

# Droit *du travail*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

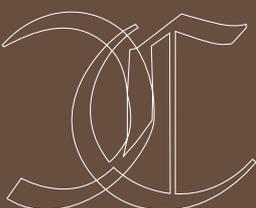


*Publication  
trimestrielle*

*Avril  
Mai  
Juin  
2007*

N° 78

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**

  
COUR DE CASSATION

# COUR DE CASSATION

## DROIT DU TRAVAIL

---

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – DOCTRINE



# Table des matières

## JURISPRUDENCE

### COURS EUROPÉENNES

	<u>Page</u>
I. – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME.....	3
<b>A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail</b>	<u>Numéro</u>
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Pouvoir de direction de l’employeur - limites.....	68
	<u>Page</u>
II. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES .....	4
	<u>Numéros</u>
II.1. – COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	
<b>C. – Santé et sécurité au travail</b>	
1. Obligation de sécurité pesant sur l’employeur .....	69

### TRIBUNAL DES CONFLITS

<b>A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail</b>	
4. <i>Contrat particulier</i>	
* Agent d’un établissement public bénéficiant d’un statut de droit privé .....	70
5. <i>Statuts professionnels particuliers</i>	
* Agent contractuel de l’Agence nationale pour l’emploi .....	71

### COUR DE CASSATION (\*)

	<u>Page</u>
I. – AVIS, ARRÊTS D’ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET DE CHAMBRE MIXTE DE LA COUR DE CASSATION	
Arrêt du 18 mai 2007 rendu par la chambre mixte .....	9

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

	<u>Page</u>
II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES .....	35
	<u>Numéros</u>
<b>A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail</b>	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Contrats à durée déterminée .....	72 à 74
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Clause de mobilité .....	75
* Clause de non-concurrence .....	76
* Pouvoir de direction de l'employeur .....	77
* Travail dissimulé .....	78
3. <i>Modification dans la situation juridique de l'employeur</i>	
* Transfert d'une unité économique .....	79
* Transfert d'entreprise .....	80
4. <i>Contrats particuliers</i>	
* Contrat emploi-jeune .....	81
* Travail intermittent .....	82
5. <i>Statuts particuliers</i>	
* Employé de maison .....	83
* Fonctionnaire et agent public .....	84-85
* Gérant de succursale .....	86
* Travailleur à domicile .....	87
<b>B. – Durée du travail et rémunération</b>	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Horaires d'équivalence .....	88
* Réduction du temps de travail .....	89-90
* Repos compensateur .....	91
* Repos hebdomadaire et jours fériés .....	92
* Durée du travail .....	93
2. <i>Rémunérations</i>	
* Intéressement et participation .....	94-95
* Salaire (« à travail égal, salaire égal ») .....	96
* Salaire (modalités de paiement) .....	97
<b>C. – Santé et sécurité au travail</b>	
2. <i>Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail</i>	
* Contrat de prévoyance .....	98
<b>D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail</b>	
3. <i>Conflits collectifs du travail</i>	
* Grève .....	99
<b>E. – Représentation du personnel et élections professionnelles</b>	
1. <i>Election professionnelle</i>	
* Contentieux des élections professionnelles .....	100

2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.2. Institutions représentatives du personnel	
* Comité d'entreprise et d'établissement .....	101
* Représentant et délégué syndical .....	102
* Syndicat - activité syndicale .....	103
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre le licenciement .....	104
<b>F. – Rupture du contrat de travail</b>	
1. <i>Prise d'acte de la rupture</i>	
* Effet de la prise d'acte .....	105
2. <i>Licenciements</i>	
2.3. Licenciements disciplinaires	
* Faute grave .....	106
2.4. Licenciement économique	
* Insuffisance du plan social .....	107
* Irrégularité affectant la procédure de consultation.....	108
3. <i>Résiliation judiciaire</i> .....	109
4. <i>Démission</i>	
* Définition.....	110
5. <i>Retraite et préretraite</i>	
5.1. Retraite	
* Régime de retraite supplémentaire à cotisations patronales .....	111
<b>G. – Action en justice</b>	
* Appel (décision susceptible) .....	112
* Appel (recevabilité) .....	113
* Compétence judiciaire .....	114
* Compétence territoriale du conseil de prud'hommes.....	115
* Preuve .....	116-117
* Preuve - moyens de preuve (licéité ou non).....	118-119
* Preuve - documents de l'entreprise.....	120
* Procédure .....	121
* Syndicat - droit d'action .....	122

## COURS ET TRIBUNAUX

Numéros

<b>B. – Durée du travail et rémunération</b>	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Congés payés .....	123 à 125
<b>C. – Santé et sécurité au travail</b>	
2. <i>Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail</i>	
* Protection contre le licenciement .....	126
<b>E. – Représentation du personnel et élections professionnelles</b>	
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.2. Institution représentative	
* Délégués du personnel .....	127 à 129

## **F. – Rupture du contrat de travail**

### *2. Licenciements*

#### 2.4. Licenciement économique

* Définition .....	130
* Défaut de cause réelle et sérieuse .....	131
* Licenciements collectifs .....	132 à 134

## **COMMENTAIRES ET DOCTRINE**

Page 77

# JURISPRUDENCE



# COURS EUROPÉENNES

## I. – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

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

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

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

N° 68

L. C. c/ Royaume-Uni

Arrêt du 3 avril 2007 (requête n° 62617/00)

#### Faits :

La requérante, qui était employée par le « Carmarthenshire Collège », organe établi et géré par l'Etat, est devenue, en 1995, l'assistante personnelle du principal du collège. A ce titre, elle travaillait en étroite collaboration avec le principal adjoint nouvellement nommé.

Elle s'est aperçue que, à son insu et à l'initiative dudit principal adjoint, ses appels téléphoniques, ses courriels et l'usage qu'elle faisait d'internet sur son lieu de travail étaient l'objet de surveillance, et ce alors qu'il n'y avait pas, dans l'établissement, de politique générale de surveillance des appels téléphoniques, courriels et usage d'internet.

#### Grief

La requérante soutenait qu'une telle surveillance était contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel dispose :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire

à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Le gouvernement, en défense, soutenait que le but de cette surveillance était de vérifier si la salariée faisait un usage excessif des équipements du collège pour des raisons personnelles.

#### Dispositif

La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, les appels téléphoniques passés depuis le lieu de travail sont couverts par la notion de « vie privée » et de « correspondance » de l'article 8 et qu'il s'ensuit logiquement que les courriels envoyés et reçus depuis son poste de travail et les informations sur l'usage qu'un employé fait d'internet doivent recevoir une protection similaire.

La Cour estime donc que la collecte et la conservation d'informations personnelles concernant l'utilisation faite par la requérante du téléphone, du courrier électronique et d'internet sur son lieu de travail, et à son insu, constitue une ingérence dans l'exercice par l'intéressée de son droit au respect de sa vie privée et de sa correspondance et que cette ingérence n'était pas « prévue par la loi », puisqu'aucune disposition de droit interne en vigueur à l'époque des faits ne régissait cette surveillance.

La Cour reconnaît qu'il peut parfois être légitime pour un employeur de surveiller et de contrôler l'utilisation du téléphone et d'internet par un employé, mais elle n'est pas appelée en l'espèce à examiner si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique ».

Elle dit à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

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

### II.1. – Cour de justice des Communautés européennes

#### C. – Santé et sécurité au travail

##### 1. *Obligation de sécurité pesant sur l'employeur*

N° 69

##### Faits :

Selon la *Health and Safety at Work Act 1974*, réglementant la santé et la sécurité des travailleurs au Royaume-Uni, chaque employeur doit assurer la santé, la sécurité et le bien-être de tous les travailleurs au travail, « pour autant que ce soit raisonnablement praticable ». La violation de ces obligations est pénalement sanctionnée.

La Directive communautaire qui impose cette même obligation prévoit, par dérogation à cette règle, que les Etats membres peuvent prévoir l'exclusion ou la diminution de la responsabilité des employeurs pour « des faits dus à des circonstances qui sont étrangères à ces derniers, anormales et imprévisibles, ou à des événements exceptionnels, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toute la diligence déployée ».

La Commission européenne a introduit un recours en manquement contre le Royaume-Uni, estimant que la législation britannique permet à un employeur d'échapper à sa responsabilité s'il démontre que l'adoption de mesures permettant de garantir la sécurité et la santé des travailleurs aurait été totalement disproportionnée, en terme de coûts, de temps ou de difficultés quelconques, par rapport au risque encouru. Or, selon la Commission, les seules dérogations possibles sont prévues à l'article 5 § 4 de la Directive, disposition à interpréter de façon stricte.

##### Droit communautaire en cause et question préjudicielle :

Article 5 § 1 et 4 de la Directive n° 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (JO, L. 183, p. 1).

##### Décision :

Sur la responsabilité de l'employeur :

La Cour relève que la Commission se fonde sur une interprétation de la Directive selon laquelle une responsabilité sans faute, fût-elle civile ou pénale, pèse sur l'employeur. Or, la Cour estime qu'une telle interprétation n'est fondée ni sur le libellé, ni sur les travaux préparatoires, ni sur l'économie de la Directive. S'agissant de l'article 5 § 4 de la Directive (qui prévoit la faculté pour les Etats membres de limiter la responsabilité des employeurs « pour des faits dus à des circonstances qui sont étrangères à ces derniers, anormales et imprévisibles, ou à des événements exceptionnels, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toute la diligence déployée »), selon la Cour, il ne saurait être déduit de cette disposition, sur la base d'une interprétation *a contrario*, une intention du législateur communautaire d'imposer aux Etats membres l'obligation de prévoir un régime de responsabilité sans faute des employeurs.

Estimant qu'il n'est pas démontré en quoi l'objectif de la Directive ne saurait être atteint par d'autres moyens que par l'instauration d'un régime de responsabilité sans faute des employeurs, elle en déduit que la Commission n'a pas démontré qu'en excluant une forme de responsabilité sans faute, la clause britannique limiterait la responsabilité des employeurs, en violation des dispositions de la Directive.

Sur l'influence de la clause sur l'étendue de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur :

La Cour estime que la Commission n'a pas démontré en quoi la clause litigieuse, considérée à la lumière de la jurisprudence nationale, violerait les dispositions de la Directive. Elle constate que la Commission n'a pas suffisamment interprété le contenu de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur.

En conclusion, la Cour juge que « la Commission n'a pas démontré à suffisance de droit que, en circonscrivant dans les limites de ce qui est raisonnablement praticable l'obligation pour l'employeur de garantir la sécurité

*et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail, le Royaume-Uni a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5 § 1 et 4, de la Directive n° 89/391 ». Elle rejette ainsi le recours introduit par la Commission.*

**Arrêt du 14 juin 2007, Commission des Communautés européennes/Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord – Affaire C-127/05 -**

Le résumé de cet arrêt est extrait 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 à l'adresse suivante : [obs.europe.sde.cour-decassation@justice.fr](mailto:obs.europe.sde.cour-decassation@justice.fr)



# TRIBUNAL DES CONFLITS

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

### 4. Contrat particulier

#### \* Agent d'un établissement public bénéficiant d'un statut de droit privé

N° 70

Ressortit à la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire le litige individuel qui oppose un agent d'un établissement public à son employeur, dès lors que cet agent bénéficie d'un statut de droit privé.

Tel est le cas d'un salarié lié par un contrat de travail à Aéroports de Paris, qui constituait alors un établissement public ; par suite, l'action engagée par ce salarié, sur le fondement de l'article L. 122-45 du code du travail, aux fins d'annulation d'une mesure de mutation de service lui ayant été imposée, et de réintégration dans son poste d'origine, relève de la compétence du juge judiciaire.

**18 juin 2007.**

Conseil de prud'hommes de Paris, 22 mars 2005.

Mme Mazars Pt. – Mme Guirimand, Rap. – Mme Prada Bordenave, Com. du gouv.

### 5. Statuts professionnels particuliers

#### \* Agent contractuel de l'Agence nationale pour l'emploi

N° 71

L'Agence nationale pour l'emploi est un établissement public à caractère administratif ; sauf dispositions législatives contraires, les agents non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents de droit public ; en conséquence, une personne recrutée par l'Agence nationale pour l'emploi comme agent contractuel a la qualité d'agent de droit public et le litige qui l'oppose à l'Agence relève par suite de la compétence de la juridiction administrative.

**18 juin 2007.**

C.A. Aix-en-Provence, 23 janvier 2007.

Mme Mazars, Pt. – M. Laprade, Rap. – M. Gariazzo, Com. du gouv.



# COUR DE CASSATION

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

Arrêt du 18 mai 2007 rendu par la chambre mixte

	Pages
– Communiqué	11
– Titres et sommaires	12
– Arrêt	12
– Rapport	14
– Avis	21



## COMMUNIQUÉ

---

Par arrêt de ce jour rendu en chambre mixte, la Cour de cassation s'est prononcée sur le respect dû à la vie privée du salarié, lorsqu'une partie de celle-ci est révélée sur le lieu de travail.

L'hypothèse soumise à la Cour de cassation était celle d'un salarié qui s'était fait adresser, sur son lieu de travail, une revue destinée à des couples échangistes à laquelle il était abonné. L'enveloppe avait été ouverte et déposée, avec son contenu, à la vue des autres salariés, au standard à l'intention de son destinataire. D'autres salariés s'étant offusqués de la présence de ce magazine dans un lieu de passage, l'employeur a engagé contre le salarié une procédure disciplinaire, ayant abouti à une sanction ultérieurement contestée, sans succès devant les juges du fond, par le salarié.

La Cour de cassation a d'abord jugé que l'ouverture, par l'employeur, du pli démuné de toute

mention relative à son caractère personnel était licite et qu'il n'avait pas été porté atteinte au secret des correspondances.

En revanche, elle a censuré les juges du fond qui avaient rejeté le recours du salarié contre la sanction qui lui avait été infligée. En effet, ni le trouble objectif survenu dans l'entreprise, ni la réception par le salarié d'une revue qu'il s'était fait adresser sur son lieu de travail ne pouvait fonder une sanction disciplinaire. Enfin, c'est au mépris du respect dû à la vie privée du salarié que l'employeur avait prononcé une telle sanction, dès lors qu'il s'était fondé sur le contenu d'une correspondance privée.

Cet arrêt a été rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général.

*(Source : Service de documentation et d'études de la Cour de cassation).*

**1° CONTRAT DE TRAVAIL, EXÉCUTION**

Employeur – Pouvoir de direction – Etendue – Contrôle et surveillance des salariés – Ouverture d'un courrier – Conditions – Détermination.

**2° CONTRAT DE TRAVAIL, EXÉCUTION**

Employeur – Pouvoir disciplinaire – Sanction – Exclusion – Cas – Détermination.

**3° CONTRAT DE TRAVAIL, EXÉCUTION**

Employeur – Obligations du salarié – Manquement – Définition.

1° Est licite l'ouverture par l'employeur d'un pli qui, arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel, présente un caractère professionnel.

2° Un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu.

3° La réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat.

**ARRÊT**

Par arrêt du 16 janvier 2007, la chambre sociale a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte. Le président de chambre le plus ancien faisant fonction de premier président a, par ordonnance du 22 mars 2007, indiqué que cette chambre mixte sera composée de la première chambre civile, de la chambre commerciale, financière et économique et de la chambre sociale.

Le demandeur invoque, devant la chambre mixte, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat de M. X... ;

Des conclusions banales en défense et un mémoire en défense ont été déposés au greffe de la Cour de cassation par la SCP Gatineau, avocat de la société Y... ;

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

(...)

Attendu que M. X..., chauffeur de direction au service de la société Y..., s'est fait adresser sur son lieu de travail, sous enveloppe comportant, pour seules indications, son nom, sa fonction et l'adresse de l'entreprise, une revue destinée à des couples échangistes à laquelle il était abonné ; que, conformément à la pratique habituelle et connue de l'intéressé, l'enveloppe a été ouverte par le service du courrier, puis déposée avec son contenu au standard, à l'intention de son destinataire ; que d'autres

employés s'étant offusqués de la présence de ce magazine dans un lieu de passage, l'employeur a engagé contre M. X... une procédure disciplinaire, qui a abouti à sa rétrogradation avec réduction corrélative de son salaire ; que l'intéressé a signé en conséquence un avenant à son contrat de travail ; que sa contestation ultérieure de la sanction a été rejetée par les juges du fond ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu qu'il est fait grief à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si M. X... avait donné son accord librement et ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que le salarié conservant la faculté de contester la sanction dont il a fait l'objet, la cour d'appel n'avait pas à procéder à la recherche dont s'agit ; que le moyen est inopérant ;

Sur le même moyen, pris en sa troisième branche, en son grief invoquant une ouverture illicite du pli :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de statuer ainsi, alors, selon le moyen, que, pour juger qu'il avait manqué à ses obligations contractuelles, la cour d'appel a cru devoir se fonder sur le prétendu préjudice résultant, pour l'employeur, de l'ouverture du pli qui, adressé au salarié, avait été ouvert par le service en charge du courrier ; que l'employeur ne pouvait cependant, sans violer la liberté fondamentale du respect de l'intimité de la vie du salarié, prendre connaissance du courrier qui lui était adressé à titre personnel ; qu'il ne pouvait donc, dès lors, être sanctionné à raison du prétendu préjudice de l'employeur résultant de l'ouverture illicite de ce courrier personnel ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 121-1 du code du travail ;

Mais attendu que l'arrêt relève que le pli litigieux était arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel ; qu'en l'état de ces motifs, dont il se déduisait que cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le même moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, cette dernière en son grief fondé sur le respect dû à la vie privée :

Vu l'article 9 du code civil, ensemble l'article L. 122-40 du code du travail ;

Attendu que pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel a retenu qu'il est patent que le document litigieux, particulièrement obscène, avait provoqué un trouble dans l'entreprise, porté atteinte à son image de marque et eu inmanquablement un retentissement certain sur la personne même de son directeur, dont M. X... était le chauffeur et donc un proche collaborateur ;

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu, d'autre part que la réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat et, enfin, que l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens :

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 décembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour faire droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims.

**Ch. mixte, 17 mai 2007**

**Cassation**

N° 05-10.803. – C.A. Nancy, 6 décembre 2004.

M. Cotte, président de chambre faisant fonction de premier président – M. Gridel, Rap., assisté de Mme Dubos, greffier en chef – M. Mathon, Av. Gén. – SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Gatineau, Av.

## Rapport de M. Gridel

### Conseiller rapporteur

#### 1. Rappel des faits et de la procédure

En octobre 1991, M. Guy X... a été embauché par la société anonyme Y... en qualité de chauffeur de direction. Le 13 juillet 2001, la société l'a convoqué à un entretien préalable pour le 18 juillet suivant, en vue d'une éventuelle sanction disciplinaire, pour « faute de comportement ».

Les faits, non contestés dans leur matérialité, sont que, la veille, 12 juillet 2001, conformément à l'usage de l'entreprise, le service du courrier avait ouvert et disposé dans un lieu de passage, pour appréhension par son destinataire, une enveloppe commerciale dépourvue de toute mention « confidentiel » ou « personnel », adressée, selon un procédé mécanographique et à l'aide d'une machine à affranchir », à « Guy X..., chauffeur de direction, Y... SA, 55000 Bar-le-Duc » ; or le contenu de l'enveloppe était constitué d'un exemplaire de la revue « Swing magazine », mensuel des couples échangistes, d'un bulletin de réabonnement et d'un bon pour une annonce gratuite au club « Contact swing ».

Par lettre recommandée du 23 juillet 2001, l'employeur, reprenant, outre les faits, l'explication de l'intéressé selon laquelle, pour ne pas recevoir le pli à son domicile, il avait donné les coordonnées de l'entreprise, puis soulignant l'atteinte portée à l'image de celle-ci par l'indication de son adresse pour acheminement de documents pornographiques, rappelant à M. X... sa qualité de chauffeur de direction et énonçant que d'autres salariés s'étaient offusqués de voir les documents décrits être exposés dans l'attente de leur destinataire, proposait un changement de fonction, avec rétrogradation, modification de classification et diminution de salaire.

Il était ajouté que la non-réponse après le 31 juillet donnerait lieu à engagement d'une procédure de licenciement. Dans le délai imparti, M. X... donna son adhésion au contenu de la lettre du 23 juillet 2001 et, le 2 août 2001, porta sa signature sur un avenant à son contrat de travail, conforme à la sanction annoncée.

Ultérieurement, se ravisant, M. X..., a contesté son accord, a, devant le conseil de prud'hommes de Bar-le-Duc, demandé l'annulation de sa rétrogradation, un rappel de salaires et des dommages-intérêts.

Par jugement du 27 mars 2003, le conseil de prud'hommes l'a débouté, niant toute faute de l'employeur dans sa façon de traiter le courrier, retenant celle du salarié en raison des conditions de l'arrivée

de la lettre à son lieu du travail et faisant état d'un trouble consécutif dans l'entreprise et d'une dévalorisation de celle-ci.

M. X... a interjeté appel et la cour de Nancy a rendu un arrêt confirmatif, soulignant le caractère « particulièrement obscène » de la correspondance litigieuse ; elle a dit en outre le comportement de l'intéressé constitutif d'un manquement à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur et exclu à ce titre de l'amnistie des fautes disciplinaires ou professionnelles prévue par la loi du 6 août 2002.

À l'encontre de cet arrêt, rendu le 6 décembre 2004 et notifié par le greffe le 7 décembre 2004, M. X... a introduit un pourvoi en cassation le 8 décembre 2004 ; il a signifié, déposé et notifié un mémoire en demande les 9 et 10 mai 2005, réclamant en outre la condamnation de la société Y... à lui payer la somme de 2 500 euros au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

La société Y..., dénommée désormais Arcelor construction France, a déposé et signifié un mémoire en défense le 8 juillet 2005, réclamant elle-même 3 000 euros sur la base de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Par arrêt du 16 janvier 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation a renvoyé l'étude du pourvoi devant une chambre mixte.

**2. Analyse succincte des trois moyens**, contestant le rejet des demandes de M. X... en annulation de sa rétrogradation, réintégration dans ses anciennes fonctions, versement de rappels de salaires et dommages-intérêts.

#### *Premier moyen, quatre branches :*

1. Manque de base légale au regard l'article 1134 du code civil, pour n'avoir pas recherché si son consentement n'avait pas été donné sous contrainte ;

2. Violation des articles L. 121-1 et L. 122-40 du code du travail et 1134 du code civil ; recevoir sur son lieu de travail un courrier personnel dont le contenu est licite n'est pas un manquement du salarié à ses obligations contractuelles ;

3. Violation de l'article L. 121-1 du code du travail ; l'ouverture et la prise de connaissance par l'employeur ou ses services d'un pli adressé personnellement à un salarié est illicite comme portant atteinte à sa vie privée et n'engendrant aucun préjudice réparable pour l'employeur ;

4. Une violation de l'article 455 du nouveau code de procédure civile, aucune pièce n'étant visée pour établir le préjudice invoqué par la société employeur

et tirée de l'obscénité particulière du courrier, du trouble dans l'entreprise ou de l'atteinte à son image et du retentissement sur la personne du directeur, dont l'intéressé est le chauffeur.

**Deuxième moyen, deux branches :**

1. Violation de l'article 11 de la loi d'amnistie du 6 août 2002, car il n'y a pas manquement à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur de la part d'un salarié à recevoir, sur son lieu de travail, un courrier personnel dont le contenu n'est pas illicite ;

2. Violation de l'article 455 du nouveau code de procédure civile, non-réponse à conclusions dans lesquelles M. X... demandait l'effacement, dans son dossier professionnel, de toute mention relative à la sanction appliquée.

**Troisième moyen :** branche unique, manque de base légale au regard des articles L. 140-2 du code du travail et 1134 du code civil, pour n'avoir pas constaté que la fonction d'agent de production, désormais attribuée, inexistante dans l'entreprise, correspondait en réalité à celle de chauffeur au service emballage, ni précisé celle des autres salariés auxquels la cour d'appel le comparait.

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

Quatre questions semblent résulter du fond du dossier :

1. L'employeur viole-t-il le respect dû à la vie personnelle du salarié lorsque, conformément à l'usage de l'entreprise, lui-même ou ses services ouvrent et prennent connaissance d'un pli postal libellé au nom de l'intéressé, mais envoyé avec les seules indications de l'adresse de la société qui l'emploie et de sa fonction dans celle-ci ?

2. Dans la négative, et si le contenu du pli ainsi parvenu et partiellement divulgué au sein de l'entreprise, tout en s'avérant relever strictement de la vie privée de l'intéressé, a suscité les protestations de certains autres salariés et a, selon l'employeur, porté atteinte à l'image de la société, cette dernière peut-elle prendre une mesure défavorable à l'encontre de la personne destinataire de la lettre litigieuse ?

Et s'il en va ainsi, le fondement de la mesure sera-t-il :

- a) le pouvoir disciplinaire, exercé en raison d'une faute, si tant est que celle-ci puisse, préalablement, être rendue palpable au regard des obligations contractuelles pesant sur le salarié lorsque sa vie personnelle est en jeu ?
- b) ou bien le pouvoir de direction et d'organisation, exercé en raison du trouble objectivement observé dans l'entreprise, indépendamment donc de toute faute reprochable au salarié ?

3. Quels sont les impacts de la loi n° 2002-0162 du 6 août 2002, adoptée postérieurement, en ses dispositions relatives à l'amnistie des fautes disciplinaires et professionnelles ?

- a) si la faute d'espèce du salarié est retenue, celle-ci s'analyse-t-elle en « un manquement

à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur », au sens de l'article 11 de ladite loi ? Auquel cas cette dernière est sans application de par l'exclusion ainsi posée, tout comme si la mesure s'est fondée sur le trouble objectif apporté par le fait du salarié à l'entreprise, indépendamment de toute faute de sa part, élément qui placerait le dossier en dehors du champ d'application initial de la loi ;

- b) si l'amnistie s'applique, quelle est son incidence au regard des effets pécuniaires d'une mesure prise à titre disciplinaire ?

4. Si l'accord écrit donné par le salarié à la mesure prise à son encontre s'avère exempt de vice, quelle est la portée conservée de ce consentement ?

**4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine :** on s'y référera en reprenant les branches une à une.

Premier moyen, première branche : la recherche relative à un vice ayant pu affecter le consentement donné par M. X... à sa rétrogradation devait-elle être menée ? L'a-t-elle été ? L'a-t-elle été de façon suffisante ?

Le grief figure dans les conclusions d'appel de M. X... (notamment p. 2, dernier alinéa), sous l'aspect d'une réponse qui aurait été exigée par l'employeur le jour même de la réception de la lettre comportant l'avenant, c'est-à-dire le 25 juillet 2002.

Outre que le jugement confirmé relève que cette lettre, non arguée de dénaturation, ouvrait à M. X... « un délai de réflexion jusqu'au 31 juillet 2001 pour faire connaître sa décision », la cour d'appel reprend, *in fine*, la même constatation : il « disposait d'un délai de réflexion de six jours pour consentir ». Quelle valeur reconnaître à cet élément de motivation ?

Premier moyen, deuxième et troisième branches : peut-on soutenir, contrairement à ce qu'a décidé la cour d'appel, que le salarié ne commettrait aucune faute contractuelle en se faisant envoyer, sur son lieu de travail, un courrier personnel au contenu en lui-même licite, tandis que l'employeur ou son service de courrier en commettrait une en l'ouvrant et en prenant connaissance de son contenu ?

Plusieurs aspects du droit positif sont concernés ici. On les décrira en les regroupant autour de :

- A. – l'ouverture du courrier par l'employeur ou ses services ;
- B. – l'utilisation ultérieure par ceux-ci d'une lettre au contenu personnel.

**A. – L'ouverture du courrier par l'employeur ou ses services**

Etat des solutions de la chambre criminelle (1) et de la chambre sociale (2).

1. En la matière, la jurisprudence de la chambre criminelle, la plus abondante eu égard au délit d'atteinte portée au secret des correspondances par un particulier (art. 226-15 du code pénal, ancien

art. 187 ; pour l'infraction commise par dépositaire de l'autorité publique, art. 432-9) se synthétise ainsi :

- a) les enveloppes qui parviennent au lieu du travail avec les seules mentions du nom du destinataire et l'adresse de l'entreprise, sans indication externe du caractère privé de leur contenu, sont à considérer comme professionnelles et non personnelles ; la *ratio decidendi* est que l'exigence de mauvaise foi en la personne du prévenu fait défaut (Crim., 16 janvier 1992, pourvoi n° 88-85.609 ; 16 mars 2004, pourvoi n° 03-82.261 ; opp., 3 octobre 2006, pourvoi n° 05-85.894) ;
- b) la protection de la sphère privée à laquelle a droit tout individu, y compris dans le milieu du travail, ne s'étend ni à l'ouverture d'un courrier professionnel par un autre que celui auquel il était normalement destiné, ni à l'utilisation ultérieurement faite de son contenu à l'encontre de son destinataire, lorsqu'est ainsi révélée une faute en rapport avec la fonction (Crim., 16 janvier 1992, pourvoi n° 88-85.609 ; 16 mars 2004, pourvoi n° 03-82.261, précités) ;
- c) il faut tenir compte aussi de ce que, dans un arrêt remarqué, la chambre criminelle a admis la preuve de l'abus de confiance, par détournement de l'ordinateur confié pour l'exécution des fonctions, lorsque le salarié utilise la messagerie ouverte à son propre nom « pour des envois ou des réceptions de courriers se rapportant à des thèmes sexuels qu'il alimentait ou consultait aux heures de travail », malgré l'absence d'interdiction explicite de tout usage non professionnel de l'outil informatique et l'invocation du droit du salarié, aux temps et lieu du travail, à une part irréductible de vie personnelle et privée, qui doit être respectée (Crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 126 ; *Daloz* 2004.2748, obs. B. de Lamy ; A. Lepage, « Vie privée du salarié et droit pénal », in *Actualité juridique pénal*, 2005.9).

2. La jurisprudence de la chambre sociale relative à l'ouverture du courrier (postal ou électronique) se présente sous des auspices différents.

Un seul arrêt, semble-t-il, a directement traité la question qui nous préoccupe (Soc., 17 juin 1998, pourvoi n° 96-41.715). Une salariée récemment licenciée avait envoyé une lettre recommandée avec avis de réception à l'adresse de l'entreprise, à l'intention du « responsable des ressources humaines » désigné par son nom et sa fonction, mais avec la mention « personnel ». Finalement non réclamé et non ouvert, le pli avait été retourné à l'expéditrice. Cette réaction, approuvée par la cour d'appel au nom du secret des correspondances, avait eu pour résultat d'empêcher la dénonciation du solde de tout compte que contenait l'envoi. L'arrêt fut cassé, au motif préoccupant que, selon les constatations ci-dessus, « la lettre précitée avait pour destinataire, non pas le responsable des ressources humaines à titre privé, mais le responsable des ressources humaines repré-

sentant, en cette qualité, l'employeur ». Sans doute la jonction du procédé de la lettre recommandée et de l'indication de la fonction a-t-elle joué un rôle dans la décision de neutraliser la mention « personnel ».

En revanche, la correspondance informatique, qui nous paraît susciter la même difficulté, a donné lieu au célèbre arrêt « société Nikon » (2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 291, p. 233), rendu aux vises des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail : « Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur » ; et la chambre sociale d'en faire déduire qu'était irrecevable la preuve de l'activité parallèle fautive entretenue par l'intéressé, dès lors qu'elle était établie à partir d'un fichier qu'il avait créé et intitulé « personnel », dans lequel il stockait les messages émis ou reçus et que l'employeur avait décidé de consulter (*Droit social* 2001.915, note J.-E. Ray ; *Daloz* 2001.3148, note P.-Y. Gautier et 2002, somm. 2296, obs. Ch. Caron ; *Com. com. élect.* 2001, ch. n° 24, par J. Devèze et M. Vivant, et com. n° 120 par A. Lepage ; *RTD civ.* 2002.72, obs. Hauser. F. Bitan, « Messagerie électronique de l'entreprise : le pouvoir de contrôle de l'employeur à l'épreuve du secret des correspondances », *Com. com. élect.*, juin 2004, étude 115).

