'article L. 411-22 du code du travail.

En cette matière, il faut distinguer les formalités nécessaires pour donner au syndicat son existence légale d'autres formalités qui, elles, ne conditionnent pas cette existence.

En application de l'article L. 411-3, alinéa premier, du code du travail, « les fondateurs de tout syndicat professionnel doivent déposer les statuts et les noms de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'administration ou de la direction ». La jurisprudence sanctionne l'inobservation des conditions posées par ce texte, qu'il s'agisse d'un syndicat ou d'une chambre syndicale professionnelle, par l'absence d'existence et la privation de jouissance de la personnalité civile (Soc., 7 mai 1987, *Bull.* 1987, V, n° 293, p. 188 ; Soc., 21 janvier 1988, *Bull.* 1988, V, n° 69, p. 47).

En revanche, l'alinéa 2 de l'article précité, qui dispose que « ce dépôt est renouvelé en cas de changement de la direction ou des statuts », n'est pas considéré par la jurisprudence comme édictant une condition essentielle d'existence de la personnalité morale du syndicat (Soc., 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 144, p. 149 ; Soc., 11 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 131, p. 120).

Concernant les unions de syndicats, l'article L. 411-22 les soumet aux mêmes formalités de constitution que les syndicats et ajoute en outre l'obligation de « faire connaître, dans les conditions prévues à l'article L. 411-3, le nom et le siège social des syndicats qui les composent ». Il s'agissait donc, au travers des espèces soumises à la Cour de cassation, de savoir si cette formalité propre à l'union de syndicats constituait une formalité essentielle, déterminante de l'octroi de la personnalité juridique, auquel cas l'action en justice d'une union ne rapportant pas la preuve d'un tel dépôt serait irrecevable, de même que serait nul l'exercice par l'union de ses prérogatives syndicales (désignation de délégués ou représentants, négociation de protocole préélectoral, présentation de candidats...).

A l'occasion du premier arrêt, se posait la question de la recevabilité de l'action en justice d'une union qui n'avait pas effectué les diligences de l'article L. 411-22 du code du travail (dépôt de la liste des syndicats la composant), mais qui avait satisfait aux exigences de l'article L. 411-3 (dépôt des statuts modifiés) alors même que la preuve du dépôt initial était matériellement difficile à rapporter, en raison de l'ancienneté de la création du syndicat. L'arrêt rapporté précise que l'absence du dépôt de la liste des syndicats la composant, qui n'est pas à elle seule une formalité essentielle, n'affecte pas ses conditions d'existence et que le renouvellement du dépôt des statuts modifiés fait présumer le dépôt initial

des statuts, d'où il découle que l'union a acquis la personnalité civile et que son action en justice est recevable.

Le second arrêt tranche la question de savoir si l'absence de dépôt de la liste du nom et du siège social des syndicats membres de l'union prive l'union de son droit à exercer les prérogatives syndicales que lui reconnaît l'article L. 411-23. Tirant toute conséquence de l'affirmation que l'omission de cette formalité ne prive pas cette union d'existence juridique, l'arrêt décide que de telles circonstances ne lui retirent donc pas sa capacité à jouir des droits syndicaux qu'elle tire de la loi (article L. 411-23 précité) et, plus largement, de sa personnalité morale.

Cette jurisprudence, qui revient sur une décision non publiée du 14 février 2001 (pourvoi n° 99-60.509) subordonnant l'existence légale d'une union de syndicats à l'accomplissement de l'intégralité des formalités légales et notamment au dépôt des noms et sièges sociaux des syndicats qui la composent, est dans la ligne de celle qui affirme l'identité de régime juridique entre les syndicats et les unions pour l'exercice du droit syndical dans les entreprises (Ass. plén., 30 juin 1995, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 5, p. 8) et dans la ligne de celle qui garantit la liberté syndicale, exprimée dans le préambule de la Constitution de 1946.

** Compétence matérielle
du conseil de prud'hommes*

N° 49

Si, selon les articles L. 221-1 et L. 221-2 du code de la sécurité sociale, la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés est un établissement public national à caractère administratif chargé de l'exécution d'une mission de service public, les praticiens-conseils du service de contrôle médical dépendant de ladite caisse sont, ainsi que le prévoit l'article L. 224-7 du même code dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, soumis à un statut de droit privé et régis, sauf dispositions statutaires plus favorables, par le code du travail.

Il résulte de la combinaison de ces textes que le litige individuel opposant, à propos d'une décision de mutation notifiée en janvier 2003, la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés à un médecin-conseil régional, qui fait partie du corps de praticiens-conseils de cette caisse chargé du service de contrôle médical du régime général de la sécurité sociale et se trouvait dans la situation d'un salarié de droit privé titulaire d'un contrat de travail, ressortit de la compétence judiciaire.