L'appréhension faite par l'arrêt Nikon de la balance entre protection de la vie privée du salarié et intérêts légitimes de l'entreprise, reprise en au moins une occasion (Soc., 12 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 245, p. 226) correspond-elle encore à la pensée de la chambre sociale ? La réflexion est en effet stimulée par des arrêts postérieurs qui, sans concerner des correspondances, en paraissent très proches. Il s'agit, plus strictement et plus nettement que dans l'arrêt Nikon, des seuls fichiers qu'au sein de l'ordinateur, le salarié a intitulé « personnel ». L'employeur, même s'il a de bonnes raisons de soupçonner un détournement de l'outil, « sauf risque ou événement particulier », ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels, contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition, qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé (Soc., 17 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 165, p. 143, *Droit soc.* 2005.789, note J.-E. Ray ; *Com. com. élect.* 2005, com. 121, par A. Lepage ; F. Favennec-Héry, *JCP social*, juillet 2005.1031 ; *JCP* 2005, éd. E,1880, com. J. Raynaud). Toutefois, il y a faute du salarié à crypter l'ordinateur sans autorisation pour faire ainsi obstacle à leur consultation (Soc., 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 308, p. 294, *Com. com. élect.*, janvier 2007, com. 15, note E. Caprioli) et, par ailleurs, des documents détenus par le salarié dans son bureau et non identifiés par

lui comme étant personnels sont « *présûmés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence* » (Soc., 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 308, p. 294, deux arrêts).

Enfin, l'on nous permettra de citer, à tout hasard, l'arrêt par lequel la première chambre civile a dit qu'aucune violation de vie privée n'était commise par l'avocat qui, chargé de l'administration provisoire du cabinet d'un confrère suspendu, ouvre les lettres parvenant à l'adresse du cabinet administré (1<sup>re</sup> Civ., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 456, p. 393).

Nous sommes ici au cœur de la première grande question soulevée par ce dossier. La chambre mixte devra donc se prononcer sur la solution qui consiste à permettre à l'employeur d'ouvrir - et donc prendre connaissance - d'un document envoyé au salarié à l'adresse du lieu de travail, dès lors que rien ne permet d'en présumer le caractère personnel, ni une quelconque mention (« personnel », « confidentiel », cachet identifiant l'expéditeur comme étant un laboratoire d'analyses médicales, une étude notariale etc., dans une entreprise étrangère aux activités de ces professions), ni une quelconque force de l'évidence ou des circonstances (présence dans un sac à main, un casier ou armoire authentiquement individuel, cf. Soc., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 377, p. 303, Droit soc. 2002.352 obs. J. Savatier, avec la réserve de la menace d'attentats terroristes, cf. Soc., 3 avril 2001, *Bull.* 2001, V, n° 115, p. 90).

### **B. – L'utilisation faite par l'employeur d'un courrier personnel licitement ouvert**

A supposer qu'il soit décidé que l'ouverture et la prise de connaissance du contenu du courrier parvenu au nom du salarié mais à l'adresse de l'entreprise ne seraient pas reprochables, l'employeur peut-il fonder sur ces événements une décision défavorable au salarié destinataire ?

Si la chambre mixte devait dire que l'ouverture par l'employeur ou ses services du pli destiné à M. X... était licite, l'on verrait mal comment leur reprocher d'avoir pris plus ou moins connaissance de son contenu. Mais eu égard à l'incontestable appartenance de celui-ci à la stricte vie privée (curiosités ou goûts distractifs et sexuels de l'intéressé, la vie privée est une notion plus étroite que celle de vie personnelle, laquelle ajoute les activités sportives, les appartenances associatives, les opinions politiques, cf. Soc., 28 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 151, p. 145, etc.), deux questions apparaissent, liées par le traitement réservé à cette correspondance.

1. L'une est de savoir si le contenu de l'enveloppe, une fois celle-ci ouverte, pouvait, conformément à l'usage de l'entreprise, être exposé devant le standard, lieu de passage, dans l'attente de sa prise par le destinataire, au lieu d'être remis dans l'enveloppe et signalé directement au lecteur abonné (cf. *mutatis mutandis* : « *Le souci de protéger la personnalité doit conduire à reconnaître au destinataire lui-même la possibilité d'invoquer un droit au secret, lorsque surtout,*

*comme c'est le cas, la personnalité du destinataire et sa probité d'écrivain sont gravement mises en cause, et dans des conditions qui ne lui permettent pas de se défendre autrement* », *Dalloz* 1965.356). Dans notre espèce, l'on peut évoquer l'évidence du caractère de vie privée ; mais il faut s'attendre à la réponse de l'irréalisme de l'exigence d'un tri au sein du courrier régulièrement ouvert ainsi que la difficulté parfois à distinguer vie personnelle et vie professionnelle (*quid* de la carte de vacances adressée par des collègues ?).

2. L'autre, plus délicate et plus juridique, est de savoir si, par son strict contenu de vie privée, le pli litigieux pouvait donner lieu à réaction défavorable de l'employeur envers le salarié et, dans l'affirmative, à quel genre de réaction. Depuis quelques années en effet, une tendance lourde de la jurisprudence de la chambre sociale est de distinguer (même si l'issue pratique est en un sens la même, licenciement, changement d'affectation...) entre, d'une part, la sanction disciplinaire pour faute commise par le salarié et en rapport suffisamment direct avec ses obligations contractuelles et, d'autre part, la mesure de direction-organisation, prise dans l'intérêt légitime de l'entreprise en raison du trouble objectif ressenti par celle-ci suite à la divulgation du fait de vie personnelle.

Cette grille de lecture, dans laquelle, au terme d'innombrables décisions et commentaires, rentrent nombre d'arrêts récents, a donné lieu à une suggestive synthèse du doyen Waquet (« Le trouble objectif dans l'entreprise, une notion à redéfinir », *Revue de droit du travail*, novembre 2006.324 ; et déjà du même auteur, « La vie personnelle du salarié », *Droit soc.* 2004.23 ; *Gaz. Pal.*, 1994.155, note sur avis de la Cour de cassation du 24 janvier 1994) : lorsque le fait relevant de la vie personnelle du salarié a donné lieu à perturbation ressentie par l'entreprise, il ne devrait pas pouvoir donner lieu à sanction disciplinaire, mais seulement à une mesure, qui peut se traduire en fait dans des termes identiques mais dictée par l'esprit, totalement différent, de remédier au trouble, tout ceci en tenant compte de l'activité de l'entreprise et de la fonction occupée. En ce sens, notamment, Soc., 17 avril 1991, *Bull.* 1991, V, n° 201, p. 122, *Droit soc.* 1991.485 obs. Jean Savatier ; 19 novembre 1992, pourvoi n° 91-45.579 ; 14 mai 1997, *Bull.* 1997, V, n° 175, p. 26 ; 16 décembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 441, p. 315 ; 18 juin 2002, pourvoi n° 00-44.111 ; 30 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 343, p. 302 (deux arrêts) ; 13 septembre 2006, pourvoi n° 05-42.909. *Adde*, J. Savatier, « Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle », commentaire de Soc., 25 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 66, p. 62 et 26 février 2003, pourvoi n° 01-40.255.

Dans l'espèce soumise et quoique l'arrêt se fonde sur l'expédition de la revue dans des conditions litigieuses pour en tirer tant une faute du salarié qu'un trouble objectif dû à son fait, la chambre mixte doit se demander si l'une ou l'autre analyse est justifiable.

a) La *faute disciplinaire* ? Si l'on doit évidemment admettre que le salarié a droit au respect de sa vie privée sur son lieu de travail, serait-il inadmissible de soutenir que l'importation par lui de sa vie privée en ce lieu peut constituer la violation d'obligations contractuelles, tel celles, à déduire de l'article 1135 du code civil (cf. Soc., 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 307, p. 294 et L. 121-1 du code du travail : « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* »), de délicatesse, discrétion, pudeur, réserve envers les personnes qui partagent ce même lieu de travail et respect de l'entreprise elle-même (ne restreignent pas l'exercice de la liberté individuelle et ne sont pas injustifiées par la nature de la tâche à accomplir les dispositions du règlement intérieur d'une banque selon lesquelles les membres du personnel doivent adopter, dans l'exercice de leurs fonctions, une tenue, un comportement et des attitudes qui respectent la liberté et la dignité de chacun : Conseil d'Etat, 3 juin 1988, cité in *JCP* 1988, II, 15371, p. 587, n° 31) ? En outre et dans notre espèce, le jugement confirmé relève que M. X... connaissait parfaitement le mode de traitement du courrier dans l'entreprise. Enfin, si le trouble en lien direct avec le fait du salarié n'est pas nécessairement dû à sa faute, celle-ci, lorsqu'elle a été plus ou moins délibérée, peut avoir engendré un trouble qui vient la colorer.

b) Quant au *trouble objectif*, il est l'objet de la quatrième branche, à laquelle l'on vient à présent.

**Premier moyen, quatrième branche** : si la validation de la sanction disciplinaire devait être censurée, au titre d'une sorte d'immunité de la vie privée du salarié, l'arrêt mériterait-il d'être maintenu sur le fondement d'un trouble objectif causé par lui dans l'entreprise et suffisamment caractérisé (Soc., 30 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 343, p. 302) ?

Par motifs propres ou adoptés, l'arrêt relève (affirmation non contestée figurant dans la lettre du 23 juillet 2001 proposant la rétrogradation) les plaintes par lesquelles plusieurs salariés ont dénoncé auprès de la direction la présence de la revue litigieuse dans un lieu de passage, son caractère « particulièrement obscène » (arrêt, p. 4), « un trouble réel non seulement dans le cadre du service de l'administration mais également dans l'enceinte de l'entreprise » (jugement, p. 3, antépénultième alinéa), une atteinte à son image de marque (arrêt, p. 4), « un retentissement immanquable sur la personne même du directeur dont M. X... était le chauffeur ».

Sont-ce cela de simples affirmations ou des constatations de fait ? On peut aussi observer que, déjà présentes en première instance, elles n'ont fait l'objet d'aucune tentative de réfutation dans les conclusions d'appel de M. X...

Le **deuxième moyen**, en ses deux branches, s'appuie sur l'article 11 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002, relatif à l'amnistie des fautes disciplinaires ou professionnelles.

L'alinéa premier dispose : « *sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles* ».

Et l'alinéa 4 : « *... sont exceptés du bénéfice de l'amnistie prévue par le présent article les faits constituant des manquements à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs* ».

Le recours à ces textes n'a d'intérêt que si la chambre mixte retenait le caractère de faute disciplinaire des agissements de M. X... Dans cette hypothèse, deux séries de questions se posent :

1. les unes tiennent à la mise en œuvre de l'alinéa 4. Doctrine (Jean Savatier, V°, *Droit disciplinaire, in Répertoire du travail Dalloz*, 2005 ; Lamy social, V°, *Pouvoir disciplinaire de l'employeur*, 2006) et jurisprudence s'en tiennent à une acception restrictive des « *manquements à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs* » (utilisation du matériel de l'entreprise à son propre profit, harcèlement sexuel, écoute de la communication téléphonique adressée à son directeur, atteinte à la liberté du travail). Et la chambre sociale exerce un contrôle (28 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.388 ; 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-42.337 ; 23 janvier 2007, pourvoi n° 04-48.769 ; 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-48.500 ; 20 février 2007, pourvoi n° 05-44.310), tout comme la première chambre civile en matière de poursuites disciplinaires contre les avocats (1<sup>re</sup> Civ., 21 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 164, p. 146 ; 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-16.395) ou les notaires (9 novembre 2004, pourvoi n° 02-17.297 ; 18 mai 2004, pourvoi n° 01-03.618). Qu'en est-il du comportement de M. X..., analysé par la cour d'appel comme non amnistiable parce que rentrant dans les prévisions de l'article premier ?

2. les autres questions sont relatives à la portée de l'amnistie disciplinaire. La jurisprudence de la chambre sociale est subtile, mais claire.

L'amnistie disciplinaire fait disparaître la sanction elle-même (avertissement, blâme, mise à pied, licenciement), avec l'interdiction à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, en a connaissance d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque (art. 133-11 du code pénal).

Toutefois, si la sanction dont s'agit présentait des effets pécuniaires directs (ce n'est pas le cas de l'avertissement mais c'est celui de la mise à pied puisqu'elle entraîne, à proportion du nombre de jours concernés, perte de salaires et congés payés : Soc., 20 février 2007, pourvoi n° 05-44.310), l'amnistie les laisse subsister, à moins que la sanction n'ait été injustifiée, contestation que l'on peut soumettre au juge (notamment si la sanction a été prise en violation de la vie privée : Soc., 12 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 245, p. 226 ; *adde*, 11 octobre 2005,

pourvoi n° 03-45.028 ; 31 mai 2005, pourvoi n° 03-46.990). « *L'amnistie n'efface pas de droit les conséquences financières que la sanction du fait amnistié a pu entraîner* » : Soc., 29 mai 1985, *Bull.* 1985, V, n° 306, p. 220 ; rapport de Mme Manès-Roussel sous avis de la Cour de cassation du 21 décembre 2006, *BICC* n° 656 du 1<sup>er</sup> mars 2007, p. 16 et 23).

*Troisième moyen* : en appel, M. X..., contestant les motifs des premiers juges selon lesquels, devenu agent de production en août 2001, il assumait sa nouvelle affectation « dans les conditions de niveau et de rémunération identiques à celles d'autres salariés occupant les mêmes fonctions », avait soutenu

que la fonction d'agent de production n'existait pas dans la société Y..., qu'il était en réalité employé comme chauffeur au service emballage, mais sans percevoir la prime mensuelle de 318,12 euros accordée aux salariés de cette activité et il demandait le rappel afférent, au titre du principe de non-discrimination de l'article L. 140-2 du code du travail.

La dernière question qu'aura à aborder la chambre mixte est donc de savoir si la nature effective des fonctions exercées et l'absence de discrimination relevait ou non d'une appréciation souveraine des preuves produites.

Quatre projets d'arrêt ont été rédigés.



## Avis de M. Mathon

### Avocat général

#### Les faits et la procédure

#### Le point de droit

#### Les autres questions soulevées

#### Les textes

1. Le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

1.1. Les fondements du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

1.2. Le contenu du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

1.2.1. Le règlement intérieur

1.2.2. Le pouvoir disciplinaire

1.2.2.1. La procédure disciplinaire

1.2.2.2. La sanction disciplinaire

1.2.2.2.1. La loyauté de la preuve

1.2.2.2.2. L'amnistie

2. Les limites au pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

2.1. Du respect de la vie privée au respect de la vie personnelle

2.1.1. Le respect de la vie privée

2.1.2. Le respect de la vie personnelle

2.2. Le respect du secret des correspondances

2.2.1. Le secret des correspondances

2.2.2. Le secret des correspondances du salarié

#### Les faits et la procédure

M. Guy X... a été embauché par la société Y... le 12 octobre 1991, en qualité de chauffeur de direction.

Par lettre du 13 juillet 2001, il a été convoqué par son employeur pour le 17 juillet suivant (selon le mémoire en défense) ou le 18 juillet (selon le mémoire ampliatif) à un entretien préalable à une sanction disciplinaire.

Le 23 juillet 2001, la lettre contenant notamment le texte suivant lui a été remise en mains propres :

*« le jeudi 12 juillet 2001 le service courrier de notre société a ouvert et déposé au standard une enveloppe qui vous était destinée ; cette enveloppe était adressée à Guy X... chauffeur de direction Y... SA 5500 Bar-le-Duc. Elle contenait un exemplaire de Swing magazine (mensuel des couples échangistes), un bulletin de réabonnement, un bon pour une annonce gratuite au club « contact swing ». Certains de nos salariés se sont offusqués que de tels documents soient visibles dans un lieu de passage et m'en ont informé. Lors de notre entretien vous avez déclaré*

*être abonné à cette revue mensuelle et, afin de ne pas la recevoir à votre domicile, avoir vous-même communiqué les coordonnées de l'adresse de notre entreprise. Le fait de vous faire expédier directement sur votre lieu de travail au titre de chauffeur de direction des documents pornographiques est fortement préjudiciable pour notre société et pour les représentants de la direction et de plus porte atteinte à l'image de l'entreprise. De tels agissements ne sont pas tolérables au poste de chauffeur de direction que vous occupez. C'est pourquoi nous vous proposons un changement de fonction qui s'accompagnera d'une modification de classification ; il s'agit de vous rétrograder de votre poste actuel à celui d'agent de production coefficient 215D, salaire de base 9 586 francs ; vous disposez d'un délai courant jusqu'au 31 juillet inclus. Passé ce délai, sans réponse de votre part, nous considérerons que vous avez refusé ce changement de fonction et engagerons une procédure de licenciement ».*

M. X... a donné son accord à cette proposition en apposant sur la lettre, au moment de sa remise, la mention « bon pour accord ». Les parties ont signé un avenant au contrat de travail le 2 août suivant. Sa rétrogradation a été effective mais, la contestant, il a saisi le conseil de prud'hommes de Bar-le-Duc aux fins de la voir annuler et d'obtenir la condamnation de son employeur au paiement d'un reliquat de salaire et de primes de chauffeur, de dommages-intérêts pour préjudice moral et de le réintégrer sous astreinte.

Par arrêt confirmatif de la cour d'appel de Nancy du 6 décembre 2004, il a été débouté de l'ensemble de ses demandes.

Par acte reçu au greffe de la cour le 8 février 2005, il a formé un pourvoi contre cette décision, en développant trois moyens.

#### Premier moyen

*Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir refusé d'annuler la mesure de rétrogradation infligée par la SA Y... et d'avoir en conséquence débouté Monsieur Guy X... de ses demandes de réintégration et de paiement de rappels de salaire et dommages-intérêts ;*

*Alors que Monsieur Guy X... mentionnait avoir fait l'objet de contrainte viciant son consentement à la rétrogradation proposée par l'employeur ; qu'en ne recherchant pas si l'accord donné par le salarié l'avait été librement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;*

*Et alors que le fait pour le salarié de recevoir sur son lieu de travail un courrier personnel dont le contenu était parfaitement licite ne constitue pas un manquement aux*

obligations contractuelles nées du contrat de travail ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 121-1 et L. 122-40 du code du travail et 1134 du code civil ;

Alors de plus que pour juger le contraire, la cour d'appel a cru devoir se fonder sur le prétendu préjudice résultant pour l'employeur de l'ouverture du pli adressé au salarié par le service en charge du courrier ; que l'employeur ne pouvait cependant, sans violer la liberté fondamentale du respect de l'intimité de la vie privée du salarié, prendre connaissance du courrier qui lui était adressé à titre personnel ; que le salarié ne pouvait dès lors être sanctionné à raison du prétendu préjudice de l'employeur résultant de l'ouverture illicite de ce courrier personnel ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 121-1 du code du travail ;

Alors en tout état de cause que le préjudice invoqué par l'employeur, outre qu'il ne caractérisait pas la faute, n'était aucunement établi ; qu'en se bornant à dire « qu'il est patent que ce courrier, particulièrement obscène, d'une part, a provoqué un trouble dans l'entreprise, d'autre part, a eu un retentissement inmanquable sur la personne même du directeur, dont Monsieur X... était le chauffeur, et donc un proche collaborateur, enfin a porté atteinte à l'image de marque de l'entreprise », sans aucunement préciser les pièces desquelles elle entendait déduire l'existence d'un préjudice, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile.

### Deuxième moyen

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir refusé de constater l'amnistie et d'avoir débouté Monsieur Guy X... de ses demandes d'annulation et d'effacement de la sanction infligée ;

Alors que le fait pour le salarié de recevoir sur son lieu de travail un courrier personnel dont le contenu n'est aucunement illicite ne constitue pas un manquement à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur ; qu'en rejetant la demande du salarié tendant à voir juger le fait reproché amnistié, la cour d'appel a violé l'article 11 de la loi d'amnistie 2002-1062 du 6 août 2002 ;

Alors en outre que Monsieur Guy X... ne prétendait pas seulement à l'annulation de la sanction et à la réintégration dans son précédent poste, mais encore à l'effacement de toute mention relative à cette sanction dans son dossier professionnel ; qu'en omettant de répondre à ce chef des conclusions du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile.

### Troisième moyen, subsidiaire

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le salarié de ses demandes tendant à voir condamner la SA Y... au paiement de la somme de 12 575,96 euros à titre de rappel de prime mensuelle relative au poste de chauffeur ;

Alors que Monsieur Guy X... soutenait dans ses écritures que la fonction d'agent de production que son employeur lui avait attribuée n'existait pas au sein de l'entreprise et ne correspondait en tout état de cause pas aux fonctions réellement exercées, qui étaient celles de chauffeur au service emballage ; qu'en se bornant à affirmer que le salarié assumait sa nouvelle affectation dans les conditions de niveau et de rémunération identiques

à celles d'autres salariés occupant les mêmes fonctions, sans aucunement préciser les fonctions exercées par le salarié et les conditions de sa rémunération ni les fonctions et conditions de rémunération des salariés auxquels elle prétendait le comparer, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 140-2 du code du travail et 1134 du code civil.

Par arrêt du 16 janvier 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation a renvoyé l'affaire devant une chambre mixte.

### Le point de droit

Le courrier adressé au nom personnel du salarié dans son entreprise, même sans mention particulière de confidentialité sur l'enveloppe mais faisant état de sa qualité, est-il soumis au secret des correspondances ? Dans l'hypothèse de l'ouverture du pli par le service du courrier, celle-ci peut-elle justifier une procédure disciplinaire en cas de réception d'une publication jugée licencieuse par l'employeur ?

### Les autres questions soulevées

Le pourvoi, en ses différents moyens et branches, impose d'étudier les questions suivantes :

- le pouvoir disciplinaire de l'employeur ;
- l'application de la loi d'amnistie aux sanctions disciplinaires ;
- le respect de la vie privée ou personnelle du salarié ;
- le secret des correspondances reçues au travail.

### Les textes

Les textes applicables sont les suivants :

Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme :

Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 9 du code civil :

Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.

Article 9 du nouveau code de procédure civile :

Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

Article L. 120-2 du code du travail :

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

Article L. 121-8 du code du travail :

*Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi.*

Article L. 432-2-1 du code du travail :

*Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.*

Article L. 122-40 du code du travail :

*Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.*

Article L. 122-41 du code du travail :

*Aucune sanction ne peut être infligée au salarié sans que celui-ci soit informé dans le même temps et par écrit des griefs retenus contre lui.*

*Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il doit convoquer le salarié en lui indiquant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. Au cours de l'entretien, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ; l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié. La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle doit être motivée et notifiée à l'intéressé.*

*Lorsque l'agissement du salarié a rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat, aucune sanction définitive, relative à cet agissement, ne peut être prise sans que la procédure prévue à l'alinéa précédent ait été observée.*

Article L. 122-42 du code du travail :

*Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites.*

*Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite.*

Article L. 122-43 du code du travail :

*En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. L'employeur doit fournir au conseil de prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de*

*prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.*

*Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.*

*Les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables en cas de licenciement.*

Article L. 122-44 du code du travail :

*Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.*

*Aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction.*

Article 226-15 du code pénal :

*Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

*Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions.*

Article 432-9 du code pénal :

*Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

*Est puni des mêmes peines le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ou un agent d'un exploitant de réseaux ouverts au public de communications électroniques ou d'un fournisseur de services de télécommunications, agissant dans l'exercice de ses fonctions, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, l'utilisation ou la divulgation de leur contenu.*

Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie (extraits) :

Chapitre III : Amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles

Article 11 :

*Sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles.*

Sont également comprises dans les dispositions de l'alinéa précédent les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des élèves par des établissements d'enseignement français à l'étranger visés à l'article L. 451-1 du code de l'éducation ou entrant dans le champ de compétence de l'Agence pour l'enseignement français à l'étranger visé aux articles L. 452-2 à L. 452-5 dudit code.

Toutefois, si ces faits ont donné lieu à une condamnation pénale, l'amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles est subordonnée à l'amnistie ou à la réhabilitation légale ou judiciaire de la condamnation pénale.

Sauf mesure individuelle accordée par décret du Président de la République, sont exceptés du bénéfice de l'amnistie prévue par le présent article les faits constituant des manquements à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs. La demande d'amnistie peut être présentée par toute personne intéressée dans un délai d'un an à compter soit de la promulgation de la présente loi, soit de la condamnation définitive.

#### Article 12 :

Sont amnistiés, dans les conditions prévues à l'article 11, les faits retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur.

L'inspection du travail veille à ce qu'il ne puisse être fait état des faits amnistiés. A cet effet, elle s'assure du retrait des mentions relatives à ces sanctions dans les dossiers de toute nature concernant les travailleurs qui bénéficient de l'amnistie.

Les règles de compétence applicables au contentieux des sanctions sont applicables au contentieux de l'amnistie.

#### Article 13 :

Les contestations relatives au bénéfice de l'amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles définitives sont portées devant l'autorité ou la juridiction qui a rendu la décision.

L'intéressé peut saisir cette autorité ou juridiction en vue de faire constater que le bénéfice de l'amnistie lui est effectivement acquis.

En l'absence de décision définitive, ces contestations sont soumises à l'autorité ou à la juridiction saisie de la poursuite.

L'exécution de la sanction est suspendue jusqu'à ce qu'il est statué sur la demande ; le recours contentieux contre la décision de rejet de la demande a également un caractère suspensif.

Toutefois, l'autorité ou la juridiction saisie de la demande ou du recours peut, par décision spécialement motivée, ordonner l'exécution provisoire de la sanction ; cette décision, lorsqu'elle relève de la compétence d'une juridiction, peut, en cas d'urgence, être rendue par le président de cette juridiction ou un de ses membres délégué à cet effet.

#### Chapitre V : Effets de l'amnistie

##### Article 20 :

L'amnistie n'entraîne de droit la réintégration ni dans les offices publics ou ministériels ni dans les fonctions, emplois, grades ou professions, publics ou privés.

En aucun cas, elle ne donne lieu à reconstitution de carrière.

Elle entraîne la réintégration dans les divers droits à pension à compter de la date de publication de la présente loi en ce qui concerne l'amnistie de droit et à compter du jour où l'intéressé est admis à son bénéfice en ce qui concerne l'amnistie par mesure individuelle.

La liquidation des droits à pension se fait selon la réglementation prévue par le régime de retraite applicable aux intéressés en vigueur le 17 mai 2002.

L'amnistie n'entraîne pas la réintégration dans l'ordre de la Légion d'honneur, dans l'ordre de la Libération, dans l'ordre national du Mérite ni dans le droit au port de la Médaille militaire. Toutefois, la réintégration peut être prononcée, pour chaque cas individuellement, à la demande du garde des sceaux, ministre de la justice et, le cas échéant, du ministre intéressé, par décret du Président de la République pris après avis du grand chancelier compétent.

\*  
\* \*

Le présent pourvoi pose essentiellement le problème du secret des correspondances reçues par un salarié sur son lieu de travail. Cette problématique a connu un regain d'intérêt ces derniers temps suite au développement des nouvelles techniques de communication, facilitées sur le lieu du travail par le matériel mis à la disposition des salariés par l'employeur lui-même : ordinateur, téléphone, fax... C'est ainsi que, curieusement, les textes, la jurisprudence et la doctrine, qui ont construit au fil du temps un système relatif aux correspondances « papier », ont inspiré celui nécessaire aux correspondances virtuelles, lequel vient alimenter la réflexion relative aux premières nommées.

Il n'est pas inutile de souligner, dès ce stade de la réflexion, que l'entreprise n'a pas vocation pour le salarié à y recevoir son courrier personnel, surtout lorsqu'il veut en dissimuler l'existence à ses proches. Il appartient à l'employeur de fixer les règles en la matière, voire d'interdire purement et simplement cette pratique. Il n'en reste pas moins qu'un tel courrier peut arriver, que ce soit à l'initiative ou contre le gré du salarié, et qu'il convient de déterminer la conduite à tenir devant une telle éventualité.

Cette réflexion impose de mettre en perspective deux notions antagonistes :

- le pouvoir de direction de l'employeur, qui doit lui permettre de contrôler le courrier reçu au sein de son entreprise ;

- le nécessaire respect de la vie privée du salarié.

#### 1. Le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

Il convient de rechercher quels sont les fondements de ce pouvoir pour en apprécier l'étendue, mais aussi pour comprendre ses manifestations au regard de la problématique de ce dossier. En effet, ce pouvoir a évolué au fil des années. De paternaliste au temps de la révolution industrielle, il est devenu plus respectueux des libertés individuelles,

même si le salarié, dans une inévitable dépendance économique et culturelle, ne peut que rester dans une relation de travail « *juridiquement subordonnée et économiquement inégale* » (1), ce qui implique et explique la recherche constante par la jurisprudence et dans les textes d'une protection minimale de la liberté du salarié.

### 1.1. Les fondements du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

Le chef d'entreprise puise tout d'abord son pouvoir de direction dans le droit de propriété. Il n'est pas inutile de rappeler les dispositions de l'article 544 du code civil, aux termes duquel « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements* ». Mais ce droit de propriété trouve vite ses limites, d'autant que s'il fonde un droit sur les choses, il ne saurait en fonder un sur les personnes (2). Par ailleurs, le développement du droit des sociétés et les multiples et complexes formes de celles-ci supposent une dissociation du pouvoir de direction par rapport au droit de propriété et la recherche d'autres fondements. Parmi ceux-ci, il y a la liberté d'entreprendre, qui justifie les décisions unilatérales du chef d'entreprise mais, là encore, avec une restriction relative aux personnes. C'est dès lors la qualité d'employeur qui l'emporte car elle suppose l'existence d'un lien de subordination juridique tel que reconnu par l'article L. 120-3, alinéa 2, du code du travail : « *Toutefois, l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées au premier alinéa [du même article] fournissent directement ou par personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci.* »

L'existence de ce lien de subordination implique, de la part de l'employeur, une responsabilité, tout d'abord civile en application de l'article 1384, alinéa 5, du code civil, mais aussi pénale en application de l'article 121-2 du code pénal, l'employeur pouvant également être reconnu coupable de complicité par fourniture de moyens ; cela pourrait notamment être le cas dans l'hypothèse de la fourniture de matériel informatique ayant servi à la commission d'infractions, par exemple de nature pédophile.

Ces rapides considérations justifient, de la part de l'employeur, un pouvoir de contrôle dont il convient de définir le contenu.

### 1.2. Le contenu du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

L'employeur peut édicter, au sein de son entreprise, des normes (le règlement intérieur), ce qui induit un pouvoir de sanction en cas de violation de celles-ci (le pouvoir disciplinaire).

#### 1.2.1. Le règlement intérieur

(1) Philippe Waquet, « La vie personnelle du salarié », *Droit social* n° 1, janvier 2004, p. 23.

(2) J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Droit social* 1982, p. 1.

Jusqu'à la loi du 4 août 1982, le pouvoir normatif de l'employeur était peu encadré, au point que certains auteurs considéraient qu'il s'agissait d'une « anomalie juridique » (3). C'est à ce niveau qu'apparaissent, sur le plan légal, des limitations aux pouvoirs de l'employeur.

Outre le fait que l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises de plus de vingt salariés (art. L. 122-33 du code du travail), aux termes de l'article L. 122-35 du même code, « *... il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Il s'agit d'un document écrit qui fixe entre autres « *les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur... Il énonce également les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés* » (art. L. 122-34). En application de l'article L. 122-35, il doit avoir été « *soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, à l'avis des délégués du personnel... et communiqué à l'inspecteur du travail* », qui en vérifie la régularité, sous le contrôle des juridictions administratives.

En matière de traitement du courrier reçu par un salarié à son nom personnel, il appartient au règlement intérieur de définir le cas échéant les règles à appliquer :

- interdiction éventuelle de recevoir un tel courrier ;
- conduite à observer en cas d'arrivée, malgré cette interdiction, d'un pli.

En l'espèce, aucun argumentaire, que ce soit dans le mémoire ampliatif ou dans le mémoire en défense, ne fait référence au règlement intérieur. C'est donc de façon prétorienne que le problème de la réception du courrier personnel doit être abordé pour apprécier la situation au sein de l'entreprise Y...

La possibilité qui est donnée à l'employeur de mettre en place des sanctions renvoie aux dispositions relatives au pouvoir disciplinaire de celui-ci.

#### 1.2.2. Le pouvoir disciplinaire

Aux termes de l'article L. 122-40 du code du travail : « *Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ».

Il se déduit de cette disposition que constitue une faute disciplinaire tout agissement du salarié que l'employeur considère comme fautif. Il en résulte un certain subjectivisme, qui suppose un encadrement strict de ce pouvoir.

(3) G. Lyon Caen, « Une anomalie juridique, le règlement intérieur », *D.* 1969, chron. 35.

### 1.2.2.1. La procédure disciplinaire

Elle est réglée par l'article L. 122-41 du code du travail :

- le salarié doit être informé par écrit des griefs retenus contre lui ;

- il doit être convoqué en lui indiquant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur sa présence dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ;

- au cours de l'entretien, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ;

- l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié ;

- la sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle doit être motivée et notifiée à l'intéressé.

Aucun fait fautif ne peut à lui seul donner lieu à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, sauf poursuites pénales dans le même délai (art. L. 122-44).

### 1.2.2.2. La sanction disciplinaire

Aux termes de l'article L. 122-34 ci-dessus rappelé et depuis la loi du 4 août 1982, la nature et l'échelle des sanctions doivent être prévues dans le règlement intérieur.

En l'espèce, aucune contestation ne s'est élevée au sujet de la sanction infligée à M. X... Il s'en déduit que celle-ci est conforme au règlement intérieur de l'entreprise dont on est réduit à présumer l'existence, dans la mesure où elle emploierait plus de vingt salariés, comme il a déjà été dit.

Le régime des sanctions disciplinaires obéit aux règles générales en matière de sanctions, à savoir qu'elles doivent reposer sur des faits dont la preuve a été rapportée loyalement et qu'elles peuvent être effacées par l'amnistie.

#### 1.2.2.2.1. La loyauté de la preuve

Aux termes de l'article L. 122-43, « En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. L'employeur doit fournir au conseil de prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.

Les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables en cas de licenciement ».

En matière civile, la preuve est réglementée par l'article 9 du nouveau code de procédure civile, qui dispose qu'« il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Par ailleurs, les articles 1315 à 1369 du code civil organisent les modes de preuve admissibles et leur force probante. Il en résulte qu'en matière civile, la preuve se fait par écrit à partir d'actes juridiques connus à l'avance, que les parties ont eu intérêt à conserver. Pour les chambres civiles, commerciales et sociale de la Cour de cassation, les preuves obtenues de manière déloyale doivent donc être rejetées. Il s'agit de preuves recueillies en violation d'une règle de droit, notamment celles protégeant soit l'intimité de la vie privée, soit différents secrets tels que le secret des correspondances ou même le secret professionnel. C'est surtout le caractère clandestin des procédés qui rend l'emploi des preuves obtenues illicite. C'est ainsi que la deuxième chambre civile a décidé le 7 octobre 2004 (4), au visa de l'article 9 du nouveau code de procédure civile et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ».

Déjà, dans un arrêt du 20 novembre 1991 (5), la chambre sociale avait décidé « que, si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite ». Plus récemment, elle a décidé, dans un arrêt du 8 mars 2005 (6), « qu'il n'est pas démontré que la salariée [licenciée pour faute grave pour avoir été trouvée en possession d'un produit cosmétique à la suite d'un contrôle des sacs des salariées conditionneuses effectué par des membres de la direction] a été informée de son droit de refuser le contrôle ou d'exiger la présence d'un témoin, l'affichage du règlement intérieur, dont la réalité est attestée, ne pouvant suppléer le défaut de preuve d'une information individuelle de la salariée sur ses droits lors de ce contrôle ». Cette jurisprudence a été confirmée le 17 mai suivant (7) : « Attendu, cependant, que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ».

Il convient cependant d'observer que cette jurisprudence exigeante est plus souple en cas de circonstances exceptionnelles, telles qu'une série d'attentats, comme elle l'a décidé dans une affaire M6 du 3 avril 2001 (8) (« Mais attendu que l'employeur, peut, en application de l'article L. 120-2 du code du travail, apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions justifiées

(4) Bull. 2004, II, n° 447, p. 380.

(5) Bull. 1991, V, n° 519, p. 323.

(6) Non publié - Société Laboratoires Clarins, pourvoi n° 02-47.123.

(7) Bull. 2005, V, n° 165, p. 143 - Droit social, juillet-août 2005, n° 7/8, p. 789-793, note J.-E. Ray.

(8) Bull. 2001, V, n° 115, p. 90.

par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'après avoir rappelé qu'une série d'attentats avait eu lieu durant l'été 1995, la cour d'appel a pu décider que la société M6, qui avait été concernée par des alertes à la bombe, avait valablement exigé, après consultation du comité d'entreprise et du CHSCT, l'ouverture, à titre temporaire, des sacs devant les agents de sécurité, cette mesure, justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, étant proportionnée au but recherché puisqu'elle excluait la fouille des sacs »).

De son côté, la chambre criminelle (9) estime que le principe de la liberté de la preuve, exprimé dans l'article 427 du code de procédure pénale (10), permet de ne pas écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il convient seulement d'en apprécier la valeur probante. On retrouve cette conception dans un arrêt du 13 octobre 2004 (11), qui a décidé que la cassette contenant l'enregistrement, effectué clandestinement par Bertrand D... à l'insu de Bernard X..., d'une conversation échangée avec ce dernier, ayant fait l'objet d'une expertise qui a authentifié les propos tenus, pouvait, après avoir été soumise à la libre discussion des parties, ne pas être écartée de la procédure dès lors que cet enregistrement ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges. Cette position s'impose par l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité mais aussi par les nécessités des droits de la défense, ainsi que cela résulte par exemple d'un arrêt de la chambre criminelle du 31 janvier 2007 (12), aux termes duquel « l'enregistrement de la conversation téléphonique privée était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont était victime [l'auteur de l'enregistrement] et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui lui étaient imputées ». Mais auparavant, la même chambre avait aussi décidé, dans un arrêt du 24 janvier 1995 (13), au visa de l'article 368-1 du code pénal, que le fait de dissimuler un magnétophone à déclenchement vocal dans le faux plafond du bureau occupé par deux de ses employés a porté atteinte à l'intimité de leur vie privée.

De même, dans un arrêt récent du 21 mars 2007 (14), au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle a décidé « que, selon ce texte, toute ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile doit être prévue par la loi ;

(9) Par exemple, Crim., 25 juin 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 210, p. 530.

(10) « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».

(11) *Bull. crim.* 2004, n° 243, p. 885.

(12) Non publié, pourvoi n° 06-82.383.

(13) Non publié, pourvoi n° 94-81.207.

(14) *Bull. crim.* 2007, n° 89, p. 451., pourvoi n° 06-89.444, *Bicc* n° 665 du 15 juillet 2007, rubrique « Arrêts des chambres », n° 1522.

– que, pour déclarer régulières les opérations consistant à photographier, aux fins d'identification des titulaires des cartes grises, les véhicules stationnant ou circulant à l'intérieur de la propriété privée des conjoints V..., l'arrêt attaqué retient que les gendarmes n'ont pas fixé des images de scènes ressortissant à la vie privée des individus et n'ont donc pas commis d'ingérence injustifiée au sens de l'article 8 de la Convention précitée ;

– qu'en statuant ainsi, alors que constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile le fait, pour des enquêteurs, de photographier clandestinement, au moyen d'un téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée non visible de la voie publique, aux fins d'identification des titulaires des cartes grises et alors que cette immixtion, opérée en enquête préliminaire, n'est prévue par aucune disposition de procédure pénale, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée du texte conventionnel précité et du principe énoncé ci-dessus ».

Cette décision est à rapprocher de celle rendue le 27 février 1996 (15), aux termes de laquelle « l'interpellation de J.-P. M... a procédé d'une machination de nature à déterminer ses agissements litigieux... et par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté de la preuve ».

En l'espèce, le demandeur au pourvoi ne s'est pas placé de façon précise sur le terrain de la loyauté de la preuve pour contester la sanction disciplinaire dont il a été frappé. Celle-ci repose pourtant sur l'ouverture, hors sa présence mais alors qu'il était à son poste de travail, d'un pli personnel qui lui était destiné. On peut donc s'interroger sur la régularité de la procédure disciplinaire, par ailleurs conforme aux dispositions du code du travail ci-dessus rappelées. Par contre, l'intéressé, dans le deuxième moyen de son pourvoi, estime que, contrairement à ce qu'a décidé l'arrêt entrepris, la sanction qui lui a été infligée est amnistiée en application de la loi 2002-1062 du 6 août 2002.

#### 1.2.2.2. L'amnistie

Aux termes de l'article 11 de cette loi, « Sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles ». Par contre, « Sauf mesure individuelle accordée par décret du Président de la République, sont exceptés du bénéfice de l'amnistie prévue par le présent article les faits constituant des manquements à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ». Et en application de l'article 12, « Sont amnistiés, dans les conditions prévues à l'article 11, les faits retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur. »

En l'espèce, la cour d'appel a estimé « que si la loi du 6 août 2002 a prononcé l'amnistie des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles, elle a excepté de son bénéfice les faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur ; que tel

(15) *Bull. crim.* 1996, n° 93, p. 273.

*étant le cas en l'espèce, cette loi ne saurait être appliquée à Monsieur X... ; qu'au demeurant, l'amnistie n'entraîne pas de droit la réintégration dans les fonctions. »*

Le mémoire ampliatif conteste cette motivation en affirmant que « *le fait pour le salarié de recevoir sur son lieu de travail un courrier personnel dont le contenu n'est aucunement illicite ne constitue pas un manquement à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur* ».

Il convient d'observer que ce n'est pas le fait de recevoir sous pli fermé une revue jugée licencieuse par l'employeur qui a créé un trouble dans l'entreprise mais bien l'ouverture de l'enveloppe puis la publicité donnée, volontairement ou non, à son contenu. Dès lors, ce n'est pas M. X... qui a manqué personnellement aux bonnes mœurs. Au contraire, il a été victime d'une violation de l'intimité de sa vie privée ainsi qu'il sera soutenu ci-après. Dès lors, il ne peut que bénéficier de la loi d'amnistie et l'arrêt entrepris, si aucun autre motif de cassation n'est retenu, devra au moins être censuré sur ce point, même s'il a ajouté « *qu'au demeurant, l'amnistie n'entraîne pas de droit la réintégration dans les fonctions* ».

En effet, cette question n'a effectivement aucune incidence sur la présente procédure car, aux termes de l'article 20 de ladite loi, « *L'amnistie n'entraîne de droit la réintégration ni dans les offices publics ou ministériels ni dans les fonctions, emplois, grades ou professions, publics ou privés. En aucun cas, elle ne donne lieu à reconstitution de carrière.* » Il en résulte que l'amnistie ne remettant pas en cause les conséquences de la sanction disciplinaire dont il a été frappé, le demandeur au pourvoi a un intérêt à la poursuite de la procédure qu'il a engagée, seule possibilité pour lui d'obtenir éventuellement l'effacement des conséquences ou la réparation de la sanction qui lui a été infligée. En effet, la sanction dont il a été l'objet a eu pour lui des conséquences pécuniaires que la seule application de la loi d'amnistie ne peut réparer, bien que les faits qui lui sont reprochés, antérieurs au 17 mai 2002, soient amnistiés.

Par ailleurs, la circonstance que ce n'est pas la réception d'un courrier personnel qui est le fait déclencheur dans cette affaire mais bien l'ouverture de l'enveloppe et l'exposition de son contenu à la vue de tous implique que M. X... n'a pas failli à ses obligations contractuelles puisqu'il ne lui était certainement pas expressément interdit, dans son contrat de travail, de recevoir du courrier personnel. Cette circonstance ne paraît pas non plus relever des obligations générales nées du contrat de travail et qui s'imposent aux salariés, sauf réglementation particulière au sein de l'entreprise, ce qui ne paraît pas être le cas puisque l'ouverture systématique du courrier reposait sur un « usage ».

L'encadrement dont bénéficient le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire de l'employeur préfigurent les autres limites apportées au pouvoir de direction et de contrôle de celui-ci.

## 2. Les limites au pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur

Si les pouvoirs de direction et de contrôle de l'employeur ne sont pas discutés car inhérents au contrat de travail, il n'en reste pas moins que le développement du concept de protection de l'intimité de la vie privée dans la société en général ne pouvait qu'avoir des répercussions sur la relation de travail en particulier, aidé en cela par le développement des nouvelles techniques de communication. En effet, les progrès fulgurants de celles-ci et leur vulgarisation offrent des moyens nouveaux de contrôle, d'espionnage, d'écoute et d'interception, auxquels les règles de droit ont dû apporter une réponse.

C'est dans ces conditions que non seulement s'est développée, dans le code du travail, la notion de respect de la vie privée, mais également, dans la jurisprudence, celle de respect de la vie personnelle, dont le respect du secret des correspondances est plus qu'une illustration en raison du développement du courrier électronique.

2.1. Du respect de la vie privée au respect de la vie personnelle

### 2.1.1. Le respect de la vie privée

Le respect de la vie privée est un droit fondamental qui assure la dignité, l'intégrité et la liberté de l'être humain. Il est donc protégé par des normes supérieures, tel l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, aux termes duquel « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.* »

Le droit communautaire s'est également emparé de cette notion, en particulier dans la Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, dite « Directive vie privée et communications électroniques ». Auparavant, la Directive n° 95/46, du 24 octobre 1995, « relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation des personnes » avait souligné, dans son considérant n° 10, que « *l'objet des législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel est d'assurer le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment du droit à la vie privée reconnu également dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans les principes généraux du droit communautaire* ».

Sur le plan interne, le Conseil constitutionnel voit dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* »), au nombre des libertés constitutionnellement garanties, le respect de la vie privée (16). Dans une

(16) Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 (loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers).

décision précédente du 18 janvier 1995 (17), il avait énoncé que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ».

C'est par la loi du 17 juillet 1970 que cette notion a été consacrée dans le code civil, dont l'article 9 stipule que « Chacun a droit au respect de sa vie privée » et donne au juge les pouvoirs les plus larges pour empêcher ou faire cesser les atteintes à l'intimité de la vie privée.

Elle est sanctionnée pénalement par l'article 226-1 du code pénal (ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000), qui punit « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1° en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2° en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ».

Outre l'article L. 122-35 relatif au règlement intérieur ci-dessus évoqué (issu de la loi du 4 août 1982), le code du travail a été enrichi, par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, d'un article L. 120-2 aux termes duquel « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Ce texte est venu consacrer la jurisprudence antérieure de la chambre sociale « tendant à substituer la notion de citoyen salarié à celle de salarié citoyen » (18).

Dans la suite de ce texte, l'article L. 422-1-1, par la suite modifié, prévoit que « Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement.

L'employeur ou son représentant est tenu de procéder sans délai à une enquête avec le délégué et de prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

*En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié concerné averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui statue selon les formes applicables au référé.*

*Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor ».*

L'article L. 120-2 est particulièrement important car il introduit, outre l'autonomie des droits et libertés de la personne dans l'entreprise, un principe de proportionnalité des restrictions à ces droits dans la relation de travail. Comme le souligne Pierre Sargos (19), « il convient de relever que ni la loi du 4 août 1982, ni celle du 31 décembre 1992 n'ont créé ex nihilo le domaine de la protection des droits de la personne dans l'entreprise. Une jurisprudence ferme et constante de la Cour de cassation a, et cela pratiquement depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, posé des limites au pouvoir d'organisation et de direction de l'employeur, qui ne pouvait l'exercer que pour des motifs légitimes, c'est-à-dire fondés sur l'intérêt de l'entreprise, ce qui excluait des mesures portant arbitrairement atteinte aux libertés individuelles, qui étaient sanctionnées sur le terrain de l'abus de droit. Mais les lois précitées ont renforcé et systématisé les garanties et les sanctions ».

Le salarié a ainsi droit au respect par son employeur de ses modes et habitudes de vie, de ses mœurs, de sa vie sentimentale et familiale, de ses convictions religieuses, de l'affectation privative de son domicile, de l'affectation individualisée de ses lieux de rangement et, bien sûr, de ses correspondances. Dans chacun de ces secteurs, la chambre sociale a eu l'occasion de développer sa jurisprudence. On ne retiendra bien évidemment ici que le dernier secteur, marqué par l'arrêt du 2 octobre 2001 (20) qui interdit à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels que le salarié émet ou reçoit sur l'ordinateur mis à sa disposition et cela, même si l'employeur a interdit une utilisation non professionnelle de ce matériel.

Il convient également de rappeler que la loi du 4 août 1982 a également institué l'article L. 122-45, régulièrement modifié et enrichi pour lutter contre les discriminations, aux termes duquel « ...aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses origines, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, à une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par le médecin de travail (...), en raison de son état de santé ou de son handicap ».

Enfin, l'article L. 121-8 du code du travail dispose qu'« Aucune information concernant personnellement

(17) Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 (loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité - à propos de la vidéo-surveillance).

(18) Conclusions de Philippe Kehrig - Arrêt du 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 291, p. 233 (affaire Nikon), *Bicc* n° 544 du 1<sup>er</sup> novembre 2001, p. 3 à 6.

(19) Etude de Pierre Sargos, ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation, faite à l'occasion de la session de formation organisée par la Cour de cassation et l'École nationale de la magistrature, du 27 au 29 septembre 2004.

(20) *Bull.* 2001, V, n° 291, p. 233 (affaire Nikon).

*un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi ».*

### 2.1.2. Le respect de la vie personnelle

La jurisprudence de la chambre sociale avait une conception très large de la notion de vie privée, puisqu'elle avait affirmé, dans un arrêt du 22 janvier 1992 (21) relatif à l'achat par une salariée d'un véhicule d'une autre marque que celle par laquelle elle était employée, que, dans sa vie privée, un salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix.

C'est ainsi que s'est développé le concept d'atteinte à la vie personnelle, qui peut être extérieur à la relation de travail et qui est plus vaste que l'intimité de la vie privée qui, elle, est une liberté fondamentale de la personne. La terminologie a été pour la première fois utilisée dans un arrêt du 14 mai 1997 (22) : « attendu que la cour d'appel a relevé que, au jour du dernier incident, M. A... [employé comme concierge] était en congé de maladie et que lui-même locataire dans la résidence, il s'était pris de querelle avec une autre locataire pour un problème de voisinage ; qu'elle a décidé à bon droit que les agissements du salarié dans sa vie personnelle n'étaient pas constitutifs d'une cause de licenciement ». De même, le 16 décembre 1997 (23), elle a précisé que « le fait imputé à un salarié relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute ». Dans une décision plus récente du 21 octobre 2003 (24), elle a confirmé le recours à cette notion dans le cas d'une secrétaire médicale licenciée pour faute grave pour avoir par ailleurs une activité de « voyante tarologue » en décidant que le « comportement incriminé, relevant de [la] vie personnelle, ne pouvait en lui-même constituer une faute ».

La vie personnelle recouvre trois aspects : la vie privée proprement dite, l'exercice des libertés civiles (mariage, divorce) et l'exercice des libertés civiques (participation à la vie politique et associative). Le respect de l'intimité de la vie privée en est le « noyau dur ». N'étant qu'une des composantes de la vie personnelle, son statut s'en trouve renforcé, tout comme le secret des correspondances, qui appartient par nature à la sphère de l'intimité de la vie privée, au point de faire l'objet d'une protection pénale spécifique.

### 2.2. Le respect du secret des correspondances

L'intérêt porté au contenu des correspondances est ancien. Bien avant la Révolution et malgré l'action des Parlements, qui ont largement contribué à élaborer la notion de secret des correspondances, le roi utilisait sans limite les services du « cabinet noir » et c'est l'intendant des Postes qui venait lui-même et ouvertement lui porter la copie des lettres interceptées. C'est le gouvernement révolutionnaire qui déclara, par le décret des 10 et 14 août 1790, que

« le secret des lettres est inviolable et que, sous aucun prétexte, il ne peut y être porté atteinte ni par les corps, ni par les individus ». Mais, très vite, on s'aperçut de l'intérêt qu'il y avait à prendre connaissance de certains courriers et c'est seulement la République qui reprit à son compte le principe ainsi énoncé.

#### 2.2.1. Le secret des correspondances

Outre le fait qu'il explique pourquoi la violation du secret des correspondances a d'abord été punissable quand elle était commise par les dépositaires de l'autorité publique (25), ce bref historique permet de rappeler que le secret des correspondances a précédé dans notre droit le concept de protection de l'intimité de la vie privée, auquel il est généralement intégré. En fait, il s'agit bien d'une atteinte à la personnalité, comme en témoigne le simple plan du code pénal, ainsi que le fait remarquer l'auteur du fascicule (26) du jurisclasser civil : « Dans le livre II, « Des crimes et délits contre les personnes », plus particulièrement dans son titre II, « Des atteintes à la personne humaine », on trouve un chapitre VI, « Des atteintes à la personnalité », divisé en plusieurs sections : section I, « De l'atteinte à la vie privée », section II, « De l'atteinte à la représentation de la personne », section III, « De la dénonciation calomnieuse », section IV, « De l'atteinte au secret ». Dans cette dernière section, un paragraphe premier est relatif à l'atteinte au secret professionnel et un second à l'atteinte au secret des correspondances ».

Il convient de remarquer que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme lui-même fait cette distinction : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Il en va de même dans l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance... ». La Cour européenne des droits de l'homme a précisé (27) que le terme « correspondance » figurant dans la Convention n'est assorti (à la différence du mot « vie ») d'aucun adjectif et qu'il est applicable à toute correspondance, y compris donc professionnelle.

Au plan interne, le secret de la correspondance a été qualifié de liberté fondamentale par la Cour de cassation (28) et le Conseil d'Etat (29). Il a même valeur constitutionnelle puisque, s'il n'est pas expressément visé dans la Constitution, il l'est dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle elle renvoie et qui édicte dans son article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés ».

(25) Les sanctions pénales n'ont été étendues aux particuliers, et de façon plus légère, qu'en 1922.

(26) *JurisClasser Civil*, Annexes, V<sup>o</sup>, Lettres missives, Fasc. 20 : Lettres missives – Droit de la personnalité. – Droit de la preuve.

(27) Arrêt du 16 décembre 1992, X... c/ Allemagne, requête n<sup>o</sup> 13710/88.

(28) Chambre sociale, 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n<sup>o</sup> 291, p. 233 (affaire Nikon).

(29) Conseil d'Etat – 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sections réunies, 9 avril 2004, Commune de Drancy, n<sup>o</sup> 263759 - *Recueil Lebon*.

(21) *Bull.* 1992, V, n<sup>o</sup> 30, p. 18.

(22) *Bull.* 1997, V, n<sup>o</sup> 175, p. 126.

(23) *Bull.* 1997, V, n<sup>o</sup> 441, p. 315.

(24) *Bull.* 2003, V, n<sup>o</sup> 259, p. 265.

par la loi ». Dans une décision du 23 juillet 1999 (30), le Conseil constitutionnel a déclaré que « *La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dispose que le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme et que ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression, implique le respect de la vie privée* ».

Enfin, indépendamment des atteintes à la vie privée proprement dites, le secret des correspondances bénéficie d'une protection particulière sur le plan pénal. L'article 226-15 du code pénal réprime « *le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance...* ». L'article 432-9 réprime quant à lui « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances...* ».

Il est donc incontestable que le secret des correspondances, soit en lui-même soit intégré au respect dû à l'intimité de la vie privée, a une valeur supérieure, qui ne peut faire l'objet de tempéraments que pour des raisons d'ordre public. Il s'impose donc à quiconque, y compris au sein de l'entreprise, dans le cadre de la relation de travail.

### 2.2.2. Le secret des correspondances du salarié

La difficulté est en effet apparue il y a très longtemps puisque l'on cite un arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 juin 1938, qui a examiné une demande de dommages-intérêts présentée par un rédacteur d'une publication suite à l'ouverture, par le directeur, d'une correspondance qui lui était adressée, à son nom, au siège du journal. La chambre criminelle a eu plusieurs fois l'occasion de statuer sur le même problème en retenant que l'ouverture volontaire du courrier constitue un délit (31), par exemple :

– Crim., 18 juillet 1973, *Bull. crim.* 1973, n° 336, p. 821 - ouverture par l'employeur d'une lettre adressée à une employée ;

– Crim., 4 décembre 1974, *Gaz. Pal.* 1975, som., p. 93 - ouverture systématique par une secrétaire d'une lettre adressée aux salariés, en l'espèce un directeur, sur instructions de l'employeur ;

– Crim., 17 février 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 82, p. 210 - ouverture par une salariée d'une lettre adressée par une collègue à un journaliste.

Mais elle a également eu l'occasion de juger que n'est pas coupable du délit de violation de la correspondance, l'intention délictueuse faisant défaut (l'infraction doit avoir été commise de « mauvaise

foi »), le préposé d'un organisme (CNRS) qui ouvre et remet ouvertes à leur destinataire des lettres adressées à celui-ci au siège de cet organisme, avec mention de son nom patronymique et de son appartenance audit organisme, ces lettres ayant été considérées comme professionnelles et non comme personnelles (Crim., 16 janvier 1992, non publié, pourvoi n° 88-85.609) (32).

Cette apparente contrariété de décisions montre que la matière est délicate et qu'elle est faite de nuances qu'il appartient aux juges du fond d'analyser.

Le développement du courrier électronique a donné l'occasion à la jurisprudence de se pencher à nouveau sur le problème du secret des correspondances. C'est notamment dans un arrêt rendu le 2 octobre 2001 (affaire Nikon) (33) que la chambre sociale a fixé sa position, non seulement en matière de courrier électronique mais également en matière de courrier classique. Elle l'a fait, ce qui doit être particulièrement souligné, au visa des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail, en précisant dans un attendu de principe « *que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* ». Cette solution a été reprise dans un arrêt du 12 octobre 2004 (34).

La référence à la « violation d'une liberté fondamentale » doit tout particulièrement être retenue, d'autant qu'elle a été confirmée par la suite, notamment dans un arrêt du 17 mai 2005 rendu au visa des mêmes textes, qui précise « *que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels, contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition, qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé* ». Cet arrêt introduit donc deux nuances dans l'application du principe précédemment défini :

– l'existence d'un risque ou d'un événement particulier ;

– la présence du salarié ou celui-ci dûment appelé.

Bien que concernant des fichiers informatiques, cette jurisprudence est applicable au courrier « papier » dont l'ouverture peut notamment être rendue nécessaire, comme en matière informatique (réception d'un virus), par un risque (lettre piégée).

La chambre sociale est allée plus loin encore pour tempérer l'application des principes dégagés

(30) Décision n° 99-416 DC (Loi portant création d'une couverture maladie universelle).

(31) Philippe Waquet, note sous avis de la Cour de cassation du 24 janvier 1994, *Gaz. Pal.*, jurisprudence, p. 155.

(32) *JurisClasseur Pénal*, art. 226-15, fasc. unique : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers.

(33) *Bull.* 2001, V, n° 291, p. 233.

(34) *Bull.* 2004, V, n° 245, p. 226.

par sa jurisprudence Nikon, dans une décision du 18 octobre 2006 (35) aux termes de laquelle « les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ».

Il en va de même dans une deuxième décision rendue le même jour, concernant cette fois des dossiers « papier » : « les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ».

On peut ainsi résumer l'état actuel de la jurisprudence de la chambre sociale :

- l'employeur ne peut, sans violation de la liberté fondamentale qu'est le respect de l'intimité de sa vie privée, en particulier le secret des correspondances, prendre connaissance du courrier, virtuel ou non, émis ou reçu par le salarié, même au cas où l'employeur aurait interdit l'usage du courrier personnel dans l'entreprise ;

- si le courrier est identifié comme étant personnel, l'employeur ne peut y accéder qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé, sauf risque ou événement particulier ;

- si le courrier n'est pas identifié comme étant personnel, il peut être présumé avoir un caractère professionnel et l'employeur peut y avoir accès hors la présence du salarié. On peut ajouter que si celui-ci est physiquement présent dans l'entreprise, il est préférable de le laisser procéder lui-même à son ouverture. C'est surtout en son absence que la présomption doit jouer, car il est bien évident que l'entreprise a vocation à prendre connaissance du courrier qui lui est adressé.

Toutes les questions ne sont pas pour autant réglées, car un courrier « personnalisé » peut néanmoins avoir un caractère professionnel. En effet, on assiste à une personnalisation croissante des relations entre les membres des entreprises et leurs interlocuteurs. Cette personnalisation est même obligatoire dans l'administration, en application de l'article 4 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2001, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (36). Elle nécessite qu'une procédure soit mise en œuvre pour respecter soit cet usage, soit cette obligation légale, afin d'opérer un tri entre le courrier personnel et le courrier professionnel. Il appartient aux juges du fond d'apprécier les circonstances de chaque espèce au vu des éléments qui sont discutés devant eux et de décider si la présomption du caractère professionnel

du courrier reçu, dans le souci de proportionnalité défini par l'article L. 120-2 du code du travail, peut s'appliquer.

En l'espèce, il résulte des constatations des juges du fond « que l'enveloppe expédiée à l'entreprise est une simple enveloppe commerciale, démunie de toute mention restrictive, transmise comme un courrier professionnel, à l'aide d'une machine à affranchir et sur laquelle les coordonnées de Monsieur X... ont été portées selon un procédé mécanographique ; que la fonction de Monsieur X... figurait également sur l'enveloppe en-dessous de son nom ; que, en l'absence de toute mention relative au caractère confidentiel de ce courrier, l'employeur qui a procédé à l'ouverture de cette enveloppe ne peut se voir reprocher un manquement à la vie privée de son salarié ; qu'il est patent que ce courrier, particulièrement obscène, d'une part, a provoqué un trouble dans l'entreprise, d'autre part, a eu un retentissement immanquable sur la personne même du directeur dont Monsieur X... était le chauffeur, et donc un proche collaborateur, enfin a porté atteinte à l'image de marque de l'entreprise ».

Il n'en reste pas moins, ainsi que le soutient le premier moyen, que le courrier était adressé au nom personnel du demandeur au pourvoi et que même en l'absence de mention de confidentialité du courrier et bien que portant celle de sa qualité de chauffeur, celui-ci aurait dû lui être remis sans être ouvert.

La question aurait pu se poser de savoir quelle était la conduite à tenir en cas d'absence de l'intéressé et du doute qui pouvait exister sur la nature du courrier.

En l'espèce, en tout cas le contraire n'étant pas allégué, M. X... était physiquement présent dans l'entreprise lors de l'arrivée du courrier et ses fonctions ne le prédisposaient apparemment pas à recevoir un abondant courrier professionnel. Cela laisse présumer une certaine malveillance dans l'ouverture du pli et, surtout, dans la publicité donnée à son contenu. Il semble en effet que, « conformément à l'usage de l'entreprise », le courrier était exposé devant le standard, dans l'attente d'être retiré par son destinataire. On peut au moins penser que, compte tenu de sa nature, il aurait pu être discrètement replacé dans une enveloppe.

On peut également s'étonner que, dans un tel cas de figure, la société expéditrice ne fasse pas figurer systématiquement sur l'enveloppe, compte tenu des particularités de son contenu, une mention de confidentialité, ce dont le destinataire aurait d'ailleurs pu s'inquiéter lui aussi. Saisie d'une telle difficulté, la chambre criminelle a estimé, dans un arrêt déjà cité ci-dessus du 16 janvier 1992 (37), « que, pour déclarer non réunis les éléments constitutifs du délit de violation de correspondance – notamment l'intention frauduleuse – et débouter N..., partie civile, de sa demande de réparations civiles, les juges énoncent, d'une part, que les trois lettres litigieuses, arrivées au secrétariat du service avec la seule mention du nom de N... et de son appartenance au CNRS, sans l'indication sur les enve-

(35) Bull. 2006, V, n° 308, p. 294.

(36) « Dans ses relations avec l'une des autorités administratives mentionnées à l'article premier, toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administrative de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne... ».

(37) Non publié, pourvoi n° 88-85.609

*loppes du caractère privé de la correspondance, avaient à juste titre été considérées comme professionnelles et non personnelles, d'autre part, que les convocations qu'elles contenaient avaient été envoyées à N... uniquement en sa qualité de membre du CNRS, ce dernier étant le véritable destinataire ».*

Cette décision est toutefois relativement ancienne et antérieure à la montée en puissance des principes fondamentaux ci-dessus évoqués, au visa des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail.

C'est la raison pour laquelle elle ne saurait être invoquée dans la présente affaire, la cassation de l'arrêt entrepris paraissant devoir s'imposer au nom des mêmes principes, dont le caractère supérieur à toute autre considération est incontestable. Au cas où le pourvoi ferait néanmoins l'objet d'un rejet sur ce point, il convient de rappeler qu'au vu de ce qui a

été dit plus haut, l'arrêt encourt également la cassation dans la mesure où il a estimé que la sanction infligée à M. X... n'était pas amnistiée.