Soc., 31 janvier 2007.

Rejet

N° 06-40.362. – C.A. Basse-Terre, 17 octobre 2005.

M. Bailly, Pt (f.f.). – Mme Perony, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Les articles L. 221-1 et L. 221-2 du code de la sécurité sociale disposent que la Caisse nationale de l'assurance maladie est un établissement public national à caractère administratif chargé de l'exécution d'une mission de service public.

Le dernier alinéa de l'article L. 224-7 indique, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, que les praticiens-conseils chargés du service de contrôle médical sont des agents de la Caisse nationale de l'assurance maladie soumis à un statut de droit privé fixé par décret.

L'article 2 du décret n° 69-505 du 24 mai 1969 fixant ce statut précise que les médecins-conseils régionaux font partie du corps des praticiens-conseils.

Or les litiges relatifs au fonctionnement des services administratifs, et notamment ceux opposant le service à ses agents, relèvent traditionnellement de la compétence du juge administratif.

La question posée à la Cour était donc la suivante : le litige individuel opposant, à l'occasion d'une décision de mutation, la Caisse nationale de l'assurance maladie et un médecin-conseil régional chargé du service de contrôle médical relève-t-il de la compétence des juridictions administratives ou judiciaires ?

La chambre sociale avait jugé dans un précédent arrêt du 7 décembre 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 476, p. 354) que « les praticiens-conseils du service de contrôle médical, qui sont des agents de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés soumis à un statut de droit privé, sont régis, sauf dispositions statutaires plus favorables, par le code du travail ».

Le tribunal des conflits a également retenu la compétence du juge judiciaire (Tribunal des conflits, 8 novembre 1982, n° 02266, publié au *Recueil Lebon*), malgré le statut d'établissement public de la CNAMTS (caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés) et alors que les services du contrôle médical qui lui sont rattachés participent directement à l'exécution du service public.

Cette solution a été récemment réaffirmée (Tribunal des conflits, 18 avril 2005, *Bull.* 2005, T, conflits, n° 12, p. 16), par application combinée des dispositions du code de la sécurité sociale relatives au statut de la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) et à celui des praticiens-conseils.

Le présent arrêt s'inscrit dans cette lignée jurisprudentielle en décidant, sur les mêmes fondements que la décision du Tribunal des conflits, que le litige individuel entre la Caisse nationale de l'assurance maladie et un médecin-conseil, relatif à une décision de mutation, relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

** Oralité des débats
en matière prud'homale*

N° 50

L'intimé qui, en l'absence de l'appelante à l'audience où les parties ont été convoquées, soumet oralement ses demandes à la cour d'appel, requiert nécessairement celle-ci de statuer sur le fond.

Les conclusions adressées par l'appelante à l'intimé ne pouvaient suppléer à son absence à l'audience à laquelle elle avait été régulièrement convoquée.

Soc., 14 mars 2007.

Rejet

N° 05-45.414. – C.A. Nancy, 5 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Divialle, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

En l'absence de l'appelant à l'audience où il a été régulièrement convoqué, une cour d'appel ne peut statuer au fond que si elle en est requise. Toutefois, la partie présente à l'audience qui soutient oralement ses demandes requiert nécessairement la juridiction de statuer au fond.

Cette position constitue une évolution par rapport aux arrêts précédents, qui avaient tous été rendus dans des affaires où tant l'appelant que l'intimé étaient absents à l'audience d'appel. Lorsque que l'intimé est présent, l'on suppose que par là-même il requiert la cour d'appel de se prononcer au fond.

En matière de procédure orale, les conclusions écrites ne valent qu'autant qu'elles sont soutenues à l'audience. Elles ne peuvent suppléer la carence de leur auteur, absent quoique régulièrement convoqué à l'audience, même si elles ont été adressées à son contradicteur.

** Péremption de l'instance*

N° 51

Dès lors que le magistrat chargé d'instruire l'affaire a, en application de l'article 940 du nouveau code de procédure civile, ordonné aux parties d'accomplir des diligences procédurales, le délai de péremption court à compter de la notification de la décision.

La seule existence d'une procédure pénale en cours n'a pas pour effet d'entraîner la suspension du délai de péremption.

Soc., 27 mars 2007.

Rejet

N° 05-43.459. – C.A. Paris, 1^{er} février 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Divialle, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note

Selon les dispositions de l'article 386 du nouveau code de procédure civile, l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans.

En ce qui concerne les instances prud'homales, aux termes de l'article R. 516-3 du code du travail « l'instance n'est périmée que lorsque les parties s'abstiennent d'accomplir, pendant le délai de deux ans mentionné à l'article 386 du nouveau code de procédure civile, les diligences qui ont été expressément mises à leur charge par la juridiction ».