Les conditions dans lesquelles le salarié a pris connaissance de la sanction qui lui était infligée relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond et ne sauraient retenir l'attention.

Enfin, même si l'ouverture de l'enveloppe litigieuse ne devait pas être jugée comme constituant une violation de la correspondance adressée à l'intéressé et de l'intimité de sa vie privée, il n'en reste pas moins que la publicité donnée à son contenu révèle une intention de nuire, en tout cas empreinte de malveillance, pratique déloyale sur laquelle la sanction disciplinaire infligée ne pouvait s'appuyer.

Le troisième moyen ne paraît pas devoir retenir l'attention, la cour d'appel ayant légalement justifié sa décision.



## II. – SOMMAIRE D'ARRÊTS ET NOTES

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

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

## N° 72

1° L'article 6 de la convention collective des organismes de formation prévoyant la possibilité de conclure un contrat de travail à durée indéterminée intermittent « dont le seuil déclenchant une requalification est de 175 heures d'intervention en face à face pédagogique établies sur neuf mois d'activité glissant sur une période de douze mois », doit être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter le salarié de sa demande de requalification de contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, retient que ce dernier ne justifie pas du seuil nécessaire sur neuf mois d'activité glissant sur une période de douze mois.

2° Il résulte des dispositions de l'article L. 122-3-8 du code du travail que lorsqu'un salarié rompt le contrat de travail à durée déterminée et qu'il invoque des manquements de l'employeur, il incombe au juge de vérifier si les faits invoqués sont ou non constitutifs d'une faute grave.

Doit donc être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande de dommages-intérêts pour rupture abusive, retient que le seul manquement établi procède d'une simple erreur de calcul d'une majoration du taux horaire prévue par la convention collective et qu'en l'absence de faute grave imputable à l'employeur, le salarié n'est pas fondé à rompre le contrat de travail.

Soc., 30 mai 2007.

Rejet

N° 06-41.240. – C.A. Aix-en-Provence, 21 mars 2005.

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

Note

1° Dans la présente espèce, une salariée a été embauchée par contrats à durée déterminée en qualité de formatrice occasionnelle de 1996 à 2002, souvent pour une période allant du printemps à la fin de l'été, par un institut privé dont l'activité était l'organisation de séjours linguistiques pour étrangers.

Ayant été déboutée par la cour d'appel de sa demande de requalification des contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée intermittent prévu par la convention collective applicable, elle a formé pourvoi en invoquant la violation des articles L. 122-1-1 3° et D. 121-2 du code du travail, relatifs à deux cas de contrat à durée déterminée : le contrat saisonnier et le contrat d'usage.

Depuis une série de quatre arrêts du 26 novembre 2003 (Soc., 26 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 298, p. 299), la Cour de cassation subordonne la validité du contrat d'usage à deux conditions : le rattachement de l'activité principale de l'employeur à l'un des secteurs visés par l'article D. 121-2 du code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu et l'existence d'un usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée pour l'emploi concerné. Le contrôle du juge sur la nature temporaire de l'emploi occupé, qui s'effectuait auparavant, n'est plus exercé. Ainsi, le juge ne peut, pour accueillir une demande de requalification en contrat à durée indéterminée, déduire de la succession des contrats à durée déterminée que le salarié occupait un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, de tels motifs étant inopérants (Soc., 25 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 178, p. 153).

Dans la présente espèce, la justification de la requalification aurait pu être fournie par la convention collective, dont une clause prévoyait que « de tels contrats (à durée indéterminée intermittents) pourront être conclus après qu'aura été effectué le constat qu'un seuil de collaboration sous une forme irrégulière aura conduit à l'existence d'une relation contractuelle à durée indéterminée : le seuil déclenchant une requalification est de 175 heures d'intervention en face à face pédagogique étalées sur neuf mois d'activité glissant sur une période de douze

mois ». S'agissant d'un fait, il appartenait à la cour d'appel d'apprécier si la salariée en rapportait la preuve. Celle-ci ayant estimé que cela n'était pas le cas, la Cour de cassation rejette le pourvoi, la décision de la cour d'appel étant justifiée par ce seul motif.

2° Cet arrêt constitue par ailleurs une illustration d'un cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée, à l'initiative d'un salarié qui invoque une faute de l'employeur.

L'article L. 122-3-8 prévoit limitativement les cas de rupture du contrat à durée déterminée. Ainsi, le contrat à durée déterminée n'est susceptible de rupture avant le terme prévu que dans quatre cas :

- en cas de force majeure ;
- en cas de faute grave commise par l'une ou l'autre partie ;
- en cas d'accord des parties ;
- en cas d'embauche du salarié par un contrat à durée indéterminée, depuis la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002.

En l'espèce, la salariée avait pris acte de la rupture de son contrat en reprochant à son employeur notamment son refus d'appliquer la convention collective et de revaloriser son salaire.

La cour d'appel, tout en reconnaissant, au détriment de la salariée, une erreur de calcul relative à une majoration conventionnelle de salaire et en condamnant l'employeur à verser une certaine somme à ce titre, avait jugé que la rupture s'analysait en une démission.

La Cour de cassation, faisant application de l'article L. 122-3-8 du code du travail, décide que le salarié n'étant fondé à rompre le contrat à durée déterminée que si l'employeur a commis une faute grave, les juges du fond doivent donc rechercher si les faits invoqués sont ou non constitutifs d'une faute grave.

En l'espèce, le manquement constaté par la cour d'appel, qui procédait d'une erreur de calcul dans l'établissement du salaire, ne constitue pas une faute grave.

Cette décision s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle de la chambre sociale.

La chambre sociale a en effet déjà jugé, notamment, que la résiliation judiciaire du contrat à durée déterminée n'était possible qu'en cas de faute grave (Soc., 20 mars 1990, *Bull.* 1990, V, n° 121, p. 70). De même, la cour d'appel qui, dans un litige relatif à la prise d'acte de la rupture d'un contrat à durée déterminée, accorde au salarié des dommages-intérêts sans caractériser l'existence d'une faute grave commise par l'employeur, prive sa décision de base légale (Soc., 29 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 360, p. 346).

## N° 73

Il résulte de l'article L. 122-3-8 du code du travail que, sauf accord des parties, le contrat de travail

à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave de l'une ou l'autre des parties ou de force majeure.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour décider qu'un salarié a rompu son contrat de travail à durée déterminée en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-3-8 du code du travail, retient que celui-ci a signé sa lettre de « démission » sans contrainte, ne s'est pas représenté dans les locaux de l'entreprise après l'expiration de son arrêt de travail, n'a pas accepté l'offre de réintégration qui lui a été faite et n'a imputé aucun comportement fautif à l'employeur.

**Soc., 30 mai 2007.**

**Rejet**

N° 06-41.180. – C.A. Pau, 9 mai 2005.

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

## Note

L'article L. 122-3-8 du code du travail dispose que, sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Il peut également, depuis la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, être rompu à l'initiative du salarié lorsque celui-ci justifie d'une embauche pour une durée indéterminée.

La méconnaissance par l'une des parties de ces dispositions ouvre droit pour l'autre à des dommages-intérêts (alinéas 3 et 4 de l'article précité).

Dans l'espèce soumise à la chambre sociale, un salarié engagé selon un contrat de travail à durée déterminée avait remis à son employeur une lettre de démission et, le même jour, rétracté cette « démission ». Puis il avait saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir le paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail du fait de l'employeur.

Se posait donc la question des conséquences de la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée par la démission du salarié.

La chambre sociale s'est déjà penchée à plusieurs reprises sur ce problème. Dans un arrêt du 5 janvier 1999 (Soc., 5 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 1, p. 1), elle a posé le principe qu'un contrat à durée déterminée ne peut être rompu de manière anticipée par une démission.

Par deux arrêts (Soc., 23 septembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 241, p. 249 et Soc., 8 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 46, p. 41), elle a précisé que le salarié qui, en démissionnant, rompt son contrat à durée déterminée le faisait en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-3-8 du code du travail et n'avait donc pas droit aux dommages-intérêts prévus par ce texte.

Puis, dans un arrêt du 29 novembre 2006 (Soc., 29 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 360, p. 346), la chambre sociale a censuré la décision d'une cour d'appel qui, dans un litige relatif à la rupture d'un contrat à durée déterminée suite à la démission du

salarié faisant état de griefs envers son employeur, avait accordé à l'intéressé des dommages-intérêts sans caractériser l'existence d'une faute grave commise par l'employeur.

Se situant dans cette lignée jurisprudentielle, la présente décision rappelle la règle selon laquelle le salarié ne saurait rompre de manière unilatérale un contrat à durée déterminée sans motif valable ; il doit justifier soit de la force majeure soit d'une faute grave de l'employeur. La démission, à elle seule, ne peut ouvrir droit à des dommages-intérêts.

Si les juges du fond constatent que la rupture anticipée trouve sa cause dans la faute grave de l'employeur, ce dernier sera alors condamné à verser des dommages-intérêts au moins équivalents aux rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme du contrat.

Par contre, si les manquements invoqués ne sont pas constitutifs d'une faute grave de l'employeur, le salarié démissionnaire sera privé de toute indemnisation et, au surplus, pourra être condamné à réparer le préjudice subi par l'employeur à condition que celui-ci le réclame.

En l'espèce, le salarié ayant signé sa lettre de « démission » sans contrainte et n'ayant imputé aucun comportement fautif à l'employeur, il ne pouvait prétendre à l'attribution de dommages-intérêts.

#### N° 74

Doit être censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute de sa demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée d'usage en contrat de travail à durée indéterminée un salarié engagé à compter du mois de novembre 1990, antérieurement à l'accord interbranche du secteur du spectacle du 12 octobre 1998 étendu, sans rechercher si les contrats à durée déterminée mentionnaient qu'ils étaient conclus dans le cas du contrat d'usage prévu par le 3° de l'article L. 122-1-1 du code du travail.

**Soc., 27 juin 2007.**

**Cassation**

N° 05-45.038. – C.A. Paris, 9 septembre 2005.

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

#### Note

Par cet arrêt, la Cour de cassation réaffirme que le contrat à durée déterminée d'usage doit comporter la mention de son motif, conformément aux exigences posées par l'article L. 122-3-1, alinéa premier, du code du travail. Elle censure ainsi l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute de sa demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée d'usage en contrat de travail à durée indéterminée un salarié engagé à compter du mois de novembre 1990, antérieurement à l'accord interbranche du secteur du spectacle du 12 octobre 1998 étendu, sans rechercher si les contrats à durée déterminée mentionnaient qu'ils étaient conclus dans le cas du

contrat d'usage prévu par le 3° de l'article L. 122-1-1 du code du travail. Dans deux arrêts rendus le 27 septembre 2006 (Soc., 27 septembre 2006, pourvoi n° 04-45.549 et Soc., 27 septembre 2006, pourvoi n° 04-45.550), la Cour de cassation a considéré que cette mention du motif de recours peut être déduite de celle du poste à pourvoir, pour autant que celui-ci corresponde à un emploi pour lequel le recours au contrat à durée déterminée d'usage est possible en application de l'accord interbranche du secteur du spectacle du 12 octobre 1998 étendu. Il en résulte que, pour des salariés engagés antérieurement à cet accord, le motif ne peut résulter de la seule mention de l'emploi concerné.

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

### \* Clause de mobilité

#### N° 75

La mise en œuvre d'une clause de mobilité ne permet pas à l'employeur de modifier le contrat de travail de son salarié en imposant à celui-ci de fixer sa résidence.

Dès lors, justifie légalement sa décision une cour d'appel qui déclare sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui, lors de la mise en œuvre de la clause de mobilité figurant dans son contrat de travail, refuse le changement de résidence que lui imposait corrélativement son employeur.

**Soc., 15 mai 2007.**

**Rejet**

N° 06-41.277. – C.A. Montpellier, 11 janvier 2006.

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

#### Note

La chambre sociale réaffirme régulièrement la règle selon laquelle lorsqu'une clause de mobilité est insérée dans le contrat de travail, le changement du lieu de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail mais un simple changement des conditions de travail, relevant du pouvoir de direction de l'employeur. Cependant, l'employeur ne peut, à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause de mobilité, imposer à un salarié la modification d'un élément essentiel de son contrat de travail comme une modification des fonctions ou de la rémunération.

La question posée dans le présent arrêt était de savoir si l'obligation de changement de domicile du salarié dans son nouveau secteur d'affectation était inhérente à la mobilité contractuellement acceptée ou si cette obligation constituait une modification du contrat de travail que le salarié pouvait refuser.

La liberté fondamentale du choix de son domicile par le salarié est fermement affirmée par la Haute juridiction (*rapport annuel* 2006, p. 263). Toute aliénation à cette liberté doit être justifiée.

Ainsi, au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre sociale affirme que « *le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs [du droit de toute personne au respect de son domicile]. Une restriction à cette liberté par l'employeur n'est, dès lors, valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* » (Soc., 12 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 7, p. 4).

Au regard de l'article L. 120-2 du code du travail, la restriction au libre choix du lieu du domicile, pour être licite, doit être justifiée « *par la nature de la tâche à accomplir* » et « *proportionnée au but recherché* ». Sur le fondement de ce texte, la chambre sociale estime qu'il ne peut être imposé contractuellement à un avocat salarié de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet qui l'emploie au seul motif de la nécessité « *d'une bonne intégration dans l'environnement local* » (Soc., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 241 [1], p. 210 ; voir également 1<sup>re</sup> Civ., 7 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 52, p. 54). De même, la Cour a retenu la nullité d'une clause qui impose à des salariés engagés en qualité d'employés d'immeuble de résider obligatoirement sur place dans l'ensemble immobilier, dès lors que les tâches confiées pouvaient être exécutées tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail (Soc., 13 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 134, p. 115).

Ainsi, dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour de cassation retient dans la présente espèce que le changement de résidence imposé par l'employeur n'est pas un élément corrélatif à la mise en œuvre d'une clause de mobilité, mais entraîne une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser.

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

##### N° 76

Dans le cas de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par un salarié tenu à l'observation d'une clause de non-concurrence, l'employeur doit, en l'absence de fixation par le contrat ou la convention collective des modalités de renonciation au bénéfice de cette clause, notifier, dans un délai raisonnable, qu'il renonce à son application. Ce délai court à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de la prise d'acte.

N'encourt dès lors pas la cassation l'arrêt de la cour d'appel qui fait ressortir, en l'état des éléments d'appréciation dont elle disposait, que la décision de l'employeur était intervenue dans un délai raisonnable à compter de la réception par lui de la notification de la prise d'acte.

**Soc., 13 juin 2007.**

**Rejet**

N° 04-42.740. – C.A. Versailles, 5 février 2004.

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

#### Note

L'arrêt ici commenté du 13 juin 2007 a trait aux modalités de libération du salarié de sa clause de non-concurrence contractuelle en cas de prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Il s'inscrit donc dans le mouvement général de définition du régime de ce nouveau mode de résiliation qu'est la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur.

On sait que la jurisprudence, distinguant en cela la prise d'acte de la rupture de la demande de résiliation judiciaire (Soc., 22 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 81, p. 73), considère que la première entraîne la cessation immédiate du contrat de travail (Soc., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 321, p. 307), tandis que la seconde, du moins lorsque le salarié est resté au service de l'entreprise, ne produit ses effets qu'à compter de la date de la décision qui la prononce ou du licenciement intervenu avant que le juge ne statue (Soc., 11 janvier 2007, *Bull.* 2007, V, n° 6, p. 5).

La question posée est dès lors la suivante : dans quel délai l'employeur qui entend délier le salarié de sa clause de non-concurrence doit-il le faire, quand cette modalité n'est prévue ni par le contrat de travail ni par la convention collective ?

I. Généralement, le texte conventionnel ou le contrat de travail spécifient ce délai. Ainsi, pour les VRRP, l'article 17 de l'accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 prévoit-il que, sous condition de prévenir, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans les quinze jours suivant la notification par l'une ou l'autre des parties de la rupture, l'employeur pourra dispenser l'intéressé de l'exécution de la clause de non-concurrence. La chambre sociale a donc décidé, précisément pour les VRRP, que le point de départ de ce délai de quinze jours était la date de réception par l'employeur de la lettre de prise d'acte de la rupture par le salarié (Soc., 8 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 194, p. 172). De même a-t-il été jugé, à propos d'une démission cette fois, que la date de notification de cette dernière constituait le point de départ du délai imparti à l'employeur par la convention collective pour libérer le salarié de son engagement (Soc., 27 février 2001, pourvoi n° 99-40.436), à moins que ce ne fût le jour où le destinataire avait pu prendre connaissance de la lettre de démission (Soc., 27 février 2001, pourvoi n° 99-40.387) ou celui de la remise en mains propres de ladite lettre au supérieur hiérarchique (Soc., 15 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 105, p. 97).

Bien que, dans l'affaire présentement commentée, rien n'ait été stipulé à ce sujet (1), l'arrêt commenté demeure dans la même ligne puisqu'il énonce que

(1) Ce n'est que postérieurement à la rupture qu'un accord devait intervenir pour spécifier que l'employeur aurait la possibilité de libérer le salarié de son interdiction de concurrence en le prévenant par lettre recommandée dans les quinze jours ouvrés suivant la notification du préavis ou, en cas d'inobservation de celui-ci, dans les quinze jours ouvrés suivant la rupture du contrat de travail.

le délai court « à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance » de la prise d'acte de la rupture par le salarié.

II. L'employeur, auquel le salarié avait en l'espèce notifié la prise d'acte par courrier du 21 octobre en demandant à être fixé sur le sort de son obligation de non-concurrence, avait renoncé à celle-ci le 20 novembre. La cour d'appel a estimé que cette renonciation, intervenue dans le délai d'un mois, n'était pas tardive, en l'absence de délai fixé dans le contrat.

La chambre sociale, devant laquelle il était soutenu par le salarié que la renonciation devait intervenir au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise – ce qui faisait d'ailleurs coïncider le point de départ du délai et sa durée – a opté pour une autre solution. Inspirée par l'idée qu'à la différence du licenciement, où l'employeur a déjà eu le loisir d'envisager la question de la clause de non-concurrence, la prise d'acte ne devrait pas le priver d'un certain délai pour appréhender la situation et réfléchir aux avantages et inconvénients d'une renonciation ou non à la clause, la Cour de cassation a écarté la notion de bref délai, qui aurait pu être trop stricte. Elle a aussi refusé de dire que la libération pouvait intervenir à tout moment, ce qui aurait, au contraire, permis à l'employeur de différer trop longuement une décision importante pour le salarié.

Elle a préféré recourir, comme elle l'avait fait à propos du licenciement du salarié dont l'absence pour maladie prolongée perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise et rend son remplacement définitif nécessaire (Soc., 10 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 283, p. 257), à la notion de *délai raisonnable*. « L'employeur doit, en l'absence de fixation par le contrat ou la convention collective des modalités de renonciation au bénéfice de cette clause, notifier dans un délai raisonnable qu'il renonce à son application ». Cette notion, laissée à l'appréciation des juges du fond, les invite à s'approcher au plus près de la réalité et à rechercher ainsi si le temps mis par l'employeur pour informer le salarié excède ou non ce que la raison commandait.

En l'occurrence, le pourvoi a été rejeté au motif que la cour d'appel avait fait ressortir, en l'état des éléments d'appréciation dont elle disposait, que la décision de l'employeur était bien intervenue dans un délai raisonnable, à compter de la réception par lui de la notification de la prise d'acte de la rupture par le salarié.

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

N° 77

Il ne peut être apporté aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne sont pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour dire justifié le licenciement d'un salarié d'une société d'autoroute, retient une faute consistant à avoir participé, en dehors de son temps de travail, à une manifestation piétonne à caractère politique sur l'autoroute au motif qu'un trouble avait été créé dans l'entreprise, sans caractériser en quoi la seule relation de travail pouvait justifier l'interdiction faite par l'employeur d'exercer une liberté collective en dehors du temps de travail.

Soc., 23 mai 2007.

Cassation partielle

N° 05-41.374. – C.A. Montpellier, 19 janvier 2005.

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

### Note

L'article L. 120-2 du code du travail, issu de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Sur le fondement de cet article, la jurisprudence estime que seul un trouble objectif à l'entreprise autorise un employeur à sanctionner la libre expression du salarié, ou les agissements de ce dernier en dehors de son travail.

Dès avant l'introduction de l'article L. 120-2 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation avait ainsi dégagé, dans un arrêt du 28 avril 1988 (Soc., 28 avril 1988, *Bull.* 1988, V, n° 257, p. 168) la règle selon laquelle le droit d'expression du salarié hors de l'entreprise, sauf abus, « s'exerce dans toute sa plénitude ».

Puis, sur le fondement de l'article L. 120-2, elle a été amenée à affirmer que le droit pour le salarié de formuler des critiques, même vives, au sein de l'entreprise, dans un cadre restreint et dans ses fonctions, ne peut être ni arbitrairement limité, sauf limites indispensables au fonctionnement de l'entreprise, ni arbitrairement sanctionné, sauf abus de la liberté d'expression, (Soc., 14 décembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 488, p. 362).

De même, le salarié, toujours sur le fondement de cet article, a droit au respect de l'intimité de sa vie privée, qui implique en particulier le secret des correspondances. Ainsi « l'employeur ne peut pas prendre connaissance du contenu des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ce même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur, que ce soit pour les messages personnels émis ou reçus par lui sur le lieu de travail » (Soc., 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 291, p. 233).

Sur ce même fondement, la Cour de cassation affirme que l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévues par le

règlement intérieur et en présence de l'intéressé, celui-ci prévenu (Soc., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 377, p. 303).

Concernant la liberté d'opinion, la Cour de cassation réitère les conditions qui seules peuvent justifier la restriction apportée à cette liberté : nature de la tâche à accomplir et proportionnalité au but recherché (Soc., 28 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 151, p. 145). Ainsi, le secrétaire parlementaire d'un député, qui se retire de la liste en formation constituée par ce député, ne peut être licencié pour ce fait, qui ne constitue pas une cause réelle et sérieuse.

L'intérêt du présent arrêt réside dans le domaine d'application de l'article L. 120-2 et les particularités factuelles de l'espèce. La liberté collective en cause était constituée par la liberté de manifestation sur la voie publique, en dehors du temps de travail. L'intéressé, salarié d'une société concessionnaire d'autoroute, avait manifesté pour des motifs étrangers à l'entreprise (protestation contre la loi de décentralisation et la réforme de retraites), alors qu'il était en repos, sur une voie de circulation de l'autoroute, sécurisée pour la circonstance par la gendarmerie. L'employeur faisait valoir que, travaillant au sein même de la société d'autoroute, le salarié ne pouvait ignorer qu'il violait les règles de sécurité élémentaires et que sa participation à l'envahissement des voies était ainsi générateur d'un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. En cassant la décision des juges du fond reprenant le raisonnement de l'employeur, la Cour de cassation rappelle que le droit de manifestation est une liberté fondamentale et personnelle du salarié dont l'exercice sans abus, en dehors des heures de travail, ne peut être qualifié d'illicite ou de fautif.

### \* Travail dissimulé

#### N° 78

Dès lors qu'ils constatent, sur un chantier de construction non clôturé, des manquements caractérisés aux règles sur la sécurité des travailleurs, les services de police sont en droit de procéder à un contrôle d'identité en application de l'article 78-2, alinéa premier, du code de procédure pénale et, ledit contrôle faisant apparaître des délits flagrants de travail illégal, peuvent agir sur le fondement des articles 53 et suivants du même code.

**Crim., 2 mai 2007.**

**Rejet**

N° 07-81.517. – C.A. Chambéry, 2 février 2007.

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

#### \* Transfert d'une unité économique

#### N° 79

1° Les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, interprétées à la lumière de la

Directive n° 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998, imposent le maintien des contrats de travail en cours, y compris dans le cas où l'entité économique transférée constitue un service public administratif dont la gestion, jusqu'ici assurée par une personne privée, est reprise par une personne morale de droit public normalement liée à son personnel par des rapports de droit public.

Cependant, elles n'ont pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de travail en cause, qui demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public.

Par conséquent, le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les litiges nés de la rupture des contrats de travail prononcée par la personne morale de droit public, dès lors que, les salariés n'ayant jamais été liés à celle-ci par un rapport de droit public, ne sont en cause que des relations de droit privé.

Justifie dès lors légalement ses décisions la cour d'appel qui constate que le salarié était lié par un contrat de droit privé à son employeur, concessionnaire sortant, peu important les attributions dans le domaine de la police du port, comportant l'exercice de prérogatives de puissance publique, dévolues en sa qualité de « maître de port », et qu'à la suite de la reprise de la concession par une personne morale de droit public, aucun contrat de droit public n'avait été conclu entre cette dernière et l'intéressé.

2° S'il survient une modification dans la situation juridique de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification se poursuivent de plein droit avec le nouvel employeur. Il s'ensuit que les salariés relevant de l'entité transférée sont en droit d'exiger la poursuite de leur contrat de travail par le nouvel employeur.

Doit dès lors être censuré l'arrêt qui déboute un salarié d'une demande en paiement des salaires qui lui étaient dus, depuis la reprise de l'entité économique autonome, par le nouvel employeur et qui juge que ne pouvait lui être accordé qu'une indemnité pour rupture abusive.

**Soc., 12 juin 2007.**

**Cassation partielle  
partiellement sans renvoi**

N° 05-44.337 et 05-44.743. – C.A. Aix-en-Provence, 28 juin 2005.

M. Bailly, Pt (f.f.). – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

#### Note

1° Par le présent arrêt, la chambre sociale réaffirme sa jurisprudence du 23 novembre 2005 (Soc., 23 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 339, p. 298), faisant suite à la décision du Tribunal des conflits du 14 février 2005 (Tribunal des conflits, 14 février 2005, *Bull.* 2005, T. conflits, n° 4, p. 4) et à celle de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 septembre 2000 (CJCE, 26 septembre 2000, affaire C-175/99, Rec. 2000, I, n° 7755).

Il est en effet de jurisprudence constante que les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail s'appliquent en cas de transfert d'une entité économique autonome à une personne morale de droit public. Un tel transfert n'emporte pas la transformation de la nature juridique des contrats de travail en cause, qui demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public.

Par conséquent, le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les litiges nés de la rupture des contrats de travail, prononcée par la personne morale de droit public, dès lors que, les salariés n'ayant jamais été liés à celle-ci par un rapport de droit public, ne sont en cause que des relations de droit privé.

2° La chambre sociale avait précédemment jugé que s'il survenait une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistaient entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. En conséquence, les licenciements prononcés à l'occasion d'une telle modification étaient privés d'effet et les salariés licenciés avaient le choix de demander au nouvel employeur la poursuite de leur contrat de travail, qui était alors censé n'avoir jamais été rompu, ou la réparation du préjudice qui découlait de la rupture par l'auteur du licenciement.

C'est sur cette base qu'elle avait cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir constaté qu'un salarié avait été licencié en fraude de ses droits au regard de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, décidait que ce licenciement sans cause réelle et sérieuse ouvrait droit à l'indemnisation mais n'autorisait ni la réintégration du salarié ni, par suite, le paiement des salaires qu'il aurait dû percevoir entre son licenciement et sa réintégration (Soc., 15 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 67, p. 60).

La présente décision permet à la Cour, dans la continuité de cette jurisprudence, de rappeler que les salariés, dont le contrat de travail est en cours au jour de la modification dans la situation juridique de l'entreprise, sont en droit d'exiger la poursuite de leur contrat de travail par le nouvel employeur.

Elle censure donc la cour d'appel qui avait décidé que le salarié n'avait droit qu'à une indemnité pour rupture abusive et avait rejeté sa demande en paiement des salaires dus depuis la reprise de l'entité économique autonome par le nouvel employeur.

**\* Transfert d'entreprise (changement de convention collective applicable)**

**N° 80**

Une cour d'appel, statuant en référé, qui fait ressortir que l'engagement, pris par une société dans des conventions d'affermage, de réserver aux seuls salariés passés à son service à cette occasion le bénéfice d'avantages collectifs dont ils bénéficiaient antérieurement créait une inégalité de traite-

ment qui n'était pas justifiée par des raisons objectives, dès lors que cet engagement ne résultait pas de l'application de la loi, qu'il n'était pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de salariés et qu'il avait pour seul objet de maintenir des avantages à caractère collectifs, en déduit exactement que le refus d'en faire bénéficier les salariés engagés par la suite et affectés dans la même entité, pour y exercer des travaux de même valeur, n'était pas justifié par des raisons objectives et constituait un trouble manifestement illicite.

**Soc., 19 juin 2007.**

**Rejet**

N° 06-44.047. – C.A. Bastia, 17 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Salvat, Av. Gén.

**Note**

L'égalité de traitement que l'employeur doit respecter à l'égard des salariés effectuant, dans la même entreprise, des travaux de même valeur ne lui permet de réserver des avantages à certains d'entre eux qu'à la condition que cette restriction repose sur des raisons objectives et légitimes.

En cas de transfert d'entreprise, lorsque le nouvel employeur relève d'une convention collective différente de celle en vigueur chez celui auquel il succède, l'article L. 132-8 du code du travail, qui définit les modalités d'application des directives européennes relatives aux transferts d'entreprise et, en dernier lieu, de la Directive du Conseil n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001 (art. 3.3), prévoit que la mise en cause de l'accord ou de la convention, résultant de ce transfert, laisse néanmoins subsister ses effets pendant le délai prévu par ce texte, qu'une nouvelle négociation doit alors s'engager pour assurer l'adaptation des dispositions conventionnelles ou l'élaboration de nouvelles dispositions et qu'à défaut de nouvel accord, les salariés repris conservent le bénéfice des avantages individuels qu'ils ont acquis. La chambre sociale en a déduit que l'inégalité de traitement consécutive au maintien de ces avantages, au bénéfice des seuls salariés en fonction dans l'entreprise au jour du changement d'employeur, résultait de l'application de la loi et reposait ainsi sur une raison objective (Soc., 11 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 2, p. 1). Elle a d'ailleurs également considéré que les engagements unilatéraux pris par le précédent employeur et les usages dont il relevait, qui s'imposent au cessionnaire, sauf dénonciation régulière, ne profitent qu'aux seuls salariés repris et non à ceux qui sont engagés après le transfert, parce que cette situation inégalitaire est une conséquence nécessaire de l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail (Soc., 7 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 356, p. 315).

Cependant, hors les cas où l'application des dispositions légales engendre une inégalité entre les salariés, une telle situation ne peut être justifiée par la seule prise en considération de la date de leur engagement, s'ils se trouvent tous dans la même situation. Il faut alors, pour que des avantages soient légitimement réservés à des salariés

plus anciens, qu'ils aient pour objet de compenser un préjudice qui leur est spécifique (Soc., 21 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 27, p. 27 ; 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 320, p. 305 ; 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 347, p. 307). Or, en l'espèce, au regard du statut collectif dont ils relevaient, les salariés passés au service du nouveau fermier ne se trouvaient pas dans une situation différente du reste du personnel relevant de l'entité transférée, mais engagés par la suite. Les accords collectifs avantageux dont ils bénéficiaient avant le changement d'employeur étaient certes mis en cause par le transfert, puisque l'attributaire du marché relevait d'un autre statut collectif. Mais cette situation aurait dû conduire le nouvel employeur, qui y était légalement tenu, à négocier un accord d'adaptation qui se fût alors appliqué à tout le personnel de l'entreprise, quelle que soit la date d'engagement des salariés. Il a préféré s'obliger, dans les contrats d'affermage et par des clauses constituant une stipulation pour autrui, à maintenir, au seul profit de ceux qui passaient à son service, tous les avantages collectifs dont ils jouissaient avant le transfert. Cette limitation des effets du statut collectif, en faveur d'une catégorie particulière de salariés et en fonction de la date de leur engagement, ne pouvait se justifier ni par l'application de la loi, qui impliquait une nouvelle négociation et, à défaut de nouvel accord, le maintien des seuls avantages individuellement acquis, ni par une volonté de compenser un préjudice propre aux salariés. Il ne s'agissait en effet, par cette stipulation contractuelle, que d'assurer l'application, au bénéfice du personnel de l'entité reprise, du statut collectif qui était en vigueur avant le transfert, nonobstant les effets de ce dernier, et il n'existait donc aucune raison objective et légitime d'exclure de ce statut les salariés engagés par la suite dans l'entité transférée.

#### 4. Contrats particuliers

##### \* Contrat emploi-jeune

###### N° 81

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 322-4-20 et L. 122-41 du code du travail, lequel s'applique aux contrats « emploi-jeune », que lorsque l'employeur a convoqué le salarié à un entretien préalable à une sanction et que la sanction qu'il envisage est la rupture du contrat de travail, cette rupture ne peut intervenir qu'à la date d'expiration de la période annuelle de l'exécution du contrat.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté que l'expédition de la lettre de licenciement était intervenue plus d'un mois après la date de l'entretien préalable mais à la date d'expiration de la période annuelle de l'exécution du contrat de travail à durée déterminée « emploi-jeune », a dit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse.

Soc., 30 mai 2007.

Rejet

N° 05-45.564. – C.A. Riom, 1<sup>er</sup> février 2005.

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

#### Note

Le présent arrêt intéresse la question de l'applicabilité de l'article L. 122-41 du code du travail, relatif à la procédure disciplinaire, aux contrats « emploi-jeunes » prévus par les articles L. 322-4-18 et suivants du même code et plus particulièrement celle de l'applicabilité de ces dispositions lorsque la sanction envisagée par l'employeur est la rupture du contrat de travail.

L'article 122-41 stipule notamment que « la sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien ». Mais l'article L. 322-4-20, introduit par la loi n° 97-240 du 16 octobre 1997, qui précise notamment les modalités de rupture avant terme des contrats « emploi-jeunes » conclus en application de ces textes, dispose que les contrats « emploi-jeunes » « peuvent être rompus à l'expiration de chacune des périodes annuelles de leur exécution à l'initiative (...) de l'employeur (...) s'il justifie d'une cause réelle et sérieuse ». Ces dispositions peuvent apparaître inconciliables entre elles.

En l'espèce, un salarié avait été embauché pour une durée déterminée suivant contrat « emploi-jeune ». Il avait été convoqué à un entretien préalable par l'employeur, qui envisageait de rompre le contrat de travail pour faute. L'expédition de la lettre de licenciement était intervenue plus d'un mois après la date de l'entretien préalable, mais à la date d'expiration de la période annuelle de l'exécution du contrat de travail.

La Cour avait déjà jugé que « lorsque l'employeur a rompu avant son terme pour faute grave un contrat à durée déterminée « emploi jeune » et que la juridiction écarte la faute grave, mais retient que le salarié a eu un comportement fautif justifiant une rupture du contrat pour cause réelle et sérieuse, cette rupture ne peut prendre effet qu'à la date d'expiration de la période annuelle en cours » (Soc., 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 75, p. 68).

Avec le présent arrêt, la Cour affine sa position, en appliquant strictement les dispositions spéciales de l'article L. 322-4-20. Elle considère en effet que si les dispositions de l'article L. 122-41 du code du travail sont applicables au contrat « emploi-jeune », la rupture ne peut intervenir qu'à la date d'expiration de la période annuelle de l'exécution du contrat, ce dont il résulte que la notification du licenciement, effectuée au-delà du délai prescrit par l'article L. 122-41 du code du travail, ne prive pas celui-ci de cause réelle et sérieuse.

**\* Travail intermittent****N° 82**

Il résulte des dispositions de l'article L. 212-4-12 du code du travail que la convention ou l'accord collectif prévoyant le recours au travail intermittent doit désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être pourvus par la conclusion de contrats de travail intermittent.

Doit donc être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un salarié de La Poste de sa demande de requalification du contrat de travail intermittent en contrat de travail à durée indéterminée, alors que la convention commune de La Poste-France telecom prévoyant le recours au travail intermittent ne définit pas précisément les emplois permanents pour lesquels les contrats de travail intermittents peuvent être conclus.

**Soc., 27 juin 2007.****Cassation**N° 06-41.818. – C.A. Montpellier, 1<sup>er</sup> février 2006.

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

**Note**

Par cet arrêt, la Cour de cassation précise les conditions dans lesquelles un accord collectif peut mettre en œuvre le recours au travail intermittent. On sait en effet que la possibilité de recours au travail intermittent est subordonnée par le législateur à la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement. Adoptant une interprétation stricte des dispositions de l'article L. 212-4-12 du code du travail issu de la loi du 19 janvier 2000, la Cour de cassation pose le principe selon lequel la convention ou l'accord collectif prévoyant le recours au travail intermittent doit désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être pourvus par la conclusion de contrats de travail intermittent. Elle censure ainsi l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un salarié de La Poste de sa demande de requalification du contrat de travail intermittent en contrat de travail à durée indéterminée. Une telle requalification s'imposait en effet, la convention commune de La Poste-France telecom relative au recours au travail intermittent ne définissant pas précisément les emplois permanents pour lesquels les contrats de travail intermittent peuvent être conclus.

**5. Statuts particuliers****\* Employé de maison****N° 83**

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 200-1 et L. 772-2 du code du travail que les dispositions de ce code relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui exercent leur profession au domicile de

leur employeur et qui sont soumis aux dispositions de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur ; que, selon les dispositions de cette convention collective, le contrat de travail est à temps plein ou, s'il est conclu pour une durée inférieure à quarante heures par semaine, à temps partiel ; que, selon l'article L. 129-2 du code du travail dans sa version initiale (devenu l'article L. 129-6), en cas d'utilisation de chèque emploi-service, pour les emplois dont la durée de travail dépasse huit heures par semaine, un contrat de travail doit être établi par écrit et, pour satisfaire à l'exigence de l'article L. 212-4-3, alinéa premier, du code du travail, mentionner la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail ; qu'à défaut, le contrat est présumé, sauf preuve contraire incombant à l'employeur, à temps complet.

C'est dès lors à bon droit et en justifiant sa décision que la cour d'appel qui, ayant constaté d'abord que le contrat écrit ne mentionnait pas la durée du travail, que l'employeur se bornait à alléguer que celle-ci, telle qu'elle avait été déclarée pour les cotisations sociales, ne dépassait pas soixante-sept heures par mois et qu'une clause du contrat obligeait le salarié à consacrer exclusivement son activité à son employeur, a considéré que l'employeur ne rapportait pas la preuve qui lui incombait que le contrat était à temps partiel et a décidé que les parties étaient liées par un contrat de travail à temps plein.

**Soc., 13 juin 2007.****Rejet**

N° 05-43.013. – C.A. Dijon, 29 mars 2005.

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

**Note**

Les dispositions du code du travail relatives à la durée du travail ne sont pas applicables aux employés de maison qui exercent leur profession au domicile de leur employeur et qui sont soumis aux dispositions de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur. Mais le législateur (avec l'article L. 772-2 du code du travail) et la jurisprudence ont aménagé des exceptions à ce principe afin d'assurer une meilleure protection de cette catégorie de salariés. C'est ainsi que la Cour de cassation a admis l'applicabilité aux employés de maison des durées maximales de travail (Soc., 4 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 302, p. 229) ainsi que celle de l'article L. 212-1-1 relatif à la preuve de l'existence ou du nombre d'heures de travail effectuées (Soc., 19 mars 2003, *Bull.* 2003, V, n° 103, p. 99).

L'arrêt de la chambre sociale du 13 juin 2007 vient compléter ces exceptions jurisprudentielles en affirmant qu'un employé de maison, rémunéré par chèque emploi-service et dont la durée de travail dépasse huit heures mais est inférieure à quarante heures hebdomadaires, doit bénéficier d'un contrat de travail écrit, mentionnant la durée hebdoma-

daire ou mensuelle de travail. A défaut, ce contrat est présumé, sauf preuve contraire incombant à l'employeur, à temps complet.

*\* Fonctionnaire et agent public*

**N° 84**

La fin du détachement justifie la rupture de la relation de travail.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui décide que le contrat de travail à durée indéterminée liant, pendant la durée du détachement, le fonctionnaire détaché à l'entreprise d'accueil a été rompu irrégulièrement, faute pour cette dernière d'avoir respecté la procédure attachée au statut protecteur de l'intéressé, de sorte que le licenciement est nul, alors que le détachement était arrivé à son terme.

**Soc., 19 juin 2007. Cassation sans renvoi**

N° 05-44.808. – C.A. Paris, 6 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Salvat, Av. Gén.

Note

La présente espèce donne l'occasion à la chambre sociale de la Cour de cassation de se prononcer sur la qualification juridique de la rupture de la relation de travail entre un fonctionnaire et un organisme de droit privé, lorsque cette rupture intervient du fait de l'expiration de la période de détachement.

Que ce soit pour le fonctionnaire de l'Etat (loi n° 84-16 du 11 janvier 1984) ou pour le fonctionnaire territorial (loi n° 84-53 du 26 janvier 1984), les dispositions statutaires prévoient la possibilité d'un détachement auprès d'un organisme de droit privé. Il s'agit de la position administrative suivant laquelle le fonctionnaire est placé hors de son cadre d'emploi ou de son corps d'origine et travaille pour la personne morale de droit privé ; il est rémunéré par cette personne morale, mais conserve son droit à avancement et à retraite dans son corps d'origine.

La Cour de cassation admet que le fonctionnaire peut être lié à la personne morale qui l'emploie par un contrat de travail dès qu'un lien de subordination peut être établi (Soc., 5 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 99, p. 70).

Le fonctionnaire détaché est alors soumis au droit privé et à la convention collective qui régit l'établissement dans lequel il travaille ; il peut devenir représentant du personnel ; ses litiges avec l'entreprise relèvent de la compétence judiciaire.

Cette dualité de statut régit également la rupture des relations de travail avec l'organisme de droit privé, selon que cette rupture intervient à la fin de la période normale de détachement ou de manière anticipée.

Si l'organisme de détachement remet le fonctionnaire à la disposition de son corps d'origine avant l'expiration de la période de détachement pour une raison autre que la commission d'une faute

dans l'exercice de ses fonctions, l'organisme continue de rémunérer le fonctionnaire détaché (article 45 de la loi du 11 janvier 1984 et 67 de la loi du 26 janvier 1984) et la Cour de cassation analyse cette rupture en un licenciement (Soc., 27 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 251, p. 196).

En revanche, à l'issue de la période normale de détachement, le fonctionnaire réintègre son corps d'origine et la rupture n'est pas considérée comme étant à l'initiative de l'employeur de droit privé, même si celui-ci s'est opposé au renouvellement de la période de détachement. Mais qu'en est-il, dans cette hypothèse, lorsque le fonctionnaire détaché détenait un mandat de représentant du personnel ou de représentant syndical ? La procédure spéciale prévue pour la rupture des relations de travail avec un salarié protégé doit-elle être appliquée malgré tout ?

C'est en ce sens qu'avait statué la cour d'appel, estimant que le salarié, qui avait demandé initialement le renouvellement de son détachement, avait fait l'objet d'un licenciement par l'organisme d'accueil et que ce licenciement, qui n'avait pas été soumis à l'autorisation administrative, était nul.

La Cour de cassation casse cette décision, au motif que la fin du détachement justifie la rupture de la relation de travail. Cette rupture du contrat de travail n'est pas un licenciement, ni une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, le détachement ne recouvrant pas cette nature. Le fonctionnaire détaché réintégré à l'issue du détachement, alors même qu'il était investi d'un mandat représentatif, ne peut donc prétendre au bénéfice de la procédure protectrice de salarié protégé. C'est dans ce même sens que la Cour avait statué précédemment, dans un arrêt du 23 mai 2006 concernant un fonctionnaire de la fonction publique territoriale (Soc., 23 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 181, p. 175).

**N° 85**

Le fonctionnaire détaché auprès d'une personne morale de droit privé pour exercer des fonctions dans un rapport de subordination est lié à cette personne morale par un contrat de travail de droit privé.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui, après avoir constaté que l'employeur a demandé à l'autorité administrative compétente de mettre fin au détachement du fonctionnaire avant son terme, en a déduit que cette rupture à l'initiative de l'employeur s'analyse en un licenciement, lequel, en l'absence de procédure de licenciement, est sans cause réelle et sérieuse.

**Soc., 19 juin 2007.**

**Rejet**

N° 05-44.814 et 05-44.818. – C.A. Paris, 27 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Salvat, Av. Gén.

Note

Dans le présent arrêt, la chambre sociale maintient sa jurisprudence en cas de rupture anticipée de la relation de travail entre une personne morale de droit privé et un fonctionnaire dont le détachement n'est pas parvenu à son terme (Soc., 13 juin 1984, *Bull.* 1984, V, n° 243, p. 185 ; voir aussi Soc., 27 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 251 [2], p. 196).

En effet, le fonctionnaire détaché auprès d'une personne morale de droit privé pour exercer des fonctions dans un rapport de subordination est lié à cette personne morale par un contrat de droit privé.

Il en résulte que lorsque la personne morale de droit privé demande à l'autorité administrative compétente de mettre fin au détachement avant son terme, cette rupture s'analyse en un licenciement régi par les dispositions du code du travail, sauf les exceptions prévues par les articles L. 122-3-5, L. 122-3-8 et L. 122-9 du même code.

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'employeur a demandé à l'autorité administrative compétente de mettre fin au détachement avant son terme, en raison de la fermeture d'un de ses établissements. Elle en a déduit que la rupture à l'initiative de l'employeur s'analyse en un licenciement, lequel, en l'absence de procédure de licenciement, est sans cause réelle et sérieuse. Une telle décision doit être approuvée.

**\* Gérant de succursale****N° 86**

Les dispositions des articles L. 122-4 et suivants du code du travail relatives à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, et notamment celles édictées par l'article L. 122-24-4, sont applicables aux gérants non salariés de succursales des maisons d'alimentation de détail qui, aux termes de l'article L. 782-7 du même code, « bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale ».

**Soc., 15 mai 2007.****Rejet**

N° 06-40.872. – C.A. Bordeaux, 13 décembre 2005.

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

Note

L'article L. 782-7 du code du travail, en son premier alinéa, dispose que « les gérants non salariés visés par le présent titre (c'est-à-dire les gérants non salariés des succursales de maison d'alimentation de détail) bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale, notamment en matière de congés payés. Les obligations mises par cette législation à la charge des employeurs incombent alors à l'entreprise propriétaire de la succursale ».

Ce texte pose un principe général qui n'est assorti d'aucune réserve ni limitation. Il est revenu à la jurisprudence d'illustrer l'application de ces dispositions dans des domaines différents.

En l'espèce, l'inaptitude d'une gérante non salariée d'une succursale de maison d'alimentation de détail avait été constatée par son médecin traitant, lors de deux visites successives. La société propriétaire de la succursale a alors notifié à l'intéressée la résiliation du contrat à raison de son inaptitude physique définitive au poste qu'elle occupait.

La gérante non salariée, soutenant que son licenciement était nul en l'absence de constatation de l'inaptitude par le médecin du travail, a demandé le paiement de dommages-intérêts et d'une indemnité de préavis.

La cour d'appel a dit que la rupture était dépourvue de cause réelle et sérieuse et a condamné la société au paiement des sommes réclamées par la gérante. La cour d'appel a en effet considéré que les gérants salariés, qui bénéficient, en application de l'article L. 782-7 du code du travail, de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale, ne peuvent être privés du bénéfice des dispositions des articles L. 122-4 et suivants du code du travail relatives à la résiliation du contrat de travail et donc des dispositions particulières relatives aux salariés devenus inaptes physiquement à leur emploi, instituées par les articles L. 122-24-4 et suivants.

Mais, selon le pourvoi, les règles propres au reclassement des salariés consécutifs à une inaptitude physique, nécessairement constatée par un médecin du travail, n'étaient pas applicables à l'espèce, puisque les gérants non salariés ne relèvent pas de la médecine du travail. Le demandeur au pourvoi faisait observer que le texte à appliquer au litige était l'article 9 de l'accord collectif du 18 juillet 1963 modifié, concernant les gérants mandataires des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés, lequel stipule que « Tout gérant devra bénéficier d'un examen médical avant l'embauche ou, au plus tard, dans le mois suivant son embauche, destiné à s'assurer de son aptitude aux fonctions, dont le coût sera supporté par l'entreprise. Lorsque les gérants ne profiteront pas des services de médecine préventive, ils devront obligatoirement se soumettre, sous leur responsabilité, à un contrôle de santé annuel, qui pourra comporter, si le médecin l'estime utile, un examen radiologique pulmonaire dont les frais seront supportés par l'entreprise. L'entreprise supportera également les frais d'une visite médicale de reprise à laquelle devront se soumettre les gérants après toute absence pour maladie ou accident d'au moins 21 jours ».

Se posait donc à la Cour de cassation, une fois encore, la question de la portée de la règle posée par l'article L. 782-7, en son premier alinéa, et plus précisément la question de savoir si les règles de résiliation du contrat de travail en cas d'inaptitude du salarié relèvent des « avantages accordés aux salariés par la législation sociale », dont bénéficient les gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation au détail.

La chambre sociale avait déjà jugé que le texte de l'article L. 782-7 du code du travail ne donne pas une énumération limitative des avantages dont bénéficie le gérant salarié (Soc., 4 février 1988, *Bull.* 1988, V, n° 99, p. 67 ; Soc., 4 février 1993, *Bull.* 1993, V, n° 45, p. 32), que celui-ci ne peut être privé, dès l'origine, par une clause du contrat, du bénéfice des règles protectrices relatives à la rupture des relations contractuelles (Soc., 28 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 351, p. 251) et qu'un accord collectif ne peut priver un gérant non salarié d'une succursale de maison d'alimentation de détail du bénéfice des dispositions des articles L. 122-4 et suivants du code du travail qu'à la condition de comporter des dispositions plus favorables au gérant quant aux conditions et aux conséquences de la rupture du contrat de gérance (Soc., 4 février 1993, précité).

C'est donc dans cette même perspective que la Cour de cassation, après avoir rappelé que l'article L. 782-7 du code du travail ne donnait pas une liste limitative des avantages accordés aux salariés par la législation sociale dont bénéficient les gérants non salariés, approuve l'arrêt de la cour d'appel et décide que les dispositions de l'article L. 122-24-4 du code du travail relatives à la résiliation du contrat de travail des salariés devenus incapables physiquement à leur emploi sont applicables aux gérants non salariés.

Elle précise en outre qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 9, alinéa 3, de l'accord collectif national du 18 juillet 1963 et des articles R. 241-1 et R. 241-51 du code du travail que la visite de reprise doit être effectuée par un service médical du travail.

### \* *Travailleur à domicile*

#### N° 87

La clause du contrat de travail subordonnant la rémunération du travailleur à domicile au règlement par le client de la commande qu'il a enregistrée est illicite.

En l'absence de fixation du salaire horaire et du temps d'exécution des travaux dans les conditions précisées par les articles L. 721-9 à L. 721-17 du code du travail, le travailleur à domicile a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectuées.

Soc., 10 mai 2007.

Rejet

N° 05-44.313. – C.A. Douai, 30 juin 2005.

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

#### Note

La présente espèce concernait une salariée engagée comme télévendeuse selon un contrat de travailleur à domicile mentionnant que sa rémunération au forfait serait calculée en fonction d'un barème,

lequel prévoyait des tarifs fixés à une certaine somme « par commande enregistrée et payée par le client ».

Était ainsi soumise pour la première fois à la chambre sociale la question de savoir si la rémunération d'un travailleur à domicile fixée au rendement en fonction du nombre de commandes payées par le client est une rémunération forfaitaire au sens de l'article L. 721-1 du code du travail.

La chambre sociale y répond par la négative, en énonçant que la clause du contrat de travail subordonnant la rémunération du travailleur à domicile au règlement, par le client, de la commande qu'il a enregistrée est illicite. Le travailleur à domicile est en effet un salarié sur lequel ne saurait peser partie du risque d'entreprise.

Il convient de rappeler à cet égard que les articles L. 721-9 à L. 721-17 du code du travail précisent les modalités de détermination des salaires des travailleurs à domicile et disposent notamment que le tarif minimum des travaux à domicile est le produit du salaire horaire, qui ne peut être inférieur au SMIC, par les temps d'exécution, ces deux variables étant fixées par convention ou accord collectif ou, à défaut, par arrêté préfectoral ou ministériel. Pour un même travail, le travailleur à domicile doit recevoir le même salaire qu'un ouvrier en atelier.

Il s'agit donc d'un mode de rémunération qui n'est pas fixé en fonction du temps de travail effectif, comme pour les salariés travaillant en entreprise, mais en fonction d'un temps de travail « moyen » nécessaire à l'exécution d'une tâche donnée.

En l'espèce, le salaire horaire et le temps d'exécution des tâches concernées n'étaient pas déterminés ni par accord collectif ou arrêté, ni même par le contrat de travail.

C'est dans ces conditions que la chambre vient préciser qu'en l'absence de fixation du salaire horaire et du temps d'exécution des travaux dans les conditions précisées par les articles L. 721-9 à L. 721-17 du code du travail, le travailleur à domicile a, en tout état de cause, droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectuées. Elle approuve ainsi les juges du fond d'avoir condamné l'employeur au paiement d'un rappel de salaires sur la base du SMIC.

Cette décision se situe dans la continuité de la jurisprudence selon laquelle « *sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectuées* » (25 mai 2005, *Bull.* 2005, n° 179, p. 155). Ainsi, la chambre avait précédemment jugé qu'« *en l'absence de fixation par le contrat de travail du temps relatif à chaque tâche, le salarié payé à la tâche peut prétendre au SMIC ou au salaire minimum conventionnel pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectuées* » (25 septembre 1990, *Bull.* 1990, n° 383, p. 231 ; 13 octobre 2004, *Bull.* 2004, n° 254, p. 233).

## B. – Durée de travail et rémunération

### 1. Durée de travail, repos et congés

#### \* Horaires d'équivalence

##### N° 88

Le régime d'équivalence prévu par l'article 11 de l'annexe 3 de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 pour le paiement des heures de permanence de nuit effectuées par le personnel éducatif est valable au regard de la Directive européenne n° 93/104/CE, du 23 novembre 1993, qui n'a pas vocation à s'appliquer à la rémunération des travailleurs (arrêt n° 1). L'application de l'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dans un litige introduit avant l'entrée en vigueur de cette loi viole l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En conséquence, méconnaît l'exigence d'un procès équitable la cour d'appel qui déboute des salariés de leurs demandes tendant à voir la totalité de leurs heures de permanence nocturne rémunérées sur la base d'un travail effectif, qu'ils avaient introduites avant l'entrée en vigueur de la loi (arrêt n° 2). C'est à bon droit, à l'inverse, que la cour d'appel a fait application de l'article 29 aux litiges introduits postérieurement à l'entrée en vigueur de celui-ci (arrêt n° 1).

#### Arrêt n° 1 :

Soc., 13 juin 2007.

Rejet

N° 06-40.823 à 06-40.830. – C.A. Nancy, 9 décembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Grivel, Rap.-M. Allix, Av. Gén.

#### Arrêt n° 2 :

Soc., 13 juin 2007. Cassation partielle sans renvoi

N° 05-45.694 et 05-45.696. – C.A. Caen, 14 octobre 2005.

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

#### Note

L'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, dite « Aubry II », qui dispose que « 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 agréés en vertu de l'article 16 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relatives aux institutions sociales et médico-sociales, en tant que leur montant serait contesté par le moyen tiré de l'absence de validité

*desdites clauses* », avait voulu mettre un terme à l'important contentieux suscité par un arrêt de la chambre sociale du 29 juin 1999 (Bull. 1999, V, n° 307, p. 220), selon lequel la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 ne pouvait valablement édicter un horaire d'équivalence, n'ayant fait l'objet que d'un agrément et non d'une extension, comme l'exigeait l'article L. 133-5 du code du travail dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 23 septembre 1967.

La validité de cette loi de validation ayant été à son tour contestée au regard notamment de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un arrêt de l'assemblée plénière du 24 janvier 2003 (Bull. 2003, Ass. plén., n° 3, p. 4) décida que « Si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le déroulement judiciaire des litiges. Obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées, en sorte que la cour d'appel, faisant application de l'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 au litige, a légalement justifié sa décision. »

Par deux arrêts X... et autres et Y... et autres c. France du 9 janvier 2007 (requêtes n° 20127/03 et autres et 31501/03 et autres), la Cour européenne des droits de l'homme a décidé, à l'inverse, que l'adoption de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond des litiges pendants devant les juridictions internes, n'étant pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, constituait une violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, déclarant en revanche irrecevable une requête formée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, en l'absence de toute rétroactivité de son application.

Les présents arrêts tirent les conséquences de ces décisions. S'agissant de litiges introduits antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi litigieuse, le premier condamne l'application de l'article 29 aux demandes de paiement de rappels de salaire au titre des heures de permanence de nuit effectuées par du personnel éducatif, qui lui avaient été rémunérées selon le régime d'équivalence conventionnel, le second approuvant cette application aux litiges engagés postérieurement, en écartant par ailleurs, comme l'a fait la Cour de Strasbourg et, avant elle, la Cour de justice des Communautés européennes dans sa décision du 1<sup>er</sup> décembre 2005 (affaire

C-14/04), la Directive européenne n° 93/104/CE, du 23 novembre 1993, qui n'a pas vocation à s'appliquer à la rémunération des travailleurs.

### \* Réduction du temps de travail

#### N° 89

Lorsqu'un accord de réduction du temps de travail à 35 heures concerne des salariés payés à la commission ou pour partie au fixe et pour partie à la commission, l'indemnité différentielle prévue par l'accord pour compenser la perte de rémunération due à la réduction effective du temps de travail de ces salariés doit leur être versée sans considération de l'évolution, postérieure à la réduction du temps de travail, du chiffre d'affaire qu'ils génèrent et du montant des commissions qu'ils perçoivent.

Cette indemnité différentielle doit être calculée par référence à la seule rémunération mensuelle perçue par les salariés pour 39 heures avant l'entrée en vigueur de l'accord.

Doit ainsi être approuvée la cour d'appel qui rejette l'appel fondé sur la constatation que la rémunération postérieure à l'entrée en vigueur de l'accord s'était maintenue ou accrue indépendamment du versement de l'indemnité différentielle.

Encourt en revanche la cassation le même arrêt qui calcule sous forme de pourcentage le montant de l'indemnité différentielle conformément à l'accord, mais en l'appliquant aux rémunérations perçues par les salariés après l'entrée en vigueur de l'accord et non à la rémunération dont ils bénéficiaient pour 39 heures.

**Soc., 13 juin 2007. Cassation partielle**

N° 05-45.203, 05-45.204 et 05-45.205. – C.A. Versailles, 15 septembre 2005.

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

#### Note

A la suite de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 sur la réduction du temps de travail, un accord collectif d'entreprise, applicable à l'ensemble des salariés sans distinction, a prévu la conséquence sur les salaires du passage de 39 à 35 heures, dans les termes suivants : « ... pour une durée de travail hebdomadaire de 35 heures, le salarié percevra son salaire brut sur la base de 39 heures ».

Si l'application de cette clause ne pose pas de difficulté pour les salariés payés selon un salaire fixe, elle se révèle d'application plus délicate pour les salariés payés en tout ou partie à la commission. Ces salariés ont-ils droit à l'attribution d'une indemnité différentielle calculée sur la partie variable de leur salaire et ce, quelle que soit l'évolution du niveau de leurs commissions ?

L'employeur soutenait à cet égard que l'indemnité différentielle ayant exclusivement pour objet de compenser la réduction de salaire engendrée

par la réduction du temps de travail, elle n'était pas due aux salariés dont le niveau de commissions, postérieurement à la réduction du temps de travail, s'était maintenu ou avait augmenté.

Au contraire, la cour d'appel a jugé que la clause instituant l'indemnité différentielle devait s'appliquer nécessairement.

La Cour de cassation confirme ce raisonnement en énonçant que les salariés dont la durée de travail a été effectivement réduite doivent bénéficier de l'indemnité différentielle prévue par l'accord d'entreprise et « destinée à compenser l'effet que produit nécessairement sur le salaire la réduction du temps de travail ».

En revanche, en ce qui concerne le mode de calcul de l'indemnité, la Cour de cassation casse l'arrêt en ce qu'il a appliqué le pourcentage, prévu par l'accord collectif pour l'indemnité différentielle, aux rémunérations perçues après l'entrée en vigueur de l'accord, alors que ce pourcentage ne pouvait s'appliquer qu'au montant du salaire mensuel perçu, pour 39 heures, antérieurement à la réduction du temps de travail.

#### N° 90

L'accord-cadre d'aménagement et de réduction du temps de travail des personnels des entreprises de transport sanitaire du 4 mai 2000 n'impose pas la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à 35 heures et ne prévoit le paiement d'une indemnité différentielle qu'en cas de réduction effective du temps de travail.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui condamne l'employeur à verser à un salarié, qui a continué à travailler 39 heures par semaine, une indemnité différentielle à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2002, date de réduction de la durée légale du travail à 35 heures s'agissant d'une entreprise de moins de vingt salariés.

**Soc., 13 juin 2007. Cassation partielle sans renvoi**

N° 05-44.843. – C.A. Colmar, 23 août 2005.

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

#### Note

La présente espèce concernait un salarié qui, après l'entrée en vigueur de l'accord-cadre du 4 mai 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail des personnels des entreprises de transport sanitaire, avait continué à effectuer un horaire hebdomadaire de 39 heures et percevait la majoration de 10 % des heures effectuées au-delà de 35 heures.

Ce salarié, soutenant que la réduction du temps de travail prévue par l'accord devait entrer en vigueur à la date de la réduction de la durée légale du travail à 35 heures pour les entreprises de moins

de vingt salariés, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2002, sollicitait notamment le paiement d'une indemnité différentielle prévue par l'accord.

Le problème qui était posé à la chambre sociale était le suivant : l'accord-cadre relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail des personnels des entreprises de transport sanitaire a-t-il un caractère impératif, c'est-à-dire impose-t-il la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à 35 heures et prévoit-il le versement d'une indemnité différentielle en l'absence de réduction effective du temps de travail ?

L'intérêt de la présente décision est de rappeler que la loi du 19 janvier 2000 (dite « loi Aubry II ») n'impose pas par elle-même une réduction effective de la durée du travail à 35 heures et que tous les accords de branche sur la durée du travail n'emportent pas nécessairement obligation, pour les entreprises entrant dans leur champ d'application, de réduire effectivement la durée du travail à 35 heures.

En effet, la chambre sociale distingue selon que les signataires des accords ont souhaité instaurer une réduction effective de la durée du travail ou s'ils sont restés dans le cadre de la loi du 19 janvier 2000 tout en prévoyant les modalités de réduction du temps de travail utilisables par les entreprises de la branche.

Ainsi, concernant l'accord-cadre du 12 mars 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans les établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées, elle jugeait qu'« en l'état d'un accord collectif fixant la durée du travail à 35 heures et prévoyant le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail pour maintenir le salaire à un niveau antérieur, les salariés qui ont continué à travailler pendant 39 heures par semaine ont droit à cette indemnité et au paiement des heures accomplies au-delà de 35 heures majorées de la bonification » (Soc., 4 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 193, p. 189).

En revanche, elle décidait que l'accord-cadre du 24 janvier 2002 sur l'organisation et la durée du travail dans les services interentreprises de médecine du travail n'imposait pas la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à 35 heures et ne prévoyait pas le paiement d'une indemnité différentielle en l'absence de réduction effective du temps de travail (Soc., 13 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 380, p. 366).

La chambre sociale n'avait pas encore eu à se prononcer sur l'accord-cadre relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail des personnels des entreprises de transport sanitaire.

Après examen de celui-ci, elle en déduit qu'il appartient à la catégorie des accords qui n'imposent pas la réduction effective du temps de travail et ne prévoient le paiement d'une indemnité différentielle qu'en cas de réduction effective du temps de travail.

### \* *Repos compensateur*

#### N° 91

Aux termes de l'article L. 212-5-1, alinéa 5, du code du travail, issu de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998, le repos compensateur auquel ouvre droit l'accomplissement d'heures supplémentaires doit obligatoirement être pris dans un délai de deux mois suivant l'ouverture du droit et, l'absence de demande de prise de repos par le salarié ne pouvant entraîner la perte de son droit à repos, dans ce cas, l'employeur est tenu de lui demander de prendre ses repos dans le délai maximum d'un an.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui, constatant que l'employeur n'avait pas établi avoir demandé aux salariés de prendre en temps de repos les reliquats des droits à repos compensateurs acquis au cours de l'année précédente dans le délai d'un an à compter de leur ouverture, se soustrayant ainsi à la législation relative aux repos compensateurs, condamne la société à verser des dommages-intérêts pour non-respect de la législation sur les repos compensateurs, compte tenu du préjudice subi.