En l'espèce, un salarié avait interjeté appel de la décision d'un conseil de prud'hommes. Le magistrat chargé d'instruire l'affaire devant la cour d'appel avait ordonné sa radiation et, en vertu de l'article 940 du nouveau code de procédure civile, dit qu'elle ne pourrait être rétablie au rôle qu'au vu du bordereau de communication de pièces et d'un exposé écrit des demandes de l'appelant et de ses moyens, ou de ceux de la partie la plus diligente, et que ces diligences étaient prescrites à peine de péremption d'instance. Puis, trois années plus tard, le salarié ayant sollicité la réinscription de l'affaire au rôle, la cour d'appel avait constaté la péremption de l'instance.

Le salarié contestait cette décision par deux moyens.

Le premier moyen portait sur le point de départ du délai de péremption. Il est de jurisprudence constante que le délai de péremption prévu à l'article R. 561-3 du code du travail ne commence à courir qu'à compter de la date impartie aux parties pour accomplir les diligences mises à leur charge par la juridiction (Soc., 22 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 30, p. 23 ; Soc., 28 octobre 1998, *Bull.* 1998, n° 466, p. 348 et Soc., 9 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 82, p. 71).

Le demandeur au pourvoi, par un raisonnement *a contrario*, déduisait de cette jurisprudence que la péremption ne commençait à courir qu'à compter de la date impartie aux parties pour accomplir les diligences, le délai de péremption n'ayant jamais commencé à courir puisque la juridiction, dans son ordonnance de radiation, n'avait fixé aucune date pour l'accomplissement des diligences.

Le problème de droit qui était posé pour la première fois à la chambre sociale était donc de déterminer si le délai de péremption de l'instance commençait à courir lorsque la juridiction avait mis à la charge des parties des diligences, mais sans préciser de date pour l'accomplissement de celles-ci ; et dans l'affirmative, de préciser le point de départ de ce délai.

L'article R. 561-3 du code du travail ne faisant pas de la fixation d'une date pour l'accomplissement des diligences une condition pour que le délai de prescription commence à courir, la chambre sociale en déduit que dès lors que le juge impose aux parties des diligences à accomplir, l'inaction durant deux années des parties est sanctionnée par la péremption de l'instance. Lorsqu'aucune date n'a été fixée

pour l'accomplissement de ces diligences, le délai de péremption court à compter de la notification de la décision et lorsqu'une date est fixée, elle constitue le point de départ du délai.

Dans son second moyen, le salarié invoquait la suspension de délai de prescription. En effet, devant la cour d'appel, le salarié avait sollicité le renvoi de l'affaire à six mois en raison d'une instance pénale en cours, son adversaire ne s'y était pas opposé. Le magistrat chargé d'instruire l'affaire avait rendu l'ordonnance de radiation détaillée ci-dessus. Le salarié faisait valoir que le délai de péremption d'instance devait être considéré comme suspendu puisque les deux parties avaient demandé à la juridiction de suspendre l'instance prud'homale jusqu'à l'issue de l'instance pénale et que celle-ci avait accédé à leur demande.

La Cour de cassation rejette cet argument en reprenant la solution dégagée dans un arrêt du 17 juin 1998 (2^e Civ., *Bull.* 1998, II, n° 198, p. 116) dans lequel elle affirmait déjà clairement que « l'existence d'une instance pénale ne dispensait pas les parties d'accomplir les diligences interruptives de la péremption de l'instance et que l'accord des parties et du conseiller de la mise en état sur le renvoi d'une affaire ne saurait constituer une décision de sursis à statuer de nature à interrompre le délai de péremption ».

Ainsi, en l'espèce, aucune décision de sursis à statuer n'ayant été prononcée, la seule existence d'une procédure pénale en cours n'a pas pour effet d'entraîner la suspension du délai de péremption.

* Prescription

N° 52

Prive sa décision de base légale, au regard de l'article 2 de l'accord de siège conclu entre une banque ayant le statut d'organisation internationale et l'Etat de Côte d'Ivoire et de l'article 3 du code civil, la cour d'appel qui juge irrecevable, comme prescrite, l'action formée par un salarié en paiement des indemnités résultant de la rupture de son contrat de travail, alors d'une part que les dispositions du règlement du personnel de la banque relatives à la prescription des réclamations pécuniaires qui lui sont présentées par ses salariés sont inopposables au salarié dont l'action devant une juridiction étatique a été jugée recevable en vertu du droit d'accès à un juge chargé de se prononcer sur sa prétention et alors d'autre part qu'il lui appartenait de rechercher le contenu de la loi ivoirienne applicable, dès lors qu'elle avait constaté que l'intéressé était affecté au siège de l'établissement à Abidjan et qu'il s'était trouvé privé de toute action judiciaire à compter de la décision du 16 juin 1999 du tribunal administratif de la banque se déclarant incompétent pour connaître des demandes antérieures à sa création.