**Soc., 9 mai 2007. Cassation partielle sans renvoi**

N° 05-46.029 à 05-46.041. – C.A. Rennes, 27 octobre 2005.

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

#### Note

En matière de repos compensateur, l'employeur est tenu d'informer le salarié de ses droits acquis conformément à l'article D. 212-22 du code du travail.

L'article L. 212-5-1 du code du travail, modifié par la loi n° 98-461 du 13 juin 1998, fixe les conditions de prise du repos compensateur auquel ouvre droit l'accomplissement d'heures supplémentaires en imposant, en son alinéa 5, une nouvelle obligation à l'employeur. En effet, l'absence de demande de prise du repos compensateur par le salarié dans le délai de deux mois suivant l'ouverture du droit ne peut entraîner la perte de son droit, et le législateur oblige alors l'employeur à demander au salarié de prendre effectivement ses repos dans un délai d'un an.

Le pourvoi pose la question de savoir si le non-respect par l'employeur de son obligation de demander au salarié de prendre ses repos compensateurs dans un délai d'un an, lorsque le salarié n'a fait aucune demande pour les prendre dans le délai légal de deux mois, ouvre droit à réparation d'un préjudice pour le salarié.

La Cour de cassation considère que le salarié qui n'a pas été informé de ses droits à repos compensateur, de sorte qu'il a laissé passer le délai de deux mois, subit un préjudice (Soc., 24 février 1998, pourvoi n° 95-42.880) qui doit être réparé par une indemnité dont le juge du fond apprécie souverainement le montant (Soc., 13 septembre 2006, pourvoi

n° 04-45.915), étant précisé plus généralement que lorsque « l'employeur se soustrait à la législation relative aux repos compensateurs, le salarié subit nécessairement un préjudice » (Soc., 28 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 31, p. 29, sur le second moyen).

La chambre sociale applique donc cette jurisprudence à la nouvelle obligation de l'employeur, prévue à l'alinéa 5 de l'article L. 212-5-1 du code du travail.

### \* *Repos hebdomadaire et jours fériés*

#### N° 92

La violation de la règle du repos dominical est constitutive d'un trouble manifestement illicite.

Dès lors, une cour d'appel, statuant en référé sur demande de fédérations de commerçants, qui constate que des sociétés employaient irrégulièrement des salariés le dimanche, justifie légalement sa décision de leur ordonner sous astreinte l'interdiction de toute opération commerciale réalisée en contravention aux articles L. 221-4 et suivants du code du travail.

**Soc., 13 juin 2007.**

**Rejet**

N° 06-18.336. – C.A. Versailles, 14 juin 2006.

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

#### Note

Par un arrêt d'assemblée plénière en date du 7 mai 1993, la Cour de cassation a reconnu à un syndicat d'employeurs qualité pour agir devant le juge des référés pour faire cesser le trouble illicite qui lui était causé, la violation du repos dominical par certains employeurs rompant l'égalité au préjudice de ceux qui, exerçant la même activité, respectaient la règle légale, portant ainsi atteinte à l'intérêt collectif de la profession (Ass. Plén., 7 mai 1993, *Bull.* 1993, Ass. plén., n° 10, p. 15). Était ainsi consacrée l'idée selon laquelle l'obligation de donner le repos hebdomadaire le dimanche, édictée dans l'intérêt des salariés et donc à finalité sociale, avait aussi une finalité économique, l'égalité dans la concurrence.

En l'espèce, la cour d'appel, statuant en référé, avait jugé que le fait, pour des sociétés commerciales, de faire travailler leurs salariés le dimanche dans le centre commercial Usines center en violation de l'article L. 221-5 du code du travail, c'est-à-dire en l'absence de dérogation administrative, constituait un trouble manifestement illicite et avait ordonné, sous astreinte, l'interdiction de toute opération commerciale réalisée en contravention aux articles L. 221-4 et suivants du code du travail.

Les pourvois formés par les commerçants soutenaient que l'existence d'un trouble manifestement illicite n'était pas caractérisée par la seule constatation de la violation de la règle du repos dominical et de la rupture d'égalité en découlant et que la démonstration d'un trouble effectivement subi, soit en réalité d'un préjudice, était nécessaire.

La chambre sociale avait jugé que constituait un trouble manifestement illicite la seule violation de la règle du repos dominical invoquée par des syndicats de salariés (14 juin 1989, *Bull.* 1989, V, n° 448, p. 272 ; 21 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 171, p. 170 et n° 172, p. 171), de même que la violation d'un arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire pris sur le fondement de l'article L. 221-17 du code du travail (24 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 97, p. 86).

Par le présent arrêt, elle affirme la même solution s'agissant d'une action intentée par des fédérations de commerçants : le trouble manifestement illicite résulte de la violation de la règle du repos dominical, laquelle est caractérisée par l'emploi irrégulier de salariés le dimanche et ce, sans qu'il soit nécessaire de justifier du préjudice effectivement subi.

### \* *Durée du travail*

#### N° 93

Une loi nouvelle moins sévère s'appliquant, selon l'article 112-1 du code pénal, aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée, doit être annulée la décision d'une cour d'appel ayant condamné le dirigeant d'une entreprise de transport routier de marchandises pour des contraventions, commises au cours de l'année 2003, d'emploi de salariés au-delà de la durée mensuelle du temps de service en méconnaissance du décret n° 83-40 du 29 janvier 1983, dont les dispositions, en vigueur au moment des faits, n'ont pas été reprises sur ce point par le décret modificatif n° 2007-13 du 14 janvier 2007, relatif à la durée du travail dans ce type d'entreprise.

En revanche, demeurent punissables les dépassements des durées quotidienne et hebdomadaire de travail effectif commis à la même époque, en infraction au même décret n° 83-40 du 29 janvier 1983, dès lors que le texte susvisé ayant modifié ce décret continue à assurer la répression des infractions de cette nature.

**Crim., 15 mai 2007.**

**Annulation partielle sans renvoi**

N° 06-80.312. – C.A. Pau, 8 décembre 2005.

M. Cotte, Pt. – Mme Guirimand, Rap. – M. Davenas, Av. Gén. – M<sup>e</sup> Foussard, Av.

## 2. *Rémunérations*

### \* *Intéressement et participation*

#### N° 94

Dès lors que la clause de renouvellement par tacite reconduction d'un accord de participation ne comporte aucune stipulation excluant son application en cas d'abaissement de l'effectif de l'entreprise en dessous du seuil d'assujettissement au régime de participation, une cour d'appel a exactement

décidé qu'à défaut de dénonciation de l'accord par l'employeur avant l'échéance de son terme dans les conditions qu'il prévoyait, l'entreprise était demeurée soumise au régime de participation pendant les exercices postérieurs, objets du litige, peu important le nombre de salariés alors employés.

**Soc., 3 mai 2007.**

**Rejet**

N° 05-12.340. – C.A. Lyon, 4 février 2005.

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

Note

Dans cet arrêt était posée la question non pas du sort d'un accord de participation lorsque l'effectif de l'entreprise descend, pendant la période d'application de l'accord, en dessous du seuil d'assujettissement à la participation, mais de la portée, dans cette même circonstance, de la clause de renouvellement par tacite reconduction insérée dans un accord de participation.

L'article premier du contrat de participation énonçant que « conformément à l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986, modifiée par la loi du 7 novembre 1990 visant les entreprises employant habituellement cinquante salariés et plus, l'entreprise SOFACO est tenue de faire participer son personnel aux résultats de l'entreprise », fallait-il déduire, du fait que ce contrat avait été conclu en application du régime de participation obligatoire, que la clause de renouvellement par tacite reconduction, qui avait pour effet de donner naissance à un nouveau contrat (1<sup>re</sup> Civ., 15 novembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 413, p. 345 : « sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat de durée indéterminée et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques » ; dans le même sens, Com., 13 mars 1990, *Bull.* 1990, IV, n° 77, p. 52, qui énonce que la tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif mais donne naissance à un nouveau contrat), n'était appelée à jouer qu'autant que le seuil d'assujettissement était encore atteint au jour de sa reconduction ?

Ou bien faut-il au contraire admettre qu'à défaut de stipulation expresse prévoyant l'hypothèse d'un abaissement de l'effectif de l'entreprise en dessous de ce seuil, l'employeur qui, bien qu'étant informé de longue date de ce que l'effectif de l'entreprise était passé en deçà de ce seuil, n'a pas usé de la faculté, ouverte par l'article 8 du contrat de participation, de dénoncer le contrat trois mois avant la date de son échéance normale, devait continuer à l'exécuter après son renouvellement par tacite reconduction, le contrat trouvant désormais son fondement dans le régime de participation volontaire prévu par l'article L. 442-15 du code du travail ?

L'arrêt a opté pour la seconde solution.

**N° 95**

L'ensemble des dispositions légales et réglementaires relatives à la participation obligatoire des salariés aux résultats de l'entreprise étant d'ordre public absolu, il ne peut y être dérogé qu'avec l'autorisation expresse de la loi.

L'article R. 442-6 du code du travail, qui fixe le plafond du montant des droits susceptibles d'être attribués à un même salarié pour un même exercice, ne prévoit pas une telle dérogation.

Par suite, viole l'article L. 132-4 et l'article R. 442-6 du code du travail une cour d'appel qui décide que ce dernier texte n'est d'ordre public absolu qu'en ce qu'il fixe une limite à ne pas dépasser et que, dès lors, la clause d'un accord de participation qui retient un plafond inférieur au plafond réglementaire doit recevoir application si le plafond qu'il prévoit est plus favorable aux salariés.

**Soc., 23 mai 2007.**

**Cassation**

N° 04-20.157, 04-20.340 et 05-10.244. – C.A. Paris, 29 septembre 2004.

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

Note

Les dispositions légales relatives à la participation obligatoire et les dispositions réglementaires prises pour leur application relèvent en principe, dans leur ensemble, de l'ordre public absolu dès lors qu'elles n'ont pas pour seule finalité la protection des intérêts des salariés, mais visent à défendre un intérêt plus général par la constitution d'une épargne salariale obligatoire affectée au financement des entreprises.

Echappent cependant à l'ordre public absolu les domaines limités dans lesquels le législateur a autorisé les accords prévus par l'article L. 442-5 du code du travail à déroger aux dispositions du régime de participation légal pourvu, précise l'article L. 442-6, qu'ils respectent les principes posés par le chapitre relatif à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et comportent, pour les salariés, des avantages au moins équivalents.

En l'espèce, la question était de savoir si les dispositions de l'article R. 442-6 qui, fixant, en application de l'article L. 442-4, les règles de répartition entre les salariés de la réserve spéciale de participation, prévoient, en son alinéa 2, que le montant des droits susceptibles d'être attribués à un même salarié – dit plafond de répartition individuelle ou plafond d'attribution – ne peut, pour un même exercice, excéder une somme égale à une fraction du plafond – dit d'assiette – mentionné à l'alinéa premier et qui est au plus égal à quatre fois le plafond annuel retenu pour la détermination du montant maximum des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales, autorisent un accord de participation à adopter un plafond d'attribution inférieur au pourcentage du plafond d'assiette qu'il détermine.

L'arrêt attaqué avait retenu que l'alinéa 2 de l'article R. 442-6 ne relève de l'ordre public absolu qu'en ce qu'il fixe un plafond à ne pas dépasser et en avait déduit que les stipulations de l'accord conclu le 28 juin 1999 entre une société et des organisations syndicales représentatives, selon lesquelles le montant des droits susceptibles d'être attribués à un même salarié ne pourrait, pour un même exercice, excéder la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale, demeuraient applicables, pour être plus favorables aux salariés, après que l'article 3 du décret n° 2001-703 du 31 juillet 2001 eut porté le plafond d'attribution, initialement fixé à la moitié du plafond d'assiette, aux trois quarts de ce dernier.

Cette analyse n'est pas reprise à son compte par l'arrêt de la chambre sociale, qui décide que seul le plafond réglementaire doit recevoir application dès lors que l'alinéa 2 du code du travail, s'il permet la distribution des droits inférieurs au plafond qu'il fixe, n'autorise pas le choix, par voie d'accord, d'un plafond différent.

Le législateur a d'ailleurs récemment levé toute équivoque à cet égard. L'article 14-IV de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, a ajouté un nouvel alinéa à l'article L. 442-4 du code du travail, qui dispose que « le plafond de répartition individuel fixé par le décret prévu au premier alinéa ne peut faire l'objet d'aucun aménagement, à la hausse ou à la baisse, y compris par un des accords mentionnés à l'article L. 442-5 ».

**\* Salaire (« à travail égal, salaire égal »)**

**N° 96**

Une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération.

Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui justifie les différences de rémunération existant entre des salariés exerçant les mêmes fonctions de formateurs par le seul fait que certains sont sous contrat à durée indéterminée tandis que les autres sont des salariés « occasionnels », sans rechercher concrètement si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables.

**Soc., 15 mai 2007.**

**Cassation**

N° 05-42.894 et 05-42.895. – C.A. Dijon, 14 avril 2005.

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

**Note**

Par un arrêt rendu le 15 mai 2007, la chambre sociale a décidé qu'une différence de statut juridi-

que entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération.

Ainsi, des salariés exerçant leur fonction de formateurs sous contrat à durée indéterminée se plaignant d'être moins bien rémunérés que leurs collègues « occasionnels », il appartenait au juge de vérifier si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables.

Cette décision confirme la jurisprudence de la chambre sociale qui, en matière d'application du principe « à travail égal, salaire égal », impose au juge, d'abord de s'assurer que la situation des salariés qui font l'objet de comparaisons est bien identique et ensuite, si tel est le cas, de contrôler l'existence de raisons objectives, matériellement vérifiables, de nature à justifier des différences de rémunération.

La chambre a ainsi jugé que des accords collectifs peuvent prendre en compte des parcours professionnels différents, avancement à l'ancienneté et promotion par exemple, sans méconnaître le principe « à travail égal, salaire égal », dans la mesure où les situations résultant de ces parcours ne sont pas identiques (Soc., 3 mai 2006, pourvoi n° 03-42.920).

Lorsque les situations des salariés sont identiques, elle a admis que des salariés intermittents soient mieux payés que des salariés permanents en raison de différences d'ancienneté non prises en compte par ailleurs (Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 03-47.171).

De même a-t-elle décidé qu'était justifiée une différence de rémunération au bénéfice d'une directrice de crèche recrutée sous contrat à durée déterminée pour remplacer la directrice titulaire indisponible, en se fondant sur l'importance, pour le fonctionnement de la crèche, de ce recrutement et sur son urgence (Soc., 21 juin 2005, pourvoi n° 02-42.658).

La chambre sociale précise, par cet arrêt, cette jurisprudence en énonçant que la seule différence de statut juridique ne suffit pas à établir l'existence de situations différentes entre les salariés en matière d'égalité de traitement.

**\* Salaire (modalités de paiement)**

**N° 97**

Selon l'article L. 443-7, dernier alinéa, du code du travail, les sommes versées par l'entreprise sur le plan d'épargne d'entreprise ne peuvent se substituer à aucun des éléments de rémunération qui y sont en vigueur, au moment de la mise en place d'un plan d'épargne d'entreprise, ou qui deviennent obligatoires en vertu de règles légales ou contractuelles. Il en résulte que l'employeur ne peut pas s'acquitter de son obligation de paiement de tout ou partie du salaire sous forme de versement au plan d'épargne d'entreprise.

Encourt donc la cassation l'arrêt qui, pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'une prime de treizième mois, retient que l'employeur avait décidé, avec l'avis favorable des délégués du personnel, que la seconde moitié de cette prime de treizième mois devrait être versée sur le plan d'épargne d'entreprise.

**Soc., 10 mai 2007. Cassation partielle**

N° 05-45.676. – C.P.H. Nancy, 13 octobre 2005.

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

#### Note

Le plan d'épargne d'entreprise est un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières.

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale a modifié les dispositions applicables au plan d'épargne d'entreprise sur un certain nombre de points et a notamment introduit, au dernier alinéa de l'article L. 443-7 du code du travail, les dispositions suivantes : « *les sommes versées par l'entreprise ne peuvent se substituer à aucun des éléments de rémunération, au sens de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, en vigueur dans l'entreprise au moment de la mise en place d'un plan (...) ou qui deviennent obligatoires en vertu de règles légales ou contractuelles* ».

Dans l'espèce soumise à la Cour, le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes afin d'obtenir notamment le paiement d'une prime conventionnelle de treizième mois, prime qui avait été versée pour partie sur le plan d'épargne d'entreprise et ce, avec l'accord des délégués du personnel.

Le conseil de prud'hommes avait rejeté cette demande au motif que la convention collective applicable prévoit que les modalités de versement de la prime de treizième mois sont définies suivant un accord d'entreprise ou, à défaut, sur avis conforme des délégués du personnel ou du comité d'entreprise.

La question posée pour la première fois à la Cour était de savoir si un employeur peut, par décision unilatérale mais approuvée par les délégués du personnel, imposer le versement d'une partie d'une prime conventionnelle sur le plan d'épargne d'entreprise.

La Cour y répond, au visa des articles L. 143-1 et L. 443-1 du code du travail, par la négative. L'employeur, sur lequel pèse l'obligation de payer le salaire contractuellement et conventionnellement convenu, ne peut s'acquitter de cette obligation sous forme d'abondement au plan d'épargne d'entreprise.

La Cour affirme ainsi fermement que le principe de non-substitution des versements sur le plan épargne d'entreprise à un élément de rémunération, tel

que posé par l'article L. 443-7 du code du travail, ne peut souffrir d'exception, même approuvée par les organes représentants du personnel.

## C. – Santé et sécurité au travail

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

#### \* *Contrat de prévoyance*

N° 98

Les sommes que l'employeur est condamné à payer, en application des dispositions de l'article L. 122-24-4 du code du travail, à un salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel, qui n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de l'examen de reprise du travail ou qui n'est pas licencié, ont la nature de salaire et non de dommages-intérêts.

La cour d'appel en déduit exactement que l'institution de prévoyance qui a versé une rente complémentaire au titre d'un système de prévoyance est en droit d'obtenir le remboursement de la rente complémentaire d'invalidité qu'elle a servie à l'intéressé dès lors que, selon le contrat de prévoyance, lorsque le total de la rémunération perçue de l'employeur, des indemnités, rentes ou pensions versées par le régime de sécurité sociale et des indemnités ou rentes complémentaires versées par l'organisme de prévoyance excède le traitement de base, éventuellement revalorisé, ayant servi au calcul des indemnités ou rentes complémentaires, ces indemnités sont alors réduites à due concurrence.

**Soc., 30 mai 2007.**

**Rejet**

N° 06-12.275. – C.A. Aix-en-Provence, 18 octobre 2005.

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

#### Note

Selon l'article L. 122-24-4 du code du travail, l'employeur est tenu de verser au salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel, qui n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de l'examen de reprise du travail ou qui n'est pas licencié, le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail ; cette disposition s'applique également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise, constatée par le médecin du travail.

En l'absence d'une disposition expresse en ce sens, aucune réduction ne peut être opérée sur la somme, fixée forfaitairement au montant du salaire antérieur à la suspension du contrat, que l'employeur doit verser au salarié, la question de la conservation

des avantages reçus au titre des prestations versées par une institution de prévoyance en raison de l'état de santé du salarié relevant des seuls rapports entre ces derniers.

C'est ce que la chambre sociale avait jugé le 16 février 2005 (Soc., 16 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 51 [2], p. 44 et les arrêts cités confirmant ceux de la chambre sociale du 5 janvier 2000, pourvoi n° 97-45.285, du 14 juin 2000, pourvoi n° 98-41.136, et du 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-42.927).

Suite à cette décision, l'organisme de prévoyance qui avait versé une rente complémentaire s'est retourné contre le salarié pour réclamer le remboursement de cette rente complémentaire.

La chambre sociale fait droit à cette demande dès lors que l'employeur a été condamné à verser au salarié non pas une indemnité mais bien un salaire, en application de l'article L. 122-24-4 du code du travail ; le salarié ne peut donc pas cumuler des salaires et une rente complémentaire versée en application d'un contrat de prévoyance.

Selon l'article L. 122-24-4 du code du travail, l'employeur est tenu de verser au salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel, qui n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de l'examen de reprise du travail ou qui n'est pas licencié, le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail ; cette disposition s'applique également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise, constatée par le médecin du travail.

En l'absence d'une disposition expresse en ce sens, aucune réduction ne peut être opérée sur la somme, fixée forfaitairement au montant du salaire antérieur à la suspension du contrat, que l'employeur doit verser au salarié, la question de la conservation des avantages reçus au titre des prestations versées par une institution de prévoyance en raison de l'état de santé du salarié relevant des seuls rapports entre ces derniers.

## D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

### 3. Conflits collectifs du travail

#### \* Grève

#### N° 99

En dépit de l'existence d'un protocole d'accord de fin de grève qui prévoit que l'employeur ne sera pas tenu de payer aux salariés grévistes le salaire correspondant à la période de la grève, n'est pas sérieusement contestable, au sens de l'article R. 516-31 du code du travail, l'obligation d'un employeur au paiement de l'indemnité compensatrice de la perte de salaires occasionnée par une grève, lorsque celle-ci a été notamment

motivée par le non-paiement des heures supplémentaires et donc, à l'évidence, par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations.

**Soc., 3 mai 2007.**

**Rejet**

N° 05-44.776. – C.P.H. Paris, 13 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Funck-Brentano, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

#### Note

Il est de jurisprudence constante que la grève ayant pour effet de suspendre l'exécution du contrat de travail, l'employeur n'est pas tenu de payer le salaire pendant la période de cessation du travail (Soc., 17 mars 1993, *Bull.* 1993, V, n° 87, p. 60 ; Soc., 14 avril 1999, *Bull.* 1999, V, n° 179, p. 129 ; Soc., 5 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 49, p. 47).

Ce principe comporte toutefois une exception : lorsque les salariés se trouvent dans une situation contraignante telle qu'ils sont obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, celui-ci peut être condamné à payer aux grévistes une indemnité correspondant à la perte de leur salaire (Soc., 20 février 1991, *Bull.* 1991, V, n° 80, p. 50 ; Soc., 2 mars 1994, *Bull.* 1994, V, n° 75, p. 53 ; Soc., 29 mai 1996, *Bull.* 1996, V, n° 214, p. 149 ; Soc., 28 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 335, p. 240 ; Soc., 26 janvier 2000, *Bull.* 2000, V, n° 37, p. 27 ; Soc., 7 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 205, p. 198).

En l'espèce, un mouvement de grève, notamment motivé par le non-paiement des heures supplémentaires, s'était achevé par la signature d'un protocole d'accord de fin de grève, prévoyant que l'employeur ne serait pas tenu de payer aux salariés grévistes leurs salaires correspondant à la période de la grève. Ultérieurement, les salariés avaient saisi la formation de référé de la juridiction prud'homale en demande de paiement de sommes à titre d'indemnité compensatrice de la perte de salaires occasionnée par la grève.

Le juge des référés avait fait droit aux demandes des salariés, estimant que le conflit avait été motivé par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations en matière de salaire et que le protocole d'accord de fin de grève ne saurait priver chaque salarié concerné du droit de réclamer le salaire qu'il considérait comme lui étant dû.

L'employeur faisait valoir qu'un accord de fin de grève, signé par l'ensemble des organisations syndicales concernées, était opposable en toutes ses clauses aux salariés grévistes, qui, en mettant fin à leur grève en exécution de l'accord, l'avaient implicitement ratifié.

La question posée à la Cour de cassation était donc de déterminer si, malgré la clause d'un protocole d'accord de fin de grève prévoyant le non-paiement des heures de grève, l'employeur qui, par un manquement grave et délibéré à ses obligations,

est à l'origine du mouvement de grève, peut être déclaré redevable envers les salariés grévistes des salaires correspondant aux heures non travaillées.

Concernant la nature juridique et la force obligatoire du protocole de fin de grève, la chambre sociale avait précédemment jugé que cet accord s'analysait en un accord collectif d'entreprise lorsqu'il avait été signé, après négociation avec les délégués syndicaux, par l'un d'entre eux (Soc., 15 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 20, p. 13).

Elle a également jugé que les salariés qui entendent se prévaloir d'un accord de fin de grève signé par un syndicat doivent se soumettre à l'intégralité des conditions posées par cet accord pour son application (Soc., 24 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 341, p. 262).

Dans l'arrêt d'espèce, la chambre sociale décide que lorsque la grève est motivée par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, la clause du protocole d'accord de fin de grève prévoyant le non-paiement des jours de grève n'est pas opposable aux salariés grévistes. Tel est le cas lorsque la grève est née du non-paiement des heures supplémentaires par l'employeur.

Dans cette circonstance, et nonobstant les termes du protocole d'accord qui s'applique à tous les salariés, le juge des référés peut accorder aux salariés grévistes une provision sur l'indemnité compensatrice de la perte de salaire occasionnée par la grève.

## E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

### 1. Election professionnelle

#### \* Contentieux des élections professionnelles

##### N° 100

Le chef d'établissement distinct a qualité pour saisir le tribunal d'instance de tout litige relatif à l'organisation et à la régularité des élections qui ont eu lieu dans l'établissement, dès lors qu'il est responsable de l'organisation de ces élections.

Soc., 4 avril 2007.

Cassation

N° 06.60.112 – T.I. Hazebrouck, 18 avril 2006.

M. Bouret, Pt (f.f.). et Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### Note

Le présent arrêt est relatif au droit du chef d'établissement distinct, dans une entreprise à établissements multiples, d'agir en justice, en contestation de la régularité des élections professionnelles, sur le fondement de l'article L. 423-15 du code du travail.

En l'espèce, un chef d'établissement entendait contester la validité d'un protocole d'accord préélectoral conclu avec les représentants du personnel, la représentativité d'un syndicat et la régularité des

élections professionnelles qu'il avait organisées. Il a, à cette fin, saisi le tribunal d'instance, qui a déclaré irrecevable, pour défaut de qualité à agir, la demande formulée par le chef d'établissement en annulation du protocole d'accord préélectoral et du premier tour des élections professionnelles, au motif qu'il agissait en sa seule qualité de chef de l'établissement distinct.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si le chef d'un établissement distinct dans une entreprise à établissements multiples a qualité, au sens de l'article 32 du nouveau code de procédure civile, pour saisir le tribunal d'instance d'un litige relatif à l'organisation et à la régularité des élections.

La Cour répond par l'affirmative dans l'hypothèse où le chef d'établissement est responsable de l'organisation des élections professionnelles dans l'établissement considéré.

Il est constant que « le représentant d'une personne morale, auquel les statuts ne donnent aucun pouvoir particulier (...), doit recevoir un mandat spécial pour représenter celle-ci en justice » (1<sup>re</sup> Civ., 19 novembre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 272, p. 212) et que « le défaut de pouvoir de celui qui figure au procès comme représentant une personne morale constitue une nullité de fond (...) » (Soc., 17 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 150, p. 111).

En revanche, il avait déjà été considéré que « le chef d'établissement qui organise les élections des délégués du personnel a le devoir de veiller à leur régularité et le droit de saisir le tribunal d'instance de toute réclamation à cette fin » (Soc., 26 mai 1982, pourvoi n° 81-60.893). Et, en l'espèce, la convention collective applicable confiait expressément au chef d'établissement, par délégation, la charge de conduire la politique de l'établissement. Aussi fallait-il nécessairement permettre à celui qui a la charge de l'organisation des élections d'en contester la régularité en justice, sans autre forme d'autorisation.

Si pouvoir de représentation de l'employeur et droit d'agir en justice au nom de la personne morale sont distincts, le droit de saisir le tribunal d'une contestation de la régularité des élections s'infère au contraire du pouvoir d'organiser ces élections.

### 2. Représentation du personnel

#### 2.2. Institutions représentatives du personnel

#### \* Comité d'entreprise et d'établissement

##### N° 101

1° Même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité central d'entreprise, le chef d'entreprise engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme, s'agissant des mesures ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs.

2° Caractérise l'élément matériel du délit d'entrave au fonctionnement du comité central d'entreprise la remise tardive et incomplète à cet organisme du bilan social, une telle remise équivalant à un défaut de présentation de ce document, au sens des articles L. 438-1 et L. 438-5 du code du travail.

3° Il résulte des dispositions de l'article L. 435-4 du code du travail que l'ordre du jour du comité central d'entreprise est arrêté par le chef d'entreprise et le secrétaire du comité, quel que soit l'objet de la réunion de cet organisme.

4° L'élément intentionnel des infractions d'entrave au fonctionnement régulier du comité central d'entreprise retenues à l'encontre d'un prévenu est suffisamment caractérisé par la décision des juges du fond qui met en évidence, à la charge du prévenu, des agissements ou abstentions délibérés et réitérés.

**Crim. - 15 mai 2007. Rejet**

N° 06-84.318. – C.A. Paris, 10 mai 2006.

M. Cotte, Pt. – Mme Guirimand, Rap. – M. Davenas, Av. Gén. – SCP Monod et Colin, Av.

*\* Représentant et délégué syndical*

**N° 102**

La délégation écrite d'autorité donnée par le chef d'entreprise à un salarié, de laquelle il résulte qu'il ne peut être désigné en qualité de délégué ou représentant syndical, n'a pas à être acceptée expressément par l'intéressé.

**Soc., 4 avril 2007. Rejet**

N° 06-60.124. – T.I. Paris 12<sup>e</sup>, 27 mars 2006.

M. Bouret, Pt (f.f.). et Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note*

Un salarié, directeur d'un établissement distinct, est désigné par une organisation syndicale représentative pour exercer les fonctions de délégué syndical et représentant syndical au sein de la société.

Le tribunal d'instance a annulé les désignations ainsi opérées au motif que le salarié, en vertu d'une délégation écrite d'autorité, exerçait des pouvoirs qui l'assimilaient au chef d'entreprise. En conséquence, le tribunal a considéré que le salarié était exclu du droit d'être désigné en qualité de délégué ou de représentant syndical.

Celui-ci a alors contesté la décision rendue au fond en soutenant que la délégation écrite des pouvoirs de l'employeur ne lui était pas opposable puisqu'il ne l'avait pas signée.

La question qui se posait à la Cour était de savoir si la délégation écrite d'autorité, donnée par le chef d'entreprise à un salarié, doit être acceptée expressément par l'intéressé pour exclure celui-ci du droit d'être désigné en qualité de délégué syndical.

La Cour répond par la négative. La seule existence de la délégation écrite d'autorité suffit à empêcher

le salarié délégataire d'exercer les fonctions de délégué syndical, peu important que cette délégation ait été signée ou non par lui.

La Cour avait déjà considéré que celui qui exerce les responsabilités légales du chef d'entreprise à l'égard d'institutions représentatives du personnel ne pouvait être représentant du personnel ou délégué syndical (Soc., 24 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 190, p. 183).

Par le présent arrêt, la Cour tire la conséquence de ce que l'article L. 513-1 du code du travail dispose : « *sont électeurs employeurs (...) les directeurs détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité, établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur* ».

Représentant l'employeur du fait de la délégation écrite d'autorité, le salarié, même s'il n'a pas accepté expressément la délégation, ne peut être dans le même temps désigné représentant des salariés. Ainsi s'agit-il d'une incompatibilité d'exercice des fonctions syndicales plus que d'une incompatibilité résultant de la nature de l'emploi contractuel.

*\* Syndicat - activité syndicale*

**N° 103**

Pour exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, les syndicats professionnels doivent avoir une existence légale au moment où ces faits ont été commis.

**Crim., 22 mai 2007. Rejet**

N° 06-84.748. – C.A. Rennes, 18 mai 2006.

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

*3. Protection des représentants du personnel*

*\* Protection contre le licenciement*

**N° 104**

La liste des conseillers du salarié élaborée dans les conditions prévues à l'article D. 122-3 du code du travail étant soumise à révision tous les trois ans en application de l'article D. 122-4 du même code, le salarié licencié sans autorisation administrative alors qu'il est inscrit sur cette liste doit, pour pouvoir prétendre au paiement d'une indemnité égale au montant des salaires dus jusqu'à sa réintégration effective, demander cette réintégration avant le terme de la période triennale en cours au jour du licenciement ou dans les douze mois qui suivent son éviction de l'entreprise, lorsque les fonctions de conseiller du salarié ont été exercées pendant un an au moins ; lorsque le salarié n'a pas demandé sa réintégration avant l'expiration de cette période de protection pour des raisons qui lui sont imputables, il a droit à une indemnité pour violation du statut

protecteur, égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période triennale de révision de la liste en cours au jour de son éviction, pendant une durée qui ne peut être inférieure à la période de douze mois prévue par l'article L. 412-18 du code du travail.

**Soc., 19 juin 2007. Cassation partielle**

N° 05-46.017. – C.A. Rennes, 15 novembre 2005.

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

#### Note

Aux termes de l'article L. 122-14-16 du code du travail, le conseiller du salarié bénéficie de la même procédure protectrice que celle prévue par l'article L. 412-18, au profit du délégué syndical : son licenciement est donc soumis à autorisation administrative. A défaut d'autorisation, son licenciement est nul et sa réintégration peut être ordonnée (Soc., 4 avril 1995, pourvoi n° 93-44.617).

Comme tout salarié protégé, le conseiller du salarié a droit dans cette hypothèse à une indemnité forfaitaire pour violation du statut protecteur, dont le calcul est différent selon qu'il aura demandé sa réintégration ou non, mais dont le montant dépend essentiellement de la durée de la protection restant à courir.

Dans la présente affaire, un salarié avait été inscrit sur la liste des conseillers du salarié par arrêté du 19 février 1997, liste révisée le 15 décembre 1998 puis le 22 février 2001, mais licencié sans autorisation administrative le 11 août 2000. Ayant saisi dans un premier temps la juridiction prud'homale d'une demande en annulation de son licenciement, sans réintégration, il a sollicité par la suite sa réintégration, le 26 février 2004. Les juges d'appel l'ont débouté de sa demande d'indemnité pour violation du statut protecteur, basée sur la rémunération qu'il aurait dû percevoir du jour de son éviction jusqu'à sa réintégration effective, en considérant que la période de protection avait expiré à la date du nouvel arrêté préfectoral, le 22 février 2001, peu important que cet arrêté ait renouvelé son inscription sur la liste et que, par conséquent, sa demande de réintégration était tardive.

La question posée à la Cour de cassation était donc de déterminer quelle est la période pendant laquelle un conseiller du salarié peut valablement présenter une demande en réintégration à la suite d'un licenciement nul et s'il a éventuellement droit à une indemnité en cas de demande tardive.

Dans cet arrêt du 19 juin 2007, la chambre sociale répond sur le premier point en énonçant que : « la liste des conseillers du salarié étant soumise à révision tous les trois ans, le salarié licencié sans autorisation administrative alors qu'il est inscrit sur cette liste doit, pour pouvoir prétendre au paiement d'une indemnité égale au montant des salaires dus jusqu'à sa réintégration effective, demander cette réintégration avant le terme de la période triennale en cours au jour du licenciement, ou

*dans les douze mois qui suivent son éviction de l'entreprise, lorsque les fonctions de conseiller du salarié ont été exercées pendant un an au moins ».*

Elle ne fait qu'appliquer au cas du conseiller du salarié une jurisprudence déjà bien établie pour les autres salariés protégés. En effet, si aucun délai n'est imparti au salarié protégé pour former sa demande en réintégration (Soc., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 381 [1], p. 305), il n'aura en revanche droit à l'indemnité pour violation du statut protecteur correspondante que si sa demande est formée pendant la période de protection (Soc., 10 décembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 431, p. 308) ou si elle l'est après son expiration, uniquement à condition que ce soit pour des raisons qui ne lui sont pas imputables (Soc., 30 novembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 465, p. 345 ; Soc., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 381 [2], p. 305).

Mais s'agissant du conseiller du salarié, la difficulté résidait dans le fait de déterminer quelle est la durée de la période de protection, son mandat n'étant pas limité dans le temps (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 144, p. 113). La protection est attachée à la seule inscription sur la liste des conseillers arrêtée par le préfet et publiée au recueil des actes administratifs du département. La chambre sociale a d'ailleurs estimé que le salarié n'avait pas à rapporter la preuve de la connaissance par l'employeur de cette inscription (Soc., 14 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 4, p. 3) ou de l'accomplissement effectif de sa mission (même arrêt). La liste étant en principe révisée tous les trois ans, la Cour de cassation aligne la période de protection sur cette période triennale. Et comme pour les conseillers prud'hommes, dont la période de protection à prendre en compte est limitée à celle correspondant au mandat en cours (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 147, p. 116), seule doit être prise en considération la période triennale en cours au jour du licenciement, peu important que le conseiller du salarié soit confirmé dans ses fonctions lors de la révision ultérieure.

D'autre part, les anciens conseillers du salarié bénéficiant d'une période de protection supplémentaires de douze mois après la cessation de leurs fonctions quand elles ont été exercées pendant un an au moins, la Cour de cassation juge également la demande en réintégration comme non tardive si elle a été formulée par le salarié dans les douze mois qui suivent son éviction de l'entreprise, lorsqu'il a exercé ses fonctions pendant un an au moins.

Dès lors, par conséquent, la demande en réintégration sera jugée comme non tardive dès lors qu'elle aura été formulée avant l'expiration de la période triennale en cours ou bien dans les douze mois suivant l'éviction du salarié de l'entreprise, selon ce qui lui est le plus favorable.

Les juges du fond sont donc approuvés en ce qu'ils ont considéré la demande en réintégration comme tardive.

En effet, la période triennale en cours au jour du licenciement avait débuté le 15 décembre 1998 pour s'achever le 15 décembre 2001, la période de

douze mois suivant l'éviction du salarié de l'entreprise s'achevant quant à elle le 11 août 2001 (le conseiller du salarié ayant en l'espèce exercé ses fonctions pendant plus d'un an au jour du licenciement). La demande en réintégration, pour être jugée non tardive, aurait donc dû être présentée avant le 15 décembre 2001.

La seconde question consistait à tirer les conséquences non pas d'une absence de demande en réintégration, mais d'une demande en réintégration jugée tardive (car présentée après la période de protection, et pour des raisons imputables au seul salarié). La chambre sociale censure les juges du fond d'avoir refusé d'accorder au salarié toute indemnité pour violation du statut protecteur et affirme au contraire qu'une demande en réintégration tardive doit être assimilée, pour ce qui est de cette indemnité, à une absence de demande : elle confirme ainsi une solution qu'elle avait retenue dans un arrêt non publié du 16 mai 2007 concernant un candidat aux élections de délégué du personnel : le salarié qui, sans justifier de motifs qui ne lui soient pas imputables, demande sa réintégration postérieurement à l'expiration de la période de protection, a droit à une indemnité forfaitaire égale au montant des rémunérations qu'il aurait dû percevoir depuis la date de son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection (Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-45.672).

S'agissant du conseiller du salarié « *qui ne demande pas sa réintégration ou qui la demande postérieurement à l'expiration de la période de protection en cours au jour du licenciement, sans justifier de motifs qui ne lui soient pas imputables* », la chambre sociale affirme dans le présent arrêt qu'il « *a droit à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période triennale de révision de la liste en cours au jour de son éviction, ou pendant une durée qui ne peut être inférieure à la période de douze mois prévue par l'article L. 412-18 du code du travail* ».

La Cour de cassation fait donc évoluer quelque peu la solution qu'elle avait retenue dans un précédent arrêt du 2 mai 2001 concernant un conseiller du salarié qui ne demandait pas sa réintégration : elle y énonçait en effet qu'il avait droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale « *au moins à la rémunération que ce salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection dans la limite de la durée de la protection du délégué du personnel, soit douze mois de salaires à compter de son éviction de l'entreprise* » (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 144, p. 113).

Le présent arrêt du 19 juin 2007 transforme donc le montant maximum de douze mois de salaires de l'indemnité pour violation du statut protecteur accordée au conseiller du salarié qui ne demande pas sa réintégration - ou l'a demandée tardivement pour des raisons qui lui sont imputables - en un montant minimum : ce salarié a droit à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période triennale de révision de la liste en cours au jour de son éviction, si ce montant est supérieur à douze mois. L'indemnité pour viola-

tion du statut protecteur peut donc aller de douze à trente-six mois de salaires, en fonction de la date à laquelle se situe son licenciement par rapport à celle de la révision de la liste.

## F. – Rupture du contrat de travail

### 1. Prise d'acte de la rupture

#### \* Effet de la prise d'acte

#### N° 105

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, celui-ci prend fin au jour de la prise d'acte.

N'encourt pas la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui décide que les droits à congés payés d'un salarié vont jusqu'à la date de la prise d'acte.

Soc., 4 avril 2007.

Rejet

N° 05-43.406 – C.A. Lyon, 10 mai 2005

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

#### Note

Le présent arrêt est relatif à la date d'extinction des droits à congés payés dans l'hypothèse où le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail.

Les articles L. 223-2 et suivants du code du travail ouvrent au salarié un droit à congé annuel payé, par référence à une période de travail effectif.

En l'espèce, un salarié avait pris acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reprochait à son employeur, mais il avait continué à travailler au-delà. Il soutenait que cette période de travail, postérieure à la date de la prise d'acte de la rupture, devait être prise en compte pour le calcul de ses droits à congés payés.

Par le présent arrêt, la chambre sociale réaffirme sa solution antérieure selon laquelle « *la prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail (...)* » (Soc., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 321, p. 307). Elle en déduit que le salarié acquiert des droits à congés payés jusqu'au jour de la rupture.

2. *Licenciement*

## 2.3. Licenciements disciplinaires

\* *Faute grave*

## N° 106

L'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne garantit la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de celle-ci.

Par conséquent, la cour d'appel déduit exactement de ce texte qu'il s'oppose à ce que l'exercice de l'activité d'un salarié, ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne, soit subordonné à la justification d'un titre de séjour en cours de validité.

La non-présentation d'un titre de séjour ne constitue dès lors pas une faute.

**Soc., 12 juin 2007.**

**Rejet**

N° 05-45.320. – C.A. Paris, 26 septembre 2005.

M. Bailly, Pt (f.f.). – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

L'intérêt de l'arrêt commenté repose sur le caractère inédit du problème soulevé, relatif au licenciement d'un salarié, ressortissant de la Communauté européenne, motivé par l'absence de titre de séjour en cours de validité.

La Cour de justice des Communautés européennes, se fondant sur le principe de la libre circulation des travailleurs, garanti par l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne, affirme que le titre de séjour d'un ressortissant communautaire à l'intérieur de la Communauté n'a qu'une valeur déclaratoire et probante (CJCE, 8 avril 1976, X... c. Belgique, affaire n° C-48/75 ; CJCE, 14 juillet 1977, X... et autres c. Allemagne, affaire n° C-8/77), le droit de séjour étant acquis indépendamment de la délivrance du titre de séjour. Il en résulte que doivent être prohibées toutes dispositions qui ont pour objet ou pour effet de donner valeur constitutive à ce titre (CJCE, 12 mai 1998, X... c. Allemagne, affaire n° C-85/96).

Il est dès lors contraire aux principes du droit communautaire de subordonner l'exercice d'une profession salariée à la justification d'un titre de séjour en cours de validité. C'est ce que retient la Cour de cassation en approuvant les juges du fond pour lesquels le licenciement du salarié ne peut être fondé uniquement sur la non-présentation d'un titre de séjour.

## 2.4. Licenciement économique

\* *Insuffisance du plan social*

## N° 107

Lorsque la nullité de la procédure de licenciement et des licenciements subséquents n'est pas encourue en raison de l'insuffisance d'un plan social établi à l'occasion d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de l'employeur, les salariés protégés dont le licenciement a été autorisé par l'inspecteur du travail peuvent prétendre à la réparation du préjudice causé par l'insuffisance du plan social.

**Soc., 3 mai 2007.**

**Rejet**

N° 05-45.603. – C.A. Paris, 9 novembre 2005.

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

Note

Dans un arrêt du 2 février 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 56, p. 50) publié au *Rapport annuel* et relatif à la même procédure de licenciement pour motif économique engagée à la suite de la liquidation judiciaire d'une société, la Cour de cassation a décidé que s'il résulte de la combinaison des articles L. 321-4-1 et L. 321-9 du code du travail que la nullité du licenciement n'est pas encourue en raison de l'insuffisance du plan social, cette insuffisance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Le présent arrêt décide que les salariés protégés licenciés après autorisation administrative ont également droit à une indemnisation en raison du préjudice subi à raison de cette insuffisance.

\* *Irrégularité affectant la procédure de consultation*

## N° 108

Les salariés licenciés pour motif économique ne peuvent prétendre à l'indemnité prévue par l'article L. 321-2-1 du code du travail, en l'absence d'institutions représentatives du personnel, en se fondant sur l'irrégularité de la procédure ayant abouti à l'établissement du procès verbal de carence, dès lors que celui-ci n'a pas été contesté dans le délai de quinze jours à compter du jour où les parties en ont eu connaissance.

**Soc., 6 juin 2007.**

**Cassation partielle sans renvoi**

N° 06-42.444 à 06-42.462. – C.A. Versailles, 16 février 2006.

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

Note

Cet arrêt tranche une question inédite sur les conditions d'ouverture du droit à l'indemnité

prévue par l'article L. 321-2-1 du code du travail. Ce texte prévoit une indemnité spéciale au profit des salariés licenciés pour motif économique lorsque les institutions représentatives du personnel n'ont pas été mises en place, si bien que les obligations d'information et de consultation n'ont pu être remplies, et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi par l'employeur. La question posée en l'espèce était celle de savoir si les salariés peuvent alléguer l'irrégularité de la procédure électorale, pour prétendre à cette indemnité lorsqu'un procès-verbal de carence a été établi. L'arrêt applique la solution retenue par un arrêt du 17 mars 2004 (*Bull.* 2004, V, n° 93, p. 83), selon laquelle le procès-verbal de carence ne peut être contesté que dans un délai de quinze jours prévu par les articles R. 423-3 et L. 433-2 du code du travail, à compter du jour où les parties intéressées en ont eu connaissance. Il en résulte que passé ce délai de forclusion le processus électoral est réputé régulier.

### 3. Résiliation judiciaire

#### N° 109

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, le juge doit rechercher si la demande de résiliation était justifiée ; si tel est le cas, il fixe la date de la rupture à la date d'envoi de la lettre de licenciement.

Viola par suite les dispositions de l'article L. 122-4 du code du travail la cour d'appel qui, après avoir accueilli la demande de résiliation présentée par un salarié ultérieurement licencié, fixe la date de la rupture du contrat au jour de la demande, alors que l'intéressé était resté au service de l'employeur jusqu'à son licenciement.

**Soc., 15 mai 2007.**

**Cassation partielle  
sans renvoi**

N° 04-43.663. – C.A. Amiens, 6 avril 2004.

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

#### Note

Un salarié introduit contre son employeur une action en résiliation judiciaire du contrat de travail qui les lie, tout en continuant à travailler au service de l'entreprise. Il est licencié pour motif économique avant que le juge prud'homal n'ait statué sur sa demande de résiliation.

La cour d'appel, estimant que des manquements persistants de l'employeur à son obligation de payer les heures supplémentaires accomplies sont avérés, accueille la demande du salarié et prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur, avec effet à la date de la saisine du conseil de prud'hommes. Le pourvoi de l'employeur dirigé contre cet arrêt porte notamment

sur la date d'effet de la rupture, qu'il entend voir fixer non pas rétroactivement à compter de l'acte introductif d'instance, mais à la date de la décision prononçant la résiliation.

Si l'on s'en tenait à la jurisprudence encore récente, le juge avait la possibilité de choisir entre plusieurs dates : celle du manquement de l'employeur à ses obligations (Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.056), celle de la saisine de la juridiction prud'homale (Soc., 22 mars 2000, pourvoi n° 98-40.445) ou celle du prononcé de la décision elle-même (Soc., 1<sup>er</sup> octobre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 249, p. 257).

Sensible au fait que 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 (voir communiqué de la Cour de cassation, janvier 2007), la chambre sociale a décidé que, dans un tel cas, la prise d'effet de la résiliation devrait seulement intervenir à la date de la décision judiciaire la prononçant (Soc., 11 janvier 2007, *Bull.* 2007, V, n° 6, p. 5).

Mais il s'agit là du cas simple. En pratique, en effet, la situation peut être plus complexe, du fait du concours de la demande de résiliation judiciaire et d'autres modes de rupture intervenant après elle mais avant son jugement, et ayant pour caractéristique de rompre le contrat immédiatement ou à bref délai : prise d'acte de la rupture, licenciement ou mise à la retraite.

Telle était la situation dans l'espèce rapportée, le salarié ayant été licencié pour motif économique après avoir saisi le conseil de prud'hommes.

En ce qui concerne la question de savoir quel est l'office du juge quant à l'appréciation des motifs de la rupture et de sa qualification, il sera rappelé la jurisprudence de la chambre selon laquelle le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat de travail était justifiée, et que c'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement (Soc., 16 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 54, p. 48 ; Soc., 07 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 20, p. 19).

L'admission du caractère justifié de la demande de résiliation amène en à considérer le licenciement comme non avenu (Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.056), le juge n'examinant en ce cas que les motifs invoqués par le salarié à l'appui de sa demande en justice.

Mais l'intérêt plus particulier du présent arrêt se situe au niveau de la fixation de la date d'effet de la résiliation judiciaire estimée justifiée.

La jurisprudence de la chambre en matière de concours de modes de rupture étant fondée sur l'idée que « rupture sur rupture ne vaut », le réalisme conduisait à considérer que le contrat de travail, déjà rompu par le licenciement, ne pouvait l'être une seconde fois par la résiliation judiciaire.

Ceci a déjà été jugé dans le cas d'un licenciement suivant une demande de résiliation judiciaire (Soc., 20 novembre 2001, pourvoi n° 99-44.035).

L'arrêt rapporté, appliquant la même théorie, décide que le juge, s'il considère que la demande de résiliation judiciaire est justifiée, doit fixer la date de la rupture non pas à la date de la demande ni à celle du manquement constaté et pas davantage à la date de la décision judiciaire, mais au jour de l'envoi de la lettre de licenciement.

C'est que l'on rencontre ici, en effet, les jurisprudences convergentes de la CJCE (27 janvier 2005, *Arbeitsgericht Berlin*), de l'assemblée plénière de la Cour de cassation (28 janvier 2005, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 1, *Rapport annuel* 2005, p. 264) et de la chambre sociale (Soc., 11 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 350, p. 312, *Rapport annuel* 2005, p. 230 ; Soc., 26 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 288, p. 275) relatives à la date d'effet du licenciement, qui n'est plus désormais celle de la réception de la lettre de licenciement mais celle de son expédition, laquelle manifeste la volonté de l'employeur.

Ainsi, en décidant qu'en cas de concours d'une demande de résiliation judiciaire justifiée et d'un licenciement, la date de la rupture est celle de l'envoi de la lettre de licenciement, et non celle de la décision judiciaire, la présente décision innove par la réalisation d'une nouvelle synthèse des jurisprudences précédentes.

#### 4. Démission

##### \* Définition

##### N° 110

La démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur et lorsqu'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, le juge doit l'analyser en une prise d'acte qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou, dans le cas contraire, d'une démission.

Par suite, viole les articles L. 122-4, L. 122-13, alinéa 2, et L. 122-14-3 du code du travail la cour d'appel qui analyse la démission donnée sans réserve par un salarié en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors que le salarié n'avait saisi la juridiction prud'homale de la contestation de cette démission que dix-sept mois plus tard, ce dont elle devait déduire qu'à l'époque où elle avait été donnée, aucune circonstance ne la rendait équivoque (arrêt n° 1).

En revanche, doit être approuvée la cour d'appel qui a jugé que bien qu'ayant été donnée sans réserve, la démission était équivoque et devait s'analyser en une prise d'acte dès lors qu'il était justifié d'un litige antérieur à celle-ci, dont l'inspecteur du travail avait été saisi (arrêt n° 2).

Doit également être approuvée la cour d'appel qui a déduit le caractère équivoque de la démission du salarié de la circonstance, contemporaine à celle-ci, que la lettre de démission du salarié était accompagnée d'un décompte des sommes qu'il prétendait lui être dues au titre des heures supplémentaires et du repos compensateur (arrêt n° 3).

Doit encore être approuvée la cour d'appel qui a déduit le caractère équivoque de la démission du salarié du fait, contemporain de celle-ci, qu'après avoir formulé sa volonté de démissionner sans réserve, le salarié s'était rétracté quelques jours plus tard en invoquant des impayés de salaires, et qui a estimé que le grief invoqué était suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat de travail, qui produisait dès lors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (arrêt n° 4).

##### Arrêt n° 1 :

Soc., 9 mai 2007.

Cassation partielle

N° 05-40.518. – C.A. Douai, 26 novembre 2004.

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

##### Arrêt n° 2 :

Soc., 9 mai 2007.

Rejet

N° 05-41.324 et 05-41.325. – C.A. Lyon, 11 janvier 2005.

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

##### Arrêt n° 3 :

Soc., 9 mai 2007.

Rejet

N° 05-40.315. – C.A. Lyon, 17 novembre 2004.

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

##### Arrêt n° 4 :

Soc., 9 mai 2007.

Rejet

N° 05-42.301. – C.A. Paris, 2 mars 2005.

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

##### Note

Dans le prolongement de ses arrêts du 25 juin 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 203 et 209, p. 213) selon lesquels « lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une

démission », la chambre sociale a souhaité préciser l'articulation de cette jurisprudence avec celle relative à la démission.

En particulier, lorsqu'un salarié démissionne sans réserve ou « pour convenances personnelles » avant de se rétracter en raison de manquements qu'il impute à son employeur sans invoquer aucun vice de son consentement, quel doit être l'office du juge ?

Faut-il considérer que l'absence de réserve ou, mieux, l'énoncé de « raisons personnelles » traduit une volonté sans équivoque de démissionner, peu important l'existence d'éventuels manquements, fondés ou non, de l'employeur ?

Faut-il au contraire, et dans l'affirmative à quelles conditions, analyser une telle démission en une prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les manquements invoqués sont justifiés ?

En raison d'analyses divergentes des premiers juges, génératrices d'un contentieux conséquent devant la chambre sociale, celle-ci a décidé d'organiser une audience thématique à ce sujet.

Il fallait assurer la clarification des règles applicables à la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, tout en assurant le respect de la loyauté des relations contractuelles des parties.

C'est pourquoi la chambre sociale rappelle d'abord la définition de la démission, qui est un acte unilatéral qui ne peut résulter que d'une manifestation de volonté claire et non équivoque.

Elle précise ensuite l'office du juge, à qui il appartient de vérifier la réalité de cette volonté non équivoque de démissionner ; et ce caractère équivoque ne pouvant lui-même résulter que de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission, ce n'est que si de telles circonstances sont caractérisées que le juge devra analyser cette démission, eût-elle été donnée sans réserve, en une prise d'acte de la rupture ayant les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

Ces quatre arrêts illustrent bien quelles circonstances antérieures ou concomitantes de la démission entachent celle-ci d'équivoque. Ainsi, une contestation tardive du salarié, qui ne demande la « requalification » de sa démission en licenciement que plus de dix-sept mois après celle-ci, n'est pas une circonstance permettant de retenir l'équivoque de la démission à la date où elle a été donnée (première espèce : société Citernord c. X..., pourvoi n° 05-40.518).

En revanche, la volonté claire et non équivoque de démissionner n'est pas caractérisée en cas de contentieux signalé à l'inspecteur du travail (deuxième espèce : société Janier c. X... et autre, pourvois n° 05-41.324 et 05-41.325) ou de présence, dans la lettre de démission elle-même, d'une réclamation salariale (troisième espèce : société La Cour c. X..., pourvoi n° 05-40.315) ou encore de rétractation

rapide du salarié invoquant des impayés de salaire (quatrième espèce : société Kent c. X..., pourvoi n° 05-42.301).

## 5. Retraite et préretraite

### 5.1. Retraite

#### \* Régime de retraite supplémentaire à cotisations patronales

#### N° 111

En l'état de la dénonciation d'un engagement unilatéral de l'employeur instaurant un régime de retraite supplémentaire à cotisations patronales et à prestations définies mais non garanties, intervenue avant que le salarié ait fait liquider ses droits à pension de retraite, ce dernier n'a aucun droit acquis à en bénéficier, peu important que sa mise à la retraite lui ait déjà été notifiée.

Doit être cassée la décision de la cour d'appel qui, pour allouer un complément de retraite au salarié, prend en considération la date de notification de sa mise à la retraite.

**Soc., 6 juin 2007.**

**Cassation**

N° 06-40.521. – C.A. Aix-en-Provence, 7 novembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

#### Note

Cet arrêt doit être relié à celui rendu le 12 avril 2005 par la chambre sociale (pourvoi n° 02-47.384), qui avait décidé qu'en l'état de la dénonciation d'un engagement unilatéral de l'employeur instaurant un régime de retraite supplémentaire à cotisations patronales et à prestations définies mais non garanties, intervenue avant que le salarié ait fait liquider ses droits à pension de retraite, ce dernier n'a aucun droit acquis à en bénéficier.

Dans l'affaire jugée, la dénonciation de l'engagement de l'employeur était intervenue alors que la mise à la retraite du salarié lui avait déjà été notifiée et qu'il se trouvait donc en période de préavis.

La cour d'appel avait fait droit à la demande du salarié d'un complément de retraite en retenant qu'à la date de la notification de la mise à la retraite, le régime de retraite était en vigueur ; sa décision est cassée, la date à prendre en considération étant celle à laquelle le salarié fait liquider ses droits à pension de retraite, peu important que sa mise à la retraite lui ait déjà été notifiée.

**G. – Action en justice****\* Appel (décision susceptible)****N° 112**

Il ne peut être relevé appel que de la décision qui refuse de rétracter un jugement constatant la caducité d'une citation.

Viola l'article R. 516-26-1 du code du travail la cour d'appel qui déclare recevable l'appel d'un salarié à l'encontre d'un jugement de caducité dont il s'était abstenu de solliciter la rétractation, comme il en avait la faculté.

**Soc., 23 mai 2007. Cassation sans renvoi**

N° 06-40.146. – C.A. Lyon, 10 novembre 2005.

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

**Note**

Depuis un arrêt du 15 mai 1991 (Soc., 15 mai 1991, *Bull.* 1991, V, n° 241, p. 148), la chambre sociale jugeait que la faculté qu'a le demandeur en matière prud'homale de solliciter une fois le rétablissement de l'affaire ne le privait pas du droit de faire appel, qu'il tenait du premier alinéa de l'article 544 du nouveau code de procédure civile.

La deuxième chambre civile a cependant jugé, dans son arrêt du 17 juin 1998 (2<sup>e</sup> Civ., 17 juin 1998, *Bull.* 1998, II, n° 193, p. 114), que lorsque la demande est déclarée caduque, la partie concernée ne peut interjeter appel de la décision de caducité mais seulement de la décision du juge rejetant la demande de relevé de caducité.

La position de la chambre sociale sur ce point a évolué.

Elle a d'abord admis que la décision de caducité de la citation prise par erreur par un bureau de conciliation puisse être rapportée par le juge qui l'a rendue et que cette voie de recours était la seule ouverte contre cette décision (Soc., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 171, p. 148).

L'arrêt du 23 mai 2007, en ce qu'il a une portée générale et adopte la position de la deuxième chambre civile, parachève cette évolution.

**\* Appel (recevabilité)****N° 113**

Les dispositions de l'article R. 517-7, alinéa 3, du code du travail, dans leur rédaction issue du décret n° 2004-836 du 20 août 2004, selon lesquelles la déclaration d'appel est accompagnée d'une copie de la décision attaquée, ne sont pas prescrites à peine d'irrecevabilité de l'appel.

Doit être cassé l'arrêt qui déclare d'office l'appel irrecevable au motif qu'une copie de la décision attaquée n'était pas annexée à la déclaration d'appel.

**Soc., 19 juin 2007.**

**Cassation partiellement sans renvoi**

N° 06-40.854. – C.A. Paris, 13 décembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Salvat, Av. Gén.

**Note**

Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 a apporté des modifications à la procédure d'appel. L'article R. 517-7 du code du travail (à l'instar des dispositions mentionnées aux articles 901 et 933 du nouveau code de procédure civile) prévoit désormais que la déclaration d'appel est accompagnée d'une copie de la décision attaquée.

L'article R. 517-7, dont l'alinéa 3 a été modifié à nouveau par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, ne prévoyant pas la sanction à défaut d'annexion de la copie de la décision attaquée, la question se pose de savoir si cette disposition est prescrite à peine de nullité.

La chambre sociale affirme habituellement que les dispositions de l'article R. 517-7 du code du travail ne sont pas prescrites à peine de nullité (Soc., 17 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 167 [1], p. 144 ; Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 04-47.254) ; ce qui importe c'est que le jugement entrepris soit suffisamment identifiable et que la partie intimée ne puisse se méprendre sur la décision frappée d'appel (*Bulletin de droit du travail* avril-mai-juin 2005, n° 202, p. 55 ; Soc., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.865 ; 2<sup>e</sup> Civ., 7 novembre 1994, pourvoi n° 93-10.996 ; 2<sup>e</sup> Civ., 17 juillet 1974, *Bull.* 1974, II, n° 232, p. 194). Les irrégularités qui affectent les mentions de la déclaration d'appel constituent des vices de forme dont la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour la partie qui l'invoque de prouver l'existence d'un grief (2<sup>e</sup> Civ., 12 juillet 2001, *Bull.* 2001, II, n° 139, p. 93).

On peut déduire de cette jurisprudence que les irrégularités affectant la forme ou les mentions de la déclaration d'appel n'entraînent pas, sauf disposition légale particulière, l'irrecevabilité de l'acte d'appel et n'affectent la validité de l'acte que si la partie qui invoque l'irrégularité prouve l'existence d'un grief.

L'annexion de la copie de la décision attaquée répond manifestement, dans l'esprit du législateur, à une volonté de faciliter l'identification et la connaissance rapide par le greffe de la cour d'appel de cette décision.

En censurant la décision des juges d'appel qui ont relevé d'office le moyen tiré de l'absence de copie de la décision attaquée, sans caractériser l'existence d'un grief causé par cette omission, la chambre sociale, dans l'arrêt commenté, affirme ainsi que la nouvelle diligence prescrite par l'article R. 517-7 du code du travail n'est pas imposée à peine d'irrecevabilité.

**\* Compétence judiciaire****N° 114**

Si les établissements EDF-GDF, en devenant des sociétés commerciales en application de la loi du 9 août 2004, ont conservé leurs missions de service public, le juge judiciaire est compétent pour trancher un litige relatif à une procédure de consultation préalable du comité mixte à la production, lorsque la décision de réorganisation n'est pas de nature à affecter directement l'organisation structurelle du service public de distribution d'énergie.

**Soc., 16 mai 2007.****Cassation**

N° 06-13.044. – C.A. Chambéry, 22 novembre 2005.

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

**Note**

Cet arrêt du 16 mai 2007 vient préciser la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, s'agissant d'un litige relatif aux rapports collectifs de travail né après la transformation par la loi du 9 août 2004 des établissements EDF-GDF en sociétés anonymes.

En l'espèce, un projet de réorganisation présenté par un centre EDF-GDF distribution consistait en un regroupement, en une même ville, de l'activité d'accueil téléphonique de la clientèle exercée auparavant en deux endroits différents et avait été soumis à consultation préalable du comité mixte à la production de ce centre. S'estimant insuffisamment informé, le comité a refusé d'émettre un avis, la direction du centre entérinant tout de même son projet par une décision prise quelques jours plus tard.

Saisi en référé d'une demande tendant à la suspension de la mise en application de cette décision et à la reprise de la consultation du CMP, le tribunal de grande instance a déclaré les juridictions judiciaires incompétentes, jugement confirmé par la cour d'appel au motif que le projet entraînait indiscutablement dans la mission d'organisation du service public confié à EDF-GDF.

Cette décision des juges du fond était conforme à la jurisprudence antérieure au changement de statut des établissements EDF et GDF. Après un arrêt du Tribunal des conflits estimant que seul le juge administratif était compétent pour se prononcer sur les décisions de l'entreprise concernant l'organisation du service public ou le statut du personnel (Tribunal des conflits, 22 juin 1992, *Recueil*, p. 488), il a ainsi été jugé par la chambre sociale de la Cour de cassation que lorsque la procédure de consultation du CMP s'inscrivait dans un « processus de réorganisation du service public », et constituait ainsi un acte préparatoire « à la décision à intervenir, décision de nature administrative puisqu'affectant directement l'organisation de la distribution d'énergie », la « question de la régularité de la consultation du comité mixte à la production, qui ne pouvait être dissociée de la décision

administrative elle-même, ressortissait à la compétence de la juridiction administrative » (Soc., 15 juin 1994, pourvoi n° 92-13.424).