Soc., 11 janvier 2007.

Cassation

N° 05-40.157. – C.A. Paris, 30 mars 2004.

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

Note

La présente affaire oppose la Banque africaine de développement (BAD), organisation internationale, et l'un de ses anciens salariés, de nationalité française : ce dernier, licencié en 1995, avait saisi le tribunal administratif interne d'une contestation de son licenciement. Le tribunal administratif ayant déclaré ce recours irrecevable, dès lors qu'il n'était pas compétent pour statuer sur les litiges antérieurs au 1^{er} janvier 1998 (date de sa création). Le salarié a donc saisi en 1999 le juge prud'homal.

C'est la deuxième fois que ce litige est porté devant la Cour de cassation. En effet, la chambre sociale avait déjà été amenée à statuer sur la compétence du juge français : elle avait, dans un arrêt du 25 janvier 2005, reconnu la compétence de la juridiction française malgré l'immunité de juridiction soulevée par la BAD, en se fondant sur le droit à l'accès au juge et l'existence d'un rattachement avec la France (Soc., 25 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 16, p. 13, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 69, janvier-février-mars 2005, n° 98, p. 88).

Dans le présent pourvoi, la décision de la cour d'appel de renvoi était contestée en ce que les juges du fond avaient accueilli la fin de non-recevoir soulevée par la Banque sur le fondement de la prescription de l'action du salarié.

En effet, l'article 4-12 du règlement du personnel de la Banque dans sa rédaction applicable au litige stipule que les membres du personnel ne peuvent obtenir le paiement des indemnités, primes ou autres versements auxquels ils ont droit que s'ils en font la demande par écrit dans les douze mois qui suivent la date à laquelle ils auraient dû recevoir le dernier versement. La Banque soutenait que ce délai de prescription était applicable à la saisine d'une juridiction étatique. Les juges du fond ont approuvé ce raisonnement en jugeant l'action prescrite.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si le délai d'un an prévu par l'article 4-12 du règlement du personnel est un délai de prescription susceptible de s'appliquer à l'action en justice formée par un salarié devant une juridiction étatique concernant la rupture de son contrat de travail.

La chambre sociale répond par la négative en invoquant, comme dans le premier arrêt du 25 janvier 2005, le principe du droit d'accès au juge : dès lors que l'action du salarié a été jugée recevable devant une juridiction étatique en l'absence d'une autre juridiction de l'ordre international compétente pour se prononcer sur sa prétention, il ne pouvait lui être opposé le délai de prescription instauré par un règlement interne du personnel.

L'action ainsi déclarée recevable ne se trouve pas pour autant exempte de tout délai de prescription : il appartient aux juges du fond de rechercher le délai institué par la loi applicable au regard des condi-

tions d'exécution du contrat de travail. En l'espèce, le salarié étant affecté au siège de l'établissement à Abidjan, il convenait de se référer au délai de prescription prévu par la loi ivoirienne.

La chambre sociale reproche donc aux juges du fond de ne pas avoir recherché le contenu de la loi ivoirienne, en précisant que le salarié « *s'était trouvé privé de toute action judiciaire à compter de la décision du 16 juin 1999 du tribunal administratif de la BAD* », laissant ainsi entendre que c'est à compter de cette date qu'a commencé à courir le délai de prescription.

Avec cette décision, la Cour de cassation rappelle que l'application des règles internationales ne peut faire échec au principe du droit du salarié de soumettre son litige à un juge, qui, par défaut, sera le juge national du lieu de rattachement du salarié.

* *Qualité à agir*

N° 53

Le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ou de se joindre à l'action de ces derniers, lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause.

Soc., 14 mars 2007.

Rejet

N° 06-41.647. – C.A. Besançon, 31 janvier 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

Confirmation d'une jurisprudence antérieure (Soc., 18 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 110, p. 78) : la capacité juridique du comité d'entreprise n'étant destinée qu'à lui permettre d'exercer les attributions que la loi lui accorde, elle ne lui confère le pouvoir d'agir en justice que pour la défense de ses intérêts propres, c'est-à-dire lorsque cette action est destinée à protéger son fonctionnement, ses prérogatives ou ses ressources. Il a certes été admis que le comité d'entreprise pouvait s'associer à une action engagée par des organisations syndicales pour demander en justice l'exécution d'un accord collectif, mais la recevabilité de cette action s'expliquait par le fait que le comité était lui-même signataire de l'accord en cause (Soc., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 238, p. 227), alors qu'une telle voie ne lui est pas ouverte lorsqu'il n'est pas intervenu à l'accord collectif en cause (Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 278, p. 266).

En 2005, des cours d'appel avaient néanmoins reconnu au comité d'entreprise la possibilité de contester en justice la validité d'une opération d'externalisation, au regard de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail. Cette solution est ici écartée parce que le monopole de l'action en justice pour la défense des intérêts des salariés appartient légalement aux organisations syndicales. Cela ne signifie pas pour autant que le comité d'entreprise

est privé de tout pouvoir de contester la réalité d'un transfert d'entreprise décidé par l'employeur. Il ne peut toutefois le faire que s'il justifie que cette mesure est de nature à affecter son fonctionnement, ses prérogatives ou ses ressources, ce qui n'est pas exclu. Il ne peut en revanche s'associer, comme en l'espèce, à une demande de syndicats et de salariés tendant à l'annulation de conventions conclues entre des employeurs et des salariés et organisant un changement d'employeur, sans justifier au préalable que ces conventions portent atteinte à ses propres intérêts.

* *Unicité de l'instance*

N° 54

L'exigence d'un procès équitable impose, au regard de l'unicité de l'instance, que le désistement d'appel soit accepté par la partie qui a formulé un appel incident ou des demandes incidentes par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement.

Dès lors doivent être cassés les arrêts qui décident que l'appel incident (arrêt n° 1) et les demandes incidentes (arrêt n° 2) sont irrecevables en raison du désistement, alors qu'il résultait de leurs constatations que des conclusions écrites d'appel incident (arrêt n° 1) ou un écrit contenant des demandes nouvelles (arrêt n° 2) étaient parvenus au greffe avant le désistement de l'appel principal.

Arrêt n° 1 :

Soc., 14 mars 2007.

Cassation partiellement sans renvoi

N° 05-43.351. – C.A. Aix-en-Provence, 30 mars 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Arrêt n° 2 :

Soc., 14 mars 2007.

Cassation partielle partiellement sans renvoi

N° 05-42.379. – C.A. Lyon, 16 mars 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

Note

Ces deux arrêts posent la question récurrente de l'articulation des règles du nouveau code de procédure civile qui régissent la procédure devant les juridictions statuant en matière prud'homale (article R. 516-0 du code du travail) et des règles spécifiques contenues dans ce code, et notamment celle de l'unicité de l'instance (R. 516-1), qui a pour corollaire la recevabilité des demandes nouvelles même en cause d'appel (R. 516-2), et celle de l'oralité des débats (R. 516-6).

La chambre sociale affirme depuis longtemps que « *le désistement d'instance et d'appel est régi par les dispositions du nouveau code de procédure civile*

communes à toutes les juridictions, auxquelles il n'est pas dérogé par les dispositions du code du travail particulières aux juridictions statuant en matière prud'homale » (27 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.940 ; 29 avril 2003, pourvoi n° 01-41.631) ; elle précise ainsi (9 octobre 1986, pourvoi n° 83-45.747) que « les dispositions de l'article R. 516-2, alinéa 2, du code du travail, qui n'ont d'autre objet que de préciser les conditions dans lesquelles, en cours d'instance, les juridictions prud'homales, même en cause d'appel, connaissent des demandes reconventionnelles, n'apportent aucune dérogation à celles des articles 400 et suivants du nouveau code de procédure civile relatifs au désistement d'appel ».

La chambre sociale en tirait les conséquences que le désistement d'appel régi par l'article 401 du nouveau code de procédure civile, qui dispose qu'il 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, produisait immédiatement son effet extinctif dès lors qu'il était enregistré ou déposé au greffe avant tout appel ou toute demande incidents (14 juin 1989, pourvoi n° 86-43.092 ; 27 novembre 2001 et 29 avril 2003 déjà cités).

Mais quel effet donner alors à l'appel ou à la demande incidents formulés par écrit et déposés au greffe avant le désistement ?

La chambre sociale, faisant produire son effet au principe de l'oralité des débats posé par l'article R. 516-6 du code du travail, leur a d'abord dénié tout effet : elle jugeait que le désistement avait produit immédiatement son effet extinctif antérieurement à l'ouverture des débats et que « la demande reconventionnelle est nécessairement postérieure dès lors qu'elle n'a pu être valablement formulée qu'à l'audience en raison du caractère oral de la procédure » (9 avril 2002, pourvoi n° 00-42.608, 17 mai 2005, pourvoi

n° 03-43.195, commentaire R. Perrot, droit judiciaire, *RTD civ.*, juillet septembre 2005) et que « s'agissant d'une procédure orale, l'appel incident ne pouvait résulter de conclusions écrites transmises au greffe et que l'effet extinctif produit par le désistement d'appel, intervenu sans réserve à l'audience, rendait irrecevable l'appel incident formé postérieurement » (20 juin 2002, pourvoi n° 00-644.061 et 19 janvier 2005, pourvoi n° 02-42.688).

Puis, par un arrêt de principe du 5 juillet 2005 (pourvoi n° 02-47.233), elle a décidé que « nonobstant le principe de l'oralité des débats en matière prud'homale, l'appel incident peut être régulièrement formé par dépôt ou envoi au greffe de conclusions valant déclaration d'appel » et que le désistement ne pouvait être parfait alors que l'appel incident avait été formé avant le désistement de l'appelant principal ; cette position a été réaffirmée dans deux arrêts du 7 décembre 2005 (pourvoi n° 03-45.344) et du 15 décembre 2006 (pourvoi n° 05-41.468).

Enfin, dans les présents arrêts, la chambre sociale franchit un pas supplémentaire et affirme, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que lorsque des conclusions écrites d'appel incident (arrêt n° 1) ou un écrit contenant des demandes nouvelles (arrêt n° 2) étaient parvenus au greffe avant le désistement de l'appel principal, l'exigence d'un procès équitable impose, au regard du principe de l'unicité de l'instance, que le désistement soit accepté par l'auteur de l'appel incident (arrêt n° 1) ou de la demande incidente (arrêt n° 2) : elle affirme ainsi sa volonté de rétablir l'égalité des armes entre les parties au regard des règles particulières à la procédure prud'homale qui, combinées avec les règles de droit commun, ne doivent pas devenir un obstacle aux droits de celles-ci à ce que leur cause soit entendue.

COURS ET TRIBUNAUX

A. – Contrat de travail, organisation et exécution

1. *Emploi et formation*

* *Caractérisation du contrat de travail*

N° 55

Deux époux membres d'une communauté religieuse ayant saisi la juridiction prud'homale aux fins de constatation de l'existence d'une relation de travail, la cour d'appel, après avoir retenu que ceux-ci avaient explicitement déclaré leur intention de s'intégrer à cette communauté et de se soumettre à ses règles de vie et accepté d'exécuter les tâches correspondant à ses objectifs auxquels ils avaient personnellement adhéré, a décidé que cette situation excluait tout lien de subordination et qu'ils ne pouvaient, en conséquence, se prévaloir d'un contrat de travail, nonobstant la remise de bulletins de salaires.

C.A. Limoges (ch. soc.), 16 janvier 2007. – R.G. n° 06/1005.

M. Leflaive, Pt. – M. Nervé, Mme Dubillot-Bailly, Conseillers.

N° 56

Caractérise le lien de subordination l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ; l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

Dès lors que, contrairement à ce que soutient la société de vente à domicile, est établie l'existence d'un lien de subordination entre elle-même et le démonstrateur, peu important la question de savoir si les contrats et avenants conclus entre les parties sont ou non conformes à la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 dans ses dispositions relatives aux travailleurs indépendants effectuant le démarchage à domicile, la société exerçant son autorité sur

le démonstrateur en lui donnant ordres et directives et en contrôlant leur exécution, notamment en réunissant de nombreux témoignages en vue de constituer une preuve des propos dénigrants reprochés au démonstrateur et de les sanctionner, est bien fondé le contredit, formé par le démonstrateur, du jugement du conseil des prud'hommes se déclarant matériellement incompétent.

C.A. Versailles (6^e ch.), 10 octobre 2006. – R.G. n° 06/01090.

M. Ballouhey, Pt. – Mme Biondi, M. Liffran, Conseillers.

N° 57

L'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leurs conventions, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité. Nonobstant les apparences résultant de l'existence d'un contrat écrit, de la délivrance des fiches de paie et d'une procédure de licenciement, il ne peut y avoir réel contrat de travail que si la personne concernée exerce son activité sous un lien de subordination et, notamment en cas de coexistence d'un mandat social et d'un contrat de travail apparent, que si des fonctions techniques distinctes sont réellement exercées séparément sous un lien de subordination.

C.A. Lyon (ch. soc.), 30 mars 2006. – R.G. n° 05/02516.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie, Mme Vilde, Conseillers.

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

* *Modification des conditions de travail*

N° 58

S'il est de principe que le changement des horaires de travail constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise, il en va autrement quand le changement d'horaires décidé par l'employeur est d'une nature ou d'une importance telles qu'il apporte un véritable bouleversement des conditions de travail, objectivement appréciable.

Dans cette hypothèse, le changement d'horaires constitue une modification du contrat de travail qui doit être soumise comme telle à l'accord préalable du salarié.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 10 octobre 2006. – R.G. n° 05/00968.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe, M. Frouin, Conseillers.

N° 59

Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur peut changer les conditions de travail du salarié, notamment en modifiant ses horaires de travail, et n'a pas à rapporter la preuve de ce que le changement intervenu est conforme à l'intérêt de l'entreprise, dont l'appréciation échappe au contrôle du juge du contrat de travail.

Dès lors, l'employé qui refuse de travailler désormais le samedi adopte une attitude rendant impossible la poursuite de la relation de travail.

C.A. Lyon (ch. soc.), 9 février 2005. – R.G. n° 01/05459.

M. Joly, Pt. – M. Defrasne, Mme Lefebvre, Conseillers.

N° 60

Dès lors que la mobilité est inhérente aux fonctions d'une salariée, le changement de son secteur d'activité ne constitue qu'un changement de ses conditions de travail.

En conséquence, le refus qu'elle oppose à un tel changement constitue une faute, sauf s'il est démontré que la décision de l'employeur n'est pas guidée par l'intérêt de l'entreprise mais résulte d'une intention de nuire ou d'une légèreté blâmable.

Ainsi, l'employeur qui, après avoir fait connaître à la salariée son opposition à sa demande de congé parental à temps partiel, a décidé de modifier son secteur de prospection, la contraignant ainsi à des déplacements plus importants malgré sa situation familiale, et qui ne justifie pas par des éléments objectifs de l'absence de poste vacant sur le secteur précédemment attribué à la salariée ou des circonstances expliquant son choix de maintenir son remplaçant dans le poste qu'elle occupait avant son départ en congé maternité, ne démontre pas que la modification de son secteur répondait à une nécessité, son licenciement étant par conséquent dépourvu de cause réelle et sérieuse.

C.A. Lyon (ch. soc.), 14 mars 2005. – R.G. n° 02/01900.

Mme Fouquet, Pte. – Mmes Morin et Durand, Conseillères.

F. – Rupture du contrat de travail

2. Licenciement

2.2. Imputabilité de la rupture et motifs de la rupture

* *Insuffisance professionnelle*

N° 61

L'insuffisance professionnelle peut être définie, en l'absence d'objectifs contractuellement définis, comme l'incapacité objective, non fautive et durable, d'un salarié à accomplir correctement la prestation de travail pour laquelle il est employé, c'est-à-dire conformément à ce que l'on est fondé à attendre d'un salarié moyen ou ordinaire employé pour le même type d'emploi et avec la même qualification.

Par ailleurs, l'article L. 930-1 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 4 mai 2004 dispose que l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

Il en résulte que l'insuffisance professionnelle n'est caractérisée que pour autant qu'il est justifié par l'employeur qu'il a satisfait aux obligations de l'article L. 930-1 du code du travail.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 17 octobre 2006. – R.G. n° 06/00795.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe, M. Frouin, Conseillers.

N° 62

Aux termes de l'article L. 122-14-2 du code du travail, l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement. Il appartient au juge d'apprécier le caractère sérieux et réel des motifs invoqués par l'employeur.

La cour d'appel a souverainement apprécié que le manque de confidentialité résultant d'un acte involontaire de la part de l'employé qui laisse des documents sur un balcon extérieur d'où ils se sont envolés ne caractérise pas une insuffisance professionnelle permettant de fonder son licenciement.

C.A. Lyon (ch. soc.), 31 mars 2006. – R.G. n° 05/04176.

Mme Panthou-Renard, Pte. – Mme Devalette, M. Cathelin, Conseillers.

N° 63

Il est de règle que l'insuffisance professionnelle ne présente pas un caractère fautif. Si donc un licenciement est prononcé à raison des mêmes faits pour faute et insuffisance professionnelle, il y a lieu de

considérer qu'il est prononcé pour un motif disciplinaire et il revient alors à l'employeur d'établir un manquement fautif du salarié à ses obligations.

Dès lors, si une faute est alléguée au soutien du licenciement et que l'employeur ne peut justifier d'aucune faute à la charge du salarié, le licenciement fondé sur les faits ne caractérisant qu'une insuffisance professionnelle est sans cause réelle et sérieuse.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 24 janvier 2006. – R.G. n° 04/01809.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe, M. Frouin, Conseillers.

N° 64

La lettre de licenciement peut mentionner les différentes fautes et insuffisances reprochées au salarié. Toutefois, après avoir retenu une faute lourde ou grave pour en déduire les sanctions qui s'y attachent - privation des indemnités de congé payés, de préavis et de licenciement - l'employeur qui n'établit pas les manquements justifiant ce licenciement disciplinaire ne peut choisir de fonder le renvoi sur l'insuffisance professionnelle du salarié, car celle-ci ne relève pas des causes disciplinaires et, par conséquent, n'autorise pas la rupture immédiate du contrat de travail et la privation des indemnités précitées.

C.A. Versailles (6^e ch.), 6 décembre 2005. – R.G. n° 05/01471.

M. Ballouhey, Pt. – Mme Doroy, M. Liffra, Conseillers.

* *Faute grave*

N° 65

Le fait, pour un caissier, de remettre à plusieurs reprises sciemment à son employeur des pièces comptables dont il altère la teneur, tant intellectuelle

que matérielle, constitue une violation des obligations résultant du contrat de travail d'une gravité telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis.

Dès lors, l'intention de nuire à l'employeur n'étant pas établie, il y a lieu de requalifier le licenciement prononcé pour faute lourde en licenciement pour faute grave.

C.A. Nouméa (ch. soc.), 14 juin 2006. – R.G. n° 04/509.

M. Stoltz, Pt. – M. Potee, Mme Amaudric du Chaffaut, Conseillers.

N° 66

Les manifestations de l'attitude indécente d'un salarié, responsable de magasin, à l'égard de plusieurs collègues féminines, vendeuses, constitue une faute grave rendant impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis.

Dès lors, des faits commis par un responsable de magasin usant de sa qualité pour harceler et effectuer des pressions sur les vendeuses en position d'infériorité professionnelle sont constitutifs d'une faute grave.

C.A. Lyon (ch. soc.), 4 janvier 2006. – R.G. n° 04/04651.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie, Mme Vilde, Conseillers.

N° 67

L'utilisation, à l'insu de l'employeur, d'un véhicule de l'entreprise à des fins personnelles, ayant conduit, de manière prévisible, à une grave détérioration de l'engin, constitue une faute grave.

C.A. Nouméa (ch. soc.), 12 avril 2006. – R.G. n° 05/470.

M. Stoltz, Pt. – M. Potee, Mme Amaudric du Chaffaut, Conseillers.

COMMENTAIRES
ET DOCTRINE

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

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

3. Modification dans la situation de l'employeur

* Cession d'unité de production

Pierre Bailly, « A propos de deux applications controversées de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail », *in RJS 2/07*, p. 115.

Yves Chagny, « La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services », *in Revue du Droit du travail*, février 2007.

B. – Durée du travail et rémunération

1. Durée de travail, repos et congé

* Temps de travail - temps effectif

Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, « L'impact des TIC sur la durée et les rythmes de travail », *in JCP 2007, éd. sociale*, n° 11, n° 1168, p. 11.

2. Rémunération

* Salaire (« à travail égal, salaire égal »)

Catherine Puigelier, « Principe "à travail égal, salaire égal" » et règles applicables en matière de droit de la preuve », observations sous Soc., 17 octobre 2006, *in JCP éd. générale*, n° 4, 24 janvier 2007, II, n° 10013, p. 42.

C. – Santé et sécurité au travail

2. Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail

Gwennaëlle François, « Le droit au maintien des prestations différées et la résiliation du contrat de prévoyance collective », note sous Soc., 16 janvier 2007, *Bull. 2007, V, n° 7*, p. 6, *in Recueil Dalloz 2007*, n° 15, p. 1060.

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

2. Représentant du personnel

* Comité d'entreprise

Raymonde Vatinet, « Les droits d'information du comité d'entreprise remanié (loi n° 2006-1770, 30 décembre 2006, article 27 à 31) », *in JCP, éd. sociale*, n° 6/2007, 6 février 2007, p. 9.

3. Conflits collectifs du travail

* Grève

Raymonde Vatinet, « Sur la grève en escale des pilotes de ligne », note sous Ass. plén., 23 juin 2006, *Bull. 2006, Ass. plén.*, n° 7, p. 15, *in JCP, éd. entreprise et affaires*, n° 3, 18 janvier 2007.

F. – Rupture du contrat de travail

5. Retraite et préretraite

* Retraite

Julien Cortot, « Effets d'une mise à la retraite irrégulière », observations sous Soc., 21 décembre 2006, *Bull. 2006, V, n° 412*, p. 399, *in Recueil Dalloz 2007*, n° 4, p. 217.

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) : **220,60 €** (2)
- Au bulletin des arrêts de la chambre criminelle, pour une durée d'un an (référence d'édition 29) : **152,10 €** (2)
- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an (référence d'édition 91) : **91,80 €** (2)
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an (référence d'édition 97) : **15 €** (2)
- A l'index annuel des arrêts civils, pour une durée d'un an (référence d'édition 81) : **19 €** (2)
- A la table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an (référence d'édition 87) : **14,90 €** (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) : **470,40 €** (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) Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2007, frais de port inclus.

197070770-000707 – 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 : PPA Paris



**Direction
des Journaux
officiels**

26, rue Desaix
75727 Paris
cedex 15

renseignements :
01 40 58 79 79

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :

par courrier

par télécopie :

01 45 79 17 84

sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr

Prix : 5,20 €
ISSN 0992-6623