La chambre sociale a également précisé que des décisions prises par les directeurs EDF-GDF, qui étaient « relatives à l'organisation du service public dans un établissement industriel et commercial présentaient le caractère d'actes administratifs réglementaires, dont il appartient au seul juge administratif d'apprécier la légalité » (Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 94, p. 73).

La loi du 9 août 2004, transformant les établissements EDF-GDF en sociétés anonymes, devait-elle conduire à modifier cette jurisprudence ?

La décision du Conseil constitutionnel, précisant qu'en maintenant aux sociétés EDF-GDF nouvellement créées des missions de service public, le législateur avait confirmé leur qualité de services publics nationaux (DC 5 août 2004, n° 2004-501), pouvait amener au maintien des solutions précédemment acquises.

Un arrêt de la première chambre civile a cependant marqué un infléchissement, en précisant qu'une décision d'un centre EDF-GDF qui n'entraînait pas de « modification de l'organisation structurelle du service » relevait « de la compétence judiciaire en ce qu'elle portait sur le fonctionnement interne du service, peu important son caractère général » (1<sup>re</sup> Civ., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-18.500).

Le présent arrêt, dans la lignée de la décision de la première chambre civile, affine la prise en considération des caractéristiques des décisions d'organisation prises par les anciens établissements publics. En considérant que les litiges relatifs à la procédure de consultation du comité mixte à la production relèvent de la compétence du juge judiciaire dès lors que la décision à prendre « n'est pas de nature à affecter directement le service public de l'énergie », ce qui est le cas lorsque cette décision a seulement pour finalité de « maîtriser les coûts, sécuriser les recettes et améliorer fortement la trésorerie » de la société, la chambre sociale déplace les frontières de compétence. Seules désormais de la compétence du juge administratif les décisions directement en lien avec l'organisation de la mission de service public dont sont en charge les sociétés EDF et GDF. Les litiges relatifs aux décisions qui, bien que touchant à une activité de service public, constituent des décisions de gestion que pourraient être amenées à prendre toutes sociétés commerciales, sont en revanche de la compétence judiciaire.

**\* Compétence territoriale  
du conseil de prud'hommes****N° 115**

Selon l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui est transposable pour la mise en œuvre de l'article 19 du Règlement (CE) n° 44/2001 du

Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, applicable en la cause, l'employeur est la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui décide qu'une juridiction prud'homale nationale est compétente pour connaître du litige opposant un salarié à un coemployeur domicilié dans un autre Etat membre, dès lors qu'elle constate que le salarié accomplit, sur le territoire national, son travail sous la direction et au profit de coemployeurs dont les intérêts, les activités et la direction sont confondus.

**Soc., 19 juin 2007.**

**Rejet**

N° 05-42.551. – C.A. Rouen, 22 mars 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

#### Note

La question juridique inédite posée par cette affaire portait sur le point de savoir si la notion d'employeur, introduite dans le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, est une notion autonome qui, à ce titre, doit être définie par la Cour de justice des Communautés européennes. Le pourvoi invitait donc la chambre sociale à saisir la Cour de justice des Communautés européennes, sur le fondement de l'article 68 du Traité instituant la Communauté européenne (qui renvoie à l'article 234 du Traité CE).

Ayant retenu qu'il pouvait être clairement déduit de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'interprétation de la Convention de Bruxelles, transposable pour l'application de l'article 19 du Règlement (CE) n° 44/2001, que cette notion doit être définie comme la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération, la chambre sociale a décidé qu'il n'y avait pas lieu à renvoi à titre préjudiciel.

#### *\* Preuve*

#### **N° 116**

Viola l'article L. 212-1-1 du code du travail la cour d'appel qui, en l'absence de tout document fourni par l'employeur, énonce, pour rejeter la demande d'un salarié en paiement d'heures complémentaires, que les simples tableaux établis par ses soins, non visés par l'employeur, ne suffisent pas à prouver la réalité des heures dont il réclame le paiement, alors qu'il résulte de ce texte que la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge ne peut, pour rejeter une demande d'heures complémentaires, se fonder sur l'insuffisance des preuves

apportées par le salarié ; qu'il doit examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l'employeur est tenu de lui fournir.

**Soc., 10 mai 2007.**

**Cassation**

N° 05-45.932. – C.A. Versailles, 27 octobre 2005.

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

#### Note

On sait que selon l'article L. 212-1-1 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, en cas de litige sur l'existence ou le nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Le juge se prononce au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande.

Pour éviter une dérive consécutive à certains arrêts accueillant avec trop d'indulgence certaines demandes de salariés n'apportant aucun élément sérieux au soutien de leurs prétentions, la chambre a nuancé sa jurisprudence avec un arrêt du 25 février 2004 : « *S'il résulte de l'article L. 212-1-1 du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande* » (Soc., 25 février 2004, Bull. 2004, V, n° 62, p. 57 ; Soc., 15 décembre 2004, pourvoi n° 03-40.238).

La Cour de cassation exige ainsi du salarié qu'il fournisse préalablement au juge des éléments et que lesdits éléments soient de nature à étayer sa demande.

L'apport de l'arrêt du 10 mai 2007 est de préciser la règle précitée. Lorsque le salarié apporte des éléments préalables au soutien de sa demande : planning, tableau d'heures, attestations etc., le juge ne peut les écarter d'emblée, au motif qu'ils seraient insuffisants pour prouver la demande, ce qui reviendrait de nouveau à faire supporter la charge de la preuve au seul salarié, ce qu'exclut l'article L. 212-1-1 du code du travail. S'il estime, après les avoir analysés, que les éléments fournis ne permettent pas de légitimer l'action du salarié, il ne peut les rejeter qu'en retenant qu'ils ne sont pas de nature à étayer la demande ou, autrement dit, qu'ils ne constituent pas en quelque sorte, le « commencement de preuve » indispensable à la poursuite de l'action.

#### **N° 117**

Les dispositions des articles 225-2 du code pénal et L. 412-2 du code du travail concernant les délits de discrimination et d'entrave à l'exercice du droit syndical n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale, qui incombe à l'accusation.

Dans ces conditions, il ne saurait être reproché aux juges du fond, statuant sur une poursuite exercée contre un employeur en application des textes précités, de ne pas s'être déterminés par référence à l'article L. 122-45 du code du travail, selon lequel lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

**Crim., 3 avril 2007**

**Rejet**

N° 06-81.784 – C.A. Paris, 6 février 2006.

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

\* *Preuve - moyens de preuve (licéité ou non)*

### N° 118

Le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicités.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui, pour rétracter une ordonnance rendue en application de ce texte à la requête d'un employeur et autorisant un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition d'un salarié et à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques échangés par l'intéressé avec deux personnes identifiées, retient que la mesure en question a pour effet de donner à l'employeur connaissance de messages personnels émis et reçus par le salarié et en déduit qu'elle porte atteinte à une liberté fondamentale et n'est pas légalement admissible, alors que l'employeur avait des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que l'huissier avait rempli sa mission en présence du salarié.

**Soc., 23 mai 2007.**

**Cassation sans renvoi**

N° 05-17.818. – C.A. Douai, 18 mai 2005.

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

### Note

L'article 145 du nouveau code de procédure civile permet à une partie de solliciter du juge, par exemple du président du tribunal de grande instance, l'organisation des mesures d'instruction légalement admissibles, s'il existe un motif légitime d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

La question posée à la chambre sociale était de savoir si cette procédure permettait de donner mission à un huissier d'accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition du sala-

rié par l'employeur et à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques échangés par l'intéressé avec deux personnes identifiées, étrangères à l'entreprise et avec lesquelles lui étaient prêtées des relations constitutives de concurrence déloyale.

Cette question devait être examinée à la lumière de la jurisprudence rappelant que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, qui implique en particulier le secret des correspondances, et tenant en conséquence pour atteinte à une liberté fondamentale la prise de connaissance par l'employeur, en violation de ce secret, des messages électroniques émis et reçus par le salarié au moyen de l'outil informatique mis à sa disposition par l'entreprise (arrêt Nikon, Soc., 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 291, p. 233).

Apportant à cette jurisprudence une précision importante, la chambre sociale énonce que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, dès lors que le juge constate, ce qui était le cas en l'espèce, que la mesure qu'il ordonne procède d'un motif légitime et qu'elle est nécessaire à la protection des droits de la partie qui la sollicite, l'huissier ayant de plus, en l'espèce, procédé en présence du salarié.

Le principe posé par la jurisprudence Nikon doit donc se concilier avec les moyens procéduraux légitimes offerts à l'employeur par l'article 145 précité et garantissant, sous les conditions qu'il édicte, l'intervention et le contrôle du juge, avec les recours inhérents à une procédure juridictionnelle, tous éléments différenciant fondamentalement la mesure prise d'une investigation à laquelle aurait unilatéralement et personnellement procédé l'employeur, et qui reste interdite.

### N° 119

Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur.

**Soc., 23 mai 2007.**

**Rejet**

N° 06-43.209. – C.A. Agen, 5 avril 2006.

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

### Note

L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est, selon la jurisprudence (2<sup>e</sup> Civ., 7 octobre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 447, p. 380), un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue. La communication par messages écrits

téléphoniquement adressés dits SMS (emprunt à l'expression de « *short message service* ») doit-elle obéir à un régime identique ?

La question était posée à la Cour de cassation dans une espèce où la salariée, destinataire de SMS, en avait fait constater par huissier la teneur et avait utilisé la preuve ainsi constituée à l'appui d'une demande de dommages-intérêts formée contre son employeur, auteur des messages, pour harcèlement.

La chambre sociale estime que de tels messages peuvent servir de base à une preuve admissible. Elle énonce la possibilité de leur utilisation par leur destinataire, en rappelant que leur auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur. Cette connaissance est en effet incompatible avec tout raisonnement relatif à une utilisation à l'insu de l'auteur, fondement de la déloyauté affectant les enregistrements de conversations.

### \* Preuve - Documents de l'entreprise

#### N° 120

Il résulte des articles L. 132-1, L. 135-2 du code du travail et 12 du nouveau code de procédure civile que si le juge n'est pas tenu de rechercher s'il existe un accord d'entreprise applicable au contrat de travail qui lui est soumis, il doit, lorsqu'une partie invoque un tel accord, se procurer par tous moyens ce texte qui contient la règle de droit éventuellement applicable au litige, au besoin en invitant les parties à lui en faire parvenir un exemplaire.

Par suite, viole ces textes l'arrêt qui rejette des demandes d'un salarié fondées sur un accord d'entreprise, au motif qu'il n'est pas produit.

**Soc., 3 mai 2007. Cassation partielle**

N° 05-43.863. – C.A. Basse-Terre, 2 mai 2005.

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

#### Note

L'intérêt du présent arrêt, rendu au visa des articles L. 132-1 et L. 135-2 du code du travail et 12 du nouveau code de procédure civile, réside dans l'extension aux accords collectifs d'entreprise d'une jurisprudence admise depuis longtemps pour les conventions collectives.

En effet, dans le cas où une demande est fondée sur une convention collective, la Cour de cassation considère qu'il appartient au juge, « *dans l'hypothèse où l'une des parties invoque une convention collective précise, de se procurer par tous moyens ce texte, au besoin en invitant les parties à lui en faire parvenir un exemplaire* » (Soc., 8 octobre 1992, Bull. 1992, V, n° 507, p. 321 ; Soc., 3 mars 1993, Bull. 1993, V, n° 76, p. 53 ; Soc., 5 octobre 1993, Bull. 1993, V, n° 224, p. 154).

Ces décisions, et de nombreuses autres postérieures, concernant les conventions collectives, sont rendues au visa de l'article 12, alinéa premier, du

nouveau code de procédure civile, selon lequel « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ».

Avec le visa de cet article, la Cour de cassation ne se situe pas sur le terrain de la recherche d'office par le juge d'une convention collective applicable à une relation de travail donnée, mais sur celui de l'accès à la teneur de la convention invoquée devant lui.

L'alinéa premier de l'article 12 est significatif, en ce qu'il renvoie à l'obligation de trancher un litige « *conformément aux règles de droit* ». En ce qui concerne le rapport de travail, la règle de droit peut avoir son origine dans la loi, mais aussi dans la convention collective. S'il y a entre ces deux sources une différence dans leur élaboration, il n'y en pas dans leur caractère normatif : l'article L. 135-1 du code du travail, qui énonce que « (...) *les conventions et accords collectifs de travail obligent tous ceux qui les ont signés (...)* », affecte la convention collective d'une force obligatoire équivalente à celle de la loi. Mais ce même article, sur ce point, met aussi à égalité convention collective et accord collectif. Il n'y a aucune différence entre la convention collective et l'accord collectif, qui s'imposent aux signataires et à ceux qu'ils englobent par la procédure d'extension.

Dès lors, il apparaît logique d'appliquer la jurisprudence dégagée pour les conventions collectives aux accords collectifs, dans la mesure où, malgré leur vocation différente rappelée par l'article L. 132-1 du code du travail, on affirme, avec l'article L. 135-2 du même code, leur caractère normatif identique et où l'on rappelle au juge, avec l'article 12, alinéa premier, du nouveau code de procédure civile, son obligation de statuer conformément à la règle de droit, donc d'en rechercher la teneur, « *par tous moyens* ». On soulignera que la possibilité ouverte traditionnellement au juge de remplir son obligation en « *invitant au besoin les parties à lui en faire parvenir un exemplaire* » permet de résoudre les difficultés liées à l'absence de publication nationale des accords collectifs.

**Soc., 3 mai 2007. Cassation partielle**

N° 05-43.863 – C.A. Basse-Terre, 2 mai 2005

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

### \* Procédure

#### N° 121

Une note en délibéré, lorsqu'elle est recevable, peut être accompagnée de pièces justifiant ce qu'elle énonce, à condition que les parties soient en mesure d'en débattre contradictoirement.

**Soc., 23 mai 2007. Cassation**

N° 05-42.401. – C.A. Bastia, 8 mars 2005.

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

Note

Si l'article 445 du nouveau code de procédure civile a entendu poser une limitation de principe à l'ancienne pratique des notes en délibéré en affirmant qu'« après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations [...] », il a toutefois prévu deux exceptions : des notes peuvent être déposées « en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444 ».

Dans la présente affaire, un salarié avait déposé en cause d'appel des conclusions contenant une nouvelle demande la veille de l'audience des débats. Face à l'argumentaire combattant cette prétention et soutenu par l'employeur durant les débats, le président a sollicité le dépôt de notes en délibéré, conformément à l'article 445 du nouveau code de procédure civile. Cependant, si l'employeur a bien déposé une note, il y a également joint de nouvelles pièces visant à soutenir son argumentation. La cour d'appel a logiquement jugé la note recevable, mais a rejeté des débats les pièces l'accompagnant, au motif que « l'autorisation donnée de déposer une note en délibéré ne saurait comprendre implicitement le dépôt de nouvelles pièces, sauf à porter atteinte au principe de contradiction ».

La question posée pour la première fois à la Cour de cassation était donc de savoir si l'autorisation donnée de déposer une note en délibéré englobe également autorisation de l'accompagner de pièces la soutenant.

La chambre sociale se prononce très clairement par l'affirmative en censurant les juges d'appel : « une note en délibéré, lorsqu'elle est recevable, peut être accompagnée de pièces justifiant ce qu'elle énonce, à condition que les parties soient en mesure d'en débattre contradictoirement ».

La Cour de cassation a déjà été amenée à juger de la situation inverse, c'est-à-dire du cas où ce sont des pièces qui sont demandées en délibéré, accompagnées de notes.

La deuxième chambre civile a censuré des juges d'appel, qui avaient refusé de tenir compte des notes en délibéré suscitées par des pièces versées après la clôture des débats avec l'autorisation du juge, sur le fondement du non-respect du principe de la contradiction (2<sup>e</sup> Civ., 13 juillet 2006, pourvoi n° 04-17.795).

En revanche, la chambre sociale a pour sa part décidé l'inverse, en approuvant une cour d'appel d'avoir jugé recevable une pièce demandée mais en écartant la note en délibéré qui l'accompagnait, dans la mesure où cette dernière n'avait pas été autorisée (Soc., 18 février 2004, pourvoi n° 02-60.055).

Dans le présent arrêt, la chambre sociale affirme très clairement que dès lors qu'une note en délibéré a été déclarée recevable aux termes de l'article 445 du nouveau code de procédure civile, les parties

peuvent l'accompagner de pièces justifiant ce qu'elle énonce, quand bien même ces pièces n'auraient pas été spécifiquement demandées par la juridiction.

Elle précise cependant que c'est à la condition que les parties soient en mesure d'en débattre contradictoirement, ce qui implique l'autorisation pour l'autre partie de répondre à ces nouveaux éléments.

La Cour de cassation a en effet déjà affirmé que le juge doit s'assurer que le principe du contradictoire est respecté concernant les pièces produites en cours de délibéré (2<sup>e</sup> Civ., 19 mai 2005, Bull. 2005, II, n° 126, p. 112).

**\* Syndicat - Droit d'action****N° 122**

Indépendamment de l'action réservée par l'article L. 135-5 du code du travail aux syndicats liés par une convention ou un accord collectif de travail, les syndicats professionnels sont recevables à demander, sur le fondement de l'article L. 411-11 de ce code, l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession.

**Soc., 3 mai 2007.**

**Rejet**

N° 05-12.340. – C.A. Lyon, 4 février 2005.

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

Note

Un syndicat qui n'était pas lié par un accord de participation adopté par voie de référendum et qui, de ce fait, ne disposait pas de la faculté d'agir en exécution des engagements contractés par l'employeur sur le fondement de l'article L. 135-5 du code du travail, pouvait-il exercer à cette même fin l'action syndicale de l'article L. 411-11 en se prévalant d'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession ? Telle était l'une des questions posées dans cette affaire.

On sait que la doctrine de la chambre sociale a, dernièrement, connu une évolution s'agissant du point de savoir si l'action syndicale de l'article L. 411-11 pouvait avoir pour objet l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif.

Il était initialement jugé que si, en vertu de l'article L. 411-11 du code du travail, les syndicats professionnels peuvent, de manière générale, exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, l'action visant exclusivement à obtenir l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif ou la réparation de son inexécution, prévue par l'article L. 135-5 du code du travail, est réservée par ce texte aux syndicats liés par les dispositions de ladite convention, qui seuls ont qualité pour agir (Soc., 10 mai 1994, Bull. 1994, V, n° 173, p. 115).

En d'autres termes, il était considéré qu'une action en exécution d'une convention ou d'un accord collectif ou en réparation du préjudice résultant de son inexécution ne pouvait être fondée que sur l'article L. 135-5 du code du travail et que celui-ci en réservait l'exercice aux syndicats signataires ou aux syndicats ayant adhéré à la convention ou à l'accord, dans les conditions de l'article L. 132-9 du code du travail.

Mais il a ensuite été décidé, dans une espèce où un syndicat demandait l'application, dans une entreprise, d'une convention collective dont il n'avait signé qu'un avenant, qu'indépendamment des actions réservées aux syndicats par les articles L. 135-4 et L. 135-5 du code du travail, en cas d'extension d'une convention ou d'un accord collectif qui a pour effet de rendre les dispositions étendues applicables à tous les salariés et employeurs compris dans leur champ d'application, les syndicats professionnels sont recevables à en demander l'exécution sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail, leur non-respect étant de nature à causer nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de l'ensemble de la profession (Soc., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 221, p. 176). Cette solution a été reprise par un arrêt du 18 février 2003 (Soc., 18 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 60, p. 57). L'évolution de la doctrine de la chambre s'est également manifestée dans le cas d'une action en nullité d'un accord collectif, puisqu'il a été jugé au visa de l'article L. 135-4, alinéa 2, du code du travail qu'un syndicat d'entreprise peut, à raison de l'intérêt collectif que la solution du litige peut présenter pour ses membres, joindre son action à celle de la fédération à laquelle il a adhéré pour demander la nullité d'un accord collectif d'entreprise (Soc., 26 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 143, p. 132).

Ainsi, lié ou non par une convention ou un accord collectif, un syndicat professionnel était désormais recevable à demander, sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail, son exécution ou la réparation de son inexécution, à la condition toutefois qu'il s'agisse d'une convention ou d'un accord étendu.

Fallait-il aller plus loin et autoriser un syndicat à exercer l'action aux fins d'exécution sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail même lorsqu'il s'agit d'une convention ou d'un accord non étendu ou qui n'est pas susceptible de l'être ?

On peut en effet estimer que la convention ou l'accord collectif ayant, indépendamment de tout arrêté d'extension, un effet normatif dans le champ d'application territorial et professionnel qu'elle ou il détermine (*avec cette précision que lorsqu'il s'agit d'une convention ou d'un accord de branche non étendu, cet effet n'opère qu'à l'égard des employeurs affiliés à un groupement patronal signataire et des salariés qu'ils emploient*), l'inexécution de cette norme par un employeur qui y est soumis porte tout autant atteinte à l'intérêt collectif de la profession que l'inobservation, par ce même employeur, de toute autre norme, qu'elle soit issue de la loi ou du règlement, d'une convention ou d'un accord étendu, d'un usage de l'entreprise (Soc., 25 mars 1984, *Bull.* 1984, V, n° 204, p. 155) ou d'un engagement unilatéral de l'employeur (Soc., 14 juin 1984, *Bull.* 1984, V, n° 251, p. 190). Autrement dit, une règle qui – comme la convention ou l'accord collectif non étendu, l'usage de l'entreprise ou l'engagement unilatéral de l'employeur – ne s'applique qu'à une partie des membres de la profession est tout de même une règle de la profession, dont la méconnaissance par un employeur affecte l'intérêt collectif de celle-ci (*cf.* en ce sens, Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, Emmanuel Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3<sup>e</sup> édition, Dalloz, n° 31-34).

La chambre sociale a décidé que les syndicats professionnels sont recevables à demander, sur le fondement de l'article L. 411-11 de ce code, l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, érigeant ainsi l'action aux fins d'exécution d'une convention ou d'un accord collectif – ou de réparation de son inexécution – exercée sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail au niveau de l'action de droit commun des syndicats professionnels.



# COURS ET TRIBUNAUX

## B. – Durée du travail et rémunération

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

#### \* Congés payés

##### N° 123

Il résulte du principe de l'interprétation stricte des lois que même si l'article 8 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 prévoit une application aux instances introduites après le 18 septembre 2002, ces dispositions ne concernant que le complément différentiel de salaire, elles ne peuvent être étendues à un objet différent, tel l'octroi de jours de repos supplémentaires.

C.A. Reims (ch. soc.), 20 juin 2007. – R.G. n° 05/02161.

M. Malherbe, Pt. – MM. Scheibling et Lecuyer, conseillers.

##### N° 124

Le salarié mis dans l'impossibilité de prendre ses congés par le fait de l'employeur est en droit de solliciter de ce dernier la réparation de son préjudice consécutif à la perte du bénéfice de l'indemnité de congés payés servie par une caisse de congés payés.

C.A. Riom (ch. soc.), 23 janvier 2007. – R.G. n° 06/337.

##### N° 125

Aux termes de l'article L. 223-8 du code du travail, le salarié a droit à deux jours de congés supplémentaires par an pour le fractionnement de ses congés.

Dès lors, il appartient à l'employeur qui a procédé au fractionnement des périodes de congés d'apporter la preuve de l'accord du salarié, tant pour le fractionnement que pour une éventuelle renonciation aux deux jours de congés supplémentaires.

C.A. Bourges (ch. soc.), 8 décembre 2006 – R.G. n° 06/00400.

Mme Vallée, Pte. – Mmes Gaudet et Boutet, conseillères.

## C. – Santé et sécurité au travail

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

#### \* Protection contre le licenciement

##### N° 126

Aux termes de l'article L. 122-32-5 du code du travail, si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension, l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise et après avis des délégués du personnel, un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail.

L'employeur ne peut donc prononcer le licenciement d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail que s'il justifie soit de l'impossibilité où il se trouve de proposer un emploi dans les conditions prévues ci-dessus, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions. Il suit de ces dispositions que l'obligation de reclassement de l'employeur naît de la déclaration régulière de l'inaptitude du salarié et doit en conséquence être exécutée après le second examen médical de reprise par le médecin du travail.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 5 juin 2007. – R.G. n° 05/02849.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, conseillers.

## E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

### 2. Représentation du personnel

#### 2.2. Institution représentative du personnel

##### \* Délégués du personnel

##### N° 127

Le temps qu'un délégué du personnel consacre à soutenir, devant le conseil de prud'hommes, une

demande en annulation d'une sanction disciplinaire le concernant n'entre pas dans la catégorie des heures de délégation rémunérées par l'employeur.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 26 juin 2007 – R.G. n° 07/00657.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, conseillers.

### N° 128

La procédure protectrice prévue par l'article L. 425-1 du code du travail ne saurait s'appliquer, en dehors de tout processus électoral engagé, à un salarié non présenté par une organisation syndicale et ayant fait connaître à son employeur qu'il entendait se porter candidat à la fonction de délégué du personnel.

La communication à l'employeur, en dehors de tout processus électoral engagé, de l'intention du salarié de se porter candidat ne peut à elle seule permettre à celui-ci de bénéficier de la protection prévue à l'article L. 425-1 du code du travail, protection accordée aux salariés dont l'employeur a connaissance de l'imminence de la candidature.

C.A. Limoges (ch. soc.), 11 décembre 2006. – R.G. n° 06/0117.

M. Leflaive, Pt. – M. Nervé et Mme Dubillot-Bailly, conseillers.

### N° 129

Le salarié licencié puis réintégré dans l'entreprise au terme d'une procédure de référé, qui a ensuite été régulièrement élu en tant que délégué du personnel et membre titulaire du comité d'entreprise, conserve le bénéfice du statut protecteur jusqu'à l'annulation des élections prononcée en cours de mandat par jugement, nonobstant la décision de justice validant le licenciement rendu entre-temps, au terme de la procédure au fond.

Dès lors, est nul le licenciement notifié par l'employeur qui, au vu de la décision de justice, s'est abstenu de demander l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

L'employeur sera en conséquence condamné à verser au salarié la rémunération qu'il aurait perçue à compter du jour du licenciement et jusqu'au jour du jugement annulant les élections, cette indemnisation n'excluant ni les indemnités de rupture ni l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C.A. Versailles (6<sup>e</sup> ch.), 7 novembre 2006. – R.G. n° 05/06351.

M. Ballouhey, Pt. – M. Liffra et Mme Biondi, conseillers.

## F. – Rupture du contrat de travail

### 2. Licenciements

#### 2.4. Licenciement économique

##### \* Définition

#### N° 130

Une réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si la réorganisation est effectuée pour la sauvegarde de la compétitivité de cette entreprise.

Répond à cette condition la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi, ce qui implique l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise.

A l'inverse, ne répond pas à cette condition la réorganisation mise en œuvre dans le seul souci d'assurer une meilleure gestion ou de réaliser des économies de salaire.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 26 juin 2007 – R.G. n° 05/03290.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, conseillers.

##### \* Défaut de cause réelle et sérieuse

#### N° 131

La faute ou la légèreté blâmable commise par l'employeur, qui engage un salarié alors qu'il savait pertinemment que son entreprise ne pourrait en supporter le coût, peut être de nature à priver le licenciement pour motif économique, ultérieurement prononcé, de cause réelle et sérieuse.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 26 juin 2007 – R.G. n° 05/03561.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, conseillers.

##### \* Licenciements collectifs

#### N° 132

Il appartient à l'employeur qui licencie pour motif économique un salarié de définir les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements et de lui communiquer les éléments objectifs retenus pour l'application de ces critères.

Dès lors, le fait pour un salarié de ne pas user de la faculté, qui lui est ouverte par l'article L. 122-14-2 et l'article R. 122-3 du code du travail, de demander à l'employeur les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements ne le prive pas de la possibilité de se prévaloir de l'inobservation de ces critères et de demander réparation du préjudice qui en est résulté.

C.A. Lyon (ch. sociale), 29 mars 2006. – R.G. n° 05/01902.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Vilde, conseillers.

### N° 133

Si, pour l'application de l'article L. 321-4-1 du code du travail, qui impose à l'employeur d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises employant au moins cinquante salariés lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, c'est l'entreprise et non l'établissement qui constitue le cadre d'appréciation, en revanche, l'article L. 321-2 du même code, qui prévoit l'application de l'article L. 321-4-1 lorsqu'une entreprise ou un établissement assujetti à la législation sur les comités d'entreprise a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements pour motif économique de plus de dix personnes au total, sans atteindre dix personnes dans une même période de trente jours, ne s'applique qu'au licenciement prononcé dans un même établissement lorsque l'entreprise en compte plusieurs.

C.A. Lyon (ch. sociale), 31 mai 2006. – R.G. n° 05/01016.

M. Joly, Pt. – M. Defrasne et Mme Guigue, conseillers.

### N° 134

Les recherches de reclassement doivent être sérieuses et personnalisées.

Par conséquent, c'est à tort que les premiers juges ont estimé qu'un plan social répondait aux exigences de l'article L. 321-4 du code du travail, ce qui suffit à rendre le licenciement abusif, dès lors que le montant par salarié des aides à la création d'entreprise était sans rapport avec les moyens initialement décidés par les liquidateurs et estimés par l'expert-comptable du comité d'entreprise.

C.A. Colmar (ch. sociale, sect. A), 30 mars 2006. – R.G. n° 03/03724.

Mme Rastegar, Pte. – Mmes Brodard et Schneider, conseillères.



COMMENTAIRES  
ET DOCTRINE



## COMMENTAIRES ET DOCTRINE

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

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

Philippe Waquet, « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », in *Le droit ouvrier*, avril 2007, p. 175.

#### 4. Contrats particuliers

##### \* Contrats nouvelles embauches

Dominique Guirimand, « Contrat nouvelles embauches : suite. A propos de la décision du Tribunal des conflits du 19 mars 2007 », in *Revue de droit du travail*, juin 2007, p. 359.

### D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

#### 1. Accords et conventions collectives

Franck Petit, « L'ordre public dérogatoire », *Chronique*, in *RJS* 5/07, p. 391.

### E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

#### 1. Elections professionnelles

Pierre-Yves Verkindt, « Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections

professionnelles = carence ». A propos de l'arrêt « CGT Adecco », in *Droit social* 2007, n° 4, p. 453.

Paul-Henri Antonmattéi, « Négociation collective : une bonne et une mauvaise nouvelle », in *Droit social* 2007, n° 4, p. 459.

### F. – Rupture du contrat de travail

#### 1. Prise d'acte de la rupture

Anne-Catherine Créplet, Stéphane Vernac, Tatiana Sachs, Aurianne Cothenet et Benjamin Dabosville, « Variations autour de la prise d'acte », in *Revue de droit du travail*, mars 2007, p. 159.

#### 2. Licenciement

#### 2.3. Licenciements disciplinaires

##### \* Entretien préalable

Danielle Corrignan-Carsin, « Refus par le salarié d'une rétrogradation disciplinaire et notification du licenciement pour faute grave », in *JCP* 2007, éd. G., n° 20-21, n° 10093, p. 45.

#### 2.4. Licenciement économique

Sandrine Maillard, « Réflexions autour de l'article L. 321-16 du code du travail », in *RJS* 2007, juin, p. 507.



# 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) : **15,00 €** (2)
- A l'index annuel des arrêts civils, pour une durée d'un an (référence d'édition 81) : **19,00 €** (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 chambre civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an (référence d'édition 37) : **381,60 €** (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) Tarif d'abonnement pour la France pour l'année 2007, frais de port inclus.



197070780-001007 – 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**



**Prix : 5,20 €**  
ISSN 0992-6623



**Direction  
des Journaux  
officiels**

26, rue Desaix  
75727 Paris  
cedex 15

renseignements :  
01 40 58 79 79

[info@journal-officiel.gouv.fr](mailto:info@journal-officiel.gouv.fr)

**Commande :**

par courrier

par télécopie :

01 45 79 17 84

sur Internet :

[www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr)