

Droit *du travail*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

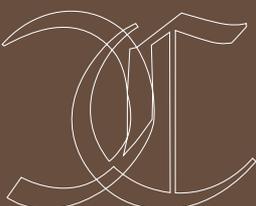


*Publication
trimestrielle*

*Octobre
Novembre
Décembre
2007*

N° 80

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS


COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

DROIT DU TRAVAIL

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – DOCTRINE

Table des matières

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

Numéros

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

II.1. – COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

B. – Durée du travail et rémunération

2. Rémunérations

* Heures supplémentaires 181

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail 182

Tribunal des conflits

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

4. Contrats particuliers

* Contrats emploi-solidarité 183-184

COUR DE CASSATION (*)

Page

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

Arrêt du 30 novembre 2007, rendu par l'assemblée plénière 9

Numéros

II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

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

1. Emploi et formation

* Contrats à durée déterminée 185 à 188

* Travailleurs privés d'emploi 189

(*) 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.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail	
* Clause de garantie d'emploi.....	190
* Obligation de l'employeur d'assurer la formation professionnelle des salariés .	191
* Période d'essai et période probatoire.....	192
* Pouvoir disciplinaire de l'employeur	193
3. <i>Modification dans la situation juridique de l'employeur</i>	
* Transfert d'une entité économique.....	194
4. <i>Contrats particuliers</i>	
* Travail temporaire.....	195
5. <i>Statuts particuliers</i>	
* Agent d'EDF-GDF.....	196
* Artiste du spectacle.....	197-198
* Conjoint salarié.....	199
* Voyageur, représentant, placier (VRP).....	200
B. – Durée du travail et rémunération	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Réduction du temps de travail.....	201 à 204
* Régime de forfait en jours.....	205
* Temps de travail – Travail effectif.....	206-207
2. <i>Rémunérations</i>	
* Garantie de l'AGS	208
* Salaire (« à travail égal, salaire égal »)	209
C. – Santé et sécurité au travail	
1. <i>Obligation de sécurité pesant sur l'employeur.....</i>	210-211
2. <i>Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail</i>	
* Protection contre le licenciement.....	212
4. <i>Protection de la santé du salarié</i>	
* Travaux dangereux pour la santé	213
D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail	
1. <i>Accords et conventions collectives</i>	
* Accords collectifs et conventions collectives diverses.....	214 à 221
* Condition de validité.....	222
* Clause prévoyant le financement du dialogue social	223
* Clause instituant des garanties collectives.....	224
* Convention collective applicable.....	225
* Généralités	226
2. <i>Usages</i>	
* Caractérisation.....	227
3. <i>Conflits collectifs du travail</i>	
* Grève.....	228
E. – Représentation du personnel et élections professionnelles	
1. <i>Elections professionnelles</i>	
* Contentieux des élections professionnelles.....	229-230
* Eligibilité	231

2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.2. Institutions représentatives du personnel	
* Comités d'entreprise et d'établissement – attributions	232
* Comités d'entreprise et d'établissement – fonctionnement.....	233-234
* Comité de groupe.....	235
* Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail	236
* Délit d'entrave	237
* Représentant et délégué syndical	238-239
* Institutions représentatives créées par voie conventionnelle	240
3. <i>Protection contre le licenciement</i>	249
F. – Rupture du contrat de travail	
2. <i>Licenciements</i>	
2.2. Imputabilité et motifs de la rupture.....	241-242
2.3. Licenciement disciplinaire	
* Nullité	243
2.4. Licenciement économique	
* Obligation de reclassement	244
* Plan de sauvegarde de l'emploi.....	245
4. <i>Démission</i>	246
G. – Actions en justice	
* Cassation (juridiction de renvoi)	247
* Cassation (pourvoi)	248-249
* Compétence judiciaire.....	250-251
* Exécution provisoire.....	252
* Preuve – Charge de la preuve	253
* Recevabilité de l'action.....	254

COURS ET TRIBUNAUX

A. – CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Existence du contrat de travail.....	255 à 257
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Pouvoir disciplinaire de l'employeur	258
* Suspension du contrat de travail	259-260
E. – Représentation du personnel et élections professionnelles	
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.2. Institutions représentatives du personnel	
* Comités d'entreprise et d'établissement – Attributions	261
* Délégué du personnel	262
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre le licenciement	263

F. – Rupture du contrat de travail

1. <i>Prise d'acte de la rupture</i>	264 à 266
2. <i>Licenciements</i>	
2.2. Imputabilité et motifs de la rupture.....	267 à 269

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

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

II.1. – Cour de justice des Communautés européennes

B. – Durée du travail et rémunération

2. Rémunérations

* Heures supplémentaires

N° 181

Faits :

Mme X... est une fonctionnaire, employée, à temps partiel, en tant qu'enseignante par le *land* de Berlin. De janvier à mai 2000, elle a assuré, chaque mois, entre quatre et six heures de cours supplémentaires par rapport à son horaire individuel de travail. La rémunération perçue pour ces cours était inférieure à celle qu'un enseignant employé à temps plein percevait pour le même nombre d'heures de travail. La requérante a demandé en vain à percevoir une rémunération équivalente à celle d'un employé à temps plein.

La requérante au principal et la Commission des Communautés européennes font valoir que la rémunération de ces heures supplémentaires, dès lors qu'elle est inférieure à celle des heures fournies dans le cadre de l'horaire individuel de travail, entraîne une discrimination indirecte, puisqu'elle a pour conséquence que les enseignants employés à temps partiel, lesquels sont majoritairement des femmes, perçoivent, lorsqu'ils effectuent des heures au-delà de leur horaire individuel et jusqu'à concurrence du nombre d'heures dues dans le cadre d'un emploi à temps plein, une rémunération inférieure, pour un même nombre d'heures travaillées, à celle des enseignants travaillant à temps plein.

Droit communautaire en cause et questions préjudicielles :

La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 141 du Traité CE.

L'article 141, paragraphes 1 et 2, du Traité CE dispose :

« 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur, en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. »

Le *Bundesverwaltungsgericht* (tribunal administratif fédéral) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 141 du Traité CE s'oppose-t-il à une réglementation nationale selon laquelle le niveau de rémunération des heures supplémentaires est le même pour les fonctionnaires travaillant à temps plein et ceux travaillant à temps partiel, cette rémunération étant inférieure à la partie du traitement d'un fonctionnaire à temps plein correspondant à une durée de travail identique, effectuée dans le cadre de son temps de travail normal, lorsque les employés à temps partiel sont majoritairement des femmes ? »

Décision :

Dans un premier temps, la Cour rappelle que le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs féminins et masculins pour un même travail fait partie des fondements de la Communauté européenne (1). Ce principe s'oppose aussi bien aux

(1) Voir arrêt de la Cour du 8 avril 1976, X..., affaire 43/75, § 12.

discriminations directes qu'aux discriminations indirectes qui ne sont pas directement fondées sur le sexe, « dès lors que ces différences de traitement ne peuvent s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » (§ 25) (2).

En l'espèce, il ne s'agit pas d'une discrimination directe. Il convient donc de vérifier s'il peut s'agir d'une discrimination indirecte, contraire à l'article 141 du Traité CE.

À cet égard, il faut, tout d'abord, déterminer si la réglementation en cause entraîne une différence de traitement entre les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel. Or, selon la Cour, « il y a inégalité de traitement chaque fois que la rémunération payée aux travailleurs à temps plein est plus élevée que celle versée aux travailleurs à temps partiel, à parité d'heures du même travail effectuées en raison de l'existence d'un rapport de travail salarié » (§ 29). Dans l'affaire au principal, Mme X... perçoit une rémunération qui, à parité d'heures effectuées, est inférieure à la rémunération perçue par un travailleur exerçant son activité à temps plein. Il convient dès lors de conclure qu'il existe une différence de traitement entre les employés à temps plein et ceux à temps partiel, au détriment de ces derniers.

Il faut ensuite se demander si cette différence de traitement affecte un nombre plus élevé de femmes que d'hommes. En l'espèce, la juridiction de renvoi constate qu'« environ 88 % des enseignants employés à temps partiel par le land Berlin au printemps de l'année 2000 étaient des femmes » (§ 39). Toutefois, « il incombe à la juridiction de renvoi de prendre en considération l'ensemble des travailleurs soumis à la réglementation nationale dans laquelle la différence de traitement constatée [...] trouve sa source » (§ 40). À ce titre, la Cour rappelle « que la meilleure méthode de comparaison des statistiques consiste à comparer la proportion de travailleurs affectés par ladite différence de traitement, d'une part, au sein de la main-d'œuvre masculine et, d'autre part, au sein de la main-d'œuvre féminine » (§ 41) (3).

Enfin, la différence de traitement, effective en l'espèce, ne semble pas reposer sur des facteurs objectivement justifiés par des raisons étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe. La juridiction de renvoi devra cependant vérifier ce point.

La Cour en conclut que « L'article 141 du Traité CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en matière de rémunération des fonctionnaires, telle que celle en cause au principal, qui, d'une part, définit les heures supplémentaires effectuées tant par les fonctionnaires employés à temps plein que par ceux employés à temps partiel comme les heures qu'ils accomplissent au-delà de leur horaire individuel de travail et, d'autre part, rémunère ces heures à un taux inférieur au taux horaire appliqué aux heures effectuées

dans la limite de l'horaire individuel de travail, de sorte que les fonctionnaires à temps partiel sont moins bien rémunérés que les fonctionnaires à temps plein, en ce qui concerne les heures qu'ils effectuent au-delà de leur horaire individuel et jusqu'à concurrence du nombre d'heures dues par un fonctionnaire à temps plein dans le cadre de son horaire, dans le cas où :

– parmi l'ensemble de travailleurs soumis à ladite réglementation, un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins que masculins est affecté ;

et

– la différence de traitement n'est pas justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. »

Ursula X... c/ land Berlin.

Arrêt de la Cour du 6 décembre 2007. – Affaire C-300/06

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

N° 182

Faits :

La société Laval est une société lettone ayant détaché en Suède environ trente-cinq travailleurs, entre les mois de mai et décembre 2004, pour l'exécution de chantiers entrepris par L&P Baltic Bygg AB (ci-après « Baltic »), société de droit suédois, filiale de la société Laval.

En juin 2004, les sociétés Laval et Baltic, d'une part, et le syndicat suédois des travailleurs du secteur du bâtiment, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, d'autre part, ont entamé des négociations concernant la détermination des salaires des travailleurs détachés et l'adhésion de Laval à la convention collective suédoise du bâtiment. Cependant, aucun accord n'a pu être conclu. Laval a signé des conventions collectives avec le syndicat letton du bâtiment.

En novembre 2004, le syndicat suédois a entamé une action collective prenant la forme d'un blocus sur l'ensemble des chantiers de Laval en Suède. La société Laval a saisi l'Arbetsdomstolen d'un recours dirigé contre les organisations syndicales, tendant à ce que tant le blocus que l'action de solidarité frappant l'ensemble de ses chantiers soient déclarés illégaux et qu'il soit ordonné d'y mettre fin.

Droit communautaire en cause et questions préjudicielles :

La Directive n° 96/71/CE, relative au détachement des travailleurs, prévoit que les conditions d'emploi garanties aux travailleurs détachés peuvent être mises en place par des dispositions législatives, réglementaires, administratives et/ou dans le secteur du bâtiment par des conventions collectives.

La loi suédoise, transposant la Directive n° 96/71/CE, précise les conditions de travail et

(2) Voir arrêt de la Cour du 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus, affaire 170/84, §§ 29 et 30.

(3) Voir arrêt de la Cour du 9 février 1999, X... et Y..., affaire C-167/97, § 59.

d'emploi des travailleurs (4) détachés, à l'exception des taux de salaire minimal. Les rémunérations sont traditionnellement confiées, en Suède, aux partenaires sociaux, via la négociation collective. Le dispositif suédois permet aux organisations syndicales de recourir à l'action collective, sous certaines conditions, afin de contraindre tout employeur tant à entamer des négociations salariales qu'à adhérer à une convention collective.

Le droit de mener des actions collectives en Suède est régi par la loi (1976.580) sur la participation des salariés aux décisions négociées (ci-après « MBL »), modifiée par la loi dite *Lex Britannia*.

L'*Arbetsdomstolen*, saisi par la société Laval, a décidé de surseoir à statuer pour poser à la Cour les questions suivantes :

« 1) *Le fait, pour des organisations syndicales, de tenter, par une action collective prenant la forme d'un blocus, de contraindre un prestataire de services étranger à adhérer à une convention collective dans l'État d'accueil relative aux conditions de travail et d'emploi, telle que [la convention collective du bâtiment], est-il compatible avec les règles du Traité CE sur la libre prestation des services et sur l'interdiction de toute discrimination à raison de la nationalité, ainsi qu'avec la Directive n° 96/71 [...], si la situation dans l'État d'accueil est telle que la législation transposant ladite Directive ne renferme aucune disposition expresse sur l'application de conditions de travail et d'emploi dans les conventions collectives ?*

2) *La [MBL] interdit à une organisation syndicale d'entreprendre une action collective visant à écarter une convention collective conclue entre d'autres partenaires sociaux. Les actions collectives menées à l'encontre d'un employeur étranger qui exerce temporairement une activité en Suède ne sont plus interdites lorsqu'une appréciation d'ensemble de la situation permet de conclure que le lien avec cet État membre est trop ténu pour que la MBL puisse être jugée directement applicable aux conditions de travail en cause. Les règles du Traité relatives à la libre prestation des services et à l'interdiction de discriminations à raison de la nationalité ainsi que la Directive n° 96/71 s'opposent-elles à l'application de cette dernière règle, laquelle, ensemble avec les autres dispositions de la *lex Britannia*, a pour effet que, en pratique, les conventions collectives suédoises deviennent applicables et priment sur les conventions collectives étrangères déjà conclues ? »*

Décision :

Sur la première question :

Sur les dispositions communautaires applicables :

La Cour rappelle que les articles 49 et 50 du Traité CE s'opposent à ce qu'un État membre empêche un prestataire de services d'un autre État membre de se déplacer sur son territoire avec l'ensemble de son personnel. De la même manière, l'État membre ne peut soumettre le déplacement du personnel à des conditions plus restrictives. En revanche,

« le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent leur législation ou les conventions collectives du travail relatives aux salaires minimaux à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur les territoires » (§ 57), si et seulement si l'application de ces règles vise à garantir la protection des travailleurs détachés.

Sur les possibilités dont disposent les États membres afin de déterminer les conditions de travail et d'emploi applicables aux travailleurs, y compris les taux de salaire minimal :

La Directive n° 96/71 ne vise pas l'harmonisation des systèmes de fixation des conditions de travail et d'emploi dans les États membres. Ces derniers restent donc libres de choisir un système qui ne figure pas dans la Directive. De même, la Directive ne traite que des taux de salaire minimal. Or la loi suédoise est muette à ce sujet.

Un État membre dans lequel les taux de salaire minimal ne sont pas déterminés par l'une des voies prévues à l'article 3, paragraphes 1 et 8, de la Directive n° 96/71 n'est pas en droit d'imposer, en vertu de cette Directive, aux entreprises établies dans d'autres États membres, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, une négociation au cas par cas, sur le lieu de travail, tenant compte de la qualification et des fonctions dessalariés, afin qu'elles aient connaissance du salaire qu'elles devront verser à leurs travailleurs détachés.

Sur les matières sur lesquelles peuvent porter les conditions de travail et d'emploi applicables aux travailleurs détachés :

La Directive n° 96/71 prévoit un noyau de règles impératives de protection minimale, telles que les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ou les taux de salaire minimal. Cette Directive vise à assurer une concurrence loyale entre entreprises, mais également une protection du travailleur détaché.

Or, en Suède, les dispositions législatives établissent des conditions plus favorables que la Directive en matière d'emploi et de travail. La Cour précise à ce sujet que « la Directive n° 96/71 ne saurait être interprétée en ce sens qu'il permet à l'État membre d'accueil de subordonner la réalisation d'une prestation de services sur son territoire à l'observation de conditions de travail et d'emploi allant au-delà des règles impératives de protection minimale » (§ 80).

Sur l'appréciation de l'action collective en cause au principal au regard de l'article 49 du Traité CE :

Les gouvernements suédois et danois arguaient du fait que le droit de déclencher une action collective ne faisait pas partie des compétences communautaires. La Cour admet que ce domaine ne relève pas de la compétence de la Communauté, mais rappelle que les États membres sont néanmoins tenus, dans l'exercice de ces compétences, de respecter le droit communautaire.

Ces mêmes gouvernements invoquaient également le fait que le droit de mener une action collective constitue un droit fondamental qui est, en tant

(4) Directive n° 96/71/CE du Parlement et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

que tel, soustrait au champ d'application de l'article 49 et de la Directive n° 96/71. Là encore, la Cour relève que « *si le droit de mener une action collective doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect, il n'en demeure pas moins que son exercice peut être soumis à certaines restrictions* » (§ 91).

La Cour rappelle également que si la protection d'un droit fondamental peut justifier une restriction à la libre prestation de services, il n'en demeure pas moins que cette restriction doit être justifiée.

En l'espèce, « *force est de constater que le droit des organisations syndicales d'un État membre de mener des actions collectives, par lesquelles les entreprises établies dans d'autres États membres peuvent se voir contraintes d'adhérer à la convention collective du bâtiment, dont certaines clauses s'écartent des dispositions législatives en établissant des conditions de travail et d'emploi plus favorables, est susceptible de rendre moins attrayant, voire plus difficile, pour ces entreprises, l'exécution de travaux de construction sur le territoire suédois et constituée, de ce fait, une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 49 du Traité CE* » (§ 99). Il faut donc s'attacher à vérifier que cette restriction poursuit un objectif légitime, compatible avec le Traité et qu'elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour poursuit en admettant que « *le droit de mener une action collective ayant pour but la protection des travailleurs de l'État d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général, au sens de la jurisprudence de la Cour, de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le Traité* » (§ 103). Néanmoins, « *il y a lieu de considérer que, en ce qui concerne les obligations spécifiques liées à l'adhésion à la convention collective du bâtiment que les organisations syndicales cherchent à imposer aux entreprises établies dans d'autres États membres par une action collective telle que celle en cause au principal, l'entrave que cette dernière comporte ne saurait être justifiée au regard d'un tel objectif. En effet, l'employeur des travailleurs détachés est, par l'effet de la coordination réalisée par la Directive n° 96/71, tenu d'observer un noyau de règles impératives de protection minimale dans l'État membre d'accueil* » (§ 110).

Par conséquent, les articles 49 du Traité CE et 3 de ladite Directive s'opposent à ce que, dans un État membre dans lequel les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées à l'article 3,

paragraphe premier, premier alinéa, sous *a* à *g*, de cette Directive (durée minimum de congés annuels payés, sécurité, hygiène, santé notamment), figurent dans des dispositions législatives, à l'exception des taux de salaire minimal, une organisation syndicale puisse tenter de contraindre, par une action collective prenant la forme d'un blocus de chantiers telle que celle en cause au principal, un prestataire de services établi dans un autre État membre à entamer avec elle une négociation sur les taux de salaire devant être versés aux travailleurs détachés ainsi qu'à adhérer à une convention collective dont des clauses établissent, pour certaines desdites matières, des conditions plus favorables que celles découlant des dispositions législatives pertinentes, tandis que d'autres clauses portent sur des matières non visées à l'article 3 de ladite Directive.

Sur la seconde question :

La Cour considère qu'une réglementation nationale qui ne tient pas compte des conventions collectives auxquelles les entreprises qui détachent des travailleurs en Suède sont déjà liées dans l'État membre où elles sont établies crée une discrimination à l'encontre de ces entreprises, par rapport aux entreprises nationales qui n'ont pas conclu de convention.

Or, de telles règles discriminatoires ne peuvent être justifiées que par les motifs de protection de l'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. En l'occurrence, la loi suédoise vise les objectifs de concurrence loyale et d'application uniforme de la législation suédoise. « *Aucune des considérations mentionnées au point précédent ne relevant de raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, au sens de l'article 46 du Traité CE appliqué en combinaison avec l'article 55 du Traité CE, il convient de constater qu'une discrimination telle que celle en cause au principal ne peut être justifiée* » (§ 119).

Arrêt de la Cour (Grande chambre), 18 décembre 2007, Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e.a. – Affaire C-341/05

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

Vous pouvez contacter cet observatoire pour obtenir l'intégralité de l'arrêt cité, sur simple demande par mail à l'adresse suivante : obs.europe.sde.cour-decassation@justice.fr.

TRIBUNAL DES CONFLITS

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

4. Contrats particuliers

* Contrats emploi-solidarité

N° 183

En vertu de l'article L. 322-4-8 du code du travail, dans sa version alors applicable, les contrats emploi-solidarité sont des contrats de droit privé à durée déterminée et à temps partiel, et il appartient en principe à l'autorité judiciaire de se prononcer sur les litiges nés de la conclusion, de l'exécution et de la rupture d'un tel contrat, même si l'employeur est une personne publique gérant un service public à caractère administratif.

Il lui incombe, à ce titre, de se prononcer sur une demande de requalification d'un contrat emploi-solidarité, sous réserve de ce que la légalité de la convention conclue entre l'État et l'employeur ne soit pas contestée.

24 septembre 2007.

T.A. Montpellier, 14 juin 2006.

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

N° 184

En vertu de l'article L. 322-4-8 du code du travail, dans sa version alors applicable, les contrats emploi-solidarité sont des contrats de droit privé à durée déterminée et à temps partiel, et il appartient en principe à l'autorité judiciaire de se prononcer sur les litiges nés de la conclusion, de l'exécution et de la rupture d'un tel contrat, même si l'employeur est une personne publique gérant un service public à caractère administratif.

Il lui incombe, à ce titre, sous réserve de ce que la légalité de la convention conclue entre l'État et l'employeur ne soit pas contestée, de se prononcer sur une demande de requalification d'un contrat emploi-solidarité et de tirer les conséquences de la requalification du contrat qu'il a prononcée.

24 septembre 2007.

C.A. Toulouse, 3 juin 2005.

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

COUR DE CASSATION

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

Arrêt du 30 novembre 2007 rendu par l'assemblée plénière

	Pages
– Titre et sommaire	11
– Arrêt	11
– Rapport	12
– Avis	18

STATUT COLLECTIF DU TRAVAIL

Conventions collectives – Conventions diverses – Banque – Convention collective nationale de la banque – Rupture du contrat de travail – Indemnisation – Indemnité conventionnelle de licenciement – Bénéfice – Exclusion – Cas – Portée.

Selon les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, une indemnité de licenciement est versée au salarié en cas de licenciement pour motif non disciplinaire.

Il en résulte qu'un salarié dont le licenciement a été jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse a droit au paiement de cette indemnité conventionnelle, laquelle n'est exclue par la convention collective qu'en cas de licenciement pour motif disciplinaire ou en raison d'une condamnation pour crime ou délit touchant à l'honneur ou à la probité.

ARRÊT

M. X... s'est pourvu en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Paris (18^e chambre, section D) en date du 17 septembre 2002 ;

Cet arrêt a été cassé partiellement le 8 mars 2005 par la chambre sociale de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Versailles qui, saisie de la même affaire, a statué, par arrêt du 11 octobre 2006, dans le même sens que la cour d'appel de Paris, par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, M. le premier président a, par ordonnance du 30 mai 2007, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

Le demandeur invoque, devant l'assemblée plénière, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Laugier et Caston, avocat de M. X... ;

Un mémoire en défense et des observations complémentaires ont été déposés au greffe de la Cour de cassation par la SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, avocat du Crédit lyonnais ;

Un mémoire en réplique a été déposé par la SCP Laugier et Caston ;

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

(...)

Sur le moyen unique :

Vu les articles 26, 26-2, 27-2 et 28 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 ;

Attendu qu'une indemnité conventionnelle de licenciement est versée au salarié en cas de licenciement pour motif non disciplinaire ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Soc., 8 mars 2005, pourvois n° 02-46.618 et 01-44.752), qu'employé par la société Crédit lyonnais, M. X... a fait l'objet d'une mise à la retraite, qualifiée, par arrêt du 17 septembre 2002, de licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'il a demandé à bénéficier de cette indemnité conventionnelle ;

Attendu que pour débouter M. X... de sa demande, l'arrêt retient qu'il résulte de la combinaison des articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 que les rédacteurs et signataires de cette convention n'ont entendu, en cas de licenciement pour motif non disciplinaire, accorder le bénéfice de l'indemnité de licenciement prévue à l'article 26-2 qu'aux salariés licenciés pour insuffisance professionnelle ou incapacité physique et relève qu'il n'est ni allégué ni établi que la véritable cause de la rupture est une insuffisance professionnelle de M. X... ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il était irrévocablement jugé que le licenciement de M. X... était dépourvu de cause réelle et sérieuse, ce qui lui ouvrirait droit au paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, laquelle n'est exclue qu'en cas de licenciement pour motif disciplinaire ou en raison d'une condamnation pour crime ou délit touchant à l'honneur ou à la probité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 11 octobre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée.

Ass. plén., 30 novembre 2007.

Cassation

N° 06-45.365. – C.A. Versailles, 11 octobre 2006.

M. Lamanda, P. Pt. – Mme Bellamy, Rap., assistée de Mme Zylberberg, auditeur – M. Allix, Av. Gén. – SCP Laugier et Caston, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Rapport de Mme Bellamy

Conseiller rapporteur

1. Rappel des faits et de la procédure

M. X... a été engagé le 10 janvier 1966 par la société Crédit lyonnais. Le 3 octobre 2000, il a été remplacé à son poste sans que de nouvelles tâches lui aient été confiées et, le 15 janvier 2001, il a refusé le poste qui lui avait été proposé.

Par jugement du 10 mai 2001, le conseil de prud'hommes de Paris a condamné la société Crédit lyonnais à lui payer un franc à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral.

Par lettre du 9 octobre 2001, M. X... a été mis à la retraite.

Par arrêt du 17 septembre 2002, la cour d'appel de Paris, réformant partiellement le jugement du 10 mai 2001, a condamné la société Crédit lyonnais à lui payer des dommages-intérêts pour préjudice moral résultant de la non-fourniture de travail, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et une somme au titre du bonus de l'exercice 2001.

Elle a débouté M. X... de sa demande de paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, prévue par les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, en retenant que, cette indemnité n'étant due qu'au salarié licencié pour motif non disciplinaire d'insuffisance professionnelle, M. X..., qui ne remplissait pas cette condition, ne pouvait prétendre qu'à l'indemnité légale de licenciement et qu'ayant perçu, au moment de son départ, une indemnité de mise à la retraite égale au montant de l'indemnité légale, il avait été rempli de ses droits.

Par arrêt du 8 mars 2005, la Cour de cassation a cassé et annulé cet arrêt, mais seulement en ce qu'il avait débouté M. X... de sa demande d'indemnité conventionnelle de licenciement.

Pour exercer sa censure, elle a retenu qu'en statuant comme elle l'avait fait, la cour d'appel avait violé les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, selon lesquels une indemnité conventionnelle de licenciement est versée en cas de licenciement pour motif non disciplinaire résultant d'une insuffisance professionnelle ou d'une inaptitude physique constatée par le médecin du travail, textes dont il résultait nécessairement que ces dispositions étaient applicables lorsque le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Par arrêt du 11 octobre 2006, la cour d'appel de Versailles, désignée comme cour de renvoi, a débouté M. X... de sa demande d'indemnité

conventionnelle de licenciement, en retenant essentiellement qu'il résultait de la combinaison des articles 26 et 26-2 de la convention collective que ses rédacteurs et signataires n'avaient entendu, en cas de licenciement pour motif non disciplinaire, accorder le bénéfice de l'indemnité prévue par l'article 26-2 qu'aux salariés licenciés pour insuffisance professionnelle ou incapacité physique, que le juge ne pouvait étendre l'application de ces dispositions au-delà des prévisions de la convention collective et qu'il n'était ni allégué, ni établi, que la véritable cause de la rupture était une insuffisance professionnelle de M. X...

Le 9 novembre 2006, M. X... a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Le 20 février 2007, il a déposé un mémoire ampliatif comportant un moyen en trois branches, qui a été signifié le même jour.

Le 20 avril 2007, le Crédit lyonnais a déposé un mémoire en défense.

Le 11 mai 2007, M. X... a déposé un mémoire en réplique.

Par ordonnance du 30 mai 2007, l'examen de l'affaire a été renvoyé devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le 8 juin 2007, le Crédit lyonnais a déposé des observations complémentaires.

La procédure paraît en état.

Chaque partie sollicite une indemnité sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

2. Analyse succincte du moyen

M. X... fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement d'une indemnité conventionnelle de licenciement.

Dans la première branche, il reproche à la cour d'appel d'avoir violé les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, en décidant qu'il ne pouvait prétendre à l'indemnité prévue à l'article 26 au motif que les rédacteurs et signataires de la convention collective n'avaient entendu, en cas de licenciement pour motif non disciplinaire, accorder le bénéfice de l'indemnité de licenciement prévue par l'article 26-2 qu'aux salariés licenciés pour insuffisance professionnelle ou incapacité physique, que le juge ne saurait étendre l'application de ces dispositions au-delà des prévisions de la convention collective et qu'il n'était ni allégué, ni établi, que la véritable cause de la rupture était une insuffisance profes-

sionnelle, alors que le salarié d'un établissement bancaire ayant fait l'objet d'un licenciement réputé dépourvu de cause réelle et sérieuse a droit au bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement devant être servie en cas de rupture pour motif non disciplinaire. Il soutient que le raisonnement consistant à interpréter la volonté des auteurs de la convention collective est dépourvu de sens, ces auteurs ne pouvant envisager que le licenciement des salariés de la banque puisse intervenir sur un fondement juridique dépourvu de toute cause, et que son licenciement ayant été reconnu dépourvu de cause réelle et sérieuse, il est incohérent d'essayer de refaire un licenciement sur d'autres bases.

Dans la deuxième branche du moyen, M. X... reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu la chose jugée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 septembre 2002, qui avait jugé que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse, et violé l'article 1351 du code civil en le déboutant de sa demande d'indemnité conventionnelle de licenciement, en retenant qu'il n'alléguait, ni ne prouvait, que la cause de la rupture était liée à une insuffisance professionnelle, alors que le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et définitivement jugé comme tel ne peut faire l'objet d'une quelconque restitution en vue d'une recherche du véritable motif de licenciement.

Dans la troisième branche, il reproche à la cour d'appel d'avoir violé, par fausse application, les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque, en limitant le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement au seul cas où le licenciement serait prononcé pour un motif non disciplinaire d'insuffisance professionnelle et en retenant que tel n'était pas le cas de son licenciement, alors que tout salarié d'un établissement bancaire relevant de la convention collective des banques a droit, en cas de licenciement non disciplinaire, au versement d'une indemnité conventionnelle de licenciement telle que prévue par l'article 26-2 de ladite convention. Il soutient que les dispositions de la convention collective postulent que ce minimum conventionnel garanti est de droit dans tous les cas où le licenciement n'intervient pas pour une cause disciplinaire.

Le Crédit lyonnais réplique que la convention collective est claire et précise et ne prévoit pas d'engagement des partenaires sociaux d'étendre l'indemnité conventionnelle des articles 26 et 26-2 à tous les cas où le licenciement du salarié serait reconnu dépourvu de cause réelle et sérieuse et que, sauf à encourir le grief de dénaturation ou de méconnaissance de l'accord des auteurs de la convention collective, cette indemnité ne peut être étendue au-delà de leurs prévisions.

Il soutient que, pour que le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse puisse bénéficier de l'indemnité conventionnelle de licenciement de l'article 26-2, il ne suffit pas que le licenciement soit jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse ni que la cause du licenciement ne soit pas disciplinaire, mais

qu'il faut que le licenciement ait été prononcé pour insuffisance professionnelle ou incapacité physique, ou que le juge ait considéré que la véritable cause du congédiement était l'un de ces deux motifs.

Il soutient par ailleurs que la cour d'appel n'a pas remis en cause l'autorité de la chose jugée ni entendu statuer sur la légitimité du licenciement, se bornant à vérifier si les conditions d'octroi de l'indemnité conventionnelle étaient réunies.

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

L'article 26 de la convention collective de la banque du 10 janvier 2000 dispose que le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle et que, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, l'état de santé d'un salarié ou son handicap ne peut, en tant que tel, constituer la cause justifiant le licenciement, l'article 26-2, que tout salarié licencié en application de l'article 26, comptant au moins un an d'ancienneté, bénéficie d'une indemnité de licenciement dont il indique le mode de calcul.

La convention collective ne précisant pas la situation des salariés dont le licenciement est déclaré dépourvu de cause réelle et sérieuse, se pose la question de savoir si tous ces salariés peuvent prétendre au bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement devant être servie à ceux licenciés pour un motif non disciplinaire d'insuffisance professionnelle ou une inaptitude physique, et ce, quel que soit le motif, allégué ou réel, de leur licenciement.

Si tel n'est pas le cas, se posera la question de savoir si, parmi les salariés dont le licenciement a été déclaré dépourvu de cause réelle et sérieuse, seuls ceux licenciés pour un motif d'insuffisance professionnelle ou une inaptitude physique peuvent bénéficier de cette indemnité ou si peuvent en bénéficier tous ceux licenciés pour un motif non disciplinaire, cas dans lesquels se posera la question de savoir si les juges du fond peuvent, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée par un arrêt définitif ayant déclaré le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, rechercher le motif réel du licenciement.

4. Discussion

Les conventions collectives sont des accords par lesquels une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives et une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou des employeurs isolés fixent les conditions d'emploi et de travail des salariés, et leurs garanties sociales ainsi que les obligations des signataires de l'accord.

Ayant vocation à régir l'ensemble des conditions de travail et d'emploi ainsi que l'ensemble des garanties sociales des salariés dans un secteur déterminé, elles sont, comme la loi, sources de droit et doivent donc, lorsqu'elles sont obscures, ambiguës ou comportent des incohérences ou d'évidentes lacunes, être interprétées en tenant compte de l'ensemble des règles régissant le droit du travail.

Après avoir rappelé les règles communément reçues en droit du travail en matière de licenciement et les dispositions de la convention collective de la banque du 10 janvier 2000 relatives à l'indemnité de licenciement, seront apportés quelques éléments sur les méthodes d'interprétation des conventions collectives et examinées les réponses données par la jurisprudence à des questions proches de celles qui nous sont soumises.

1. Rappel des règles communément admises en matière de licenciement et des dispositions de la convention collective

Le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail, appelé licenciement lorsqu'il est exercé par l'employeur, est prévu à l'article L. 122-4 du code du travail. Pendant de nombreuses années, il n'était soumis à aucun formalisme et ne nécessitait aucune justification. Seul l'abus de droit, que le salarié devait établir, était sanctionné.

Mais ce droit, qui était basé sur un principe d'égalité, étant apparu comme jouant au détriment du salarié, de nombreuses dispositions ont été adoptées pour tenter d'établir un équilibre, inexistant entre les parties.

Parmi celles-ci, se trouvent la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, faisant de la rupture un acte qui devait avoir une cause réelle et sérieuse, celle n° 82-689 du 4 août 1982, portant obligation pour l'employeur de mentionner, dans la lettre de licenciement, les motifs du licenciement, et la loi n° 89-549 du 2 août 1989, posant le principe selon lequel si un doute subsiste sur le caractère réel et sérieux de ces motifs, caractère que le juge doit vérifier, il doit profiter au salarié.

Les dispositions de ces lois ont été reprises dans les articles L. 122-14-2 et L. 122-14-3 du code du travail.

En application de ces articles, la jurisprudence exige que l'employeur énonce un motif précis dans la lettre de licenciement. Elle juge ainsi qu'à défaut de lettre de licenciement ou si l'employeur n'a pas énoncé de motifs dans la lettre de rupture, le licenciement est réputé, de manière irréfragable, être dépourvu de motifs (1), les juges ne pouvant apprécier le caractère réel et sérieux que des causes invoquées dans les conditions légales, et que l'absence d'énonciation d'un motif précis équivaut à une absence de motifs (2).

Les motifs de licenciement sont personnels lorsqu'ils sont inhérents à la personne du salarié, et économiques lorsqu'ils ne le sont pas. Lorsqu'ils sont personnels, ils peuvent être disciplinaires ou non disciplinaires.

Une ordonnance du 13 juillet 1967 a prévu, pour les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée et licenciés après deux années d'ancienneté ininterrompue au service du même

employeur, le paiement, sauf en cas de licenciement pour faute grave, d'une indemnité minimum de licenciement.

Les conventions collectives ayant, à l'origine, pour finalité première d'améliorer la situation des salariés, quelques-unes avaient déjà prévu, pour les salariés remplissant certaines conditions qu'elles définissaient, le versement d'indemnités, dites indemnités conventionnelles de licenciement.

C'est ainsi que celle de la banque du 28 août 1952, adoptée alors que la notion de licenciement sans cause réelle et sérieuse était inconnue, et restée applicable jusqu'au 31 décembre 1999, prévoyait, en ses articles 58 et 48, que l'indemnité conventionnelle de licenciement était due en cas de licenciement pour insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle, ou pour suppression d'emploi.

Cette convention a été remplacée par celle du 10 janvier 2000, étendue par arrêté du 17 novembre 2004, qui prévoit, au chapitre V du titre III intitulé « rupture du contrat de travail », que la résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur doit être fondée sur un motif réel et sérieux, reprenant ainsi la formule employée par l'article L. 122-14-3 du code du travail.

Toutefois, alors que les articles 26, 27, 28 et 29 de ce chapitre visent successivement le cas des salariés licenciés pour motif non disciplinaire, pour motif disciplinaire, en raison d'une condamnation et pour motif économique, et précisent, pour chaque cause de licenciement, si le salarié a ou non droit au versement d'une indemnité de licenciement et, lorsqu'il a droit au versement d'une telle indemnité, s'il a droit au paiement de l'indemnité conventionnelle ou au paiement de l'indemnité légale, aucune disposition de la convention collective ne précise les droits du salarié dont le licenciement est déclaré dépourvu de cause réelle et sérieuse, ce qui est le cas du licenciement de M. X...

Pour déterminer si celui-ci, comme il le soutient, a les mêmes droits que les salariés licenciés pour des causes expressément visées par l'article 26, la convention collective doit donc être interprétée.

Mais les conventions collectives sont difficiles à interpréter, dans la mesure où, si elles sont de nature contractuelle au moment de leur élaboration, caractère qu'elles conservent dans leur application pour ce qui concerne les rapports entre les groupements signataires, elles ont, dans les relations entre les employeurs qui y sont assujettis et leurs salariés, un caractère réglementaire au moment de leur exécution, leurs règles s'imposant automatiquement aux parties aux contrats individuels de travail qu'elles régissent, alors même que ces parties sont des tiers par rapport à l'acte. Elles ont, comme l'écrivait M. Carnelutti en 1936, « une âme réglementaire dans un corps contractuel » (3).

(1) Soc., 26 octobre 1976, *Bull.* 1976, V, n° 521.

(2) Soc., 29 novembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 598.

(3) *In Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, cité par Marc Moreau in « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Droit social*, 1995, n° 2, p. 171.

Or, si l'interprétation de la loi présente certaines analogies avec l'interprétation du contrat, s'agissant dans les deux cas de déterminer le sens d'une norme, générale dans le cas de la loi, spéciale dans le cas d'un contrat, les règles d'interprétation sont différentes selon qu'il s'agit d'un contrat, où l'intention des parties l'emporte sur la formule, ou d'une loi, au sens matériel, où, selon M. Jean Carbonnier (4), le texte est ce qu'il faut considérer d'abord.

Dès lors, comme le souligne M. Frouin (5), confronté à une difficulté d'application, l'interprète devra d'abord déterminer s'il privilégie la nature contractuelle ou la nature réglementaire de l'accord collectif.

2. Méthodes d'interprétation des conventions collectives

Si on interprétait les conventions collectives comme des contrats, il faudrait, comme le préconise l'article 1156 du code civil, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Le juge devrait rechercher par tous les moyens, même extrinsèques à l'acte, quelle a été la pensée véritable des contractants.

Mais il est difficile de déterminer quelle était l'intention des signataires au moment où ils ont signé la convention, car l'accord collectif est le résultat d'un compromis où, selon M. Vachet (6), le non-dit est aussi important que le dit, de sorte que là où il y a difficulté d'interprétation, c'est le plus souvent qu'il n'y avait précisément aucune intention commune.

Par ailleurs, si cette intention commune avait existé, elle serait difficilement identifiable car certaines dispositions, défavorables au salarié, ont pu être adoptées pour que d'autres, plus favorables, le soient, et il n'existe pas de travaux préparatoires permettant de la déterminer. Quant au raisonnement par comparaison avec d'autres conventions, il n'est pas pertinent, car il n'est pas certain que des partenaires sociaux distincts aient voulu donner les mêmes solutions aux mêmes problèmes.

Enfin, nombre de dispositions figurant au code civil sont inadaptées à l'interprétation des conventions collectives. Ainsi, la règle posée par l'article 1160 du code civil, « *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* », risque d'anéantir l'équilibre voulu par les parties et de freiner la conclusion d'accords, et appliquer celle posée par l'article 1162 du code civil, « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté* », reviendrait souvent à interpréter la convention en faveur de l'employeur,

ce dernier étant le plus souvent celui qui a contracté l'obligation, solution qui heurte la philosophie du droit du travail, protecteur du salarié.

Compte tenu de ces difficultés, certains auteurs ont préconisé de transposer, pour l'interprétation des conventions collectives, le principe de faveur énoncé par l'article L. 122-14-3 du code du travail, qui prévoit qu'en matière de licenciement, « *si un doute subsiste, il profite au salarié* ».

Cette position, défendue, selon M. Le Goff (7), par MM. Lyon-Caen, Despax et Chalaron, qui consiste à faire profiter systématiquement le salarié du doute en retenant la solution la plus favorable pour lui chaque fois que se présente une difficulté d'interprétation, aurait l'inconvénient, comme le fait observer M. Vachet (8), de nier le fait que la convention collective est un compromis entre employeur et salarié. Or ces derniers ont recherché un équilibre que l'on ne peut briser sans méconnaître l'économie du contrat et, comme le souligne M. Moreau (9), de « *prôner que le droit du travail reste avant tout – exclusivement ? – un droit protecteur* » du salarié, incitant ainsi les employeurs, dans un réflexe de prudence inhibitrice, à ne pas conclure d'accord collectif sur les conditions de travail.

Doit-on alors adopter, pour l'interprétation des conventions collectives, les mêmes méthodes que celles adoptées pour les lois ?

M. Carbonnier (10) donne plusieurs méthodes d'interprétation des lois : la méthode exégétique où, allant au-delà d'une interprétation littérale et grammaticale du texte, l'interprète doit en trouver le sens en recherchant, notamment dans les travaux préparatoires, quelle était l'intention de son auteur et, à défaut de pouvoir en dégager cette intention, doit opérer par « *conjoncture* » en recherchant l'esprit de la loi, notion plus vague que l'intention du législateur, en appréciant les conséquences auxquelles conduirait chacune des interprétations en conflit et en tenant compte du fait que les rédacteurs du texte n'ignoraient pas les solutions antérieures ; la méthode téléologique, où l'interprète doit, à l'aide de la formule littérale du texte et du but social poursuivi lors de son élaboration, en rechercher la finalité, notion moins subjective que l'intention ; la méthode historique, ou évolutive, où l'interprète a le droit d'adapter librement le texte aux nécessités sociales de son époque, en recherchant ce que serait la pensée de ses auteurs s'ils avaient à légiférer aujourd'hui ; la méthode structuraliste, où l'interprète doit interpréter le texte dans son ensemble en se référant à sa structure, laquelle recèle et révèle l'intention du système ; et la méthode de la libre recherche scientifique, où l'interprète doit reconnaî-

(4) Carbonnier Jean, *Théorie générale du droit civil*, vol. I, PUF, 2004, n° 154.

(5) Frouin Jean-Yves, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *Chronique, RJS* 1996, p.137.

(6) Vachet Gérard, « L'interprétation des conventions collectives » in *La semaine juridique* 1992, éd. E., n° 45, p. 491.

(7) Le Goff Jacques, « L'interprétation des conventions collectives » in *Droit du travail et société. 2 - Les relations collectives du travail. Petit traité de droit du travail*, Presse universitaire de Rennes, éd. 2002.

(8) Vachet Gérard, « L'interprétation des conventions collectives » in *La semaine juridique* 1992, éd. E., n° 45, p. 491.

(9) Moreau Marc, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Droit social* 1995, n° 2, p. 171.

(10) Carbonnier Jean, « La méthode de la jurisprudence et de la doctrine », in *Théorie générale du droit civil*, vol. I, PUF, 2004.

tre l'existence d'un vide juridique et élaborer une solution, comme le fait le législateur, en s'inspirant de toutes les données historiques, utilitaires, rationnelles, sentimentales, d'où peut naître une règle de droit.

M. Frouin (11), qui considère que l'intention des partenaires sociaux n'est qu'un élément subsidiaire dans la démarche du juge, élément qui intervient seulement pour s'ajouter à d'autres, indique que les règles communément admises par les juges seraient de « *s'en tenir au texte, à sa lettre, et d'en rester là dès l'instant que le texte exprime quelque chose (de déchiffrable) ; d'écarter, par conséquent, comme non conforme au texte, une intention autre que celle qui y est exprimée, même dotée d'une plus grande vraisemblance par rapport à ce qui a pu être voulu* », de donner à la convention collective la même interprétation que celle donnée à la loi en vigueur au moment de son application et ayant le même objet et, quand l'exégèse ne renseignerait pas sur le sens d'une disposition conventionnelle, quand la loi ou, plus largement, le dispositif légal ne serait d'aucun secours, de rechercher le but, l'objectif social que s'est donné le texte qu'il s'agit d'interpréter. C'est le cas, précise-t-il, notamment lorsque l'application d'une convention collective fait apparaître un problème qui n'a pas été envisagé par les partenaires sociaux, alors qu'il concerne une matière qu'ils ont réglementée. Il appartient au juge, sous couvert d'interprétation, de combler une lacune du texte.

Toutes ces méthodes, qui combinent plusieurs critères, peuvent servir de guide à l'interprète mais lui laissent une grande liberté, de sorte que l'interprétation d'une même clause peut varier selon l'interprète ou selon l'époque à laquelle elle est donnée.

La Cour de cassation laisse l'interprétation des contrats à l'appréciation souveraine des juges du fond, dont elle ne censure la décision au visa de l'article 1134 du code civil que si, sous couvert d'interprétation, ils en ont dénaturé les clauses claires et précises (12). Elle exerçait à l'origine, sur l'interprétation des conventions collectives, un contrôle identique à celui qu'elle exerce sur celui des contrats ordinaires (13), mais exerce actuellement un contrôle « *lourd* » sur cette interprétation et ne vise, pour exercer sa censure, que la disposition conventionnelle interprétée par le juge, traitant ainsi les conventions collectives comme des lois (14).

Cette position est approuvée par la plupart des auteurs, M. Vachet (15) soulignant que l'unité d'interprétation de la convention collective, loi de la profession, constitue une nécessité, dans la mesure

où cette convention a une fonction économique et sociale et où la fonction économique exige que les employeurs supportent les mêmes charges, alors que la fonction sociale exige que les salariés bénéficient des mêmes avantages.

Elaborant quelques lignes directrices pour cette interprétation, la Cour de cassation a notamment rappelé que les juges avaient l'obligation d'appliquer à la lettre les clauses claires et précises des conventions (16), qu'ils ne pouvaient étendre les avantages consentis à certains salariés par une convention collective à d'autres salariés relevant de la même catégorie que les premiers, mais ne relevant pas de la même convention collective (17), qu'ils ne pouvaient faire bénéficier une catégorie de salariés des avantages prévus pour une autre catégorie (18), qu'ils devaient écarter une interprétation qui aurait pour effet de déroger aux dispositions d'ordre public des lois ou règlements en vigueur ou de priver les salariés des droits reconnus par ces lois ou règlements (19), et qu'une convention collective devait être interprétée en fonction de la loi ayant le même objet, en vigueur au moment de sa conclusion (20).

Elle s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'interprétation des dispositions de la convention collective du 28 août 1952, dont les dispositions sont proches de celle du 10 janvier 2000, applicable en l'espèce.

3. Jurisprudence de la Cour de cassation et commentaires de la doctrine

Ainsi, alors qu'étaient applicables les articles 58 et 48 de la convention collective du travail du personnel des banques du 28 août 1952, elle a décidé, dans des cas où le licenciement était déclaré dépourvu de cause réelle et sérieuse, que l'indemnité n'était pas due lorsque le licenciement était intervenu pour une cause autre que celles énumérées à l'article 48 (21), mais qu'elle était due même si l'employeur, dans la lettre de rupture, n'avait pas visé l'insuffisance professionnelle comme cause de licenciement, dès lors que les juges faisaient ressortir, ou renaient, que le véritable motif était cette insuffisance (22).

Puis, à partir de 1999, elle a décidé que lorsque le licenciement était déclaré dépourvu de cause réelle

(16) Soc., 11 mai 1964, *Bull.* 1964, n° 397 ; Soc., 7 décembre 1994, *Bull.* 1994, V, n° 334 ; Soc., 4 janvier 1996 (*RJS* 2/96 n° 182) ; Soc., 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-44.795.

(17) Ch. réunies, 27 avril 1961, *Bull.* 1961, Ch. réunies, n° 8.

(18) Soc., 3 juillet 1986, *Bull.* 1986, V, n° 351, et Soc., 20 mai 1980, *Bull.* 1980, V, n° 441.

(19) Soc., 6 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 227.

(20) Soc., 7 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 301 ; Assemblée plénière, 12 mai 1989, *Bull.* 1989, Ass. plén., n° 1.

(21) Soc., 20 juin 1995, pourvoi n° 92-40.049 ; Soc., 28 octobre 1997, pourvoi n° 94-45.242 ; Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 97-41.096 ; Soc., 17 janvier 2001, pourvoi n° 97-45.011.

(22) Soc., 12 mars 1997, *Bull.* 1997, V, n° 104 ; Soc., 9 juillet 1997, *Bull.* 1997, V, n° 264 ; « *Le véritable motif du licenciement étant l'insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle et professionnelle, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a alloué au salarié l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective* », Soc., 5 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 218 ; Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 95-43.391 ; Soc., 28 juin 2001, pourvoi n° 99-41.094 ; Soc., 29 janvier 2002, pourvoi n° 99-45.206 ; 20 mars 2002, pourvoi n° 99-46.201.

(11) Frouin Jean-Yves, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *Chronique, RJS* 1996, p.137.

(12) Cass., sect. réun., 2 février 1808 et Civ., 15 avril 1872.

(13) Par exemple : Soc., 8 avril 1974, *Bull.* 1974, V, n° 223.

(14) Assemblée plénière, 6 février 1976, *Bull.* 1976, Ass. plén., n° 2, arrêt « Belle Jardinière » ; Soc., 6 mai 1985, *Bull.* 1985, V, n° 271, et assemblée plénière, 12 mai 1989, Ass. plén., n° 1 ; Soc., 9 mai 1990, *Bull.* 1990, V, n° 214.

(15) Vachet Gérard, « L'interprétation des conventions collectives » in *La semaine juridique* 1992, éd. E., n° 45, p. 491.

et sérieuse en raison d'une absence de motivation de la lettre de licenciement, l'indemnité conventionnelle de licenciement était due sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la véritable cause de licenciement était ou non une insuffisance professionnelle, l'employeur ne pouvant, par sa carence, priver le salarié des droits qu'il tenait de la convention collective (23).

Enfin, à partir du 15 mai 2002, dans plusieurs arrêts, interprétés par la doctrine comme opérant un revirement, elle a décidé que les dispositions des articles 48 et 58 étaient nécessairement applicables lorsque le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse (24).

L'arrêt de la chambre sociale du 8 mars 2005 (25), premier arrêt de la présente affaire et contre lequel la cour d'appel de Versailles s'est rebellée le 11 octobre 2006, est dans la droite ligne de celui du 15 mai 2002, lequel avait été suivi d'autres arrêts adoptant une solution similaire à celle adoptée le 15 mai (26).

Il a été rendu au visa des nouveaux articles 26 et 26-2 de la convention collective des personnels de banque, alors que ceux des 1^{er} et 30 avril 2003 l'avaient été au visa des articles 48 et 58 de la convention (anciens articles). Il a été suivi d'autres arrêts adoptant la même solution que celle adoptée le 15 mai 2002 (27), rendus soit au visa des articles 26 et 26-2, soit au visa des articles 48 et 58.

La doctrine (28) explique la position de la Cour de cassation, favorable au salarié, par sa volonté de faire échec à certaines pratiques des banques, qui se saisissaient de faux prétextes (motifs autres que l'insuffisance professionnelle) pour échapper au versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Un commentateur, Pierre-Yves Verkindt (29), qui écrit que cette solution « *ressemble à s'y méprendre à l'instauration d'une peine privée* », critique cette jurisprudence comme « *résultant d'une confusion entre la cause qualitative du licenciement et sa cause justificative* ». Il ajoute que l'emploi de l'adverbe « *nécessairement* » (dans la phrase « *il en résulte nécessairement que ces dispositions sont applicables lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse* ») est étrange au strict plan de la logique, car il paraît établir un lien de causalité inéluctable entre deux

propositions qui sont, pour lui, indépendantes : le licenciement, quelle que soit sa cause, n'est pas justifié, donc l'indemnité conventionnelle est due.

Il est à noter qu'un arrêt du 7 juillet 2004 de la chambre sociale a adopté la même solution que celle qu'elle avait adoptée avant son arrêt du 15 mai 2002 et les arrêts suivants, refusant d'accorder l'indemnité conventionnelle de licenciement au salarié dont le licenciement avait été déclaré dépourvu de cause réelle et sérieuse, au motif qu'il résultait de l'arrêt que la cause réelle du licenciement n'était ni l'insuffisance du salarié ni la suppression d'emploi (30).

Si nous interprétons la convention collective comme un contrat, les juges du fond étant souverains dans la recherche de la commune intention des parties, nous retiendrons l'interprétation de la cour d'appel de Versailles, mais il nous appartiendra de dire si la cause du licenciement pouvait être recherchée sans que l'autorité de la chose jugée de l'arrêt ayant déclaré le licenciement de M. X... dépourvu de cause réelle et sérieuse ne s'y oppose et, dans le cas où nous retiendrions que cette autorité ne s'y opposait pas, si cette cause devait être recherchée.

Si nous privilégions le caractère réglementaire de la convention collective et contrôlons son interprétation, ce qui aurait l'avantage d'assurer au texte une unité d'interprétation, il nous appartiendra de dire si la cour d'appel de Versailles, en interprétant la convention de la banque comme réservant le bénéfice de l'indemnité conventionnelle de l'article 26-2 aux seuls salariés licenciés pour insuffisance professionnelle ou inaptitude physique, a violé ses articles 26 et 26-2 et, si nous retenons son interprétation, de dire si l'autorité de la chose jugée, par une décision définitive ayant déclaré le licenciement de M. X... dépourvu de cause réelle et sérieuse, ne s'opposait pas à une recherche du motif réel du licenciement du salarié, et enfin, dans le cas où cette autorité ne s'y opposerait pas, si ce motif devait être recherché.

Privilégier le caractère contractuel de la convention collective aurait l'inconvénient de faire reposer l'interprétation de l'article 26 sur la commune intention des parties, qui est un élément incertain.

Privilégier le caractère réglementaire nous conduirait à choisir entre une interprétation littérale de l'article 26, choix qui aurait le mérite de la simplicité, et une interprétation qui, allant au-delà de la formule du texte, en rechercherait le sens au regard du droit positif, au risque, toutefois, de rompre l'équilibre d'un texte qui forme un tout et de substituer notre volonté à celle des partenaires sociaux, colorant, comme l'indiquait M. Mazeaud (31), de notre propre veine la source négociée.

(23) Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-41.566 ; Soc., 23 juin 1999, pourvoi n° 97-40.009 ; Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-44.309 ; Soc., 4 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.038.

(24) Soc., 15 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 159.

(25) Soc., 8 mars 2005, pourvois n° 02-46.618 et 01-44.752.

(26) Soc., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 01-40.590 ; 30 avril 2003, pourvoi n° 01-42.139.

(27) Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-40.648 ; 31 octobre 2006, pourvoi n° 04-45.342 ; Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-45.917 ; Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 06-44.348.

(28) Par exemple, observations sous Soc., 28 juin 2005, in *Revue de Jurisprudence sociale* 2005, n° 974.

(29) Verkindt Pierre-Yves, « Résiliation du contrat de travail et versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement », *La semaine juridique*, éd. social, n° 13, 20 septembre 2005, 1117.

(30) Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-42.821.

(31) Observations sous Soc., 9 mai 1990, *Répertoire Defrénois* 1991, p. 42.

Avis de M. Allix

Avocat général

Le présent pourvoi a été formé par M. Michel X... contre un arrêt rendu, sur renvoi après cassation, le 11 octobre 2006 par la cour d'appel de Versailles, au profit de la société Crédit Lyonnais.

Par ordonnance du 30 mai 2007, rendue au visa des articles L. 421-3, L. 431-6, L. 431-7 du code de l'organisation judiciaire, le premier président a ordonné le renvoi de ce pourvoi devant l'assemblée plénière.

Faits et procédure

M. X... a été engagé le 10 janvier 1966 par la société le Crédit Lyonnais, au sein de laquelle il a exercé diverses fonctions tant en France qu'à l'étranger, avant d'être nommé responsable du département « banques internationales ».

Il a été remplacé à ce poste le 3 octobre 2000 dans le cadre d'une réorganisation des activités internationales de la banque, sans que de nouvelles tâches lui soient confiées.

Mis à la retraite par lettre du 9 octobre 2001, il a saisi la juridiction prud'homale afin d'avoir paiement d'indemnités de rupture – dont l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue à l'article 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 faisant l'objet du présent litige – et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par arrêt en date du 17 septembre 2002, la cour d'appel de Paris a débouté M. X... de sa demande d'indemnité conventionnelle de licenciement, aux motifs que cette indemnité n'était due qu'au salarié licencié en application de l'article 26, c'est-à-dire licencié pour motif non disciplinaire d'insuffisance professionnelle, ce qui n'était pas le cas de M. X..., qui avait fait l'objet d'une mise à la retraite requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais, par arrêt du 8 mars 2005, la chambre sociale de la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi formé par M. X..., a cassé et annulé cette décision au visa des articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, aux motifs que, selon ces textes, une indemnité conventionnelle de licenciement est versée en cas de licenciement pour motif non disciplinaire résultant d'une insuffisance professionnelle ou d'une inaptitude physique constatée par le médecin du travail, et qu'il en résulte nécessairement que ces dispositions sont applicables lorsque le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Statuant par arrêt du 11 octobre 2006 sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Versailles a refusé de s'incliner et a débouté M. X... de sa demande d'indemnité conventionnelle de licenciement.

D'où le pourvoi de M. X... dont votre assemblée plénière se trouve présentement saisie, pourvoi à l'appui duquel la SCP Laugier-Caston présente un moyen unique de cassation.

Ce moyen fait grief à l'arrêt attaqué :

– d'avoir violé les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque, en décidant que M. X... ne pouvait prétendre à l'indemnité conventionnelle prévue à l'article 26, au motif que les rédacteurs et signataires de la convention collective n'avaient entendu, en cas de licenciement pour motif non disciplinaire, accorder le bénéfice de l'indemnité de licenciement prévue par l'article 26-2 qu'aux salariés licenciés pour insuffisance professionnelle ou incapacité physique et que le juge ne saurait étendre l'application de ces dispositions au-delà des prévisions de la convention collective, et qu'il n'était ni allégué, ni établi, que la véritable cause de la rupture était une insuffisance professionnelle de M. X..., alors que « *le salarié d'un établissement bancaire, ayant fait l'objet d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, a droit au bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement devant être servie en cas de rupture pour motif non disciplinaire* » (première branche) ;

– d'avoir violé l'article 1351 du code civil et méconnu l'autorité de la chose jugée en déboutant M. X... de sa demande d'indemnité conventionnelle de licenciement, en retenant qu'il n'alléguait ni ne prouvait que la cause de la rupture était liée à une insuffisance professionnelle, quand l'arrêt de la cour de Paris du 17 septembre 2002 avait jugé que le licenciement de l'intéressé était sans cause réelle et sérieuse, alors que « *le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, et définitivement jugé comme tel, ne peut faire l'objet d'une quelconque restitution en vue d'une recherche du véritable motif de licenciement* » (deuxième branche) ;

– d'avoir violé, par fausse application, les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque en limitant le versement de cette indemnité au seul cas où le licenciement serait prononcé pour un motif non disciplinaire d'insuffisance professionnelle et en retenant que tel n'était pas le cas du licenciement de M. X..., alors que « *tout salarié d'un établissement bancaire relevant de la convention collective nationale de la banque a droit,*

en cas de licenciement non disciplinaire, au versement d'une indemnité conventionnelle de licenciement telle que prévue par l'article 26-2 de la dite convention collective » (troisième branche).

Problématique et thèses en présence

L'article 26 et son administré, l'article 26-2, de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2002 sont ainsi rédigés :

Chapitre V

Rupture du contrat de travail

Au titre de ce chapitre, la résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur doit être fondée sur un motif réel et sérieux.

Article 26

Licenciement pour motif non disciplinaire

« Avant d'engager la procédure de licenciement, l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions.

Le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle.

Sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, l'état de santé d'un salarié ou son handicap ne peut en tant que tel constituer la cause justifiant le licenciement.

Article 26-1

Procédure

Article 26-2

Indemnisation

Tout salarié licencié en application de l'article 26 comptant au moins un an d'ancienneté bénéficie d'une indemnité de licenciement... »

A aucun moment, la situation des salariés dont le licenciement est dépourvu de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est donc évoquée.

C'est à votre assemblée plénière qu'il appartient d'interpréter ce silence.

Le demandeur au pourvoi soutient que l'indemnité conventionnelle à laquelle a droit tout salarié licencié en application de l'article 26 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 doit être versée au salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il fait valoir que tout licenciement qui n'est pas un licenciement pour motif disciplinaire est un licenciement pour motif non disciplinaire, auquel s'appliquent les dispositions des articles 26 et 26-2 de la convention collective.

La défenderesse au pourvoi fait valoir :

– que, contrairement à ce qu'affirme le moyen, l'indemnité conventionnelle n'est pas due du seul fait que le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse ou qu'il a été prononcé pour un motif non

disciplinaire, car ces circonstances sont insuffisantes, à elles seules, à ouvrir le droit au bénéfice de cette indemnité ;

– qu'il incombait bien à la cour de renvoi de rechercher, pour dire si le salarié avait droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement des articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque, si la cause de licenciement entrait bien dans les prévisions de ces textes et qu'à moins de confondre, comme le fait le pourvoi, la cause et la légitimité du licenciement, il ne peut être reproché à la cour d'appel d'avoir, en procédant à cette recherche, méconnu l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du 17 septembre 2002, qui avait décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

La question que vous avez à trancher est donc de savoir si les dispositions des articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, dont il résulte que tout salarié licencié en application de l'article 26 a droit à une indemnité de licenciement, sont applicables lorsque ce licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Encore convient-il de préciser le sens et la portée de cette question, qui ne concerne pas seulement les dispositions de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, mais toutes les conventions collectives qui énumèrent les motifs de licenciement ouvrant droit à cette indemnité conventionnelle, et à laquelle il ne peut être répondu qu'en fonction des principes qui régissent la rupture du contrat de travail.

Ainsi, cette indemnité est nécessairement due lorsque la lettre d'énonciation des motifs de licenciement vise un motif de licenciement ouvrant droit à l'indemnité prévue par la convention collective. Peu importe que ce licenciement soit sans cause réelle et sérieuse, puisque c'est la lettre d'énonciation des motifs de licenciement qui fixe les limites du litige (1) et que l'employeur ne peut invoquer un autre motif que celui qu'il a notifié au salarié dans la lettre de licenciement (2).

Elle est encore nécessairement due en l'absence d'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement : l'employeur ne saurait, par sa carence, priver le salarié des droits qu'il tient de la convention collective, et il ne peut en particulier soutenir que le licenciement n'est pas fondé sur l'une des causes ouvrant droit à cette indemnité conventionnelle (3).

En revanche, lorsque la lettre de licenciement énonce d'autres motifs que ceux qui ouvrent droit à l'indemnité conventionnelle, une distinction s'impose :

– ou bien ces motifs se suffisent à eux-mêmes et sont la cause réelle et sérieuse d'un licenciement obéissant à des paramètres qui lui sont propres (licenciement pour motif disciplinaire, par

(1) Soc., 13 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 491.

(2) Soc., 20 mars 1990, *Bull.* 1990, V, n° 124.

(3) Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-41.566 ; Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-44.309.

exemple) : aucune indemnité conventionnelle n'est due au salarié dont le licenciement est fondé sur une autre cause que celles qui sont limitativement énumérées par les dispositions conventionnelles ;

– ou bien ces motifs ne sont pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, et une nouvelle distinction s'impose :

a) si le véritable motif du licenciement (4) est l'une des causes de licenciement auxquelles renvoie le dispositif conventionnel, l'indemnité est due (5) ;

b) dans tous les autres cas, y compris lorsqu'il s'agit d'une rupture produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la question reste posée, la chambre sociale de la Cour de cassation et la cour d'appel de Versailles s'opposant sur la réponse à lui donner.

Ainsi, la chambre sociale considère que les articles 26 et 26-2 de la convention collective, prévoyant le versement d'une indemnité conventionnelle de licenciement en cas de licenciement pour motif non disciplinaire résultant d'une insuffisance professionnelle ou d'une inaptitude physique constatée par le médecin du travail, sont nécessairement applicables en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tandis que la cour d'appel de Versailles se retranche derrière la volonté des partenaires sociaux de ne pas étendre le bénéfice de ces dispositions aux licenciements prononcés pour des causes autres que celles prévues par les dispositions conventionnelles.

Discussion et proposition de solution

La chambre sociale s'est longtemps prononcée en faveur d'une interprétation restrictive, sinon littérale, des dispositions conventionnelles prévoyant le versement d'une indemnité de licenciement. Ainsi a-t-il été jugé à plusieurs reprises qu'aux termes de l'article 58 de la convention collective du personnel des banques du 20 août 1952 (6), alors applicable, l'indemnité conventionnelle de licenciement n'est versée qu'en cas de licenciement prononcé pour l'un des motifs prévus à l'article 48, qui sont l'insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle, et la suppression d'emploi (7). Le licenciement, s'il était fondé sur un autre motif, n'ouvrait pas droit à indemnité conventionnelle de licenciement.

La décision de la cour d'appel de Versailles s'inscrit dans le droit-fil de cette jurisprudence.

(4) Au-delà des énonciations de la lettre de licenciement, il incombe au juge de rechercher la véritable cause de licenciement (Soc., 10 avril 1996, *Bull.* 1996, V, n° 149).

(5) Soc., 9 juillet 1997, pourvoi n° 94-45.558 ; Soc., 5 mai 1998, pourvoi n° 95-42.545.

(6) Convention collective nationale des banques du 20 août 1952 :

Article 48, Licenciements individuels : « Les motifs de licenciement d'agent titulaire, à l'exception des agents réengagés exceptionnellement et temporairement sont :

- l'insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle... ;

- la suppression d'emploi.

Article 58 d, Licenciement : L'indemnité versée en cas de licenciement pour l'un des motifs prévus à l'article 48...

(7) Soc., 28 février 1997 ; 10 février 1999, pourvoi n° 96-40.019 ; 17 janvier 2001 ; 7 juillet 2004.

Cette solution était :

– conforme à la lettre de l'article 58 de la convention collective du personnel des banques, qui ne prévoit le versement de l'indemnité conventionnelle qu'en cas de licenciement pour l'un des motifs prévus à l'article 48, à savoir l'insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle ou la suppression d'emploi ;

– conforme à la raison d'être d'un dispositif conventionnel renfermant les licenciements dans de strictes limites et prévoyant, en contrepartie, le versement d'une indemnité.

Cette indemnité conventionnelle de licenciement, qui a vocation à se substituer, avec les paramètres qui lui sont propres, à l'indemnité minimum prévue par l'article L. 122-9 du code du travail (8), n'avait ainsi d'autre objet que d'améliorer la situation des salariés dont le licenciement, fondé sur une cause réelle et sérieuse entrant dans les prévisions de la convention collective, n'avait pu être évité.

Elle n'en restait pas moins due lorsque le véritable motif du licenciement était l'une des causes limitativement énumérées par l'article 48 (9) et il était jugé que, lorsque la lettre de licenciement n'était pas motivée, l'employeur ne pouvait, par sa carence, priver le salarié des droits qu'il tenait de la convention collective, et qu'il ne pouvait en particulier soutenir que le licenciement n'était pas fondé sur l'une des causes limitativement énumérées par l'article 48 de la convention collective nationale du travail du personnel des banques (10).

C'est par deux arrêts en date du 15 mai 2002 (11), le premier étant rendu au visa des articles 48 et 58 de la convention collective nationale de travail du personnel des banques, à laquelle se substituera la convention collective de la banque du 10 janvier 2000 applicable au présent litige, que la chambre sociale a décidé que lorsqu'une convention collective prévoit le versement d'une indemnité conventionnelle de licenciement en cas de licenciement pour insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle ou pour suppression d'emploi, il en résulte nécessairement que ces dispositions sont applicables lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Applicable dans tous les cas où la convention collective énumère limitativement les cas dans lesquels une indemnité conventionnelle doit être versée (12), étendue à tous les modes de rupture

(8) Il n'y a pas de cumul possible entre l'indemnité légale et l'indemnité conventionnelle de licenciement. Ces indemnités ont le caractère de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice né de la rupture du contrat. La disposition légale est remplacée par la disposition de la convention collective si celle-ci est plus favorable au salarié, étant précisé que si les indemnités versées ne peuvent être inférieures au montant légal, elles ne peuvent s'y ajouter (Soc., 15 octobre 1969, *Bull.* 1969, V, n° 539 ; *Droit social* 1970, 106, obs. J. Savatier).

(9) Soc., 9 juillet 1997, *Bull.* 1997, V, n° 264.

(10) Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-41.566 ; Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-44.309.

(11) Soc., 15 mai 2002, deux arrêts, *Bull.* 2002, V, n° 159 et 160.

(12) Soc., 15 mai 2002, précité ; Soc., 28 juin 2005, note P.Y. Verkindt, *La semaine juridique*, éd. social, n° 13, 20 septembre 2005, 1117.

du contrat de travail dont les effets sont ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (13), c'est la jurisprudence dans le prolongement de laquelle s'inscrit l'arrêt de cassation du 8 mars 2005, seul arrêt rendu à ce jour au visa des articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, et sur laquelle se fonde le pourvoi.

Placée sous le sceau de la nécessité – nécessité n'a pas de loi –, cette jurisprudence n'en suscite pas moins de légitimes interrogations.

Elle procède, du moins dans sa formulation, d'une confusion. Comme l'écrit M. le professeur Verkindt (14), « *Favorable au salarié, la solution, qui ressemble à s'y méprendre à l'instauration d'une peine privée, n'en suscite pas moins une certaine perplexité en ce qu'elle paraît résulter d'une confusion entre la cause qualitative du licenciement et sa cause justificative. L'emploi de l'adverbe "nécessairement" est ici assez étrange au strict plan de la logique, car il paraît établir un lien de causalité inéluctable entre deux propositions qui sont, me semble-t-il, indépendantes (1. le licenciement, quelle que soit sa cause, n'est pas justifié ; 2. donc l'indemnité conventionnelle est due).* » En un mot, l'absence de cause réelle et sérieuse n'est pas une condition d'ouverture du droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Cette jurisprudence est parfois présentée comme devant mettre un terme aux pratiques de certaines banques, qui se saisiraient de faux prétextes afin de priver les salariés qu'elles licencient de l'indemnité conventionnelle à laquelle ils seraient en droit de prétendre. Encore ne s'agit-il là que d'un pur procès d'intention qui repose sur une présomption de fraude, et ce noble souci d'éviter la fraude (15) ne saurait en tout cas constituer une règle d'interprétation des conventions collectives.

L'on a fait également valoir que la solution retenue était justifiée parce que favorable au salarié. Mais ce principe de faveur ne saurait lui donner un fondement suffisant. Ce principe fondamental de droit du travail (16), en vertu duquel, en cas de conflit de normes, ce sont les dispositions les plus favorables au salarié qui l'emportent, n'a jamais été une règle d'interprétation des conventions collectives (17). Une telle règle serait « *peu compatible avec l'esprit même de la négociation collective* ». Ainsi, « *retenir systématiquement l'interprétation la plus favorable au salarié reviendrait à nier le fait que la convention collective est un compromis entre employeurs et salariés qu'on ne peut briser sans en méconnaître l'économie* » (18).

Quant à faire valoir que l'interprétation retenue est conforme à la solution adoptée par les nombreuses conventions collectives qui posent une règle générale d'attribution applicable en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, comparaison n'est pas

raison. Les conventions collectives sont autant de lois particulières entre lesquelles le raisonnement par comparaison ne saurait avoir de place, puisqu'on ne peut supposer *a priori* que des partenaires sociaux distincts aient entendu adopter les mêmes dispositions, lors même que les catégories juridiques utilisées seraient identiques, dès l'instant que la formule retenue n'est pas la même.

Ce à quoi il convient d'ajouter que cette jurisprudence ne fait pas l'unanimité au sein de la chambre sociale elle-même, qui, renouant avec son interprétation restrictive des articles 48 et 58 de la convention collective nationale du personnel des banques dans un arrêt du 7 juillet 2004 (19), n'a pas hésité à censurer une décision qui avait alloué au salarié un solde d'indemnité conventionnelle de licenciement, alors que la cause du licenciement n'était ni l'insuffisance du salarié ni la suppression d'emploi.

C'est dire que la solution retenue par la chambre sociale dans son arrêt du 8 mars 2005, du moins dans sa formulation péremptoire, ne s'imposait pas.

Faut-il alors en déduire, comme le fait la cour d'appel de Versailles dans l'arrêt présentement déféré à votre censure, que le juge ne pouvait étendre l'application des articles 26 et 26-2 de la convention collective de la banque, en reconnaissant un droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement à des salariés licenciés pour des causes autres que celles limitativement énumérées par le texte, et conclure au rejet du pourvoi dont vous êtes présentement saisi ?

Il est permis d'en douter, pour plusieurs raisons :

– s'il est vrai que l'absence de cause réelle et sérieuse n'est pas une condition d'ouverture du droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement, rien ne s'oppose à ce que cette indemnité se cumule avec l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

– la volonté, réelle ou supposée, des partenaires sociaux de ne pas étendre le bénéfice de l'indemnité aux licenciements prononcés pour des causes autres que celles prévues par les dispositions conventionnelles et de contourner le revirement de jurisprudence intervenu en 2002 ne saurait, dans une matière où le texte prime l'intention, constituer un principe de solution ;

– tandis que l'article 58 de la convention collective du personnel des banques du 20 août 1952 renvoie à des motifs précis de licenciement que l'article 48 énumère, l'article 26-2 de la convention collective de la banque du 10 janvier 2000, dont la rédaction est quelque peu différente, octroie le bénéfice de l'indemnité conventionnelle à tout salarié licencié en application de l'article 26, ce qui – alors que les articles 27, 28 et 29 traitent respectivement du licenciement pour motif disciplinaire, du licenciement pour condamnation et du licenciement pour motif économique – renvoie plus largement au licenciement pour motif non disciplinaire.

(13) Soc., 28 juin 2005, précité.

(14) *Op. cit.*

(15) Exigence à laquelle la jurisprudence répond en autorisant le juge à rechercher la véritable cause du licenciement.

(16) Soc., 27 mars 2001, *RJS*, juin 2001, n° 801.

(17) Ch. réun., 27 avril 1961 : *Inf. chef. entr.* 1961, p. 1964.

(18) G. Vachet, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP* 1992, éd. E., 1992, p. 494.

(19) Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-42.821.

Ce faisant, l'article 26-2 pose une règle d'attribution dont on peut déduire qu'elle est applicable à tout salarié faisant l'objet d'un licenciement pour motif non disciplinaire, quelle que soit la cause justificative invoquée.

Conclusion

Plusieurs solutions sont envisageables.

Si votre assemblée plénière, à laquelle il est demandé de se prononcer sur le champ d'application de l'indemnité conventionnelle prévue par l'article 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, s'estimait liée par une interprétation divinatoire de la volonté, réelle ou supposée, des partenaires sociaux de ne pas étendre le bénéfice de l'indemnité aux licenciements prononcés pour des causes autres que celles prévues par les dispositions de la convention collective nationale des banques du 20 août 1952, alors elle pourrait considérer que la rébellion de la cour d'appel de Versailles est justifiée et rejeter le pourvoi dont elle est saisie.

Cette décision n'en susciterait pas moins de légitimes interrogations sur le plan des principes et de la méthode, si l'on veut bien considérer que :

- faire reposer l'interprétation des articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 sur la commune intention des partenaires sociaux revient à abandonner aux juges du fond le contrôle de l'interprétation des conventions collectives, alors même qu'il s'agirait, comme c'est présentement le cas, d'une convention collective étendue ;

- interpréter les dispositions de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 à la lumière des dispositions de la convention collective nationale des banques du 20 août 1952 inaugure une nouvelle méthode d'interprétation des conventions collectives : l'interprétation rétrospective, une méthode d'interprétation que ne

mentionne pas madame le conseiller rapporteur. Je laisse votre assemblée imaginer les commentaires de la doctrine.

Faut-il ajouter :

- que le dispositif mis en place par la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 ne vise pas à déroger au droit commun du licenciement, mais à prévenir les licenciements et à accroître les garanties dues au salarié, et qu'à la différence d'un contrat nul pour absence de cause, un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse produit son plein effet ;

- que l'indemnité conventionnelle et l'indemnité due en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ne sont pas exclusives l'une de l'autre, mais qu'elles ont vocation à se cumuler dans la mesure où l'indemnité conventionnelle se substitue, si elle est plus favorable, à l'indemnité minimum prévue par l'article L. 122-9 du code du travail, dont elle emprunte le régime ?

En revanche, si votre assemblée, éclairée par l'avis de son avocat général, considérait, dans le respect des textes qu'elle est en charge d'interpréter, que l'article 26-2 pose une règle d'attribution applicable à tout salarié faisant l'objet d'un licenciement pour motif non disciplinaire quelle que soit la cause justificative invoquée, la cassation me semble devoir s'imposer.

Conforme à la lettre et à l'esprit du texte, l'interprétation que viendrait consacrer cette décision présenterait en outre l'indéniable avantage d'être juridiquement pleinement justifiée au regard des principes qui gouvernent la rupture du contrat de travail.

Je conclus donc, et sans aucune hésitation, à la CASSATION de l'arrêt déféré à votre censure.

COUR DE CASSATION

II. – SOMMAIRE D'ARRÊTS ET NOTES

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

1. *Emploi et formation*

* *Contrats à durée déterminée*

N° 185

L'indemnité de précarité prévue par l'article L. 122-3-4 du code du travail est due lorsqu'aucun contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire n'a été proposé au salarié à l'issue du contrat à durée déterminée.

Dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui, appréciant souverainement les éléments de l'espèce qui lui étaient soumis, après avoir retenu que l'employeur n'avait proposé au salarié aucun contrat de travail à l'issue du contrat initial et que la relation contractuelle s'était poursuivie au-delà du terme de ce dernier, a accueilli la demande de requalification et alloué au salarié l'indemnité de précarité qui lui était due.

Soc., 3 octobre 2007. Cassation partielle

N° 05-44.958. – C.A. Aix-en-Provence, 6 septembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Salvat.

Note

Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité destinée, aux termes de l'article L. 122-3-4 du code du travail, à compenser la précarité de sa situation.

La chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, dans un premier temps, par un arrêt du 24 juin 2003, que cette indemnité, qui compense, pour le salarié, la situation dans laquelle il est placé du fait de son contrat à durée déterminée, lui reste acquise lorsqu'elle est perçue par celui-ci à l'issue du contrat, nonobstant une requalification ulté-

rieure de ce contrat en un contrat à durée indéterminée (Soc., 24 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 203 et Soc., 30 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 106).

Désormais, avec l'arrêt du 3 octobre 2007, l'indemnité de précarité est due lorsqu'aucun contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire n'a été proposé au salarié à l'issue du contrat à durée déterminée, et notamment, comme dans le cas d'espèce, lorsque les relations contractuelles se poursuivent de fait, postérieurement à l'expiration du terme du contrat à durée déterminée. Ainsi, le salarié qui n'a pas perçu d'indemnité de précarité au terme de son contrat de travail à durée déterminée est en droit de la percevoir, y compris si la relation à durée déterminée est requalifiée en contrat de travail à durée indéterminée par la juridiction prud'homale.

En l'espèce, la cour d'appel, qui a constaté que la relation contractuelle entre les parties s'était poursuivie au-delà du terme des contrats initiaux et que l'employeur n'avait proposé au salarié aucun contrat de travail à l'issue du contrat initial, a, à bon droit, accueilli sa demande de requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée et lui a alloué l'indemnité de précarité due.

N° 186

Il résulte de l'article L. 122-3-13 du code du travail que la seule sanction de l'irrégularité d'un contrat à durée déterminée conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 122-1 et suivants du même code est la requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée que, sauf fraude, seul le salarié peut revendiquer.

En l'absence d'une telle demande, le salarié qui exerce une action en rupture abusive du contrat à durée déterminée en application de l'article L. 122-3-8 du code du travail est fondé à obtenir des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat.

Encourt donc la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour limiter, à la demande de l'AGS, le montant des sommes allouées à un salarié dont le contrat à durée déterminée avait été rompu de façon anticipée, a retenu que l'irrégularité entachant

ce contrat quant à sa durée interdisait au salarié de solliciter le paiement de l'intégralité des salaires jusqu'au terme convenu et que la créance de celui-ci devait être fixée dans la limite de la durée maximale de dix-huit mois.

Soc., 18 octobre 2007. Cassation partielle

N° 06-43.848. – C.A. Grenoble, 10 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Ludet, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

Il résulte de l'article L. 122-1-2 du code du travail que la durée maximale du contrat à durée déterminée ne peut excéder dix-huit mois.

Or, dans la présente affaire, un salarié avait été engagé par contrat à durée déterminée pour une période de trente mois et demi. Il avait été licencié, quatorze mois après le début du contrat de travail, à la suite de la mise en liquidation judiciaire de son employeur. L'AGS ayant refusé de payer les créances salariales sur la base de l'état des créances établi par le liquidateur et prévoyant le paiement des salaires jusqu'au terme fixé par le contrat de travail, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande de fixation de sa créance au titre de l'indemnité de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, demandant également de voir dire l'AGS tenue de garantir cette somme.

À la demande de l'AGS, la cour d'appel avait retenu que l'irrégularité dont le contrat de travail était entaché quant à sa durée interdisait au salarié de solliciter le paiement de l'intégralité des salaires jusqu'au terme initialement convenu au contrat et que la créance du salarié devait être fixée dans la limite de la durée maximale de dix-huit mois.

La question de droit qui était posée à la Cour de cassation était la suivante : lorsque le salarié n'a pas saisi le juge prud'homal d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le juge peut-il calculer l'indemnité de rupture anticipée due au salarié sur la base de la durée légale maximum de dix-huit mois, au motif que la durée plus longue prévue au contrat excède cette durée légale ?

Il est de jurisprudence constante que les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du code du travail relatives au contrat à durée déterminée ont été édictées dans un souci de protection du salarié, qui peut seul se prévaloir de leur inobservation sur le fondement de l'article L. 122-3-13 du code du travail. L'employeur n'est donc pas admis à se prévaloir des irrégularités commises lors de la conclusion du contrat à durée déterminée pour obtenir la requalification en contrat à durée indéterminée (Soc., 16 juillet 1987, *Bull.* 1987, V, n° 481), et il est impossible pour les juges du fond de procéder d'office, en l'absence de demande du salarié, à une telle requalification (Soc., 30 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 332).

Ainsi, dans un arrêt du 29 mai 1997 (Soc., 29 mai 1997, pourvoi n° 94-44.501), la chambre sociale avait jugé que « les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du code du travail, et par conséquent celle relative à la durée maximale pour laquelle peut être conclu un contrat à durée déterminée, ont été édictées dans un souci de protection du salarié, qui peut seul se prévaloir de leur inobservation, la cour d'appel, qui ne pouvait donc requalifier d'office le contrat en contrat à durée indéterminée même pour sa partie excédant vingt-quatre mois, a violé les textes susvisés ».

Jusqu'en 2002, la seule exception à la règle était que l'AGS pouvait se prévaloir des dispositions du code du travail pour demander la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, peu important qu'aucune fraude n'ait été commise à son égard (Soc., 1^{er} décembre 1993, pourvoi n° 91-45.780).

Il a été mis fin à cette jurisprudence défavorable au salarié appartenant à une société en difficulté et devenue insolvable par un arrêt du 4 décembre 2002 (Soc., 4 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 367, puis Soc., 7 avril 2004, *Bull.* 2004, V, n° 106) qui, rappelant le principe posé par l'arrêt du 16 juillet 1987, en a déduit que l'AGS n'était pas recevable, sauf fraude qu'il lui appartenait de démontrer, à demander la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Dans la présente affaire, la Cour de cassation confirme cette jurisprudence protectrice du salarié et énonce que la requalification est la seule sanction possible de l'irrégularité d'un contrat à durée déterminée. En l'absence d'une telle demande, émanant nécessairement du salarié, le juge ne peut donc pas sanctionner l'irrégularité, que ce soit d'office ou à la demande d'une autre partie, notamment de l'AGS. Le salarié est donc fondé à obtenir des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme prévu par le contrat, en application de l'article L. 122-3-8 du code du travail.

N° 187

Une entreprise qui fabrique et commercialise des pizzas surgelées tout au long de l'année avec seulement des accroissements périodiques de production n'a pas d'activité saisonnière au sens de l'article L. 22-1-1 3° du code du travail.

Doit être en conséquence censuré l'arrêt qui juge justifié le recours à des contrats saisonniers, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié, alternativement recruté par contrats à durée déterminée saisonniers ou pour faire face à des surcroûts temporaires d'activité, travaillait selon les années à des périodes variables.

Soc., 5 décembre 2007. Cassation partielle

N° 06-41.313. – C.A. Aix-en-Provence, 1^{er} décembre 2005.

M. Texier, Pt (f.f.). – M. Marzi, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

L'article L. 122-1-1 3^o du code du travail dispose que les entreprises peuvent conclure des contrats à durée déterminée afin de pourvoir des emplois à caractère saisonnier.

Mais il n'existe aucune définition légale de la notion d'emploi saisonnier.

La réglementation européenne, le ministère du travail, certaines conventions collectives et la jurisprudence en ont précisé les contours.

Ainsi, aux termes du Règlement européen n^o 1408/71, du 14 juin 1971, par travail à caractère saisonnier, il convient d'entendre « *un travail qui dépend du rythme des saisons et qui se répète automatiquement chaque année* ».

Selon la circulaire DRT n^o 90-18 du 30 octobre 1990 du ministère du travail, « *il s'agit de travaux qui sont normalement appelés à se répéter chaque année, à date à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs, et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations* ».

La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 octobre 1999 (Soc., 12 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n^o 373) et plus récemment dans un arrêt du 9 mars 2005 (Soc., 9 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n^o 85), a énoncé que « *le caractère saisonnier d'un emploi concerne des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs* ».

Ainsi la Cour de cassation a autorisé, par exemple, la conclusion d'un contrat à durée déterminée saisonnier pour le recrutement d'un aide de cantine dans un centre de nature recevant des classes de mer (Soc., 24 mars 1999, pourvoi n^o 97-40.927) ou l'embauche d'une caissière durant les cinq ou six mois pendant lesquels la Tour Eiffel reçoit le plus grand nombre de visiteurs, l'activité touristique étant caractérisée par un accroissement chaque année à dates à peu près fixes (Soc., 12 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n^o 373).

A contrario, elle considère, par exemple, que ne peut justifier la conclusion d'un contrat à durée déterminée saisonnier un accroissement périodique de production, alors que la société fabrique des produits glacés en toutes saisons (Soc., 17 janvier 2002, *Bull.* 2002, V, n^o 19).

L'intérêt du présent arrêt est de préciser la notion d'activité saisonnière, et plus précisément de décider si la fabrication et la commercialisation de pizzas surgelées peut être considérée comme une activité saisonnière.

L'employeur soutenait que la consommation était saisonnière au cours de la période « printemps/été ».

La chambre sociale écarte cette interprétation, dès lors qu'il ressortait des constatations de la cour d'appel que le salarié avait été occupé, selon les années, à des périodes diverses, de janvier à août, de juillet

à décembre, d'avril ou mai à juillet, et que l'entreprise, plutôt qu'une activité saisonnière, connaissait des pics de production.

N^o 188

Lorsque le contrat à durée déterminée devient, du seul fait de la poursuite de la relation contractuelle après l'échéance de son terme, un contrat à durée indéterminée, les règles propres à la rupture d'un tel contrat s'appliquent de plein droit.

Encourt donc la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour faire droit aux demandes d'un salarié tendant au paiement d'indemnités découlant de la rupture « sans motif légitime » du contrat à durée déterminée, a retenu que seul le salarié pouvait demander la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée et qu'en l'espèce, le contrat à durée déterminée ne pouvait être rompu que pour faute grave, ce qui n'était pas le cas, le salarié ayant été licencié pour cause réelle et sérieuse, alors que la relation contractuelle s'était poursuivie après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée.

Soc., 13 décembre 2007.

Cassation

N^o 06-44.004. – C.A. Rouen, 16 mai 2006.

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

Note

Par cet arrêt, la Cour de cassation se prononce sur la question de savoir si le salarié, engagé suivant un contrat à durée déterminée qui s'est poursuivi après l'échéance de son terme, peut, pour contester devant la juridiction prud'homale les conditions de la rupture, choisir, comme en matière de requalification du contrat de travail, de se placer sur le terrain des règles relatives au contrat à durée déterminée, ou si la transformation de celui-ci en contrat à durée indéterminée, par application de l'article L. 122-3-10, alinéa premier, du code du travail, a pour conséquence que les règles relatives à la rupture de ce dernier contrat s'appliquent de plein droit.

C'est cette dernière solution que retient la Cour de cassation, distinguant ainsi la transformation du contrat à durée déterminée prévue par l'article L. 122-3-10 précité, qui produit ses effets de plein droit, de la requalification d'un tel contrat intervenant par application de l'article L. 122-3-13 du code du travail, laquelle ne peut être invoquée que par le salarié (Soc., 4 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n^o 367).

Après avoir, dans un arrêt du 22 mars 2006 (Soc., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n^o 118), considéré qu'en cas de poursuite de la relation contractuelle après l'échéance du terme d'un contrat à durée déterminée, le salarié ne pouvait prétendre à l'indemnité de requalification prévue par l'article L. 122-3-13 précité hors les cas où sa demande en requalification s'appuie sur une irrégularité du contrat à durée déterminée initial ou de ceux qui lui ont fait

suite, la Cour de cassation souligne, par la solution qu'elle retient aujourd'hui, la spécificité du régime de la transformation du contrat à durée déterminée prévue par l'article L. 122-3-10 du code du travail.

** Travailleurs privés d'emploi*

N° 189

Il résulte de l'article L. 122-14-4, alinéa 2, du code du travail que le droit des organismes concernés d'obtenir le remboursement des indemnités de chômage allouées au travailleur licencié n'est pas subordonné à d'autres conditions que la condamnation de l'employeur fautif au versement d'une indemnité pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Il s'ensuit que la cour d'appel qui condamne une société utilisatrice à verser à un salarié intérimaire une indemnité pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse doit ordonner à cette société de rembourser à l'ASSEDIC les indemnités de chômage que cette dernière a versées à ce salarié.

Soc., 18 octobre 2007. Cassation partielle sans renvoi

N° 06-43.771. – C.A. Besançon, 17 janvier 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Ludet, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

L'article L. 122-14-4, alinéa 2, du code du travail dispose que « *Le tribunal ordonne également le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié licencié du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié concerné.* »

Or, en matière de recours à des contrats de travail temporaire, l'article L. 124-7, alinéa 2, du code du travail énonce que « *Lorsqu'un utilisateur a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en violation caractérisée des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4, ce salarié peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission.* »

Dans la présente affaire, un salarié d'une entreprise de travail temporaire avait été mis à disposition d'une entreprise dans le cadre de cent dix missions successives. Il avait alors saisi la juridiction prud'homale d'une action dirigée contre l'entreprise utilisatrice, tendant à la requalification de ses contrats en un contrat de travail à durée indéterminée, ainsi qu'à la condamnation de l'employeur au paiement d'indemnités de rupture et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les juges du fond ont fait droit à ces demandes, mais si la juridiction prud'homale a condamné l'entreprise utilisatrice au remboursement des indemnités de chômage, les juges d'appel ont infirmé le jugement sur ce point.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la condamnation au remboursement

des indemnités de chômage peut être prononcée contre une entreprise utilisatrice qui a eu recours à un salarié intérimaire en violation des dispositions sanctionnées par l'article L. 124-7, alinéa 2, du code du travail.

Deux thèses s'opposaient.

La première, invoquée par la caisse ASSEDIC, demanderesse au pourvoi, soutenait que l'article L. 122-14-4, alinéa 2, du code du travail est de portée générale.

La seconde, inverse, retenue par les juges d'appel et reprise par l'entreprise utilisatrice, s'appuyant sur une interprétation stricte de l'article L. 124-7, alinéa 2, du code du travail, affirmait que cet article régissant la situation particulière d'un salarié d'une entreprise de travail temporaire, il excluait le droit, pour les organismes concernés, d'obtenir le remboursement des indemnités de chômage prévu par l'article L. 122-14-4, alinéa 2, puisqu'il n'impose pas expressément cette sanction à la charge de l'entreprise utilisatrice.

Dans l'arrêt ici commenté du 18 octobre 2007, la chambre sociale adopte la première interprétation, en affirmant très clairement que « *le droit des organismes concernés d'obtenir le remboursement des indemnités de chômage payées au travailleur licencié n'est pas subordonné à d'autres conditions que la condamnation, par le même juge, de l'employeur fautif au versement d'une indemnité pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse* », et consacre ainsi la portée générale de l'article L. 122-14-4, alinéa 2, du code du travail, dont la finalité est nettement distincte de celle de l'article L. 124-7, alinéa 2, du même code.

Elle réaffirme par là-même une solution qu'elle avait déjà adoptée dans un précédent arrêt, mais non publié, du 14 mai 1987 (Soc., 14 mai 1987, pourvoi n° 84-43.881).

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

** Clause de garantie d'emploi*

N° 190

1° Si les dommages-intérêts dus en cas de violation de la clause de garantie d'emploi (qui sont équivalents aux rémunérations que le salarié aurait perçues jusqu'au terme de cette période de garantie) ne se cumulent pas avec les indemnités de chômage servies par l'ASSEDIC au titre de cette période, ce principe n'a vocation à s'appliquer que dans les rapports entre le salarié et l'organisme d'assurance chômage.

C'est donc à bon droit qu'une cour d'appel refuse de déduire du montant des dommages-intérêts les indemnités de chômage perçues par le salarié.

2° En cas de violation de la clause de garantie d'emploi, le salarié a droit à l'indemnité de préavis en sus des dommages-intérêts dus au titre de cette violation.

Soc., 23 octobre 2007.

Rejet

N° 06-42.994. – C.A. Amiens, 28 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap.

Note

Les clauses de garantie d'emploi sont des clauses qui prémunissent le salarié contre une rupture de son contrat de travail avant l'écoulement d'un certain délai ou la survenance d'un certain événement.

Un employeur ne peut prononcer un licenciement au cours de la période de garantie d'emploi qu'en cas de faute grave. À défaut, l'employeur doit des dommages-intérêts au salarié pour violation de la clause, dommages-intérêts qui sont « *équivalents aux rémunérations qu'il [le salarié] aurait perçues jusqu'au terme de cette période de garantie* » (Ass. plén., 13 décembre 2002, *Bull.* 2002, Ass. plén., n° 4).

Mais une difficulté surgit sur le point de savoir si les dommages-intérêts dus en cas de violation d'une clause de garantie d'emploi peuvent se cumuler avec les indemnités chômage servies par l'ASSEDIC.

Alors que la chambre sociale de la Cour de cassation avait, dans un premier temps, permis ce cumul (Soc., 6 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 230), l'assemblée plénière l'a refusé dans la même affaire par un arrêt du 13 décembre 2002 (Ass. plén., 13 décembre 2002, précité), unifiant ainsi la jurisprudence concernant la violation de la clause de garantie d'emploi avec celle concernant les dommages-intérêts dus pour rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, les deux situations étant généralement considérées comme devant suivre le même régime. La chambre sociale avait en effet décidé que les dommages-intérêts dus en cas de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée (CDD) ne peuvent se cumuler avec les indemnités de chômage (Soc., 14 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 15 ; Soc., 5 mars 1998, pourvoi n° 96-11.315).

Elle a alors aligné sa jurisprudence, concernant la violation d'une garantie d'emploi, sur la solution retenue par l'assemblée plénière, en affirmant le principe de non-cumul dans un arrêt du 28 février 2006 (Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 86).

Dans la présente espèce, une cour d'appel avait refusé de déduire du montant des dommages-intérêts mis à la charge de l'employeur pour violation de la garantie d'emploi les indemnités de chômage que la salariée avait perçues.

Elle est approuvée par la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 23 octobre 2007, affirme pour la première fois que « *si les dommages-intérêts dus en cas de violation de la clause de garantie d'emploi ne se cumulent pas avec les indemnités de chômage servies par l'ASSEDIC au titre de cette période, la cour d'appel a exactement retenu que ce principe n'avait vocation à s'appliquer que dans les rapports entre la salariée et l'organisme d'assurance chômage* ».

Cette solution n'est en rien contraire à celle retenue par l'assemblée plénière en 2002 puisque, dans cette affaire, le salarié contestait le refus de l'ASSEDIC de sa prise en charge durant la période de garantie d'emploi indemnisée. La règle de non-cumul avait donc été posée dans un cas où le litige opposait le salarié à l'organisme prestataire des indemnités de chômage. De la même manière, la règle de non-cumul, affirmée concernant la rupture anticipée d'un CDD, l'avait été dans des affaires où il s'agissait d'une demande en restitution des allocations versées, formulée par l'ASSEDIC envers le salarié.

En revanche, la solution retenue par le présent arrêt est bien un revirement par rapport à celle énoncée dans l'arrêt du 28 février 2006, puisque cet arrêt a été rendu dans une affaire où le non-cumul était précisément invoqué par l'employeur, envers le salarié.

Par ailleurs, la chambre sociale a précisé, en 2001, sa jurisprudence concernant le CDD : elle a en effet énoncé que la règle de non-cumul ne pouvait pas être appliquée dans les rapports entre le salarié et l'employeur, les juges ne pouvant déduire les allocations de chômage versées au salarié de la réparation forfaitaire minimale mise à la charge de l'employeur (Soc., 27 février 2001, *Bull.* 2001, V, n° 59 ; Soc., 28 février 2001, pourvoi n° 99-41.144).

Dès lors, l'arrêt ici commenté unifie ainsi les régimes appliqués à la violation d'une clause de garantie d'emploi et à la rupture anticipée d'un CDD : alors que les dommages-intérêts ne peuvent se cumuler avec les allocations de chômage dans les rapports entre le salarié et l'organisme d'assurance chômage, cette règle ne s'applique pas dans les rapports entre le salarié et l'employeur. Les sommes pourront être cumulées si l'ASSEDIC a accepté la prise en charge du salarié durant la période indemnisée et qu'elle n'a pas formulé par la suite de demande en restitution des allocations versées. La règle du non-cumul peut ainsi bénéficier à l'ASSEDIC ou au salarié, mais non à l'employeur redevable de l'indemnité.

Quant à la dernière question posée à la Cour de cassation sur le point de savoir si les dommages-intérêts dus peuvent se cumuler avec l'indemnité de préavis, la chambre sociale, se prononçant pour la première fois sur cette difficulté, affirme très clairement que l'indemnité de préavis est due, en sus des dommages-intérêts pour violation de la garantie d'emploi.

* *Obligation de l'employeur d'assurer la formation professionnelle des salariés*

N° 191

Au regard de l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, le fait qu'un salarié présent dans l'entreprise depuis douze ans n'ait bénéficié, au cours de

cette période, que d'un stage de formation continue de trois jours établit un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail, entraînant un préjudice distinct de celui résultant de la rupture.

Soc., 23 octobre 2007. Rejet

N° 06-40.950. – C.A. Paris, 15 décembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Casorla, Av. Gén.

Note

La loi n° 71-575 du 16 juillet 1971, socle du dispositif de la formation professionnelle permanente, qui constitue désormais une obligation nationale, crée un droit à un congé de formation tout au long de la vie active du salarié.

Dorénavant, le droit à être formé constitue, pour l'employeur, une obligation dont l'objectif est de « *permettre l'adaptation des travailleurs au changement des techniques et des conditions de travail, de favoriser leur promotion sociale par l'accès aux différents niveaux de la culture et de la qualification professionnelle, et leur contribution au développement culturel, économique et social* » (article premier de la loi du 16 juillet 1971, codifié à l'article L. 900-1 du code du travail).

C'est la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, modifiant l'article L. 932-2 du code du travail, qui donne à l'employeur l'obligation « *d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois* ».

Ce principe fondamental est la transposition législative de la formule de principe dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 février 1992 (Soc., Bull. 1992, V, n° 122) : « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* ».

L'adaptation devient une obligation contractuelle à laquelle l'employeur est tenu, cette obligation prenant sa source sur le fondement de l'article 1137 du code civil, dans l'exécution loyale du contrat de travail (*Rapport annuel* 2005, page 107). En effet, en contrepartie de l'engagement du salarié à travailler pour l'employeur, celui-ci doit proposer régulièrement des formations aux fins d'adapter les salariés à l'évolution de leurs emplois. L'adaptation est alors l'objectif à atteindre et la formation est le moyen d'y parvenir.

L'absence d'initiative du salarié quant à sa propre formation n'exonère pas l'employeur de son obligation d'adaptation à l'emploi. Seul le refus, par le salarié, de suivre la formation contenue dans le plan de formation peut lui être imputé à faute (3 mai 1990, pourvoi n° 88-41.900).

Ce pourvoi donne l'occasion à la chambre sociale de statuer sur l'étendue de l'obligation de l'employeur d'offrir à ses salariés une formation professionnelle permanente et de déterminer la sanction due en cas de manquement à cette obligation.

Appréhendant la formation en termes d'obligations nées de l'exécution du contrat de travail, la chambre sociale affirme, pour la première fois, que

le manquement par l'employeur à ses obligations est caractérisé par le simple constat de la quasi-absence de formation offerte au salarié présent dans l'entreprise depuis douze ans. Compte tenu du préjudice subi, lequel est distinct de celui réparé par l'allocation de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, cette carence de l'employeur justifie qu'il soit alloué au salarié des dommages-intérêts.

** Période d'essai et période probatoire*

N° 192

La période d'essai est destinée à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle (les qualités ou capacités professionnelles) du salarié.

Dès lors, une cour d'appel, ayant souverainement constaté que la résiliation du contrat de travail était intervenue au cours de la période d'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié, a décidé à bon droit que celle-ci était abusive.

Soc., 20 novembre 2007. Rejet

N° 06-41.212. – C.A. Versailles, 13 décembre 2005.

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

Note

L'intérêt de l'arrêt commenté est de permettre à la chambre sociale de la Cour de cassation, d'une part, de rappeler le principe de sa jurisprudence, que l'on trouve déjà dans un arrêt du 27 avril 1933 (*Gaz. Pal.*, 1933, 2, p. 101) et qui est constamment repris (Soc., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-43.266, *RJS*, 12/1999, n° 1436), selon lequel l'essai a pour finalité « *d'apprécier les qualités du salarié* » et, d'autre part, de préciser les limites du contrôle qu'elle compte exercer sur la cause de la rupture lorsque celle-ci intervient pendant la période d'essai.

Si les parties sont en principe libres de rompre le contrat de travail pendant la période d'essai, la jurisprudence, sur le fondement des principes généraux de la responsabilité civile, a appliqué la théorie de l'abus de droit pour sanctionner les comportements les plus déloyaux, tels que l'intention de nuire ou la légèreté blâmable (Soc., 17 mars 1971, Bull. 1971, V, n° 216 ; Soc., 17 juillet 1996, Bull. 1996, V, n° 289 ; Soc., 9 octobre 1996, Bull. 1996, V, n° 318 ; Soc., 5 mai 2004, Bull. 2004, V, n° 123).

La Cour de cassation contrôle l'application, par les juges du fond, de l'abus de droit. Ainsi, la chambre sociale a toujours exercé un tel contrôle sur le motif de la rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai.

Délimitant les contours de l'abus de droit en la matière, la chambre sociale a utilisé la notion de

détournement de l'objet ou de la finalité de l'essai. On peut ici citer deux arrêts rendus dans des hypothèses proches de la présente espèce :

Soc., 22 février 1979, *Bull.* 1979, V, n° 167 :

« *L'employeur qui détourne la période d'essai de son but, et ne la prolonge que pour lui permettre d'assurer à moindre frais l'intérim du poste d'un ancien collaborateur, ne justifie d'aucun motif réel et sérieux en rompant le contrat de travail. Il s'ensuit que le salarié a droit à une indemnité de préavis et à des dommages-intérêts.* »

Soc., 5 octobre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 223 :

« *Mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu que l'intention de l'employeur, dès l'origine, de limiter l'emploi du salarié à la durée de l'essai était établie, a fait ressortir que la période d'essai avait été détournée de son objet ; que le moyen n'est pas fondé.* »

Le présent arrêt, rendu en formation plénière de chambre, vient confirmer et conforter cette jurisprudence : est abusive la rupture par l'employeur, au cours de la période d'essai, du contrat de travail, lorsqu'elle intervient pour un motif non inhérent à la personne du salarié, en l'espèce la suppression de son emploi.

** Pouvoir de direction de l'employeur*

Soc., 28 novembre 2007. **Cassation partielle**

N° 06-21.964. – C.A. Paris, 3 novembre 2006.

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

Voir n° 236, sommaire n° 2.

** Pouvoir disciplinaire de l'employeur*

N° 193

Selon l'article L. 122-41 du code du travail, la sanction prononcée à l'encontre d'un salarié doit être motivée, à défaut de quoi celle-ci est privée de justification, et, selon les articles 25 et 31 de la circulaire EDF-GDF PERS.846, l'employeur qui, après avoir prononcé une sanction à l'issue de la procédure disciplinaire, statue de nouveau, après recours exercé par le salarié en application du statut d'EDF-GDF, prend une décision qui doit être motivée.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui déboute le salarié de ses demandes de dommages-intérêts fondées sur le caractère injustifié de sa mise en retraite d'office, en retenant que, la sanction prononcée ayant été motivée, le défaut de motivation de la décision de la maintenir après recours du salarié constitue une simple irrégularité de forme, alors que, sur recours du salarié, l'employeur a la faculté de rapporter la sanction ou de lui substituer une mesure moindre, ce dont il résulte que le défaut de motivation de la décision par laquelle il maintient la sanction malgré le recours exercé prive cette dernière de justification.

Soc., 7 novembre 2007. **Cassation partiellement sans renvoi**

N° 06-42.988. – C.A. Lyon, 30 mars 2006.

M. Chauviré, Pt (f.f.). – M. Béraud, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

L'article L. 122-41 du code du travail dispose, concernant les sanctions que peut infliger un employeur à l'encontre d'un de ses salariés dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, qu'« *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. [...]. Elle [la sanction] doit être motivée et notifiée à l'intéressé.* » Cet article pose donc un principe général de motivation de toute sanction disciplinaire prononcée contre un salarié.

S'agissant du statut applicable aux salariés d'EDF-GDF, c'est une circulaire EDF-GDF PERS.846 qui organise la procédure disciplinaire au sein de l'entreprise publique. Les articles 25 et suivants de cette circulaire prévoient un entretien préalable avec l'agent, puis, si l'employeur veut poursuivre la procédure, la consultation du conseil de discipline, en l'occurrence la commission secondaire du personnel. Un nouvel entretien est alors organisé à l'issue de l'avis formulé par la commission, et l'employeur prend une décision sur l'opportunité de prononcer une sanction ou non. L'agent dispose alors de recours internes, dont la possibilité de formuler une requête individuelle devant la commission secondaire pour qu'elle réexamine le dossier et formule une proposition, à la suite de laquelle l'employeur prend une nouvelle décision sur la sanction.

Dans la présente affaire, une procédure disciplinaire avait été engagée contre un salarié d'EDF-GDF. La première décision de l'employeur a été de prononcer une mise à la retraite d'office, la rétrogradation proposée par la commission secondaire du personnel ayant été refusée par le salarié. Celui-ci a alors formé une requête individuelle devant la commission. Après ce recours, l'employeur a maintenu la sanction.

Le salarié a alors saisi la juridiction prud'homale d'une action en contestation de la sanction, notamment au motif que la seconde décision de l'employeur, maintenant la sanction, n'était pas motivée. Les juges de première instance ont débouté le salarié de sa demande et ont été confirmés par les juges d'appel, ces derniers estimant que, la première décision de sanction ayant été motivée, le défaut de motivation de la décision de maintenir la sanction après recours du salarié constituait une simple irrégularité de forme.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si une décision maintenant une sanction à l'encontre d'un salarié d'EDF-GDF après recours interne doit être motivée ou non.

La chambre sociale de la Cour de cassation se prononce très clairement par l'affirmative, en précisant, au visa de l'article L. 122-41 du code du travail et des articles 25 et 31 de la circulaire EDF-GDF PERS.846, que « *le défaut de motivation de*

la décision par laquelle il [l'employeur] maintient la sanction malgré le recours exercé prive cette dernière de justification ».

Elle s'appuie donc à la fois sur le principe général de motivation posée par l'article L. 122-41 du code du travail et sur la circulaire EDF-GDF en cause.

D'une part, la Cour rappelle que, selon l'article L. 122-41 du code du travail, « la sanction prononcée à l'encontre d'un salarié doit être motivée et que le défaut de motivation prive la sanction de justification », et relève que « après recours du salarié, l'employeur a la faculté de rapporter la sanction ou de lui substituer une mesure moindre ». En effet, l'article 31 de la circulaire précise bien qu'à la suite du recours, « la proposition formulée par la commission secondaire est transmise, avec tout le dossier, à l'autorité compétente qui prend sa décision. Celle-ci ne peut avoir pour effet d'aggraver la sanction initialement infligée. Lorsque cette dernière a pour objet de l'atténuer ou de l'annuler, elle peut avoir pour date d'effet celle de la première décision, si l'autorité compétente estime cette rétroactivité opportune ». Dès lors, dans la mesure où l'employeur peut revenir sur la sanction antérieurement prononcée en la modifiant ou en l'annulant, le principe de la sanction est de nouveau totalement remis en jeu dans cette phase après recours. La décision de maintenir la sanction doit donc être vue comme une décision de sanction à part entière, devant alors se conformer au principe général de motivation.

La solution se situe dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour, qui a plusieurs fois eu l'occasion d'affirmer l'importance du principe général de motivation des sanctions et le caractère injustifié en découlant en cas de non-respect (Soc., 17 janvier 1995, *Bull.* 1995, V, n° 25 ; Soc., 23 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 32 ; Soc., 25 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 136).

D'autre part, la chambre sociale, rappelant les dispositions statutaires en cause, précise que « l'employeur qui, après avoir prononcé une sanction à l'issue de la procédure disciplinaire prévue par la circulaire précitée, statue de nouveau après recours exercé par le salarié, en application de l'article 3-III du paragraphe 2 du statut d'EDF-GDF, prend une décision qui doit être motivée ».

En effet, l'article 31 de la circulaire EDF-GDF PERS.846 stipule bien *in fine* que la décision prise après recours est « notifiée à l'agent dans les conditions fixées au paragraphe 25 », lequel précise à son tour que « Conformément aux dispositions de l'article L. 122-41 : [...] la sanction doit être motivée [...] ».

Dès lors, il apparaissait peu contestable que même les dispositions statutaires en cause exigeaient également la motivation de la décision de maintien de la sanction.

3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

* Transfert d'une entité économique

N° 194

1° L'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, tel qu'il doit être interprété à la lumière de la Directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, c'est-à-dire au transfert d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels, permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

Doit être cassé l'arrêt qui, après avoir constaté que l'activité d'une entité économique gérée par une association avait été poursuivie par une commune, déboute des salariés de l'association de leur demande indemnitaire fondée sur la violation de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, par un motif inopérant pris du fait que le personnel en grève n'avait pas été repris par la commune, et sans rechercher si la commune n'avait pas repris l'ensemble des moyens, en locaux et en matériel, mis à la disposition de cette association et nécessaires à l'exercice de l'activité.

2° À elle seule, la reprise, par une collectivité publique, d'une activité auparavant exercée par une personne morale de droit privé, avec les moyens mis à sa disposition, ne suffit pas à caractériser une modification dans l'identité de l'entité transférée faisant obstacle à l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail.

Soc., 23 octobre 2007.

Cassation partielle

N° 06-45.289. – C.A. Orléans, 7 septembre 2006.

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

Note

1° Il est aujourd'hui constamment jugé, à la lumière des directives européennes sur le transfert d'entreprise, que l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, une telle entité étant constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels qui poursuit un objectif propre. Pour que ce transfert s'opère, il n'est pas nécessaire que les éléments mis en œuvre soient cédés à une autre personne, car ce transfert peut être « indirect » et résulter du seul fait que des moyens mis à la disposition de l'employeur, pour l'exercice de son activité, sont ensuite repris par celui qui lui succède dans l'exploitation de l'entité (Soc., 3 avril 2002, *Bull.* 2002, V, n° 114).

C'est alors la reprise des moyens d'exploitation qui caractérise le transfert de l'entité et il importe peu, à cet égard, que le nouvel exploitant refuse de garder à son service le personnel attaché à l'entité en cause, alors qu'il était légalement tenu de le faire.

Or, en l'espèce, pour juger que l'article L. 122-12 ne pouvait s'appliquer, la cour d'appel a relevé que le personnel, qui était en grève, n'avait pas été conservé par la commune après qu'elle eut repris la gestion des foyers, auparavant confiée à une association. Elle n'avait par ailleurs pas recherché, alors qu'elle y était invitée, si la commune n'avait pas repris, pour poursuivre l'activité de l'association, le matériel éducatif et sportif nécessaire et les locaux qu'elle mettait à la disposition de cette dernière.

2° Depuis l'arrêt du 25 juin 2002 (Soc., 25 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 209), qui suivait la position prise par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 26 septembre 2000 (CJCE, 26 septembre 2000, Didier X... c/association Promotion de l'information messine, affaire n° C-175/99), le seul fait qu'une entité économique autonome exploitée par une personne privée soit reprise par une personne morale de droit public, fût-elle chargée de la gestion d'un service public administratif, n'est pas de nature à empêcher l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail. Cette modification des conditions d'exploitation de l'entité, lorsqu'elle passe sous la direction d'une collectivité publique, ne suffit donc pas à établir qu'elle perd, de ce seul fait, son identité.

La Directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, dont il est fait ici application, n'exclut d'ailleurs de son champ d'application que la seule « réorganisation administrative d'autorités administratives publiques ou le transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ».

Pour écarter l'application de ce texte à l'égard de la commune, la cour d'appel avait également retenu que l'intervention « ponctuelle » de la ville dans la gestion des foyers n'avait pour objet que d'assurer la continuité du service public auparavant confié à une association, et que cette activité se confondait avec l'ensemble des missions de service public de la commune, ce qui lui faisait perdre son identité propre à l'intérieur des services gérés par la ville. Cette motivation, qui faisait de la seule intégration de l'entité dans les services communaux une cause d'exclusion de l'article L. 122-12 du code du travail, aurait conduit, si elle avait été suivie, à priver d'effet ce texte et les directives européennes chaque fois qu'une personne publique poursuit, avec son propre personnel, la gestion d'une entité économique antérieurement confiée à une personne privée. Quant au fait que la reprise de l'entité ait été provisoire, dans l'attente d'une autre solution, il était sans portée pour la mise en œuvre de l'article L. 122-12 du code du travail.

4. Contrats particuliers

* Travail temporaire

N° 195

En cas de litige sur le motif du recours au travail temporaire, il incombe à l'entreprise utilisatrice de rapporter la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour rejeter la demande en requalification de la relation de travail en contrat de travail à durée indéterminée, inverse la charge de la preuve en retenant que le salarié ne démontre par aucun élément qu'il exerçait, au sein de la société, des tâches participant à son activité normale et permanente.

Soc., 28 novembre 2007. Cassation partielle

N° 06-44.843. – C.A. Nancy, 30 juin 2006.

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

Note

L'article L. 124-2 du code du travail dispose que « Le contrat de travail temporaire, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice », et l'article L. 124-2-1 dresse précisément la liste des cas de recours autorisés. La Cour de cassation a notamment été amenée à définir les conditions requises pour qu'une entreprise puisse recourir au travail temporaire en cas d'accroissement temporaire d'activité (Soc., 23 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 70).

En vertu de l'article L. 124-7 du même code, si l'entreprise utilisatrice a recours au travail temporaire en violation des cas de recours autorisés, le salarié « peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à durée indéterminée », c'est-à-dire demander la requalification de son contrat en contrat de travail à durée indéterminée.

Dans la présente espèce, la cour d'appel avait rejeté la demande de requalification formée par le salarié intérimaire, au motif que celui-ci « ne démontre par aucun élément ou pièce qu'il exerçait au sein de la société [utilisatrice] des tâches participant à son activité normale et permanente ».

La question qu'avait à trancher pour la première fois la Cour de cassation était donc de déterminer la charge de la preuve dans le cadre d'une action en requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée. À qui appartient-il de démontrer que le contrat de travail temporaire n'avait ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise ?

Par le présent arrêt, la chambre sociale affirme très clairement que la charge de la preuve incombe à l'entreprise et censure donc la cour d'appel pour avoir inversé la charge de la preuve.

5. Statuts particuliers

* Agent d'EDF-GDF

N° 196

1° Le salarié est recevable à diriger, contre son employeur, une action relative à la cessation de son contrat de travail après le refus opposé par ce dernier à une demande de mise en inactivité par anticipation, formulée en application du statut régissant les relations entre les parties, peu important que la gestion et l'administration du régime des retraites des sociétés EDF et GDF aient été dévolues à une caisse nationale.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui fait grief à une cour d'appel d'avoir examiné la demande qu'un agent des sociétés EDF et GDF a dirigée contre elles, après refus, par ces dernières, de sa mise en inactivité par anticipation avec jouissance immédiate de son droit à pension, prévue par le statut national des industries électriques et gazières.

2° Par application du principe de la séparation des pouvoirs et de la loi des 16 et 24 août 1790, toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, même décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour débouter un salarié, père de trois enfants, de sa demande tendant à bénéficier de la bonification de service prévue, au profit des mères de famille, par les dispositions de l'article 3 de l'annexe III du statut national des industries électriques et gazières, retient que si cette restriction a été déclarée illégale par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a, postérieurement, déclaré conforme à la Constitution, comme ne méconnaissant pas le principe d'égalité entre les femmes et les hommes, l'article 32 de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, et qu'il appartient au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet.

Soc., 23 octobre 2007.

Cassation

N° 06-43.329. – C.A. Montpellier, 12 avril 2006.

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

Note

La présente affaire est une nouvelle fois l'occasion pour la Cour de cassation de se prononcer sur la question d'un agent masculin salarié d'EDF-GDF, qui revendique le bénéfice des dispositions applicables aux agents féminins en matière de mise en inactivité par anticipation.

En effet, l'article 3 de l'annexe III du statut national des industries électriques et gazières octroie aux agents mères de famille de trois enfants une bonification d'âge et de service leur permettant de demander une mise en inactivité par anticipation, avec jouissance immédiate du droit à pension.

Dans la présente espèce, un agent masculin d'EDF-GDF, père de trois enfants et les ayant élevés seul, a demandé à son employeur à pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 3 de l'annexe III du statut, mais EDF-GDF lui a opposé un refus, au motif que ces dispositions ne concernaient que les agents mères de famille. Saisie d'une action du salarié visant à lui reconnaître le droit au bénéfice de l'article 3, la juridiction prud'homale l'a débouté de sa demande, jugement confirmé par la cour d'appel.

Le premier point sur lequel il était demandé à la Cour de cassation de se prononcer concernait la recevabilité même de l'action engagée par le salarié. En effet, EDF-GDF soutenait que l'action n'aurait pas dû être intentée contre l'employeur, mais contre la Caisse nationale des industries électriques et gazières (CNIEG), organisme chargé de la gestion et de l'administration du régime des retraites d'EDF et GDF.

La chambre sociale a déjà été amenée à dire, dans un arrêt du 21 janvier 2004, que l'action d'un agent d'EDF-GDF tendant à obtenir une mise en inactivité anticipée relève bien de la compétence de la juridiction prud'homale, comme étant relative à la date de cessation du contrat de travail (Soc., 21 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 23). Mais cette décision a été rendue sous l'empire du régime antérieur, à savoir avant la création de la CNIEG, par une loi du 9 août 2004, comme caisse de sécurité sociale autonome. Dès lors, l'institution de cette caisse était-elle à même de modifier la solution ?

La Cour de cassation répond dans le présent arrêt par la négative, en maintenant sa solution antérieure : « le salarié est recevable à diriger, contre son employeur, une action relative à la cessation de son contrat de travail après le refus opposé par ce dernier à une demande de mise en inactivité par anticipation, formulée en application du statut régissant les relations entre les parties, peu important que la gestion et l'administration du régime des retraites des sociétés EDF et GDF aient été dévolues à une caisse nationale ».

Le litige est resté de la même nature : il est toujours relatif à la cessation du contrat de travail, qui relève des relations entre le salarié et son employeur, et n'est pas un litige entre un assuré social et sa caisse d'assurance. C'est dès lors à raison que le salarié a intenté son action contre EDF-GDF, son employeur, la CNIEG n'étant qu'appelée à l'instance.

La seconde question tranchée par la Cour de cassation touchait à la portée à accorder aux décisions d'illégalité d'un acte réglementaire prononcées par le juge administratif.

En effet, le Conseil d'État a, dans un arrêt *Plouhinec* du 18 décembre 2002, déclaré illégales les dispositions de l'article 3 de l'annexe III du statut national des industries électriques et gazières restreignant la mise en inactivité anticipée aux seuls agents féminins, comme incompatibles avec l'article 141 du Traité instituant les Communautés européennes (CE, 18 décembre 2002, n° 247224).

Le salarié se fondait sur cette déclaration d'illégalité pour demander le bénéfice de ces dispositions, la Cour de cassation réaffirmant de manière constante que « toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, même décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil, qui ne peut plus faire application du texte illégal » (1^{re} Civ., 8 novembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 407, par exemple). Elle l'a d'ailleurs encore décidé à propos, justement, de l'article 3 de l'annexe III du statut d'EDF-GDF, dans un récent arrêt non publié du 16 mai 2007 (Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-43.133).

Cependant, dans la présente espèce, les juges d'appel ont retenu que le Conseil constitutionnel a, par une décision du 14 août 2003, soit postérieurement à l'arrêt *Plouhinec* du Conseil d'État, déclaré conforme à la Constitution l'article 32 de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, instituant, pour les femmes, une majoration de la durée d'assurance pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant (Conseil constitutionnel, 14 août 2003, décision n° 2003-483 DC), introduisant ainsi un élément nouveau dans le débat sur la légalité de l'article 3 de l'annexe III du statut.

La Cour de cassation censure cette motivation, en réaffirmant une nouvelle fois l'attendu de principe sur la portée des déclarations d'illégalité d'actes réglementaires par le juge administratif à l'égard du juge civil : peu importe qu'une décision postérieure du Conseil constitutionnel ait apparemment validé un dispositif organisant une différence de traitement réservé aux femmes mères de famille. La décision du juge administratif, portant sur un texte autre que celui soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, s'impose au juge civil.

Cette décision est logique puisqu'il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel ne se livre à aucun contrôle de conventionnalité des lois. Le Conseil d'État a d'ailleurs réitéré sa déclaration d'illégalité de l'article 3 de l'annexe III du statut d'EDF-GDF dans un arrêt du 7 juin 2006, postérieur donc à la décision du Conseil constitutionnel (C.E., 7 juin 2006, n° 280126).

* Artiste du spectacle

N° 197

La présomption de contrat de travail posée par l'article L. 762-1 du code du travail s'applique entre les organisateurs de spectacles et les artistes y participant.

Encourt donc la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour dire qu'un artiste chorégraphique qui avait travaillé à diverses reprises avec un illusionniste dans le cadre de son numéro était lié à lui par un contrat de travail, a fait application de la présomption de l'article L. 762-1 du code du travail, alors que l'illusionniste n'était pas l'organisateur des spectacles auxquels avait participé l'artiste chorégraphique et qu'il y avait lieu de rechercher

si celui-ci travaillait sous l'autorité, la direction et le contrôle de l'illusionniste, dans des conditions caractérisant un lien de subordination.

Soc., 3 octobre 2007.

Cassation

N° 06-40.449. – C.A. Paris, 3 janvier 2006.

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

Note

Par cet arrêt, la Cour de cassation se prononce sur la question du champ d'application de la présomption de l'article L. 762-1 du code du travail. Ce texte dispose que tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail, dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité, objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce.

Adoptant une interprétation stricte de ce texte, la Cour de cassation affirme que la présomption de contrat de travail posée par l'article L. 762-1 du code du travail s'applique entre les organisateurs de spectacles et les artistes y participant. Il en résulte que, dans les rapports entre un artiste concepteur d'un numéro et un autre artiste travaillant dans le cadre de ce numéro, la présomption ne s'applique pas et il incombe alors aux juges du fond de rechercher si ce dernier travaillait sous l'autorité, la direction et le contrôle de l'illusionniste, dans des conditions caractérisant un lien de subordination.

La solution avait déjà été retenue dans un arrêt du 9 avril 1996 (Soc., 9 avril 1996, pourvoi n° 94-42.609), sans que le principe ait été expressément posé. Le présent arrêt vient la réaffirmer de manière plus claire et plus précise

N° 198

La présomption de contrat de travail prévue par l'article L. 762-1 du code du travail, qui ne vaut qu'entre l'organisateur de spectacles et les artistes y participant, n'interdit pas à l'artiste de démontrer l'existence d'une relation de travail dans un lien de subordination avec une autre personne.

Soc., 19 décembre 2007.

Rejet

N° 06-42.773 à 06-42.776. – C.A. Paris, 21 mars 2006.

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

Note

L'existence d'un lien de subordination entre celui qui exécute le travail et celui pour le compte duquel ce travail est exécuté est le critère principal pour déterminer si les intéressés sont liés par un contrat de travail. La Cour de cassation juge même régulièrement que « le lien de subordination caractérise l'existence d'un contrat de travail » (par exemple, Soc., 29 mars 1994, *Bull.* 1994, V, n° 108).

Mais le législateur est intervenu pour faire bénéficier d'une présomption de contrat de travail certains travailleurs dont les conditions d'exercice professionnel sont difficilement compatibles avec l'existence d'un lien de subordination au sens strict. Dès lors que cette relation de travail remplit les conditions prévues par la loi, alors le travailleur bénéficie du statut de salarié. Il en est ainsi notamment des journalistes professionnels (art. L. 761-2 du code du travail), des travailleurs à domicile (art. L. 721-1 du code du travail), des voyageurs, représentants ou placiers (art. L. 751-1 du code du travail), des gérants dans leur rapport avec leur partenaire commercial ou industriel exclusif (art. L. 781-1 et suivants du code du travail) et des artistes du spectacle (art. L. 762-1 du code du travail).

A propos de ces derniers, la Cour de cassation a été amenée à juger que « la présomption de contrat de travail posée par l'article L. 762-1 du code du travail s'applique entre les organisateurs de spectacles et les artistes y participant ». Elle l'a d'ailleurs rappelé récemment dans un arrêt du 3 octobre 2007 (*Bull.* 2007, V, n° 151).

Elle a aussi jugé que la présomption légale n'est pas détruite par la preuve de l'absence de subordination des artistes à l'organisateur (Soc., 14 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 506).

La question qui était posée à la Cour, dans l'arrêt commenté, était de savoir si, lorsque les conditions de la présomption de salariat sont remplies entre l'organisateur de spectacles et un artiste y participant, il est possible pour l'artiste de rapporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail avec une autre personne physique ou morale.

En effet, dans la présente espèce, les conditions de la présomption légale de salariat entre plusieurs musiciens et l'organisateur du spectacle étaient remplies, et pourtant les musiciens soutenaient qu'ils étaient liés par un contrat de travail à l'artiste principal, en raison notamment de l'existence d'un lien de subordination.

L'artiste principal réfutait cette thèse, au motif que dès lors que les conditions de la présomption de salariat étaient réunies entre des artistes et un organisateur de spectacles, la possibilité de rapporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail liant ces artistes à une autre personne que l'organisateur du spectacle était exclue.

C'est la solution inverse que la Cour de cassation adopte, reprenant celle qu'elle avait posé dans un arrêt non publié du 9 avril 1996 (pourvoi n° 94-42.609) et dans l'arrêt précité du 3 octobre 2007.

La haute juridiction se conforme en cela à la logique du législateur. En effet, la présomption légale de contrat de travail a été instaurée pour protéger les artistes qui, en raison des particularités de leur activité, peuvent avoir des difficultés à établir le lien de subordination les liant à celui pour qui ils travaillent. Cette présomption ne saurait interdire à un artiste de faire la preuve, selon les conditions du

droit commun, de l'existence d'un contrat de travail l'unissant à une autre personne que l'organisateur du spectacle.

* Conjoint salarié

N° 199

D'une part, l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition nécessaire à l'application du statut de conjoint salarié. D'autre part, dès lors qu'il est établi que l'un des époux participe ou a participé effectivement, à titre professionnel et habituel, à l'activité de son conjoint dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux, ce dernier ne peut, pour faire échec aux dispositions de l'article L. 784-1 du code du travail, opposer à son conjoint l'absence de rémunération du travail accompli à son service.

En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, pour débouter l'épouse de ses demandes à l'encontre de son ex-conjoint, retient qu'elle n'établissait pas l'existence d'un lien de subordination et qu'aucune rémunération n'avait été convenue entre eux, tout en constatant que l'activité continue qu'elle avait exercé à titre professionnel au service de son mari n'était en rien occasionnelle et avait permis à ce dernier d'économiser la charge d'une salariée.

Soc., 13 décembre 2007.

Cassation

N° 06-45.243. – C.A. Rennes, 15 décembre 2005.

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

Note

L'article L. 784-1 du code du travail dispose que « Les dispositions du présent code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance. »

Cet article définit donc les conditions pour pouvoir prétendre au statut de conjoint salarié.

Dans la présente affaire, une épouse avait travaillé au cabinet vétérinaire de son mari sans percevoir de rémunération et, à la suite du divorce des époux, elle a saisi la juridiction prud'homale pour se voir reconnaître la qualité de conjoint salarié et de diverses demandes tenant à l'exécution et à la rupture du contrat de travail. Les juges du fond ont rejeté ses demandes aux motifs qu'aucun lien de subordination n'était établi ni aucune rémunération convenue.

La Cour de cassation était donc invitée à préciser les conditions d'octroi du statut de conjoint salarié, telles que définies à l'article L. 784-1 du code du travail.

C'est tout d'abord en confirmant une jurisprudence désormais bien établie que la chambre sociale réaffirme que « l'existence d'un lien de subordination

n'est pas une condition nécessaire à l'application du statut de conjoint salarié » (Soc., 24 janvier 2007, *Bull.* 2007, V, n° 12 ; Soc., 6 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 339) : le lien de subordination est présumé par l'article L. 784-1, celui-ci étant de toute manière difficile à établir au regard du principe d'égalité entre époux.

Plus importante en revanche est la seconde précision apportée par l'arrêt, quant à la condition de rémunération exigée par l'article L. 784-1.

La chambre sociale affirme en effet que « *dès lors qu'il est établi que l'un des époux participe ou a participé effectivement à titre professionnel et habituel à l'activité de son conjoint dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux, ce dernier ne peut, pour faire échec aux dispositions de l'article L. 784-1 du code du travail, opposer à son conjoint l'absence de rémunération du travail accompli à son service* ».

La Cour de cassation assouplit donc la condition de rémunération posée par l'article L. 784-1 du code du travail ; elle considère que l'absence de rémunération n'est pas un obstacle à l'application du statut de conjoint salarié dès lors que, la première condition étant remplie, à savoir une participation effective à l'entreprise ou à l'activité de l'époux à titre professionnel et habituel, cette participation s'effectuait dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux. En effet, le conjoint salarié est justement celui qui fournit une aide qui dépasse la simple assistance normale entre époux.

Si la rémunération du conjoint démontre aisément que son aide ne relève pas de l'assistance entre époux, bénévole, la Cour de cassation laisse entendre que d'autres conditions entourant son activité peuvent aussi le démontrer. En l'espèce, les juges du fond avaient constaté que l'activité de l'épouse avait permis à son conjoint d'économiser la charge d'une salariée.

* *Voyageur, représentant, placier (VRP)*

N° 200

Un employeur ne peut imposer à son représentant de lui payer la valeur de la clientèle qu'il charge l'intéressé de visiter pour son compte et qui lui restera acquise.

Viola en conséquence les articles L. 751-1 et L. 751-9 du code du travail et les articles 1131 et 1780, alinéa 2, du code civil la cour d'appel qui refuse de restituer au voyageur représentant placier démissionnaire la somme prélevée sur ses commissions, pendant l'exécution du contrat de travail, au titre d'un rachat de clientèle, au motif qu'il lui aurait été loisible de présenter un successeur, ce qu'il n'était pas tenu de faire.

Soc., 3 octobre 2007.

Cassation

N° 06-42.320. – C.A. Toulouse, 3 mars 2006.

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

Note

Dans le contrat de travail à durée indéterminée qui liait un voyageur représentant placier à son employeur, une clause prévoyait le rachat, par le salarié, de la carte de clientèle, que ce dernier remboursait par prélèvements opérés sur ses commissions. Le salarié, ayant démissionné, a sollicité devant la juridiction prud'homale le remboursement des retenues opérées.

Confirmant le jugement de première instance, la cour d'appel a jugé que la clause de rachat de clientèle était valable et qu'il appartenait au VRP de présenter un successeur à l'agrément de son employeur avant de démissionner, afin de recevoir de ce successeur la valeur librement négociée de la carte et, en cas de refus d'agrément, de poursuivre la relation salariale.

Le salarié a formé pourvoi contre cet arrêt et fait valoir qu'une telle clause est nulle et que l'arrêt qui a décidé le contraire a violé l'article L. 751-9 du code du travail.

Aux termes de l'article L. 751-9 précité, « *en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée par le fait de l'employeur et lorsque cette résiliation n'est pas provoquée par une faute grave de l'employé (...), celui-ci a droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui, compte tenu des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des diminutions qui pourraient être constatées dans la clientèle préexistante et provenant du fait de l'employé* ».

Le VRP qui a accru la clientèle de l'entreprise et dont le contrat est résilié pour des circonstances indépendantes de sa volonté est donc créancier de l'employeur pour la valeur de l'augmentation de cette clientèle.

Mais cet article n'est pas applicable en cas de démission.

La jurisprudence a permis au VRP de céder la valeur de la clientèle qu'il a apportée ou créée ou développée pour son entreprise, si l'employeur donne son accord à cette cession et si le salarié renonce à réclamer à l'employeur le montant de l'indemnité de l'article L. 751-9 (Soc., 17 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 397).

Au contraire, la clause litigieuse dans le contrat de l'espèce obligeait le VRP à acheter le droit d'exploiter la clientèle existante.

Or l'exploitation de la clientèle, notamment existante, est l'objet du contrat de travail du VRP et la valeur de la clientèle reste acquise à l'employeur après la rupture des relations contractuelles.

Par ailleurs, on ne saurait restreindre la liberté de démissionner d'un salarié en lui imposant de présenter un successeur.

Ainsi, une telle clause de rachat de clientèle est privée de cause juridique licite. C'est pourquoi le présent arrêt est rendu notamment au visa des articles 1131 et 1780, alinéa 2, du code civil, rela-

tifs, pour le premier, à la cause de l'obligation, et, pour le second, à la prohibition des engagements perpétuels.

B. – Durée du travail et rémunération

1. Durée du travail, repos et congés

* Réduction du temps de travail

N° 201

1° L'indemnité compensatrice conventionnelle de jours de congé liés à la réduction du temps de travail non pris par le salarié à la date de la rupture de son contrat de travail correspond à l'acquisition d'heures de travail accomplies entre la trente-cinquième et la trente-neuvième heure de chaque semaine et ouvrant droit à bonification.

Elle présente donc, au sens de l'article 45 du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 1997 relative à l'assurance chômage, le caractère d'une rémunération normale et habituelle du salarié, n'ayant pas pour seule origine la rupture du contrat de travail.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour exclure l'indemnité litigieuse de l'assiette de calcul de l'allocation unique dégressive sollicitée par un salarié demandeur d'emploi, relève que cette indemnité ne lui a été payée que parce que son contrat à durée déterminée était arrivé à échéance.

2° L'indemnité pour jours de réduction du temps de travail non pris instituée par un accord collectif n'est pas inhérente à la rupture du contrat de travail, d'une part, et correspond au montant de la rémunération légalement due au salarié en raison de l'exécution d'un travail entre trente-cinq et trente-neuf heures hebdomadaires, d'autre part.

Doit par conséquent être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour augmenter d'une carence spécifique le délai d'attribution de l'allocation unique dégressive fixé par l'article 75 du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 1997 relative à l'assurance chômage, retient que l'indemnité litigieuse ne procède pas directement de la loi, mais de l'accord collectif qui a prévu l'accomplissement d'une durée de travail annuelle supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires en moyenne.

Soc., 31 octobre 2007.

Cassation

N° 04-17.096. – C.A. Versailles, 3 juin 2004.

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

Note

La chambre sociale avait à répondre aux deux questions suivantes :

– la base de calcul de l'allocation unique dégressive prévue en faveur des salariés demandeurs d'emploi par le règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 1997 relative à l'assurance chômage inclut-elle l'indemnité conventionnelle pour jours de réduction du temps de travail (JRTT) non pris, versée au salarié à la suite de la rupture de son contrat de travail (I) ?

– le décompte du délai de carence spécifique (ou « différé d'indemnisation ») édicté par le même régime d'assurance chômage comprend-il, de son côté, les jours de RTT non pris à la date de la rupture (II) ?

Ces deux questions, au confluent du droit de l'indemnisation du chômage et du droit de la durée du travail, reviennent à se demander quelle est la nature de l'indemnité conventionnelle versée en fin de contrat au salarié au titre de ses jours de RTT non pris. S'agit-il d'une rémunération (thèse défendue par le salarié demandeur d'emploi) ou d'une indemnité trouvant sa seule origine dans la rupture du contrat de travail et ne correspondant pas à la rémunération habituelle de l'intéressé (thèse de l'ASSEDIC) ?

I. – Sur le premier point, le second paragraphe de l'article 45 du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 1997 relative à l'assurance chômage énonce que « Sont exclues [de l'assiette de l'allocation] les indemnités compensatrices de congés payés, les indemnités de préavis ou de non-concurrence, toutes sommes dont l'attribution trouve sa seule origine dans la rupture du contrat de travail ou l'arrivée du terme de celui-ci, les subventions ou remises de dettes qui sont consenties par l'employeur dans le cadre d'une opération d'accession à la propriété de logement, le cas échéant, la fraction de l'indemnité de licenciement ou de l'indemnité de départ. D'une manière générale, sont exclues toutes sommes qui ne trouvent pas leur contrepartie dans l'exécution normale du contrat de travail. » Aux termes du paragraphe 3 du même texte, « Le revenu de remplacement est calculé sur la base de la rémunération habituelle du salarié. »

En l'espèce, un accord collectif de réduction de la durée du travail à trente-cinq heures comportait la disposition suivant laquelle, lorsqu'un salarié quitte l'entreprise au cours de la période de référence sans avoir pris tout ou partie des jours de RTT prévus par cet accord, il recouvre une indemnité correspondant à ses droits acquis.

Estimant que cette indemnité n'avait été payée à un salarié sous contrat à durée déterminée que parce que son contrat était arrivé à échéance, une cour d'appel l'avait exclue du salaire de référence.

La chambre sociale a, par l'arrêt rapporté, cassé cette décision, au motif que l'indemnité litigieuse, correspondant à l'acquisition d'heures de travail accomplies entre la trente-cinquième et la trente-neuvième heure de chaque semaine et ouvrant droit

à une bonification au taux alors applicable de 10 %, présentait le caractère d'une « rémunération habituelle et normale » du salarié, n'ayant pas pour seule origine la rupture du contrat de travail.

Cette solution repose sur le double constat, d'une part, qu'au contraire des congés payés, le jour de repos RTT correspond à une journée déjà travaillée (entre la trente-cinquième et la trente-neuvième heure) et, à la différence du repos compensateur, n'a pas pour objet de soulager de sa fatigue un salarié ayant accompli un certain volume d'heures supplémentaires ; d'autre part, que s'il est exact que l'indemnité compensatrice de JRTT non pris est versée au salarié en raison de son départ de l'entreprise à une date qui ne lui a pas permis de bénéficier de ses « congés-réduction » de la durée du travail, cette indemnité ne constitue pas pour autant une indemnité de rupture *stricto sensu*, mais la rémunération d'un soldé d'acquisition de journées correspondant à un travail exécuté au-delà de trente-cinq heures.

Il est à signaler que la décision de la chambre sociale d'inclure l'indemnité conventionnelle litigieuse dans le salaire de référence de l'allocation unique dégressive est en cohérence avec un arrêt de la deuxième chambre civile du 25 avril 2007 (*Bull.* 2007, II, n° 104), suivant lequel la même indemnité doit être incluse dans le salaire de référence servant de base à la détermination de l'allocation de cessation anticipée d'activité.

II. – S'agissant du calcul du délai de carence spécifique, intitulé « différé d'indemnisation », l'article 75 du règlement précité prévoit (§ 1) que « l'allocation unique dégressive et l'allocation chômeurs âgés ne sont dues qu'à l'expiration d'un délai de carence déterminé à partir du nombre de jours correspondant aux indemnités compensatrices de congés payés versées par le dernier employeur ou aux congés payés acquis au titre du dernier emploi lorsque celui-ci relève de l'article L. 223-16 du code du travail » ; et que (§ 2) « ce délai est augmenté d'une "carence spécifique" en cas de prise en charge consécutive à une cessation de contrat de travail ayant donné lieu au versement d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que soit leur nature, lorsqu'elles excèdent les indemnités légalement obligatoires dont le taux et les modalités de calcul résultent directement d'une disposition légale ».

La cour d'appel avait décidé d'inclure l'indemnité compensatrice de JRTT non pris dans ce délai de carence, et donc d'accroître le délai de prise en charge du salarié au titre de l'allocation unique dégressive. Sa motivation était que le versement de l'indemnité litigieuse ne procédait pas directement de la loi mais de l'accord d'entreprise, qui avait prévu une durée hebdomadaire de travail supérieure à trente-cinq heures et l'attribution de jours de repos indemnisables au cas où ils ne seraient pas pris au terme du contrat de travail.

Dans la même logique que précédemment, cette décision a été cassée de ce chef, aux motifs que l'indemnité pour JRTT non pris n'était pas inhérente à la rupture du contrat de travail, d'une part, et qu'elle correspondait au montant de la rémunération léga-

lement due au salarié en raison de l'exécution d'un travail entre trente-cinq et trente-neuf heures hebdomadaires, d'autre part.

N° 202

Par arrêt du 30 novembre 2001, le Conseil d'État a annulé le paragraphe 4 de l'article 5 du décret du 26 janvier 1983, tel qu'issu de l'article premier du décret n° 2000-69 du 27 janvier 2000, relatif notamment à la fixation d'un régime de rémunération des heures supplémentaires et de repos compensateurs spécifique pour les conducteurs longue distance, qui incluait notamment des majorations de salaire pour les heures effectuées de la trente-sixième à la trente-neuvième heure, sans annuler le paragraphe 3 dudit article, qui prévoyait un régime d'équivalence trente-neuf heures/trente-cinq heures pour ces mêmes conducteurs.

Doit dès lors être cassé le jugement d'un conseil de prud'hommes qui, pour rejeter la demande reconventionnelle de l'employeur en paiement du trop-perçu de salaire alloué à chacun des salariés à titre de majorations pour les heures effectuées de la trente-sixième à la trente-neuvième heure entre le 1^{er} février 2000 et le 30 avril 2002, considère que les salariés ont reçu ce qui leur était dû.

Soc., 31 octobre 2007.

Cassation partielle

N° 05-43.444. – C.P.H. Valence, 12 mai 2005.

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

Note

Le décret n° 2000-69 du 27 janvier 2000, relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises, comporte un article premier portant nouvelle rédaction de l'article 5 du décret du 26 janvier 1983.

Le paragraphe 4 de cet article 5 qualifiait d'heure supplémentaire, pour les personnels roulants marchandises « grands routiers » ou « longue distance », toute heure effectuée au-delà de trente-neuf heures par semaine.

Quant aux heures comprises entre la trente-sixième et la trente-neuvième heure, le décret du 27 janvier 2000 précisait qu'elles étaient rémunérées de manière majorée dans des conditions prévues par le décret lui-même.

Par arrêt du 30 novembre 2001, le Conseil d'État a annulé ledit paragraphe 4 sans annuler le paragraphe 3 du même article, qui prévoyait un régime d'équivalence trente-neuf heures/trente-cinq heures pour ces conducteurs « grands routiers » ou « longue distance ».

Dans la présente espèce, la Cour de cassation avait à connaître pour la première fois des conséquences de l'annulation partielle du décret litigieux, s'agissant d'une demande formulée par l'employeur à l'encontre de ses conducteurs salariés et tendant au remboursement du trop-perçu de salaires au titre des heures majorées.

Pour juger du bien-fondé de l'attribution de ces majorations, le conseil de prud'hommes s'était placé au moment où ces majorations avaient été payées, c'est-à-dire durant le temps d'application du décret n° 2000-69 du 27 janvier 2000, jusqu'à son annulation par le Conseil d'État, et avait estimé que les conducteurs avaient perçu ce qui leur était dû durant ce laps de temps.

La Cour de cassation casse le jugement : les dispositions annulées sont censées n'avoir jamais existé, et un paiement devenu ultérieurement indu est sujet à répétition (Soc., 16 mai 2000, *Bull.* 2000, V, n° 185).

En outre, l'annulation par le Conseil d'État concernait le régime des « majorations » de la trente-sixième à la trente-neuvième heure, et non pas l'établissement d'un régime d'équivalence que la décision de la juridiction administrative ne remettait pas en cause. Les majorations réglées n'étaient dès lors pas plus dues sur le fondement de la loi du 19 janvier 2000.

N° 203

L'accord du 27 janvier 2000 conclu dans la branche de l'hospitalisation privée et son annexe applicable au secteur social et médico-social à caractère commercial n'imposent pas la réduction effective du temps de travail à trente-cinq heures.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui condamne une société au versement d'une indemnité différentielle destinée à assurer le maintien de leur salaire aux salariés dont l'horaire est réduit, alors que l'horaire avait été maintenu à trente-neuf heures.

Soc., 16 novembre 2007. Cassation partiellement sans renvoi

N° 06-43.499. – C.A. Pau, 4 mai 2006.

M. Blatman, Pt (f.f.). – M. Gosselin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

La loi du 19 janvier 2000 dite « Aubry II » sur la réduction du temps de travail n'impose pas par elle-même une réduction effective de la durée du travail hebdomadaire à trente-cinq heures, la durée légale correspondant essentiellement à un seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Le législateur n'a pas plus prévu d'obligation pour l'employeur de maintenir le salaire en cas de réduction effective de la durée de travail (sauf pour les salariés payés au SMIC), laissant le soin aux partenaires sociaux de négocier sur ce point. Ainsi, un arrêt du 16 décembre 2005 a énoncé que la loi du 19 janvier 2000 n'a pas posé en principe que la réduction effective de la durée du travail à trente-cinq heures dans l'entreprise devait s'accompagner du maintien du salaire au bénéfice des salariés (Soc., 16 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 369).

Dès lors, si les accords de branche relatifs à la réduction et à l'aménagement du temps de travail peuvent emporter obligation, pour les entreprises

entrant dans leur champ d'application, de réduire effectivement la durée du travail et de verser aux salariés une indemnité différentielle destinée à compenser la diminution corrélative de leur salaire de base, ils peuvent tout aussi bien se contenter de prévoir des modalités de réduction et d'aménagement du temps de travail, en laissant le choix à chaque entreprise d'opter ou non pour une réduction. Il revient alors au juge d'interpréter les termes de l'accord.

Ainsi, la Cour de cassation a déjà été amenée à préciser que l'accord-cadre du 12 mars 1999, concernant les établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées relevant de la convention collective du 15 mars 1966, fixant la durée du travail à trente-cinq heures et prévoyant le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail pour maintenir le salaire à son niveau antérieur, les salariés qui ont continué à travailler pendant trente-neuf heures par semaine ont droit à cette indemnité et au paiement des heures accomplies au-delà de trente-cinq heures, majorées de la bonification alors applicable (Soc., 4 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 193).

En revanche, l'accord-cadre du 24 janvier 2002 concernant les services interentreprises de médecine du travail et celui du 4 mai 2000 concernant les personnels des entreprises de transport sanitaire n'imposent pas la réduction effective du temps de travail hebdomadaire à trente-cinq heures et ne prévoient 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, et Soc., 13 juin 2007, *Bull.* 2007, V, n° 100, voir cette même publication, n° 78, avril-mai-juin 2007, n° 90, p. 48-49).

La présente espèce concernait l'accord de branche de l'hospitalisation privée du 27 janvier 2000 relatif à la réduction et à l'aménagement du temps de travail, ainsi que son annexe applicable au secteur social et médico-social à caractère commercial.

La chambre sociale de la Cour de cassation décide, dans l'arrêt commenté, que cet accord de branche n'impose pas de réduction effective du temps de travail à trente-cinq heures et que l'indemnité différentielle destinée à assurer le maintien du salaire n'est due qu'aux salariés dont l'horaire de travail est réduit.

En effet, les articles 1 et 2 de l'accord stipulent très clairement que les entreprises « pourront s'engager dans une réduction du temps de travail » ou « pourront mettre en œuvre la réduction aidée du temps de travail ».

Dès lors, est cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait accordé au salarié demandeur l'indemnité différentielle, alors que les juges du fond avaient constaté que l'entreprise avait maintenu un horaire de trente-neuf heures pendant la période litigieuse.

N° 204

1° Dès lors qu'une prime a pour objet d'assurer le maintien des rémunérations dans l'entreprise après le passage des salariés aux trente-cinq heures, c'est à bon droit que la cour d'appel, lui restituant son exacte qualification, la prend en compte comme complément différentiel de salaire pour vérifier si le salarié a bien reçu la rémunération mensuelle garantie par l'article 32 de la loi du 19 janvier 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail.

2° Il résulte des dispositions de l'article 24 *bis* de l'annexe 1 de la convention collective des transports routiers et activités auxiliaires du transport, dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, que la majoration de la rémunération du personnel roulant travaillant de nuit prévue par cet article doit bénéficier au salarié qui effectuait un service continu durant la période s'écoulant de 22 heures à 5 heures, même si son service ne couvrait pas la totalité.

Soc., 16 novembre 2007. Cassation partielle

N° 06-40.391. – C.A. Aix-en-Provence, 3 mars 2005.

M. Blatman, Pt (f.f.). – Mme Grivel, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

L'apport de l'arrêt commenté est double. D'une part, il précise la notion de complément différentiel de salaire prévu par l'article 32 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 et, d'autre part, il interprète l'article 24 *bis* de l'annexe 1 de la convention collective des transports routiers et activités auxiliaires du transport, applicable à l'époque des faits.

L'article 32 de la loi du 19 janvier 2000, dite loi « Aubry II », relative à la réduction négociée du temps de travail, énonce, en son premier alinéa, une garantie de maintien du salaire pour les salariés payés au SMIC dont la durée de travail a été réduite à compter de l'entrée en vigueur de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation, relative à la réduction du temps de travail. Il précise que cette rémunération mensuelle garantie correspond au produit du salaire minimum de croissance en vigueur à la date de la réduction du temps de travail par le nombre d'heures correspondant à la durée collective qui était antérieurement applicable, dans la limite de cent soixante-neuf heures. La garantie est assurée par le versement d'un complément différentiel de salaire.

Dans la présente espèce, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale pour que l'employeur soit condamné à lui verser ce complément.

La cour d'appel, ayant constaté que l'employeur avait versé une prime intitulée « prime presse » destinée à assurer le maintien des rémunérations dans l'entreprise après le passage aux trente-cinq heures, a débouté l'intéressé de sa demande. Le salarié s'est alors pourvu en cassation.

La question qui se posait donc à la Cour était de savoir si la prime perçue par le salarié pouvait,

malgré son intitulé, constituer le complément différentiel auquel, en application de l'article 32 de la loi du 19 janvier 2000, il avait droit.

Sur la question voisine des modalités de paiement des heures supplémentaires, la chambre sociale, selon une jurisprudence constante, juge que ces heures supplémentaires ne peuvent être rémunérées ni par une prime (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 348 : « *Le versement de primes ne peut tenir lieu de règlement des heures supplémentaires* »), ni par une indemnité (Soc., 27 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 248 : « *Les heures supplémentaires doivent être payées en tant que telles, le versement d'indemnités pour autre cause ne pouvant tenir lieu de règlement* »). Mais le fondement de cette jurisprudence est que « *les heures supplémentaires ne donnent pas lieu uniquement au paiement d'un salaire majoré mais, d'une part, doivent s'exécuter dans le cadre d'un contingent annuel et, d'autre part, ouvrent droit à un repos compensateur* » (Soc., 27 juin 2000, précité). Il s'agit ainsi d'éviter le détournement de la législation sur les repos compensateurs.

En l'espèce, la question se posait différemment, puisque c'est le respect d'un salaire minimum, soit le salaire perçu antérieurement à la réduction du temps de travail, que garantit l'article 32 de la loi du 19 janvier 2000.

Par ailleurs, il appartient aux juges, en application de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, de restituer aux faits et actes litigieux leur exacte qualification, sans s'arrêter à celle que les parties ont pu leur donner.

Aussi, la cour d'appel ayant, en vertu de son pouvoir souverain, constaté que la prime dite « prime presse » avait bien pour objet d'assurer le maintien des rémunérations depuis que la réduction du temps de travail avait pris effet dans l'entreprise, la Cour de cassation ne pouvait que l'approuver d'avoir pris en compte cette prime, en lui restituant son exacte qualification, pour vérifier si le salarié avait perçu la rémunération garantie par l'article 32 de la loi « Aubry II ».

Le salarié reprochait également à son employeur de ne pas lui avoir payé la majoration de sa rémunération pour travail de nuit. Il existait en effet, entre lui et son employeur, une différence d'interprétation de l'article 24 *bis* de l'annexe 1 de la convention collective des transports routiers et activités auxiliaires du transport, applicable à l'époque des faits.

Cet article prévoyait une majoration globale de la rémunération des personnels roulants qui effectuaient un service continu entre 22 heures et 5 heures du matin, plage horaire qui correspondait à l'ancienne définition légale du travail de nuit (étant rappelé que, même aujourd'hui, la loi ne fixe pas de majoration de salaire pour le travail de nuit mais renvoie à l'accord collectif).

Pour le salarié, cet article octroyait une majoration de rémunération pour tout service accompli à l'intérieur de cette plage horaire sans qu'il soit nécessaire que le service couvre l'intégralité de cette plage horaire, et, dès lors, ayant travaillé jusqu'en

juillet 1996 de 1 h 30 à 6 heures du matin, puis, après le mois de juillet 1996, de 2 heures à 6 heures et, à partir de 1999, de 1 h 30 du matin à 7 heures du matin, il pouvait bénéficier de la majoration prévue par la convention collective.

L'employeur soutenait, quant à lui, que la majoration de salaire prévue par l'article 24 *bis* ne s'appliquait que dans le cas d'un travail qui s'effectuait, sans discontinuité et en totalité, de 22 heures à 5 heures du matin, donc sur toute la période délimitée par la convention collective.

La cour d'appel lui avait donné raison, au motif que le texte ne mentionne nullement qu'il s'agit d'une amplitude. La Cour de cassation tranche en faveur de l'interprétation du salarié, estimant que le texte exige certes un service continu, mais pas nécessairement sur l'entière période courant de 22 heures à 5 heures du matin.

* Régime de forfait en jours

N° 205

Il résulte de la combinaison de l'article L. 212-15-3 III du code du travail, dans ses rédactions issues des lois n° 2000-37 du 19 janvier 2000 et n° 2003-47 du 17 janvier 2003, et de l'article 5.7.2.3 de la convention collective nationale du golf qu'un régime de forfait en jours ne peut être appliqué qu'aux cadres dont la durée du travail ne peut pas être prédéterminée et qui disposent d'une grande autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps, et que, dans ce cas, le cadre doit bénéficier d'une grande liberté dans l'organisation de son travail à l'intérieur du forfait en jours.

Par ailleurs, seul le salarié susceptible d'être, par application des dispositions légales et conventionnelles, soumis à une convention de forfait en jours peut saisir le tribunal afin que lui soit allouée l'indemnité prévue par l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du code du travail, dès lors qu'il ne bénéficie pas d'une réduction effective de la durée du travail ou qu'il perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui alloue cette indemnité à un cadre soumis à une convention de forfait en jours, alors que la cour d'appel avait constaté que l'emploi du temps du salarié était déterminé par la direction et le supérieur hiérarchique de l'intéressé, lesquels définissaient le planning de ses interventions auprès des clients, et que le salarié ne disposait pas du libre choix de ses repos hebdomadaires, ce dont il se déduisait que, ne bénéficiant d'aucune liberté dans l'organisation de son travail, le salarié n'était pas susceptible de relever du régime de forfait en jours.

Soc., 31 octobre 2007. Cassation partielle

N° 06-43.876. – C.A. Versailles, 25 avril 2006.

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

Note

La loi du 19 janvier 2000 a donné la possibilité aux employeurs de conclure, avec leurs salariés cadres, une convention de forfait en jours, à condition qu'elle soit prévue par une convention ou un accord collectif, qui doit en préciser les catégories bénéficiaires, « la durée du travail de ces cadres ne pouvant pas être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps », déterminer le contenu de ces conventions de forfait et leurs modalités de contrôle et de suivi. La loi du 17 janvier 2003 a simplifié les critères de détermination des catégories de cadres concernées par le forfait en jours, en retenant le seul critère de « l'autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ».

Afin de sanctionner une mise en œuvre non conforme aux textes du forfait en jours, lorsque le salarié ne bénéficie d'aucune réduction effective de son temps de travail ou lorsque sa rémunération est sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, le législateur a prévu la possibilité, pour le salarié, de demander au tribunal de lui allouer une indemnité (art. L. 212-15-4, alinéa 2, du code du travail).

La chambre était saisie pour la première fois d'un pourvoi d'une société qui contestait sa condamnation, par la cour d'appel, à verser cette indemnité à un salarié.

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir accordé cette indemnité en se fondant sur l'existence d'heures supplémentaires, dont elle déduisait l'absence de réduction effective de la durée du travail, alors que le salarié qui a conclu une convention de forfait en jours ne relève pas des dispositions légales sur la durée du travail, à l'exception des dispositions relatives au repos quotidien et au repos hebdomadaire, ce qui exclut que l'employeur soit contraint de justifier des horaires du salarié autrement que par un décompte annuel du nombre de jours travaillés.

Mais ce n'est pas directement sur ce terrain du mode de preuve de la durée du travail accomplie que la chambre s'est située.

En effet, soulevant un moyen d'office, tiré des articles L. 212-15-3 III, de l'article L. 212-15-4, alinéa 2, et de l'article 5.7.2.3 de la convention collective nationale du golf, elle a cassé l'arrêt en considérant que seul un salarié susceptible d'être soumis à une convention de forfait en jours peut demander au tribunal de lui allouer l'indemnité prévue à l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du code du travail. Or tel n'était pas le cas du salarié, la cour d'appel ayant constaté que son emploi du temps était fixé par sa hiérarchie et qu'il ne disposait d'aucune liberté dans le choix de ses jours de repos.

La chambre instaure donc, même en l'absence de demande formelle des parties en ce sens, un contrôle préalable du juge sur la qualité de bénéficiaire potentiel d'une convention de forfait en jours

du salarié, contrôle qui conditionne la possibilité pour le juge d'allouer cette indemnité, dès lors que le salarié remplit les conditions prévues par cet article. Et ce contrôle doit s'opérer, selon la chambre, sur le fondement de l'article L. 212-15-3 III et des stipulations conventionnelles applicables.

Ce faisant, elle invite les juges du fond à une surveillance renforcée de l'application du régime du forfait en jours aux salariés, cette attention étant justifiée par l'importance des dérogations au droit commun de la durée du travail que ce type de forfaits entraîne.

* Temps de travail - travail effectif

N° 206

1° L'alinéa 4 de l'article L. 212-4 du code du travail, tel qu'issu de la loi du 18 janvier 2005 et relatif au temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail, ne s'applique pas au temps de déplacement accompli par un salarié au sein de l'entreprise pour se rendre à son poste de travail.

La qualification d'un tel temps doit être appréciée au regard des seules dispositions de l'alinéa premier du même article.

2° La circonstance que le salarié soit astreint au port d'une tenue de travail ne permet pas de considérer qu'un temps de déplacement au sein de l'entreprise constitue un temps de travail effectif.

Soc., 31 octobre 2007. Cassation partielle

N° 06-13.232. – C.A. Lyon, 27 janvier 2006.

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

Note

1° La loi n° 98-461 du 13 juin 1998 pose la définition du travail effectif dans l'alinéa premier de l'article L. 212-4 du code du travail, qui dispose : « La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. »

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 a ajouté un alinéa 4 à cet article et énoncé, s'agissant du temps de déplacement professionnel : « Le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif (...) ».

En l'espèce, la direction d'une société avait établi un plan de gestion du temps qui indiquait que le temps de travail effectif était celui passé au poste de travail. Dans cette entreprise, le personnel, astreint au port d'une tenue de travail et à un habillage et un déshabillage en vestiaire, devait « badger » en tenue, avant de rejoindre son poste de travail ou après l'avoir quitté. Conformément à l'alinéa 3

de l'article L. 212-4 du code du travail, les temps d'habillage et de déshabillage faisaient l'objet d'une contrepartie financière.

La cour d'appel avait jugé que le temps passé entre le vestiaire et la pointeuse avant la prise de poste, et dans le sens inverse après la fin du travail, devait être comptabilisé comme du temps de travail effectif. La société faisait valoir au contraire que ce temps devait être considéré comme un temps de déplacement professionnel, au sens de l'alinéa 4 de l'article susvisé.

La Cour de cassation, dans le présent arrêt du 31 octobre 2007, condamne cette dernière interprétation : le temps nécessaire au salarié pour se déplacer à l'intérieur de l'entreprise et rejoindre son poste de travail ne peut relever de l'alinéa 4 de l'article L. 212-4, qui traite du temps de déplacement professionnel entre le domicile et le lieu d'exécution du contrat de travail. Pour les déplacements au sein de l'entreprise, il convient toujours de se référer aux dispositions de l'alinéa premier de l'article L. 212-4.

2° En revanche, si le temps de déplacement à l'intérieur de l'entreprise doit s'apprécier au regard de l'alinéa premier de l'article L. 212-4 du code du travail, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond opèrent la qualification du temps de travail effectif à la lumière des critères posés par ledit alinéa : le salarié doit être à la disposition de l'employeur et se conformer à ses directives, sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles.

C'est ainsi que la seule circonstance que le salarié était astreint au port d'une tenue de travail lors de ce déplacement ne peut justifier la qualification de temps de travail effectif.

La Cour de cassation avait déjà procédé à une telle affirmation, dans un arrêt non publié (Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 05-44.396). Elle avait en effet jugé que le fait d'être astreint au port d'une tenue de travail durant un temps de pause ne pouvait pas, à lui seul, justifier la qualification de ce temps comme temps de travail effectif.

N° 207

Selon l'article L. 212-4 *bis* du code du travail, une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité, afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif.

Il en résulte que le temps de déplacement accompli lors de périodes d'astreintes fait partie intégrante de l'intervention et constitue un temps de travail effectif.

Soc., 31 octobre 2007.

Cassation

N° 06-43.834 et 06-43.835. – C.P.H. Montpellier,
8 juin 2006.

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

Note

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 a introduit dans le code du travail un article L. 212-4 *bis*, lequel définit l'astreinte comme « *une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité, afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif* ».

Dans l'espèce soumise à la chambre sociale, des salariés, employés en qualité de techniciens médicaux par un centre d'hémodialyse, avaient saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de rappels de salaires, en soutenant que les temps de trajet domicile-lieu de travail habituel, accomplis lors des périodes d'astreintes de novembre 2005 à avril 2006, constituaient un temps de travail effectif.

Antérieurement, un seul arrêt, non publié, avait expressément statué quant à la qualification des temps de trajet nécessités par des interventions lors d'astreintes (Soc., 10 mars 2004, pourvoi n° 01-46.367). Ainsi, les juges du fond qui, ayant constaté que le salarié appelé à intervenir sur le lieu de dépannage était, jusqu'à son retour à son domicile, tenu de se conformer aux directives de l'employeur sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles, en avaient déduit à bon droit que ce temps d'intervention constituait un temps à travail effectif et devait être rémunéré comme tel.

Par le présent arrêt, la chambre énonce le principe selon lequel le temps de déplacement accompli lors de périodes d'astreintes fait partie intégrante de l'intervention et constitue un temps de travail effectif. En effet, à partir du moment où le salarié quitte son domicile ou entame son déplacement, il n'a plus seulement l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir, mais il intervient effectivement.

Et sont ainsi écartées les dispositions, invoquées par le moyen, de l'article L. 212-4, alinéa 4, du code du travail issu de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, selon lesquelles le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif. Le législateur n'ayant pas modifié la teneur de l'article L. 212-4 *bis* relatif à l'astreinte, le temps de déplacement nécessité par une intervention lors d'une astreinte reste soumis aux dispositions de cet article.

2. Rémunérations

* Garantie de l'AGS

N° 208

L'article L. 143-11-3 du code du travail ne prévoit pas que la garantie de l'AGS s'applique aux versements de sommes effectués par les salariés sur un plan d'épargne d'entreprise du seul fait de l'affectation de ces sommes à ce plan, et il ne fait bénéficier de cette garantie les sommes dues au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion que si elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise, ce qui n'est pas le cas de celles qui, en accord de participation, ont été employées à l'acquisition d'un fonds commun de placement institué dans le cadre d'un plan d'épargne d'entreprise.

Soc., 28 novembre 2007.

Rejet

N° 05-45.354. – C.A. Rennes, 27 septembre 2005.

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

Note

Aux termes de l'alinéa premier de l'article L. 143-11-3 du code du travail, « *lorsqu'elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise, les sommes dues au titre de l'intéressement conformément aux dispositions des articles L. 441-1 et suivants [du code du travail], au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion conformément aux dispositions des articles L. 442-1 et suivants ou en application d'un accord créant un fonds salarial dans les conditions prévues par les articles L. 471-1 et suivants, sont couvertes par l'assurance prévue à l'article L. 143-11-1* ».

L'alinéa 3 précise que « *les créances visées au premier alinéa sont garanties :*

– *lorsqu'elles sont exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure ;*

– *lorsque, si un plan organisant la continuation de l'entreprise intervient à l'issue de la procédure, elles deviennent exigibles du fait de la rupture du contrat de travail dans les délais prévus au 2° de l'article L. 143-11-1 ;*

– *lorsqu'intervient un jugement de liquidation judiciaire ou un jugement arrêtant le plan de cession totale de l'entreprise ».*

L'arrêt ici commenté souligne que ce texte ne prévoit pas que les sommes recueillies sur un plan d'épargne sont, de ce seul fait, couvertes par l'assurance contre le risque de non-paiement des créances des salariés.

Cependant, il pouvait être envisagé de considérer que les sommes provenant de la participation recueillies sur un plan d'épargne soient couvertes par l'assurance contre le risque de non-paiement des créances salariales puisque, aussi bien, l'article L. 143-11-3 du code du travail mentionne les sommes dues au titre de la participation.

C'est en tout cas en ce sens qu'avait statué, pour des droits à participation aux résultats de l'entreprise constitués sous forme de parts de capital ne conférant pas aux salariés la qualité d'associé, un arrêt rendu le 30 septembre 2004 par la chambre sociale (*Bull.* 2004, V, n° 242), qui énonce :

« Mais attendu, d'abord, que, en premier lieu, selon le premier alinéa de l'article L. 143-11-3 du code du travail, "lorsqu'elles revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise, les sommes dues au titre de l'intéressement conformément aux dispositions des articles L. 441-1 et suivants, au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion conformément aux dispositions des articles L. 442-1 et suivants ou en application d'un accord créant un fonds salarial dans les conditions prévues par les articles L. 471-1 et suivants, sont couvertes par l'assurance prévue à l'article L. 143-11-1" ; qu'en second lieu, en vertu du troisième alinéa du même texte, ces créances sont garanties, "lorsqu'intervient un jugement de liquidation judiciaire ou un jugement arrêtant le plan de cession totale de l'entreprise" » ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles L. 442-1 et suivants du code du travail que les droits constitués au profit des salariés au titre de la participation aux résultats de l'entreprise en exécution du contrat de travail et du statut collectif qu'il implique revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise quel que soit leur emploi pendant le temps de leur indisponibilité ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel, qui a constaté que la liquidation judiciaire de l'employeur avait été prononcée, ce dont il résultait que les droits des salariés étaient devenus exigibles, a exactement décidé que la valeur de ces droits, dont elle a fixé le montant au passif de l'entreprise, devait être garantie par l'AGS. »

Cet arrêt avait été critiqué (Jean Savatier, *Droit social*, n° 12, décembre 2004, p. 1149-1150). Il lui était reproché, alors que l'article L. 143-11-3 du code du travail ne prévoit de garantir que les sommes revêtant la forme d'un droit de créance sur l'entreprise, d'avoir usé d'une formulation générale qui ne fait aucune distinction selon l'affectation des sommes revenant, au titre de la participation, à chaque salarié : seules certaines affectations ouvriraient un droit de créance telles que l'affectation à un fonds d'investissement de l'entreprise prévu à L. 442-5 3°, tandis que ce ne serait pas le cas de l'affectation à l'attribution d'actions ou de coupures d'actions de l'entreprise ou à la souscription d'actions, ou à la réalisation d'un plan d'épargne d'entreprise constitué sous la forme d'un fonds commun de placement.

L'apport de l'arrêt commenté est d'opérer cette distinction ; il considère que les sommes qui ont été affectées, en application d'un accord de participation, à l'acquisition de parts d'un fonds commun de placement institué par un plan d'épargne d'entreprise ne revêtent pas la forme d'un droit de créance sur l'entreprise.

* Salaire « à travail égal, salaire égal »

N° 209

Le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, alinéa 7, du code du travail ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal », que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui fait droit à la demande de salariés d'une entreprise absorbante tendant à bénéficier d'avantages qu'un accord de substitution, conclu après l'absorption, maintient au profit des salariés de l'entreprise absorbée qui en bénéficiaient auparavant.

Soc., 4 décembre 2007.

Cassation

N° 06-44.041. – C.A. Aix-en-Provence, 1^{er} juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

Lors de l'absorption de l'ASSEDIC Val de Durance par l'ASSEDIC des Bouches-du-Rhône, pour former l'ASSEDIC Alpes-Provence, un accord d'adaptation relatif à la restauration du personnel de l'ASSEDIC Val de Durance a été conclu le 30 avril 2002, maintenant l'attribution d'une prime trimestrielle au personnel de cette ASSEDIC. À la suite du refus de l'ASSEDIC Alpes-Provence d'étendre le bénéfice de cette prime au personnel issu de l'ASSEDIC des Bouches-du-Rhône, certains salariés ont saisi la juridiction prud'homale. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, par arrêt infirmatif du 1^{er} juin 2006, a fait application du principe « à travail égal, salaire égal » et a condamné la société absorbante à verser à tous ses salariés cette prime trimestrielle. L'ASSEDIC Alpes-Provence a formé pourvoi contre cette décision.

Énoncé par les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du code du travail, la règle « à travail égal, salaire égal » a pris, au fil des décisions de la Cour de cassation (Soc., 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359 ; Soc., 13 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 1), la valeur d'un principe fondamental du droit du travail.

Ce principe, s'il n'exclut pas les différences de rémunération entre les salariés placés dans une situation apparemment similaire, pose une limite au pouvoir discrétionnaire de l'employeur, l'obligeant à expliciter ses choix par un critère objectif. Ainsi, deux salariés qui occupent le même poste, effectuent le même travail, ont la même ancienneté et la même qualification (c'est-à-dire qui se trouvent dans une situation objective identique), doivent en principe percevoir le même salaire.

Débordant la sphère purement contractuelle, l'application du principe « à travail égal, salaire égal » concerne, comme le déterminent les arti-

cles L. 133-5 4^o et L. 136-2 8^o du code du travail et comme l'illustre la présente espèce, le domaine du statut collectif.

Selon l'article L. 132-8, alinéa 7, du code du travail, en cas de fusion, cession, scission ou changement d'activité qui conduit à appliquer un nouvel accord collectif, l'application de la convention collective dont relevait l'entreprise est mise en cause. L'ancien accord continue de produire effet pendant un an, après un préavis de trois mois à compter de la mise en cause. Selon les dispositions de cet article, l'employeur doit engager une négociation avec les organisations syndicales, soit pour l'adaptation de l'ancien accord, soit pour l'élaboration d'un nouvel accord. Si un accord d'adaptation est signé, l'ancien accord cesse de s'appliquer et les salariés ne peuvent pas revendiquer les droits antérieurement acquis. Si aucun accord d'adaptation n'est signé, l'accord ancien cesse de s'appliquer après le délai de quinze mois, et à l'issue de ce délai, les salariés conservent les avantages individuellement acquis, incorporés au contrat de travail.

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation avait eu l'occasion de juger qu'au regard de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux, à la seule exception des avantages individuels acquis, conformément à l'article L. 132-8, alinéa 6, du code du travail (Soc., 11 juillet 2007, *Bull.* 2007, V, n^o 119).

Ainsi, l'exception posée par la loi dans l'article L. 132-8, alinéa 6, justifie une dérogation à un principe, « à travail égal, salaire égal », lui-même énoncé dans les articles L. 133-5 4^o et L. 136-2 8^o du même code. Précédemment, dans un arrêt du 11 janvier 2005, la Cour de cassation avait admis qu'en cas de conflit entre deux dispositions de nature légale, l'article L. 132-8 n'était pas contraire au principe d'égalité de rémunération (Soc., 11 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n^o 2).

L'intérêt de la présente décision réside dans le fait qu'en l'espèce, un accord de substitution avait été conclu. Se posait la question de savoir si un tel accord pouvait justifier l'exception à la règle « à travail égal, salaire égal », les partenaires sociaux étant tenus, dans les conventions qu'ils signent, de respecter un principe d'origine légale.

Dans l'arrêt du 11 juillet 2007, la Cour de cassation justifiait le mécanisme légal d'attribution des avantages individuels acquis, mécanisme instauré par l'article L. 132-8, alinéa 6, par l'objet des avantages acquis, qui doivent compenser, en l'absence d'accord de substitution, le préjudice subi par les salariés du fait de la dénonciation de l'ancien accord collectif.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation tire la conséquence de cette justification. Ainsi, il n'est pas anormal de permettre aux partenaires sociaux de négocier ces avantages acquis, qui, même maintenus par disposition conventionnelle, n'en

poursuivent pas moins le but de compenser le préjudice subi par les salariés et ne seront attribués qu'à ces salariés. L'exception au principe d'égalité des rémunérations est donc admise, dans le cadre de l'article L. 132-8, que le maintien d'un avantage acquis résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord.

C. – Santé et sécurité au travail

1. Obligation de sécurité pesant sur l'employeur

N^o 210

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat résultant des dispositions des articles 6 § 1 et 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas méconnu lorsqu'à l'occasion d'un accident du travail, les fonctionnaires de l'inspection du travail demandent au chef d'établissement de faire procéder à la vérification de conformité du matériel utilisé et qu'ils dressent ensuite, en vue de sa transmission au ministère public, un procès-verbal relevant des manquements à la sécurité.

En effet, ces fonctionnaires, dans l'exercice de leur mission de vérification des conditions de travail dans l'entreprise, tiennent des articles L. 611-1 et L. 233-5-2 du code du travail le pouvoir de s'assurer de la conformité aux règles de sécurité des matériels utilisés par l'ensemble du personnel et s'ils sont amenés à dresser un procès-verbal d'infraction, établi en dehors de toute contrainte et ne préjugant pas de la culpabilité, l'engagement éventuel de poursuites par le ministère public, qui apprécie la suite à donner à ce procès-verbal après avoir, le cas échéant, ordonné une enquête, ne fait pas obstacle à l'exercice des droits de la défense devant la juridiction de jugement.

Crim. – 6 novembre 2007.

Rejet

N^o 07-80.031. – C.A. Paris, 18 décembre 2006.

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

N^o 211

L'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité en prenant en considération les propositions de mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs, que le médecin du travail est habilité à faire en application de l'article

L. 241-10-1 du code du travail. Le chef d'entreprise est, en cas de refus, tenu de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite.

Justifie légalement sa décision d'annuler un avertissement donné à un salarié pour faible productivité la cour d'appel qui constate que les réserves du médecin du travail étaient de nature à expliquer l'insuffisance de résultats et que l'employeur n'avait pas cherché à lui fournir un poste compatible avec les recommandations du médecin du travail.

Soc., 19 décembre 2007.

Rejet

N° 06-43.918. – C.A. Toulouse, 12 mai 2006

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

Note

L'article L. 241-10-1 du code du travail dispose que « *Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs. Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. [...]* ».

Par ailleurs, « *l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité* » (Soc., 28 février 2006, Bull. 2006, V, n° 87, note dans cette revue, n° 73, arrêt n° 418, p. 35 ; Soc., 13 décembre 2006, Bull. 2006, V, n° 373).

L'intérêt de l'arrêt ici commenté est donc de proposer une illustration de cette exigence d'effectivité, en la présentant en lien avec l'obligation légale prévue à l'article L. 241-10-1 du code du travail, comme dans un précédent arrêt, mais non publié (Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-42.925).

En effet, dans la présente affaire, l'état de santé d'un salarié, préparateur de commandes, avait fait l'objet de réserves de la part du médecin du travail, qui avait formulé un avis recommandant moins de manutention. L'employeur avait par la suite reproché au salarié sa faible productivité, puis lui avait notifié un avertissement.

La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir annulé cet avertissement et octroyé au salarié des dommages-intérêts, en affirmant que l'obligation de sécurité de résultat dont l'employeur doit assurer l'effectivité implique que soient prises en considération les propositions de mesures individuelles formulées par le médecin du travail dans le cadre de l'article L. 241-10-1 du code du travail.

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

* Protection contre le licenciement

N° 212

Si l'article L. 122-45 du code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif.

Seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié. Il en résulte que le recours à une entreprise prestataire de services ne peut caractériser un tel remplacement.

Viole en conséquence les articles L. 122-45 et L. 122-14-3 du code du travail l'arrêt qui juge fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'une gardienne d'immeuble dont le remplacement a été assuré par une société prestataire de services.

Soc., 18 octobre 2007.

Cassation partielle

N° 06-44.251. – C.A. Paris, 8 novembre 2005.

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

Note

La maladie du salarié n'est pas une cause légitime de licenciement. En effet, selon l'article L. 122-45 du code du travail dans sa version applicable au litige, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap. Un tel licenciement encourt la nullité.

Toutefois, le licenciement peut être justifié par la prise en compte des conséquences qu'entraînent pour l'entreprise l'absence du salarié malade. C'est ce qu'avait énoncé la chambre sociale dans un arrêt du 16 juillet 1998 (Bull. 1998, V, n° 394), considérant que les dispositions de l'article L. 122-45 du code du travail ne s'opposent pas au licenciement motivé non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui, perturbée dans son fonctionnement par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, se trouve dans la nécessité de pourvoir à son remplacement définitif. Deux conditions s'avèrent donc nécessaires pour justifier le licenciement : la nécessité de pourvoir au remplacement définitif et la perturbation de l'entreprise.

Imposant un cadre strict à ce type de licenciement, la chambre sociale, dans un arrêt du 13 mars 2001 (Bull. 2001, V, n° 84), a, dans la lignée de l'arrêt du 16 juillet 1998 précité, rappelé que la perturbation

du fonctionnement de l'entreprise ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement que si elle entraîne la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement définitif du salarié (*Rapport annuel de la Cour de cassation* 2001, p. 354).

Dans la présente espèce, il s'agit de savoir si le remplacement d'un salarié, assuré par la conclusion d'un contrat de fourniture de services avec une entreprise prestataire, peut être considéré comme définitif.

Si le remplacement définitif du salarié absent doit être nécessaire, il doit aussi être effectif.

Ne répond pas à cette exigence d'un remplacement définitif effectif :

– l'embauche d'un salarié sous contrat de qualification (12 octobre 2004, pourvoi n° 02-47.718), ou d'un salarié selon contrat à durée déterminée (29 octobre 2003, pourvoi n° 01-44.130 ; 6 février 2001, pourvoi n° 98-43.933) ;

– un remplacement n'entraînant l'embauche d'aucun nouveau salarié (Soc., 4 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 304 ; 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-45.577 ; 10 mai 2006, pourvoi n° 04-45.500).

La chambre sociale tire la conséquence de cette jurisprudence, à savoir que le recours à une entreprise prestataire de services ne peut pas caractériser un remplacement définitif. Il est à noter qu'en l'absence de caractère définitif du remplacement, le licenciement n'est pas nul mais dépourvu de cause réelle et sérieuse.

4. Protection de la santé du salarié

* Travaux dangereux pour la santé

N° 213

Aux termes de l'article R. 231-56-11 du code du travail, un travailleur ne peut être affecté à des travaux l'exposant à un agent cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction, que s'il a fait l'objet d'un examen préalable par le médecin du travail et si la fiche d'aptitude atteste qu'il ne présente pas de contre-indication médicale à ces travaux.

Il en résulte que ne constitue pas une faute le refus du salarié d'effectuer une tâche à l'accomplissement de laquelle il ne peut être affecté, dès lors que l'employeur n'a pas exécuté les obligations mises à sa charge pour assurer la protection de la santé au travail.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour juger fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié survenu après son refus d'accomplir des travaux impliquant la manipulation de produits cytostatiques, retient que l'intéressé n'avait à aucun moment exercé son droit de retrait et ne s'était jamais prévalu d'une situation de travail dont il aurait eu un motif de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, se bornant à faire état d'une

incapacité psychologique et technique, alors que les juges avaient constaté que les tâches demandées au salarié l'exposaient à un agent cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction et que la fiche d'aptitude délivrée par le médecin du travail ne comportait aucune mention relative à l'absence de contre-indication à ces travaux.

Soc., 18 décembre 2007. Cassation partiellement sans renvoi

N° 06-43.801. – C.A. Montpellier, 19 octobre 2005.

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

Note

Le décret n° 2001-97 du 1^{er} février 2001, adopté dans le cadre de la transposition des Directives européennes n° 97/42/CE et n° 99/38/CE, établit des « règles particulières de prévention à prendre contre les risques d'exposition aux agents cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction ». L'article L. 231-56-11 du code du travail, modifié par ce décret, subordonne l'affectation de salariés exposés à des travaux de cette nature à un avis préalable du médecin du travail attestant de l'absence de contre-indication médicale.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, une salariée, préparatrice en pharmacie, avait refusé d'accomplir des travaux de préparation de produits de chimiothérapie, mettant en avant plusieurs raisons, dont les risques liés à la manipulation des produits cytostatiques. L'employeur l'avait licenciée pour refus fautif d'exercer ses attributions, et la cour d'appel avait estimé que la faute était avérée, dès lors que la salariée ne s'était pas prévalu d'une situation mettant sa vie et sa santé en danger.

La Cour de cassation censure cette décision, en considérant que le seul fait que soit établi que les travaux demandés à la salariée l'exposaient à un risque cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction, obligeaient l'employeur à respecter et faire respecter les textes relatifs à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise (notamment Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87).

Il en résulte qu'en l'absence de mention expresse, sur la fiche d'aptitude établie par le médecin du travail en application des dispositions de l'article R. 231-56-11 du code du travail, que le salarié ne présente pas de contre-indication médicale, l'employeur ne pouvait affecter ce salarié à des travaux l'exposant à des agents cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction.

Dès lors, le licenciement motivé par le refus du salarié d'accomplir des travaux que des textes relatifs à la santé et à la sécurité interdisent à l'employeur d'exécuter ou soumettent à des conditions que le salarié ne remplit pas est sans cause réelle et sérieuse.

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. Accords et conventions collectives

* Accords collectifs et conventions collectives diverses

N° 214

Il résulte de l'article 21 *bis* de la convention collective nationale des industries chimiques que l'indemnité de départ à la retraite est calculée sur la base de la rémunération totale servant de référence, à la seule exclusion des gratifications exceptionnelles ; par suite, il n'y a pas lieu d'exclure de l'assiette de calcul la participation collective, l'intéressement et l'abondement.

Soc., 10 octobre 2007. Rejet

N° 06-44.807 à 06-44.809. – C.A. Metz, 27 juin 2006.

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

Note

Dans la présente affaire, la chambre sociale devait décider si l'assiette de calcul de la rémunération pour la détermination de l'indemnité de départ à la retraite des salariés soumis à la convention collective nationale des industries chimiques devait ou non inclure la participation collective, l'intéressement et l'abondement.

La difficulté venait (notamment) de ce que ces éléments de rémunération collective avaient été institués postérieurement à la signature de la convention collective (qu'ils n'avaient donc pu être envisagés par les partenaires sociaux).

L'arrêt rapporté, reprenant la solution adoptée dans un arrêt du 10 mai 2006 (pourvoi n° 04-40.987), décide que les éléments de rémunération en cause doivent être inclus dans l'assiette ; cette décision est fondée sur le fait que, selon le texte conventionnel, seules sont exclues les gratifications exceptionnelles.

N° 215

Il résulte de la combinaison des articles L. 132-10 du code du travail et 21 de la convention collective nationale des entreprises d'expertise en matière d'évaluations industrielles et commerciales que la prime d'ancienneté, instituée au profit des salariés totalisant cinq années de présence dans l'entreprise et dont le taux augmente en fonction de la durée de ce temps de présence, est applicable immédiatement aux salariés justifiant d'une ancienneté supérieure ou égale à cinq ans, à la date d'entrée en vigueur de la convention collective.

Doit donc être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande de rappel de prime d'ancienneté, a retenu que l'ancienneté à prendre en compte pour le calcul de ladite prime

était celle qui résultait de la date d'adhésion, par l'employeur, à la convention collective, peu important l'ancienneté totale du salarié dans l'entreprise, alors que celui-ci avait une ancienneté de plus de cinq ans au moment de l'entrée en vigueur de la convention collective.

Soc., 10 octobre 2007.

Cassation

N° 06-43.373. – C.A. Colmar, 13 avril 2006.

M. Texier, Pt (f.f.). – Mme Mariette, Rap. – M. Salvat, Av. Gén.

Note

L'article L. 132-10 du code du travail dispose que les conventions et accords collectifs sont applicables, sauf stipulations contraires, à partir du jour qui suit leur dépôt auprès du service compétent.

L'article 21 de la convention collective nationale des entreprises d'expertises en matière d'évaluations industrielles et commerciales prévoit que « le salarié ayant au moins cinq années de présence chez un même employeur a droit à une prime d'ancienneté. (...) Cette prime d'ancienneté est acquise à dater du premier jour du mois dans lequel se situe la date anniversaire de l'entrée de l'intéressé dans l'entreprise ».

En l'espèce, un salarié avait été engagé par une entreprise une dizaine d'années avant que cette dernière n'adhère à la convention collective.

Concernant le calcul de la prime d'ancienneté, le salarié demandait à son employeur de prendre en compte l'ancienneté qu'il avait acquise depuis son engagement.

La cour d'appel avait débouté le salarié de sa demande, au motif que l'adhésion à la convention collective ne produisait effet qu'à sa date et qu'aucune disposition de la convention n'était applicable à l'employeur pour la période antérieure. L'ancienneté du salarié à prendre en compte était donc celle résultant de la date d'adhésion à la convention collective, peu important, à cet égard, l'ancienneté totale du salarié dans l'entreprise.

La chambre sociale casse cet arrêt et décide que la convention collective instituant une prime au profit des salariés ayant une certaine ancienneté dans l'entreprise est applicable immédiatement aux salariés justifiant de cette ancienneté à la date d'entrée en vigueur de cette convention collective, ou à la date d'adhésion à cette convention.

En effet, s'il résulte d'un principe général du droit que les conventions et accords collectifs n'ont pas d'effet rétroactif et qu'ils ne peuvent donc stipuler que pour l'avenir sans pouvoir remettre en cause ni augmenter les droits ouverts (par exemple, Soc., 19 janvier 1994, *Bull.* 1994, V, n° 14 et Soc., 5 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 3), ce principe de non-rétroactivité ne fait toutefois pas obstacle à l'application immédiate de la convention ou de l'accord collectif aux situations contractuelles en cours (par exemple Soc., 19 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 386).

Ainsi, la chambre sociale avait précédemment jugé qu'il résultait d'une convention collective instituant une prime d'ancienneté au profit de tous les salariés totalisant trois ans de présence effective dans l'entreprise qu'elle était applicable immédiatement aux salariés justifiant d'une ancienneté supérieure ou égale à trois ans à la date d'entrée en vigueur de la convention collective (Soc., 25 octobre 1994, pourvoi n° 91-44.459). Cette jurisprudence avait été confirmée dans un arrêt du 15 octobre 2002 (Soc., 15 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 315).

La présente décision est donc un rappel de la jurisprudence antérieure de la chambre sociale.

N° 216

En application de l'article 20 de la convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment, l'indemnité conventionnelle de licenciement d'un ETAM ayant 60 ans, dont l'ancienneté est comprise entre 5 et 15 ans, dans une entreprise cotisant au régime obligatoire ou à un régime supplémentaire pour un taux de cotisation au moins égal à 8 %, est égale à « 80/100^e de mois de salaire plus 16/100^e de mois de salaire par an au-dessus de 5 ans ».

Viola ce texte la cour d'appel qui applique un coefficient de majoration proportionnelle à l'ancienneté sur le premier terme de ladite somme, alors qu'il résulte de ce texte que le premier élément de cette somme est fixe et indépendant de l'ancienneté acquise par le salarié, seul son second terme faisant l'objet d'une majoration proportionnelle à l'ancienneté que ce dernier a acquise dans l'entreprise au-dessus de cinq ans.

Soc., 17 octobre 2007. Cassation partielle

N° 06-44.710. – C.A. Toulouse, 22 juin 2006.

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

Note

L'article 20 de la convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment du 29 mai 1958 stipule qu'« Après cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise, il est alloué aux ETAM licenciés avant 65 ans une indemnité distincte du préavis, dite "indemnité de licenciement" calculée en centièmes de mois de rémunération, conformément aux indications du tableau ci-dessous [...] ».

Il est ainsi prévu que l'indemnité conventionnelle de licenciement d'un ETAM ayant 60 ans dont l'ancienneté est comprise entre 5 et 15 ans, dans une entreprise cotisant au régime obligatoire ou à un régime supplémentaire pour un taux de cotisation au moins égal à 8 %, est égale à « 80/100^e de mois de salaire plus 16/100^e de mois de salaire par an au-dessus de 5 ans ».

Dans la présente espèce, un salarié, contremaître, mis à la retraite par son employeur à l'âge de 60 ans, contestait les modalités de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement qui lui avait été

allouée. Les juges du fond avaient calculé l'indemnité en appliquant aux deux éléments de la somme la majoration proportionnelle à l'ancienneté, conformément au mode de calcul soutenu par le salarié. L'employeur estimait pour sa part que la première composante de la somme constitue une part forfaitaire, fixe et indépendante de l'ancienneté, soit 80 % d'un mois de salaire, seule la seconde composante étant corrélée au nombre d'années d'ancienneté.

Dans le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation prend clairement partie pour cette dernière interprétation, seule compatible avec les termes de la disposition conventionnelle en cause.

Cette interprétation peut sans nul doute être reprise pour les autres cas de figure prévus par le texte conventionnel dont il s'agit, selon l'ancienneté du salarié et le niveau de cotisation de l'entreprise, puisque la formulation du montant de l'indemnité est toujours construite sur le même modèle.

N° 217

L'article 31-2 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, dans sa rédaction résultant de l'avenant du 29 janvier 2000 à l'accord national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie, permet la mise à la retraite, par l'employeur, des ingénieurs et cadres âgés de moins de 65 ans pouvant bénéficier d'une retraite à taux plein et qui peuvent faire liquider sans abattement les retraites complémentaires AGIRC et ARRCO sans qu'il s'agisse d'un licenciement, à condition que cette mise à la retraite s'accompagne d'une des cinq modalités de recrutement mentionnées dans l'accord, parmi lesquelles la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. Dans ce dernier cas, l'employeur doit justifier, à la demande de l'ingénieur ou du cadre, du remplacement par contrat à durée indéterminée, en communiquant à l'intéressé soit le nom du titulaire du contrat, si celui-ci ne s'y oppose pas, soit son identification codée.

Il résulte de ce texte que l'employeur qui a décidé de la mise à la retraite d'un salarié doit rapporter la preuve que le contrat à durée indéterminée conclu avec un autre salarié est en lien avec cette mise à la retraite.

Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui juge sans cause réelle et sérieuse le licenciement intervenu à l'occasion de la mise à la retraite, avant 65 ans, d'un ingénieur commercial en poste à Nice, sans que la cour d'appel ait recherché si, nonobstant la circonstance que l'ingénieur commercial engagé sous contrat à durée indéterminée l'avait été pour exercer sa fonction à Besançon, il n'existait cependant pas un lien entre ce recrutement et la mise à la retraite du salarié, lien dont il appartenait à l'employeur de rapporter la preuve.

Soc., 18 octobre 2007. Cassation partielle

N° 06-41.586. – C.A. Aix-en-Provence, 12 décembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

Cet arrêt se situe dans le prolongement d'un précédent arrêt rendu par la chambre sociale le 20 décembre 2006 (pourvoi n° 05-43.980), qui n'avait pas été publié.

Dans les deux cas, il s'agit de l'application de l'article 31-2 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, qui prévoit, si certaines conditions sont remplies, la possibilité pour l'employeur de mettre à la retraite avant 65 ans un ingénieur ou un cadre sans qu'il s'agisse d'un licenciement, dès lors que cette mise à la retraite est accompagnée d'un recrutement sous contrat à durée indéterminée.

La chambre a jugé qu'en application de ce texte, il appartenait à l'employeur de rapporter la preuve que le contrat à durée indéterminée conclu était en lien avec la mise à la retraite.

Dans l'arrêt du 20 décembre, la chambre avait cassé un arrêt de cour d'appel pour défaut de base légale, en lui reprochant de ne pas avoir constaté l'existence d'un lien entre la mise à la retraite et le recrutement qui était intervenu sur une autre fonction que celle du salarié mis à la retraite.

Dans l'espèce en cause, la cour d'appel avait considéré que le texte conventionnel exigeait le remplacement poste pour poste, ce qui, selon elle, n'était pas réalisé, puisque, si les fonctions étaient ici identiques, le lieu géographique était différent. La chambre n'entérine pas cette interprétation et casse l'arrêt en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché l'existence d'un lien, dont la preuve doit être rapportée par l'employeur, entre la mise à la retraite d'un ingénieur commercial à Nice et l'engagement d'un autre à Besançon.

N° 218

Il résulte des dispositions combinées de l'article 9.01.2 de la convention collective des entreprises de propreté et de l'avenant du 25 juin 2002 à cette convention, relatif aux classifications, que les chefs d'équipe doivent se voir appliquer une période d'essai d'une durée maximale d'un mois.

Doit donc être approuvée la cour d'appel qui, constatant que la rupture du contrat de travail était intervenue au-delà de cette durée d'un mois, a jugé qu'en l'absence de motif fondé, elle devait s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Soc., 17 octobre 2007.

Rejet

N° 06-43.243. – C.A. Aix-en-Provence, 3 avril 2006.

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

Note

L'article 9.01.2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté du 1^{er} juillet 1994 fixe la durée de la période d'essai suivant quatre catégories : quinze jours pour « le personnel agent de propreté », un mois pour le « personnel

employé », deux mois pour le « personnel technicien et agent de maîtrise », et trois mois pour le « personnel cadre ».

La chambre sociale a jugé, sur le fondement de cet article, que la stipulation qui prévoit une durée de période d'essai de quinze jours pour les agents de propreté empêchait un employeur de fixer, dans le contrat de travail, une période d'essai d'un mois (Soc., 30 janvier 2002, pourvoi n° 99-46.167).

L'avenant du 25 juin 2002 à la convention collective nationale des entreprises de propreté prévoit une grille de classification d'emploi différente, comprenant trois filières : « exploitation », « administrative » et « cadre ». Selon l'article premier du chapitre II du présent avenant, un salarié qui, aux termes de son contrat de travail, a la qualité de chef d'équipe relève de la filière « exploitation ».

Le problème soulevé est de déterminer, pour fixer la durée de la période d'essai, de quelle catégorie de personnel visée dans la convention collective nationale des entreprises de propreté relève un chef d'équipe classé dans la filière « exploitation », conformément à l'avenant du 25 juin 2002.

Les juges du fond ont considéré que la catégorie « personnel employé » visée dans la convention collective du 1^{er} juillet 1994 ne concernait pas que les seuls agents de la filière « administrative » prévue par l'avenant du 25 juin 2002, mais s'appliquait aussi aux agents de propreté, chefs d'équipe relevant de la filière « exploitation ».

Entérinant ce raisonnement, la chambre sociale approuve les juges du fond qui, ayant constaté que la rupture du contrat de travail du salarié chef d'équipe était intervenue au-delà de la durée d'un mois de période d'essai prévue pour le « personnel employé », ont dit que le licenciement, en l'absence de motif fondé, était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

N° 219

Aux termes de l'article 5 des dispositions particulières applicables aux salariés cadres de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine, la rupture, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, pendant la période d'essai, doit être confirmée par écrit.

Viole ce texte la cour d'appel qui décide qu'il est satisfait à cette prescription par la remise au salarié de l'attestation ASSEDIC faisant état de la rupture à l'initiative de l'employeur, accompagnée du certificat de travail, alors que le simple envoi au salarié d'une attestation ASSEDIC, quelles qu'en soient les mentions, ne constitue pas la confirmation écrite, par l'employeur, de la rupture, exigée par ce texte.

Soc., 17 octobre 2007.

Cassation

N° 06-44.388 et 06-44.564. – C.A. Bordeaux, 22 juin 2006.

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

Note

Si l'article 5 des dispositions particulières applicables aux salariés cadres de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine prévoit que pendant la période d'essai, « *le contrat de travail pourra être rompu par l'une ou l'autre des parties sans préavis et indemnité ni application d'une éventuelle clause de non-concurrence* », il ajoute que « *la rupture sera confirmée par écrit* ».

Dans la présente affaire, l'employeur avait mis fin oralement à la période d'essai d'un salarié engagé en qualité de pharmacien-adjoint, lui remettant par la suite un certificat de travail et une attestation ASSEDIC qui mentionnait, au titre du motif de la rupture du contrat de travail, « *fin de période d'essai à l'initiative de l'employeur* ». Le salarié avait saisi la juridiction prud'homale d'une action tendant à voir déclarer la rupture abusive et d'une demande de dommages-intérêts. Les juges du fond ont estimé la rupture du contrat de travail régulière, l'employeur ayant satisfait à l'obligation de confirmation écrite par la remise de l'attestation ASSEDIC faisant état de la rupture à son initiative.

La question posée pour la première fois à la Cour de cassation était donc de savoir si la simple remise, par l'employeur, de l'attestation ASSEDIC précisant le motif de la rupture satisfait à l'exigence d'une confirmation écrite prescrite par l'article 5 des dispositions particulières applicables aux salariés cadres de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine, relatif à la rupture de la période d'essai.

Par l'arrêt ici commenté, la Cour de cassation censure l'analyse des juges du fond : la confirmation écrite exigée ne peut pas consister en un simple envoi d'une attestation ASSEDIC, et ce, quelles qu'en soient les mentions.

En effet, l'article R. 351-5 du code du travail énonce l'obligation pour l'employeur de délivrer une attestation ASSEDIC à tout salarié. Or, l'exigence prévue par les dispositions conventionnelles dont il s'agit ne peut avoir d'utilité que si elle vise à octroyer une protection supplémentaire.

N° 220

La convention collective des voyageurs représentants placiers ayant réglementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne peut valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié.

La cour d'appel qui rappelle que la convention collective spécifie que l'interdiction de concurrence doit seulement viser le secteur ou les catégories de clients que le voyageur représentant placier (VRP) était chargé de visiter au moment de la rupture et qui constate que l'interdiction faite au VRP concernait le département du Nord alors que son secteur d'activité se limitait à « Lille et agglomérations »

a légalement et par ce seul motif justifié sa décision en décidant que la clause contraire aux dispositions conventionnelles était nulle.

Soc., 14 novembre 2007.

Rejet

N° 06-44.284. – C.A. Douai, 31 mai 2006.

M. Texier, Pt (f.f.). – M. Rovinski, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le litige objet du présent arrêt oppose un visiteur représentant placier (VRP) à son ancien employeur et porte sur une question de validité de la clause de non-concurrence prévue par le contrat de travail désormais rompu. Cette clause de non-concurrence prévoyait qu'en cas de rupture du contrat de travail, le salarié s'interdisait de représenter et de vendre, pendant un an, des produits concurrents ou même similaires sur le secteur de la société (département du Nord). Le salarié ayant démissionné, son employeur a déclaré vouloir bénéficier de la clause de non-concurrence. Mais le salarié, engagé en qualité de VRP par un concurrent, a refusé de se voir appliquer ladite clause.

L'ancien employeur a alors saisi la juridiction prud'homale aux fins de condamnation du salarié au paiement de dommages-intérêts pour concurrence déloyale.

Le conseil de prud'hommes a déclaré la clause licite mais la cour d'appel a infirmé le jugement estimant, au contraire, que la clause était nulle car contraire aux dispositions conventionnelles. En effet, elle a rappelé que les parties étaient soumises à l'accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975, et notamment à son article 17, selon lequel l'interdiction de concurrence ne vaut « *qu'en ce qui concerne les secteurs et catégories de clients que le représentant de commerce était chargé de visiter au moment de la notification de la rupture du contrat ou de la date d'expiration du contrat à durée déterminée non renouvelable* ». Or, alors que le salarié, en l'espèce, avait pour secteur d'activité Lille et son agglomération, l'interdiction contractuelle de concurrence concernait tout le département du Nord.

Saisie, par l'ancien employeur, d'un pourvoi contre cette décision, la Cour de cassation approuve la solution de la cour d'appel d'avoir dit la clause litigieuse nulle au motif que, la convention collective des VRP ayant réglementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne pouvait contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié.

D'autres décisions avaient déjà affirmé la nullité d'une telle clause (Soc., 15 mars 2000, pourvoi n° 97-43.541, pour une clause non conforme à la convention collective nationale du Crédit agricole ; Soc., 12 février 2002, pourvoi n° 00-41.451, et Soc., 12 février 2002, Bull. 2002, V, n° 63, pour des clauses contraires à l'accord national interprofessionnel des VRP).

N° 221

1° En cas de changement de prestataire relevant de l'accord du 29 mars 1990 relatif à la garantie de l'emploi et à la continuité des contrats de travail, un manquement de l'entrepreneur sortant à son obligation de communiquer des documents, dans le délai prévu à cette fin, ne peut empêcher un changement d'employeur que si l'entreprise entrante a été mise dans l'impossibilité d'organiser la reprise effective du marché.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui, pour juger que l'entreprise entrante a rompu irrégulièrement le contrat de travail d'un salarié, relève que le retard pris par l'entreprise sortante dans la transmission de sa fiche d'aptitude médicale ne l'avait pas placée dans l'impossibilité d'organiser la reprise du marché, de sorte qu'elle était tenue de conserver le salarié à son service.

2° Le mandat d'un représentant du personnel dont le contrat de travail se poursuit avec le nouveau titulaire d'un marché, en vertu d'un accord collectif et sans que l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail soit applicable, prend fin au jour du changement d'employeur, de sorte que la protection contre le licenciement ne subsiste que pendant les six mois qui suivent.

Doit en conséquence être cassé un arrêt qui indemnise le salarié en fonction d'une durée de protection d'une année.

Soc., 28 novembre 2007. Cassation partielle sans renvoi

N° 06-42.379. – C.A. Aix-en-Provence, 27 février 2006.

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

Note

1° Comme dans d'autres secteurs d'activité, l'accord conclu le 29 mars 1990 dans le domaine de la propriété organise, sous certaines conditions, la reprise du personnel de l'entreprise « sortante » par le nouvel attributaire d'un marché. Il impose notamment à l'entreprise qui perd le marché de communiquer au nouveau prestataire qui lui succède, dans un délai qui est défini par un avenant de 1991, un certain nombre de documents nécessaires à la poursuite des contrats de travail avec ce dernier. La chambre sociale a déjà eu à connaître des difficultés qui peuvent résulter d'un retard dans la transmission de ces documents. Elle a pris, sur ce point, des positions qui pouvaient apparaître contradictoires, en jugeant, après un arrêt du 17 mars 1998 (*Bull.* 1998, V, n° 148) et dans des arrêts non publiés, soit que l'inobservation du délai empêchait à elle seule le transfert des contrats de travail (24 novembre 2004, pourvoi n° 02-45.827 ; 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-47.087), soit qu'une réponse tardive ne produisait cet effet qu'à la condition que le nouvel employeur se soit trouvé placé dans l'impossibilité

d'organiser le chantier (Soc., 6 mars 2007, pourvoi n° 05-41.254). C'est cette dernière interprétation que retient le présent arrêt, par une motivation qui s'inspire de l'avis unanime exprimé le 21 janvier 1997 par la commission nationale d'interprétation de l'accord de 1990 et réitéré le 18 décembre 2003, dans un nouvel avis faisant l'objet d'un avenant à l'accord collectif, qui n'était pas applicable ici. Il revient donc à l'entrepreneur entrant de justifier que le retard dans la communication des documents relatifs au personnel ne lui a pas permis d'organiser la reprise effective du marché.

2° Bien que l'attribution d'un marché à un nouveau titulaire ne soit pas, à elle seule, suffisante à justifier l'applicabilité de l'article L. 122-12, alinéa 2, la chambre sociale subordonne néanmoins le transfert du contrat de travail d'un salarié investi d'un mandat représentatif à l'autorisation de l'inspecteur du travail (Soc., 20 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 349 ; 28 mai 2003, *Bull.* 2003, V, n° 181). Il n'en résulte pas pour autant que ce changement d'employeur s'impose au salarié. Par ailleurs, si l'article 5 de l'accord de 1990 envisage le cas où le mandat du salarié dépasse le cadre du marché en cause, il ne règle pas le sort du mandat dont il est investi, lorsqu'il passe ou doit passer au service du nouveau prestataire. Or, l'article L. 423-16 du code du travail ne prévoit le maintien du mandat des délégués du personnel qu'à la condition qu'ait été transférée une entité économique conservant son autonomie après le transfert. Cette disposition ne peut recevoir application lorsque le changement d'employeur ne relève pas de l'article L. 122-12, mais résulte de la mise en œuvre d'un accord collectif organisant le maintien des emplois entre des prestataires successifs, puisqu'il n'y a pas alors de transfert d'une entité autonome. C'est ce qui avait été déjà dit le 7 octobre 1992 (pourvoi n° 91-60.353), dans un arrêt non publié, et qui est rappelé ici. En conséquence, et faute de transfert d'une entité conservant son autonomie, le mandat représentatif prend fin, de sorte que la protection contre les licenciements ne se poursuit pas jusqu'au terme du mandat en cours, mais seulement pendant les six mois qui suivent le changement d'employeur.

** Condition de validité*

N° 222

La nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant, le cas échéant, la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci.

Par suite, doit être annulé un accord signé par deux organisations syndicales sans que le texte signé, différent du projet proposé au cours de la

négociation qui avait été interrompue, ait été préalablement soumis à l'ensemble des organisations syndicales.

Soc., 10 octobre 2007.

Rejet

N° 06-42.721. – C.A. Nancy, 28 février 2006.

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

Note

Cet arrêt, relatif à la procédure de négociation collective, reprend, en les synthétisant, les solutions dégagées par la jurisprudence relative à la participation de toutes les organisations syndicales représentatives au processus de négociation jusqu'à la signature effective de l'accord, telle qu'elle est imposée par l'article L. 132-2-2 IV du code du travail comme condition de validité de l'accord. Toutes les organisations représentatives dans le champ de l'accord doivent être invitées aux séances de négociation (Soc., 17 septembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 240 ; Soc., 25 octobre 2006, pourvoi n° 04-20.413) ; la négociation ne peut se poursuivre avec certains syndicats seulement (Soc., 9 février 2000, *Bull.* 2000, V, n° 59). Les organisations syndicales doivent pouvoir demander la réouverture des négociations si le texte soumis à la signature est différent de celui arrêté à la dernière séance de négociation (Soc., 12 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 305 [1]), ce dont il résulte que le texte soumis à la signature doit être adressé à l'ensemble des organisations syndicales représentatives pour qu'elles puissent demander, le cas échéant, la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour sa signature.

En l'espèce, les juges du fond avaient constaté qu'en l'absence de procès-verbal de désaccord, les négociations avaient été seulement interrompues, mais que le texte signé par deux des organisations syndicales était différent de celui soumis à l'ensemble des organisations syndicales avant l'interruption des négociations, sans qu'il soit allégué qu'il ait été proposé une nouvelle négociation sur la dernière version du texte. La chambre sociale estime que l'accord signé dans ces conditions est nul.

** Clause prévoyant le financement du dialogue social*

N° 223

Ni l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni l'article 6 du préambule de la Constitution, ni l'article L. 120-2 du code du travail ne font obstacle à ce qu'un accord collectif établisse des règles de répartition inégalitaire d'une contribution au financement du dialogue social entre les organisations syndicales représentatives, dès lors, d'une part, que cette répartition n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer à quiconque l'adhésion ou le maintien de l'adhésion à une organisation syndicale, aucune organisation syndicale représentative n'en étant exclue, et que, d'autre part, celles-ci sont dans des situations différentes,

justifiées par des raisons objectives matériellement vérifiables, liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord, qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier.

Soc., 10 octobre 2007.

Rejet

N° 05-45.347. – C.A. Paris, 22 septembre 2005.

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

Note

Le présent arrêt du 10 octobre 2007 est relatif à un accord conclu dans la branche de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment occupant au plus dix salariés, sur l'organisation du dialogue social. Cet accord institue une contribution financière des entreprises au financement du dialogue social et prévoit une répartition inégalitaire de la quote-part du financement entre les organisations nationales reconnues représentatives. Il adapte l'accord du 12 décembre 2001 conclu par diverses organisations professionnelles représentatives de l'artisanat, dont l'arrêté d'extension a été validé par un arrêt du Conseil d'État du 30 juin 2003 (n° 238347), notamment au motif que « l'institution d'un financement du dialogue social n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer à quiconque l'adhésion ou le maintien de l'adhésion à une organisation syndicale ».

L'arrêt commenté reprend ce motif, pour considérer que la répartition inégalitaire de la quote-part de la contribution financière entre les organisations syndicales nationales reconnues représentatives est licite au regard du principe de la liberté syndicale, dès lors qu'aucun syndicat n'est exclu de la répartition. Il retient que le principe d'égalité entre les syndicats suppose une égalité de traitement, ce dont il résulte qu'une répartition inégalitaire peut être prévue dès lors que les organisations syndicales sont dans une situation différente, justifiée par des raisons objectives et matériellement vérifiables.

À cet égard, l'arrêt, qui écarte l'application des critères tirés de l'article L. 133-2 du code du travail dans la mesure où la représentativité des organisations n'était pas en cause, considère que la situation différente des organisations syndicales doit être appréciée au regard de leur influence dans le champ de l'accord. Il considère comme des critères objectifs et matériellement vérifiables les critères retenus par les juges du fond, tirés tant du faible nombre de cadres dans des entreprises du bâtiment de moins de dix salariés, s'agissant de la CFE-CGC, que de l'audience des organisations demanderesse dans le champ de l'accord, éléments de cette influence dont l'appréciation est souveraine.

** Clause instituant des garanties collectives*

N° 224

Il résulte de l'article L. 912-1, alinéa 2, du code de la sécurité sociale et de l'article L. 132-23 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, que

lorsque des accords professionnels ou interprofessionnels qui instituent des garanties collectives au profit des salariés, anciens salariés ou ayants droit, en complément de celles qui sont déterminées par la sécurité sociale, en prévoyant une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture, s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, l'adaptation prévue par le second des textes précités consiste nécessairement en une mise en conformité de l'accord d'entreprise avec l'accord professionnel ou interprofessionnel de mutualisation des risques, imposant l'adhésion de l'entreprise au régime géré par l'institution désignée par celui-ci.

Par suite, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a décidé que l'article 20-3 d'un accord du 3 octobre 1997, instituant un régime de prévoyance minimum pour les salariés entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale des cabinets d'expertises en automobiles, pouvait valablement imposer aux entreprises entrant dans le champ d'application de cette convention collective, dont l'une des catégories de leur personnel ou l'ensemble de leur personnel bénéficiait déjà d'un régime de prévoyance à la date de signature de l'accord, de souscrire aux garanties dudit accord auprès de l'organisme de prévoyance désigné à son article 20-3.

Soc., 10 octobre 2007.

Rejet

N° 05-15.850. – C.A. Paris, 24 mars 2005.

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

Note

La question essentielle posée dans cette affaire était de savoir en quoi consiste l'adaptation des dispositions d'une convention ou d'un accord collectif d'entreprise à une convention de branche ou à un accord professionnel ou interprofessionnel venant à s'appliquer postérieurement dans l'entreprise, que prévoit l'article L. 132-23 du code du travail, lorsque l'on est en présence d'accords ayant pour objet les garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.

Le demandeur au pourvoi soutenait que l'accord d'adaptation pouvait prévoir l'adhésion de l'entreprise à un régime et à un organisme gestionnaire autres que ceux déterminés par l'accord professionnel ou interprofessionnel de mutualisation, et en particulier le maintien des garanties souscrites antérieurement, dès lors que les garanties portaient sur les mêmes risques et étaient d'un niveau équivalent.

Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 21 juin 2005 (pourvoi n° 04-12.981) pouvait donner à penser, au premier examen, qu'il en était bien ainsi, cette décision affirmant en effet « *qu'en énonçant qu'il résultait de l'article L. 912-1, alinéa 2, du code*

de la sécurité sociale et de l'article L. 132-23 du code du travail que le principe d'adaptation prévu avait nécessairement pour objet de permettre aux entreprises concernées par un accord de mutualisation de conserver leur liberté d'adhésion pourvu que la garantie des risques par elles souscrite antérieurement à l'accord soit équivalente à la garantie visée par celui-ci, la cour d'appel a fait une exacte application des textes susvisés ».

En réalité, étant intervenu dans une espèce où l'accord de mutualisation des risques au niveau professionnel comportait une clause laissant aux entreprises ayant conclu un contrat de prévoyance avant la date d'effet de cet accord leur liberté d'adhésion au régime d'entreprise antérieur, cet arrêt s'était borné à tirer les conséquences de cette clause, dont nul ne contestait la validité.

Pour sa part, la chambre sociale décide que la règle d'adaptation prévue par l'article L. 132-23 du code du travail impose leur adhésion au régime institué par l'accord professionnel et à l'organisme qui le gère aux entreprises ayant déjà souscrit un contrat auprès d'un organisme différent pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent avant l'entrée en vigueur de l'accord professionnel instituant des garanties collectives et prévoyant la mutualisation des risques dont ils organisent la couverture.

En effet, l'adaptation, qui ne peut concerner ni la nature des risques couverts ni le niveau des garanties dès lors que l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale postule des risques identiques et des garanties de niveau équivalent, ne peut porter que sur la mise en conformité des accords d'entreprise avec l'accord professionnel. Et la mutualisation des risques au niveau de la profession implique un régime unique. Accessoirement, on relèvera qu'autoriser le maintien de régimes d'entreprises reviendrait à ignorer la fonction de police sociale de la concurrence des accords professionnels, les entreprises représentant un meilleur risque, et dont les cotisations sont de ce fait moins élevées, tirant un avantage concurrentiel du maintien de leur régime propre.

Il doit enfin être souligné que la solution retenue par la chambre sociale est confortée par l'introduction dans l'article L. 132-23 du code du travail, par la loi du 4 mai 2004, d'un alinéa 3, qui prévoit que, pour les garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, la convention ou l'accord collectif d'entreprise ne peut comporter de clause dérogeant en tout ou partie à celles des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels.

** Convention collective applicable*

N° 225

Aux termes de l'article R. 143-2 du code du travail relatif au bulletin de paie, interprété à la lumière de la Directive européenne n° 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, l'employeur est tenu de porter à la connaissance du salarié la convention collec-

tive applicable ; si, dans les relations collectives de travail, une seule convention collective est applicable, laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise, dans les relations individuelles, le salarié peut demander l'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie ; cette mention vaut présomption de l'applicabilité de la convention collective à son égard, l'employeur étant admis à apporter la preuve contraire.

N'encourt dès lors pas la cassation l'arrêt qui examine les éléments de preuve apportés par l'employeur et retient que la mention portée sur les bulletins de paie procédait d'une erreur manifeste.

Soc., 15 novembre 2007.

Rejet

N° 06-44.008. – C.A. Nancy, 19 mai 2006.

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

Note

L'arrêt ici commenté du 15 novembre 2007 illustre un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation quant à la portée de la mention d'une convention collective sur le bulletin de salaire, ou plus exactement l'adéquation de sa jurisprudence avec la Directive européenne du 14 octobre 1991 et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

La convention collective applicable à une entreprise est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur : ce principe jurisprudentiel a été consacré par la loi du 4 mai 2004 et repris dans l'article L. 132-5-1 du code du travail.

Si la référence à la nomenclature des activités économiques établie par l'INSEE (code APE) sur le bulletin de salaire ne peut être à elle seule créatrice d'obligations, il n'en est pas de même pour la mention de la convention collective sur le bulletin de salaire.

La position de la Cour de cassation était jusqu'à présent constante : « *si, dans les relations collectives de travail, une seule convention collective est applicable, laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise, dans les relations individuelles, le salarié peut demander l'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie. Cette mention vaut reconnaissance de l'application de la convention à son égard* » (voir notamment Soc., 18 novembre 1998, Bull. 1998, V, n° 499 ; Soc., 18 juillet 2000, Bull. 2000, V, n° 295 ; Soc., 10 décembre 2002, Bull. 2002, V, n° 372).

Mais la Cour de justice des Communautés européennes, par un arrêt n° C-253/96 à C-256/96 en date du 4 décembre 1997, avait jugé : « *La communication visée à l'article 2, paragraphe 1, de la Directive n° 91/533/CEE, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, et en particulier sur les éléments visés à l'article 2, paragraphe 2, sous c, est revêtue d'une présomption de vérité comparable à celle qui s'attacherait, dans l'ordre juridi-*

que interne, à pareil document établi par l'employeur et communiqué au travailleur. L'employeur doit cependant être admis à apporter toute preuve contraire en démontrant soit que les informations contenues dans ladite communication sont fausses en elles-mêmes, soit qu'elles ont été démenties par les faits ».

Dans ces conditions, par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce que la présomption ainsi reconnue a un caractère simple et non plus irréfragable : l'employeur est par conséquent autorisé à rapporter la preuve contraire. La chambre sociale se réserve tout de même le droit de contrôler la motivation des décisions des juges du fond quant à la vérification des éléments de preuve contraire apportés par l'employeur.

Les juges du fond avaient retenu que l'employeur apportait la preuve que la mention litigieuse sur les bulletins de paie procédait d'une erreur manifeste. Le pourvoi formé contre l'arrêt est rejeté.

*** Généralités**

N° 226

Une convention collective qui, conformément à la loi en vigueur à l'époque de son adoption, fixe à deux ans la durée des mandats des délégués du personnel ne peut valoir dérogation aux nouvelles dispositions de l'article L. 423-16 du code du travail tel qu'issu de la loi du 2 août 2005 fixant à quatre ans la durée de ces mandats.

Soc., 7 novembre 2007.

Rejet

N° 07-60.041. – T.I. Remiremont, 23 janvier 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

L'article 96 de la loi n° 2000-882 du 2 août 2005, modifiant l'article L. 423-16 du code du travail, a fixé la durée du mandat des délégués du personnel à quatre ans. Elle a également prévu une faculté de dérogation, en précisant qu'« *un accord de branche, un accord de groupe ou un accord d'entreprise, selon le cas, peut fixer une durée de mandat des délégués du personnel (...) comprise entre deux et quatre ans* ».

Antérieurement à cette loi, la durée des mandats des délégués du personnel était fixée, par le code du travail, à deux ans. La loi ne prévoyait aucune faculté de dérogation, et la chambre sociale avait eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises qu'il s'agissait d'une disposition d'ordre public absolu, à laquelle une convention collective ne pouvait déroger (Soc., 8 novembre 1994, Bull. 1994, V, n° 296).

Les conventions collectives conclues antérieurement à la loi du 2 août 2005 prévoyaient donc toutes une durée des mandats conforme aux dispositions légales, soit par renvoi à ces dispositions, soit en se référant explicitement à la durée de deux ans.

La question posée par le pourvoi était de savoir si les clauses des conventions collectives se référant

expressément à la durée de deux ans pouvaient être considérées comme des dérogations, au sens de l'article 96-VIII de la loi du 2 août 2005, à la nouvelle durée légale.

Lors de l'entrée en vigueur, le 20 décembre 1993, de la loi fixant la durée des mandats à deux ans, la Cour de cassation avait indiqué que, s'agissant d'une loi d'ordre public, elle s'appliquait immédiatement à toutes les entreprises, nonobstant toute clause de convention collective contraire antérieure (Soc., 23 mai 1995, pourvoi n° 94-60.396). Mais la loi du 20 décembre 1993 ne prévoyait aucune possibilité de dérogation. La solution devait-elle être différente dès lors que la loi du 2 août 2005 prévoyait la possibilité de déroger par convention collective à la durée de quatre ans ?

En répondant par la négative, la chambre sociale, après avoir rappelé qu'une convention collective conclue antérieurement à l'entrée en vigueur d'une loi ne peut valoir dérogation à celle-ci, fait prévaloir l'intention des parties. En signant la convention, les partenaires sociaux avaient manifestement entendu intégrer une durée de mandat conforme aux dispositions légales alors en vigueur. Dès lors, interpréter la clause de durée de mandat comme valant dérogation à une loi modificative ultérieure aurait été à la fois contraire aux principes d'application de la loi dans le temps et au respect de la commune volonté des signataires.

2. Usages

* Caractérisation

N° 227

1° La soumission du budget d'une entreprise à l'agrément d'une autorité publique de tutelle n'est pas exclusive d'un usage d'entreprise, dès lors que cette autorité de tutelle l'a ratifié.

Statue dès lors à bon droit la cour d'appel qui retient l'existence d'un tel usage, après avoir constaté que l'autorité de tutelle avait toujours approuvé que l'évolution de la rémunération des formateurs, qui n'était pas prévue par les dispositions de la convention collective des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 légalement applicable, soit déterminée par référence à la valeur du point fixé par la convention collective de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA).

2° Lorsque le « point AFPA » disparaît par suite de la dénonciation des dispositions de la convention collective de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), il appartient aux juges du fond de rechercher quelle aurait été la valeur atteinte par ce point, tant que l'usage qui s'y référait pour déterminer l'évolution de la rémunération d'un salarié n'avait pas été dénoncé ni remplacé par un accord collectif ayant le même objet.

C'est dès lors à bon droit qu'après avoir constaté que la valeur du « point AFPA » était déterminée par référence à celle du « point des arsenaux et de la métallurgie de Paris », ils ont fait application de ce dernier.

Soc., 14 novembre 2007.

Rejet

N° 06-43.345. – C.A. Caen, 14 avril 2006.

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

Note

Un salarié avait été engagé en qualité de formateur par une association financée sur fonds publics. Ces associations sous tutelle de l'Etat doivent rémunérer leurs salariés sur la base de grilles conventionnelles ayant fait l'objet d'un agrément ministériel. Leur budget est établi en fonction de ces grilles indiciaires.

Le contrat de travail de ce salarié était soumis à la convention collective des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951 (convention FEHAP). Mais sa rémunération en qualité de formateur n'étant pas prévue par les dispositions de cette convention, son employeur la déterminait par référence à la valeur du point fixé par la convention collective de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), lui-même indexé sur le point des arsenaux de la métallurgie de Paris.

En 1996, un accord de substitution avait été signé au sein de l'AFPA, supprimant le point AFPA.

À compter du 1^{er} janvier 1997, l'employeur avait maintenu la rémunération du salarié au niveau atteint par application du point AFPA et avait, pour l'avenir, fait dépendre son évolution de la valeur du point FEHAP.

Le 31 mai 1999, un accord d'entreprise avait été signé au sein de l'association, prévoyant l'intégration des formateurs dans la grille FEHAP.

L'association faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel de l'avoir condamnée à payer au salarié un rappel de salaires pour la période du 1^{er} janvier 1997 au 31 décembre 1999, correspondant à la différence entre la rémunération calculée en fonction du coefficient et du point AFPA indexé sur celui des arsenaux et de la métallurgie de Paris, et celle que le salarié avait effectivement perçue entre ces deux dates.

La première question de droit qui était posée à la Cour de cassation était de savoir si le fait que la rémunération des formateurs soit déterminée par référence à la valeur du point fixé par la convention collective AFPA était constitutif d'un usage.

La cour d'appel avait répondu par l'affirmative à cette question, après avoir constaté, d'une part, l'application volontaire, constante et fixe à tous les formateurs de la convention collective AFPA, limitée à ses dispositions relatives à la rémunération du

salarié et, d'autre part, que l'autorité de tutelle avait toujours approuvé ce mode de détermination de la rémunération des formateurs.

L'association, quant à elle, faisait valoir que si la rémunération des formateurs était fixée en fonction du point AFPA, c'était par obligation uniquement, en raison d'un agrément annuel des budgets par l'organisme financeur. En effet, l'employeur n'avait fait qu'appliquer un statut conventionnel qui lui était imposé, s'agissant d'un dispositif ayant reçu l'agrément de l'organisme financeur, en l'absence de dispositions applicables dans la convention collective FEHAP. Elle en déduisait que le mode de rémunération des formateurs ne pouvait être qualifié d'usage d'entreprise.

La Cour de cassation rejette cet argument, qui aboutirait à exclure la reconnaissance d'un usage ayant une incidence budgétaire dans les entreprises dans lesquelles le budget est soumis à agrément.

Elle approuve donc la cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'un usage d'entreprise après avoir constaté que l'autorité de tutelle avait toujours approuvé la détermination de l'évolution de la rémunération des formateurs par référence à la valeur du point fixé par la convention collective AFPA.

Le mode de calcul de l'évolution de la rémunération des formateurs étant qualifié « d'usage », cela permettait de déterminer la durée d'application de cet usage au cas d'espèce.

En effet, il est de jurisprudence constante que, pour mettre fin à un usage, il faut soit une dénonciation régulière, c'est-à-dire informant par écrit et individuellement chacun des salariés concernés ainsi que les représentants du personnel tout en respectant un délai de préavis, soit la conclusion d'un accord collectif ayant le même objet.

En l'espèce, la cour d'appel avait jugé que la dénonciation de la convention collective AFPA par ceux qui l'avaient signée n'avait pas, en elle-même, d'effet sur l'usage existant au sein de l'association, que l'association n'avait pas dénoncé régulièrement cet usage et que l'accord d'entreprise du 31 mai 1999 avait exactement le même objet que cet usage. Elle en déduisait que l'usage était resté en vigueur jusqu'à la date d'effet de l'accord d'entreprise du 31 mai 1999.

La Cour de cassation approuve le raisonnement de la cour d'appel qui, après avoir caractérisé l'existence d'un usage et l'absence de dénonciation de celui-ci avant l'entrée en application de l'accord du 31 mai 1999, avait condamné l'association au paiement du rappel de salaires fondé sur l'application de cet usage jusqu'à la date de sa mise en cause.

La deuxième question qui était posée à la Cour de cassation était de déterminer comment appliquer cet usage après la disparition du point AFPA, auquel il se référait, pour déterminer l'évolution de la rémunération du salarié.

La cour d'appel avait jugé que le rappel de salaires sur la période du 1^{er} janvier 1997 au 31 décem-

bre 1999 devait être calculé en fonction du point AFPA, indexé sur celui des arsenaux de la métallurgie de Paris.

La Cour de cassation confirme ce mode de calcul en posant le principe que, malgré la disparition du point AFPA, le juge doit rechercher quelle aurait été la valeur atteinte par ce point AFPA pendant toute la durée d'existence de l'usage.

La convention AFPA d'origine renvoyant à un autre élément contractuel qui continuait d'exister, le point des arsenaux de la métallurgie de Paris, le juge doit substituer à un élément direct ayant disparu son équivalent indirect qui, lui, continue d'exister.

3. *Conflits collectifs du travail*

* *Grève*

N° 228

L'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail, en vue d'appuyer des revendications professionnelles.

Par suite, encourt la cassation l'arrêt qui, pour décider que la grève constituait un trouble manifestement illicite, retient que le mouvement de grève n'avait pas pour but de faire aboutir des revendications professionnelles mais d'obtenir que la communauté urbaine, organisme de tutelle de la Régie des transports de Marseille (RTM), rapporte le vote de son organe délibérant, par lequel il avait été décidé de soumettre l'exploitation du futur réseau de tramway de Marseille à la procédure de délégation de service public, qu'un tel objectif ne constitue pas une revendication de nature salariale ou touchant à l'emploi et, enfin, que la RTM ne disposait pas de la capacité de donner satisfaction à une telle revendication, alors que la défense du mode d'exploitation du réseau des transports urbains constituait, pour les employés de la RTM, établissement public industriel et commercial, une revendication d'ordre professionnel et que la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève.

Soc., 23 octobre 2007.

**Cassation partielle
partiellement sans renvoi**

N° 06-17.802. – C.A. Aix-en-Provence, 21 mars 2006.

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

Note

Dans le silence de la loi, c'est la jurisprudence qui a dû donner à la notion de grève une définition générale. Elle la définit comme « *une cessation collective concertée du travail en vue d'appuyer des revendications à caractère professionnel* ».

Il lui a fallu ensuite préciser le sens du terme « *revendication à caractère professionnel* », dont les salariés cherchent à obtenir satisfaction par l'exercice de leur droit de grève.

Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'étaient des revendications à caractère professionnel « *le fait, pour des salariés, de demander à leur employeur la fourniture d'un moyen de transport ou l'octroi d'indemnités de grand déplacement* » (Soc., 18 juin 1996, Bull. 1996, V, n° 243), « *la défense de l'exercice du droit syndical* » (Soc., 30 mars 1999, Bull. 1999, V, n° 140), « *une demande de remboursement d'heures perdues en raison d'intempéries, faute d'obtenir ce remboursement* » (Soc., 12 décembre 2000, Bull. 2000, V, n° 414), « *le soutien d'un mot d'ordre national pour la défense des retraites* » (Soc., 15 février 2006, Bull. 2006, V, n° 65).

En l'espèce, elle décide que les salariés qui appellent la communauté urbaine, organisme de tutelle de la Régie des transports de Marseille (RTM), à rapporter le vote de son organe délibérant, par lequel il avait été décidé de soumettre l'exploitation du futur réseau de tramway de Marseille à la procédure de délégation de service public, expriment bien une revendication à caractère professionnel. La chambre sociale considère en effet que « *la défense du mode d'exploitation du réseau des transports urbains constitue, pour les employés de la RTM, établissement public industriel et commercial, une revendication d'ordre professionnel* ».

Mais l'employeur soutenait en outre que la grève était illégitime, car la RTM ne disposait pas de la capacité de donner satisfaction à une telle revendication. La question qui se posait était donc de savoir si l'incapacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés grévistes privait la grève de sa légitimité.

La Cour de cassation avait déjà dit que « *Si la grève suppose l'existence de revendications de nature professionnelle, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé de ces revendications. Ne caractérise pas un abus dans l'exercice du droit de grève la cour d'appel qui énonce que l'exigence formulée par les grévistes d'obtenir du président-directeur général une communication écrite et signée sur la politique commerciale de la société constitue une manifestation de défiance, voire une humiliation, et ne peut décemment être satisfaite* » (Soc., 2 juin 1992, Bull. 1992, V, n° 356).

La Cour de cassation affirme expressément dans le présent arrêt que la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications n'a pas d'incidence sur la légitimité de la grève, ce qui était jusqu'alors implicite dans ses décisions.

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Elections professionnelles

* Contentieux des élections professionnelles

N° 229

Les élections de délégués du personnel et de membres du comité d'entreprise étant séparées pour chaque collège, toute personne intéressée peut demander l'annulation d'un des scrutins sans nécessairement contester la validité des autres.

Soc., 24 octobre 2007.

Cassation

N° 06-60.302. – Tribunal de première instance de Papeete, 1^{er} décembre 2006.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Casorla, Av. Gén.

Note

En application des articles 3 du nouveau code de procédure civile de Polynésie française, 11 de la délibération n° 91-032/AT du 24 janvier 1991 et 27 de la délibération n° 91-030/AT du 24 janvier 1991, dont les dispositions sont en adéquation avec les principes généraux de procédure civile et de droit du travail métropolitain, le juge saisi d'une demande d'annulation partielle du scrutin ne peut se prononcer que dans la limite de ce qui lui est demandé.

Le pourvoi pose la question inédite de savoir si un requérant qui dénonce des irrégularités dans le déroulement des élections, de nature à affecter les scrutins de tous les collèges électoraux, peut restreindre sa demande en annulation à l'élection de certains de ces collèges.

Le tribunal de première instance de Papeete avait estimé que dès lors que les irrégularités invoquées étaient de nature à vicier les élections de tous les collèges, le requérant ne pouvait choisir de limiter sa demande en annulation à certains d'entre eux.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de dire que le juge pouvait être amené à ne prononcer l'annulation des élections que pour certains collèges, mais seulement dans le cas précis où les irrégularités constatées n'avaient eu d'influence que sur ces collèges et non sur les autres (Soc., 14 juin 1994, pourvoi n° 93-60.376).

L'élection étant organisée distinctement par collèges, l'annulation du scrutin de chaque collège peut être demandée séparément par tout intéressé. Les irrégularités dénoncées qui affectent l'élection dans son ensemble ne peuvent priver une partie de son droit à limiter son action à la contestation d'une partie seulement du processus électoral, et ce, d'autant plus qu'elle n'est pas forcément recevable à agir pour tous les collèges. C'est ce que répond la chambre sociale en tirant les conséquences, d'une part, du caractère séparé des scrutins par collège et, d'autre part, de la notion d'intérêt à agir.

N° 230

La demande d'annulation des élections des représentants du personnel, formée par conclusions déposées par un syndicat devant le tribunal d'instance déjà saisi, par celui-ci, d'une contestation des listes électorales, est irrecevable lorsqu'elle n'a pas été formée dans le délai de quinze jours prévu par les articles R. 423-3 et R. 433-4 du code du travail.

Soc., 19 décembre 2007.

Rejet

N° 07-60.016. – T.I. Orléans, 22 décembre 2006.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Pérony, Rap. – M. Casorla, Av. Gén.

Note

Les articles R. 423-3, alinéa 2, et R. 433-4, alinéa 2, du code du travail disposent que la déclaration par laquelle le tribunal d'instance est saisi des contestations relatives à la régularité de l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise n'est recevable que si elle est faite dans les quinze jours suivant l'élection.

Dans la présente affaire, la question de droit qui était posée à la chambre sociale était de déterminer si ce délai de quinze jours s'imposait aux parties lorsque le tribunal d'instance était saisi, par voie de conclusions, d'une demande d'annulation des élections, une instance étant déjà pendante devant ce tribunal concernant une question préélectorale.

Dans un arrêt du 19 novembre 1987 (Soc., 19 novembre 1987, *Bull.* 1987, V, n° 667), la chambre sociale avait déjà décidé que devait être cassé le jugement qui, pour déclarer recevable une demande en annulation d'élections des membres d'un comité d'établissement introduite plus de quinze jours après la proclamation des résultats, avait énoncé que cette demande découlait nécessairement d'une instance pendante devant le tribunal d'instance à la date des élections et que le motif d'annulation n'avait été connu des parties que dix jours après celles-ci, alors que les délais en matière électorale sont des délais dont l'expiration entraîne la forclusion.

Plus récemment, le 19 mai 2004 (Soc., 19 mai 2004, pourvoi n° 03-60.228), concernant une affaire dans laquelle un tribunal d'instance avait été saisi d'une demande d'annulation d'un protocole préélectoral puis, par voie de conclusions ultérieures déposées à l'audience, d'une demande d'annulation des élections, la chambre sociale avait décidé que « le tribunal qui a constaté qu'il n'avait pas été saisi d'une demande d'annulation des élections dans le délai de quinze jours prévu par les articles R. 423-3 et R. 433-4 du code du travail a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ».

En l'espèce, la chambre sociale reprend la même solution et décide de faire application, à la demande d'annulation des élections des représentants du personnel formée par voie de conclusions déposées devant le tribunal, de la même rigueur que celle qui est prévue, par le premier alinéa des articles R. 423-3

et R. 433-4 du code du travail, pour le dépôt de la déclaration. Elle confirme également que lorsque le tribunal d'instance est déjà saisi d'une demande préélectorale, la demande d'annulation faisant suite au scrutin peut être formée par simple voie de conclusions.

** Eligibilité*

N° 231

Selon l'article L. 423-8 du code du travail modifié par l'ordonnance du 1^{er} décembre 2005, l'éligibilité d'un salarié est subordonnée seulement à une condition d'ancienneté d'un an, peu important que cette ancienneté résulte de contrats distincts, séparés par des périodes d'interruption.

Par suite, viole ce texte le tribunal qui retient que cette ancienneté doit être ininterrompue.

Soc., 3 octobre 2007.

Cassation sans renvoi

N° 06-60.063. – T.I. Toulon, 7 février 2006.

Mme Morin, Pt (f.f.). et Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Si l'article L. 423-8 du code du travail relatif aux conditions d'éligibilité des délégués du personnel disposait antérieurement que « Sont éligibles [...] les électeurs âgés de dix-huit ans accomplis, et ayant travaillé dans l'entreprise sans interruption depuis un an au moins », l'ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005 a supprimé la mention « sans interruption » de la rédaction de cet article.

Le rapport de présentation du projet d'ordonnance précisait que l'objectif de cette suppression était d'harmoniser le décompte de l'ancienneté d'un an des candidats délégués du personnel avec celui prévu par l'article L. 412-14 du code du travail relatif au délégué syndical, qui n'introduit pas l'exigence d'une période de travail ininterrompue.

Dans la présente affaire, un salarié, travaillant dans l'entreprise depuis le 1^{er} mars 2001 et l'ayant quitté à la suite d'un licenciement le 23 mai 2005, puis ayant été réembauché le 1^{er} septembre 2005, avait voulu être candidat aux fonctions de délégué du personnel. Il avait contesté son absence d'inscription sur la liste des électeurs éligibles, mais le tribunal d'instance, appliquant l'article L. 423-8 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 1^{er} décembre 2005, l'a débouté de sa demande au motif que son contrat de travail avait été rompu et non pas suspendu, ce qui lui faisait perdre le bénéfice de l'ancienneté acquise antérieurement.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'article L. 423-8 du code du travail, dans sa nouvelle rédaction, était applicable à l'espèce, et de déterminer la portée de la modification législative.

Après avoir constaté que la nouvelle rédaction de l'article L. 423-8 s'appliquait bien en l'espèce, la chambre sociale affirme, dans le présent arrêt, que

« l'éligibilité d'un salarié est subordonnée seulement à une condition d'ancienneté d'un an, peu important que cette ancienneté résulte de contrats distincts séparés par des périodes d'interruption ».

Elle aligne ainsi sa jurisprudence concernant le calcul de l'ancienneté requise pour l'éligibilité des délégués du personnel sur celle relative aux délégués syndicaux.

La chambre sociale avait en effet respectivement affirmé dans deux arrêts du 15 mai 1991 que, s'agissant des premiers, des salariés remplissaient « les conditions exigées par l'article L. 423-8 du code du travail pour être éligibles dès lors que leur contrat de travail n'était que suspendu » (Soc., 15 mai 1991, Bull. 1991, V, n° 240, réaffirmé ensuite dans Soc., 19 octobre 1993, pourvoi n° 92-60.349, et plus récemment dans Soc., 26 septembre 2002, Bull. 2002, V, n° 286), alors que, s'agissant des seconds, « l'ancienneté d'un an dans l'entreprise, exigée pour la désignation d'un délégué syndical, peut résulter d'un ou de plusieurs contrats de travail successifs et distincts, séparés par une ou plusieurs périodes d'interruption » (Soc., 15 mai 1991, Bull. 1991, V, n° 244).

La Cour de cassation prend donc acte de la suppression de la mention « sans interruption » de l'article L. 423-8 du code du travail, pour décider que l'ancienneté requise pour l'éligibilité des délégués du personnel peut résulter, comme pour les délégués syndicaux, de contrats distincts séparés par des périodes d'interruption, et non plus seulement par des périodes de suspension.

Dès lors, elle devrait logiquement se prononcer dans le même sens s'agissant de la condition d'ancienneté requise pour l'éligibilité des membres élus du comité d'entreprise, puisque la rédaction de l'article L. 433-5 du code du travail qui la détermine est exactement la même que celle de l'article L. 423-8, l'ordonnance du 1^{er} décembre 2005 ayant également supprimé la mention « sans interruption » qui y figurait antérieurement.

2. Représentation du personnel

2.2. Institutions représentatives du personnel

* Comités d'entreprise et d'établissement - attributions

N° 232

1° Le droit pour le comité d'entreprise de procéder à l'examen annuel des comptes de l'entreprise et de se faire assister d'un expert-comptable, dont la rémunération est à la charge de l'employeur, s'exerce au moment où les comptes lui sont transmis et est, par application des articles L. 432-4 et L. 434-6 du code du travail, interprétés à la lumière de la Directive n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et à la

consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, indépendant de la date à laquelle ces comptes sont approuvés.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir mis à la charge de l'employeur une expertise décidée lors de la remise des comptes, mais dont l'accomplissement a été différé et n'a pu être achevé en raison de difficultés liées à sa prise en charge par l'employeur.

2° L'expertise décidée par le comité d'entreprise et réalisée pour son compte en application de ces mêmes textes n'est pas soumise aux règles qui régissent les relations entre l'employeur et ses prestataires de services ; lorsque l'employeur est une collectivité territoriale, il lui appartient de procéder aux formalités permettant le règlement d'une dépense légalement obligatoire.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir ordonné le paiement des travaux d'expertise auxquels l'expert avait déjà procédé, sans qu'une convention ait été conclue entre une commune et l'expert choisi par le comité d'entreprise.

Soc., 18 décembre 2007.

Rejet

N° 06-17.389. – C.A. Montpellier, 22 mai 2006.

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

Note

L'article L. 434-6 du code du travail octroie au comité d'entreprise la faculté de se faire assister par un expert-comptable pour l'examen annuel des comptes qui doivent lui être communiqués : « Le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable de son choix en vue de l'examen annuel des comptes prévus à l'article L. 432-4, alinéas 9 et 13 [...] ». Il s'agit d'un cas de recours légal à expert, dont la rémunération est prise en charge par l'employeur, par opposition aux experts libres, missionnés librement par le comité d'entreprise et rémunérés sur son budget propre.

Concernant les sociétés commerciales, l'alinéa 9 de l'article L. 432-4 du code du travail dispose : « Dans les sociétés commerciales, le chef d'entreprise est tenu de communiquer au comité, avant leur présentation à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés, l'ensemble des documents obligatoirement transmis annuellement à ces assemblées et le rapport des commissaires aux comptes », alors que, s'agissant des autres entreprises, c'est l'alinéa 13 du même article qui prévoit : « Le comité d'entreprise reçoit communication des documents comptables établis par les entreprises qui ne revêtent pas la forme de société commerciale. »

Dans un premier temps, la Cour de cassation a jugé que, s'agissant des sociétés commerciales, le recours à l'expert-comptable devait se faire avant l'approbation des comptes pour pouvoir relever de la consultation légale du comité d'entreprise : à défaut, la mission de l'expert-comptable ressortissait du domaine des expertises libres (Soc., 13 janvier 1999,

pourvoi n° 99-22.477), sauf à prouver que les documents comptables avaient été transmis au comité d'entreprise par l'employeur postérieurement à l'approbation des comptes (Soc., 2 mars 1993, Bull. 1993, V, n° 74).

Cependant, par un arrêt non publié du 17 février 2004, la chambre sociale est revenue dans un second temps sur cette jurisprudence, en affirmant que « *l'exercice du droit que le comité d'entreprise tient des articles L. 432-4 et L. 434-6 du code du travail de procéder à l'examen annuel des comptes de la société pour l'exercice clos, et donc de se faire assister d'un expert-comptable, est indépendant de la date de l'examen des mêmes comptes par l'assemblée générale des actionnaires de la société* » (Soc., 17 février 2004, pourvoi n° 02-11.404).

Dans la présente affaire, un comité d'entreprise avait été institué au sein d'un établissement public industriel et commercial exploité en régie directe par une commune et doté d'une simple autonomie financière. Ce comité avait décidé du principe du recours à l'assistance d'un expert-comptable dans le cadre de l'examen annuel des comptes à la suite de la transmission des documents comptables par la commune, mais ceci postérieurement à l'approbation des comptes. Le cabinet d'expertise retenu a été avisé par la suite, par la commune, de la suspension de sa mission puis de sa fin, faute de convention entre la commune et l'expert, au motif que l'établissement public ne pouvait engager une telle expertise que sur la base d'une telle convention.

Ayant sollicité en vain le paiement du travail déjà réalisé, l'expert-comptable a saisi le président du tribunal de grande instance pour voir fixer sa rémunération, demande à laquelle a fait droit l'ordonnance rendue, confirmée par la cour d'appel.

La question qui se posait donc à la Cour de cassation était de savoir si, lorsque le comité d'entreprise décide de recourir à l'assistance d'un expert-comptable, pour l'examen annuel des comptes mais postérieurement à l'approbation des comptes, la mission de l'expert relève de la consultation légale et en conséquence sa rémunération est prise en charge par l'employeur.

Par le présent arrêt publié du 18 décembre 2007, la chambre sociale confirme très clairement la solution qu'elle avait retenue en 2004, en réaffirmant que « *le droit pour le comité d'entreprise de procéder à l'examen annuel des comptes de l'entreprise et de se faire assister d'un expert-comptable, dont la rémunération est à la charge de l'employeur, s'exerce au moment où les comptes lui sont transmis et est, par application des articles L. 432-4 et L. 434-6 du code du travail, interprétés à la lumière de la Directive n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, indépendant de la date à laquelle ces comptes sont approuvés* ».

L'examen annuel des comptes, qu'il précède ou qu'il suive leur approbation, ouvre toujours le droit, pour le comité d'entreprise, de faire appel à un expert-comptable, dont la rémunération est à la charge de l'employeur.

Cette solution se justifiait d'autant plus en l'espèce que l'employeur n'était pas une société commerciale et qu'en conséquence, c'était l'alinéa 13 de l'article L. 432-4 du code du travail qui s'appliquait. Or si, s'agissant des sociétés commerciales, l'examen annuel des comptes relève d'une attribution aux fins consultatives du comité d'entreprise, s'agissant des entreprises n'ayant pas cette forme, comme en l'espèce, il ne s'agit que d'une communication aux fins d'information.

Par une formulation générale du motif de l'arrêt, la Cour de cassation décide que la solution s'applique aussi bien aux sociétés commerciales qu'aux entreprises n'ayant pas cette forme.

Ayant décidé que le recours à l'expert-comptable relevait bien du domaine de l'assistance du comité d'entreprise dans le cadre de l'examen annuel des comptes, la chambre sociale devait encore trancher la question de l'impact de la modalité de désignation de l'expert quant à sa rémunération.

La commune soutenait en effet que la prise en charge des honoraires était nécessairement soumise aux règles de la comptabilité publique et que l'attribution de la mission à l'expert-comptable devait faire l'objet d'un marché public et nécessiter un acte d'engagement de la commune.

La Cour de cassation rejette très clairement ces reproches, en précisant que « *L'expertise décidée par le comité d'entreprise et réalisée pour son compte en application de ces mêmes textes n'est pas soumise aux règles qui régissent les relations entre l'employeur et ses prestataires de services.* »

En effet, la décision de recourir à un expert-comptable et le choix de l'expert retenu n'appartiennent qu'au comité d'entreprise, et à lui seul. La prestation de services est effectuée pour le compte du comité et non pas pour celui de l'employeur, lequel n'a pour seule obligation que de prendre en charge la rémunération. Dans le cas inverse, ce serait octroyer à l'employeur un pouvoir d'immixtion trop important dans la décision de recourir à un expert, qui irait à l'encontre de l'objectif assigné à ce droit.

Dès lors, il n'était pas besoin, en l'espèce, qu'il y ait une convention entre la commune et l'expert pour donner plein effet à sa désignation : la commune avait pour seule obligation de « *procéder aux formalités permettant le règlement d'une dépense légalement obligatoire* », c'est-à-dire en se bornant à mandater la dépense, en procédant au besoin à une décision budgétaire modificative.

*** Comités d'entreprise et d'établissement - fonctionnement**

N° 233

Lorsque des salariés mis à disposition au service d'une entreprise sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, le comité d'entreprise devant prendre en compte cette communauté dans sa globalité pour l'exercice de sa mission, les rémunérations versées

par la société aux salariés ainsi mis à sa disposition doivent être prises en compte dans la masse salariale brute servant de base au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise.

Note

Cet arrêt prolonge l'arrêt du 28 février 2007 (*Bull.* 2007, V, n° 34) qui a décidé, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 (n° 2006-545DC), que les salariés mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, sont électeurs et éligibles aux élections des représentants du personnel de l'entreprise d'accueil.

La question posée en l'espèce était celle de savoir si les rémunérations versées par l'entreprise d'accueil aux salariés ainsi mis à disposition devaient être comprises dans la masse salariale brute servant de base au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise. L'intégration étroite et permanente des salariés mis à disposition à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil n'était pas contestée. Cette intégration justifie non seulement l'électorat et l'éligibilité des salariés mis à disposition, mais également l'étendue de la mission du comité d'entreprise, qui justifie la subvention de fonctionnement. Le comité d'entreprise a en effet pour mission d'assurer une expression collective des salariés de l'entreprise, et donc de l'ensemble des salariés qui y sont intégrés. Il s'en déduit que la rémunération des salariés mis à disposition, payée par l'entreprise d'accueil, doit être prise en compte pour le calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise.

Le litige ne portant que sur la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise, l'arrêt ne se prononce pas sur le calcul de la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité.

N° 234

Lorsque, dans le cadre d'accords collectifs ayant institué une unité économique et sociale, le caractère d'établissement distinct a été reconnu à une société qui est dotée d'un comité d'établissement, la cour d'appel, qui énonce que ce comité est doté des mêmes pouvoirs que le comité d'entreprise, dans la limite des pouvoirs confiés au chef d'établissement, et qui relève que l'autonomie de la société, qui gardait sa personnalité juridique, justifie un examen spécifique de ses comptes, a exactement décidé que, nonobstant la désignation d'un expert-comptable pour procéder à l'examen des comptes globaux de l'unité économique et sociale, le recours à un expert-comptable par le comité d'établissement de la société, en vue de l'examen annuel des comptes prévu par les alinéas 9 et 13 de l'article L. 4432-4 du code du travail, était justifié.

Soc., 28 novembre 2007.

Rejet

N° 06-12.977. – C.A. Riom, 10 janvier 2006.

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

Note

Cet arrêt pose le principe que lorsqu'un accord collectif instituant une unité économique et sociale a reconnu, à une société incluse dans cette unité mais qui garde sa personnalité juridique et son autonomie, le caractère d'établissement distinct, le comité d'établissement de cette entité, qui est doté des mêmes pouvoirs que le comité d'entreprise, dans la limite des pouvoirs confiés au chef d'établissement, est en droit de désigner un expert-comptable pour l'examen annuel de ses comptes qui justifie un examen spécifique, et ce, malgré la désignation, par le comité central d'entreprise, d'un expert pour l'examen des comptes globaux de l'unité économique et sociale.

Il s'agit d'une mise au point, après l'arrêt du 14 mars 2006 (pourvoi n° 05-14.148) qui a annulé la délibération d'un comité d'établissement d'une société incluse dans une unité économique et sociale désignant un expert-comptable en vue de l'examen annuel des comptes, au motif que ces comptes avaient déjà été examinés par le même expert-comptable dans le cadre de la désignation par le comité central d'entreprise de l'unité économique et sociale ; mais la cour avait aussi retenu que la mission de l'expert dépassait les limites de l'examen annuel des comptes permettant de recourir à un expert en application de l'article L. 436-6 du code du travail.

* *Comité de groupe*

N° 235

L'organe central d'un réseau bancaire, au sens des articles L. 511-30 et L. 511-31 du code monétaire et financier, étant, au sens de l'article L. 439-1-1 du code du travail, désigné comme étant la société dominante pour l'application de ce texte et des suivants du code du travail, le comité central d'entreprise d'une société contrôlée par une filiale de cette société dominante n'est pas fondé à exiger de cette filiale, qui n'a pas cette qualité, l'institution d'un comité de groupe. Il pourrait seulement demander la création d'un comité de « sous-groupe », laquelle ne présente aucun caractère obligatoire.

Soc., 4 décembre 2007.

Rejet

N° 06-11.206. – C.A. Paris, 21 avril 2005.

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

Note

Selon les articles L. 439-1 et L. 439-5 du code du travail, la constitution d'un comité de groupe entre une société dominante et les entreprises qu'elle contrôle, dans les conditions définies à l'article L. 233-1 et aux I et II de l'article L. 233-3 du code du

travail, et dont le siège est en France, est obligatoire. Elle peut résulter soit d'un accord des parties intéressées, soit, à défaut, d'une décision de justice.

En l'espèce, la Caisse nationale des caisses d'épargne (CNCE), société dominante de toutes les caisses d'épargne régionales, avait constitué une filiale, la société financière Océor, qu'elle contrôlait à 81,88 %, visant à regrouper les différentes participations Outre-mer du groupe Caisse d'épargne (notamment la banque de la Réunion et la banque des Antilles françaises). Cette filiale était donc elle-même la société dominante de la banque des Antilles françaises, qu'elle contrôlait à 97,28 %, cette dernière étant par conséquent une sous-filiale de la Caisse nationale des caisses d'épargne. Alors qu'un comité de groupe fonctionnait au niveau de la CNCE, la banque des Antilles françaises soutenait que la société Océor avait elle-même l'obligation de constituer un comité de groupe avec ses propres filiales.

Cet arrêt pose ainsi, pour la première fois, la question de savoir si une société contrôlée, dans les conditions de l'article L. 439-1 du code du travail, par une filiale de la Caisse nationale des caisses d'épargne, réseau bancaire tenu de constituer un comité de groupe en application de l'article L. 439-1-1 du code du travail, qui désigne l'organe central du réseau comme société dominante, peut demander en justice l'institution d'un comité de groupe dont la filiale serait la société dominante, c'est-à-dire en réalité la constitution d'un comité de sous-groupe.

L'arrêt apporte à cette question un réponse négative, d'une part en raison des termes de l'article L. 439-1-1 du code du travail, qui désigne l'organe central du réseau bancaire comme la société dominante, ce qui exclut que, dans un tel réseau, une autre société puisse avoir cette qualité, d'autre part parce que, d'une façon générale, l'institution d'un comité de sous-groupe n'est pas obligatoire et ne pourrait donc résulter que d'un accord entre les parties, qui n'existait pas en l'espèce.

*** Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail**

N° 236

1° Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, chargé, par application de l'alinéa premier de l'article L. 236-2 du code du travail, de contribuer à la protection de la santé des salariés, doit être consulté sur un projet d'évaluations annuelles des salariés, dès lors qu'il est constaté que ces évaluations devaient permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l'accomplissement des objectifs, qu'elles pouvaient avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, et que les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir fait interdiction à un employeur de mettre en œuvre un tel projet tant que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne serait pas consulté.

2° Aux termes de l'article 22 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, les traitements automatisés de données à caractère personnel font l'objet d'une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et, aux termes des articles 1 et 3 de la norme simplifiée n° 46 adoptée par la CNIL le 13 janvier 2005, modifiée le 17 novembre 2005, les traitements automatisés relatifs à l'évaluation professionnelle des salariés font l'objet d'une déclaration simplifiée.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui fait interdiction à un employeur de mettre en application un projet d'entretiens annuels d'évaluation de ses salariés tant que le traitement des données à caractère personnel recueillies au cours de ces entretiens n'aura pas fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL, sans constater que ces données sont destinées à faire l'objet d'un traitement automatisé.

Soc., 28 novembre 2007. Cassation partielle

N° 06-21.964. – C.A. Paris, 3 novembre 2006.

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

*** Délit d'entrave**

N° 237

1° Commet le délit d'entrave au renouvellement des membres de la délégation unique du personnel, dont le mandat est venu à échéance et n'a pas fait l'objet d'une prorogation, le chef d'entreprise, ou son délégataire, qui omet de prendre les mesures nécessaires au déroulement régulier des opérations préélectorales.

2° Constitue également un délit d'entrave le fait, pour ledit chef d'entreprise, de signer seul un protocole préélectoral, ensuite annulé par le tribunal d'instance, de même que les élections l'ayant suivi, sans que toutes les organisations syndicales intéressées aient consenti à la modification de la composition des collèges électoraux, ainsi que le prévoit l'article L. 423-3, alinéa premier, du code du travail.

Crim. – 6 novembre 2007. Rejet

N° 06-86.027. – C.A. Paris, 3 juillet 2006.

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

*** Représentant et délégué syndical****N° 238**

Lorsqu'un syndicat désigne deux délégués syndicaux, dont un délégué supplémentaire, en application de l'alinéa 3 de l'article L. 412-11 du code du travail, l'absence de précision du mandat exercé par chacun d'eux n'entraîne pas la nullité de ces désignations, dès lors que les conditions d'application de ce texte sont remplies.

Soc., 3 octobre 2007.**Rejet**N° 06-60.226. – T.I. Paris 12^e, 26 septembre 2006.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Perony, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

En application des articles R. 412-2 et R. 412-3 du code du travail, dans les entreprises ou établissements distincts de 50 à 999 salariés, le nombre de délégués syndicaux est fixé à un. Dans les entreprises d'au moins 500 salariés, les syndicats peuvent désigner un délégué supplémentaire, s'ils remplissent les conditions posées par l'article L. 412-11, alinéa 3, du même code.

Conformément à l'article D. 412-1 du code du travail, « *les nom et prénoms du ou des délégués syndicaux, du délégué syndical central, du représentant syndical au comité d'entreprise, mentionnés aux articles L. 412-11, L. 412-12 et L. 412-17, sont portés à la connaissance du chef d'entreprise, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par lettre remise au chef d'entreprise contre récépissé* ».

Dans le respect de ces dispositions, un syndicat qui a désigné deux délégués syndicaux, dont un supplémentaire, peut-il, sans entacher les désignations de nullité, ne pas préciser la fonction exacte exercée par chacun d'eux ?

Concernant le cadre de la désignation des délégués syndicaux, la Cour de cassation a déjà dit qu'un syndicat qui mandate un salarié doit, à peine de nullité de la désignation, indiquer :

– *soit l'entreprise, soit l'établissement lieu de la désignation dans la lettre qu'il notifie au chef d'entreprise et qui fixe les limites du litige* (Soc., 18 juillet 2000, Bull. 2000, V, n° 303) ;

– *que ce dernier est désigné soit en qualité de représentant syndical au comité d'établissement, soit en qualité de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement distinct* (Soc., 29 mars 2005, Bull. 2005, V, n° 103).

Sur la précision des fonctions du délégué, la chambre sociale indique ici, pour la première fois, que lorsqu'un syndicat désigne deux délégués syndicaux, dont un délégué supplémentaire en application de l'alinéa 3 de l'article L. 412-11 du code du travail, l'absence de précision sur le mandat exercé par chacun d'eux n'entraîne pas la nullité des deux désignations. Cette souplesse s'explique par le fait que la précision portant sur la désignation du délégué syndical en tant que tel ou en tant que délégué

syndical supplémentaire n'a aucune incidence sur son cadre d'affectation, sa mission, ou la durée de son mandat. Dans ces conditions, il n'apparaît pas nécessaire d'imposer au syndicat un formalisme sans objet.

N° 239

A l'égard de l'employeur, les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise d'un salarié cessent à la date à laquelle il reçoit la notification, du syndicat qui l'a désigné, de la cessation de ses fonctions, peu important, dans les rapports entre le syndicat et le salarié, la régularité de la révocation intervenue.

Soc., 7 novembre 2007.**Rejet**

N° 06-13.702. – C.A. Fort-de-France, 5 décembre 2005.

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

Note

La révocation d'un mandat de délégué syndical ne peut émaner que de l'organisation qui l'a désigné (Soc., 2 octobre 2003, pourvoi n° 02-60.562). Selon les modalités prévues aux articles L. 412-16, alinéa 3, et D. 412-1 du code du travail, la cessation de fonctions du délégué syndical doit être portée à la connaissance du chef d'entreprise, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par lettre remise au chef d'entreprise contre récépissé.

En l'espèce, l'employeur a reçu la notification de cessation de fonctions d'un salarié délégué syndical et représentant syndical au comité d'établissement, mais le syndicat a omis d'en informer à la même date le salarié concerné, dont le mandat avait, de fait, continué à s'exécuter.

Dans ce contexte, il s'agit de savoir si la révocation d'un mandat syndical est opposable au tiers employeur à la date où il a reçu, du syndicat mandant, la notification de la cessation du mandat, ou à la date postérieure où le salarié mandataire a eu connaissance effective de sa révocation.

En application des dispositions de l'article 2008 du code civil, il a été admis que « *la révocation du mandat n'est opposable au mandataire qu'au jour où celui-ci a eu connaissance de la volonté du mandant, et non au jour où cette volonté s'est exprimée* » (3^e Civ., 28 février 1984, Bull. 1984, III, n° 52). Ici est évoquée l'opposabilité de la révocation à l'égard du mandataire, mais la présente espèce concerne plus spécifiquement l'opposabilité de la révocation à l'égard des tiers.

Faisant application des règles spéciales du code du travail, applicables compte tenu des obligations entre employeur et syndicat, la chambre sociale considère que le mandat prend fin par la seule notification, à l'employeur, de la cessation du mandat, conformément aux dispositions des articles L. 412-16, alinéa 3, et D. 412-1 du code du travail, peu important la date à laquelle le mandataire a eu

connaissance de sa révocation, qui ne concerne que les relations entre le syndicat et le salarié. L'employeur n'a donc dès lors pas à s'interroger sur la régularité de la révocation intervenue.

Si une faute a été commise dans l'information du mandataire par le syndicat, celle-ci demeure sans effet sur le terme du mandat, dont le salarié perd le bénéfice à la date où l'employeur a eu connaissance de la notification de la révocation.

** Institutions représentatives
créées par voie conventionnelle*

N° 240

Les institutions représentatives du personnel créées par voie conventionnelle ouvrent à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice, prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, lorsqu'elles sont de même nature que celles prévues par le code du travail.

Tel est le cas d'institutions de délégués syndicaux titulaires et suppléants de groupe créés par un accord d'entreprise et chargés, au niveau du groupe, de fonctions similaires à celles des délégués syndicaux d'entreprise.

Soc., 23 octobre 2007.

Rejet

N° 06-44.438. – C.A. Paris, 8 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Casorla, Av. Gén.

Note

Il résulte de l'article L. 412-21 du code du travail que les dispositions dudit code relatives à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise ne font pas obstacle aux conventions ou accords collectifs comportant des clauses plus favorables, notamment celles qui sont relatives à l'institution de délégués syndicaux ou de délégués syndicaux centraux, dans tous les cas où les dispositions législatives n'ont pas rendu obligatoire cette institution.

D'autre part, les articles L. 412-18, L. 425-1 et L. 436-1 du code du travail prévoient que les délégués syndicaux, les délégués du personnel ainsi que les membres du comité d'entreprise institués par voie conventionnelle bénéficient du statut protecteur des représentants du personnel.

Concernant cette extension du bénéfice du statut protecteur et la compétence administrative pour autoriser un licenciement qui en découle, il est de jurisprudence constante et ancienne de la Cour de cassation et du Conseil d'État qu'elle ne peut pas avoir lieu du seul fait d'une convention collective, sauf si l'institution conventionnelle créée par accord collectif est de même nature que les institutions légalement créées (par exemple, Soc., 9 juillet 1976, Bull. 1976, n° 453 ; Soc., 19 juin 1991, Bull. 1991, V, n° 306 et CE, 29 décembre 1995, n° 122643, publié au *Recueil Lebon*).

Ainsi la chambre sociale a-t-elle pu juger que les représentants syndicaux au CHSCT ne pouvaient bénéficier de la procédure de protection (Soc., 20 février 1991, Bull. 1991, V, n° 85 et Soc., 29 janvier 2003, Bull. 2003, V, n° 34), de même pour les membres d'une commission de coordination des CHSCT (Soc., 19 décembre 1989, Bull. 1989, V, n° 719), pour les membres d'un fonds d'assurance formation (Soc., 1^{er} décembre 1993, Bull. 1993, V, n° 298) et pour les membres d'un comité inter-établissements chargé de la gestion et de la réalisation des œuvres sociales décidées par les comités d'établissement (Soc., 12 juillet 2006, Bull. 2006, V, n° 258).

La question de droit qui était posée pour la première fois à la Cour de cassation était de savoir si la création, par voie conventionnelle, d'un délégué syndical suppléant de groupe pouvait être considérée comme constituant une institution conventionnelle de même nature que celle, légale, de délégué syndical, alors que ni la désignation d'un délégué syndical de groupe ni la désignation d'un délégué syndical suppléant ne sont prévues par les textes.

La chambre sociale avait précédemment jugé que le délégué syndical suppléant désigné sur le fondement d'une convention collective bénéficiait du statut protecteur accordé au délégué syndical titulaire (Soc., 9 juillet 1976, Bull. 1976, V, n° 453).

Se basant sur ce précédent ainsi que sur la jurisprudence du Conseil d'État et sur la rédaction de l'article L. 412-21 du code du travail, la chambre sociale décide que les délégués syndicaux titulaires et suppléants de groupe créés par un accord d'entreprise et chargés, au niveau du groupe, de fonctions similaires à celles des délégués syndicaux d'entreprise sont une institution représentative du personnel de même nature que les institutions représentatives prévues par le code du travail, et bénéficient donc de la procédure spéciale protectrice.

3. Protection contre le licenciement

Soc. – 28 novembre 2007, *infra*.

Voir n° 249, sommaire n° 2.

F. – Rupture du contrat de travail

2. Licenciements

2.2. Imputabilité et motifs de la rupture

N° 241

Le contrat de travail d'un salarié étant suspendu pendant son congé parental d'éducation, les absences injustifiées pendant ce congé, visées dans la lettre de licenciement, ne sont pas susceptibles de revêtir la qualification de faute grave ou de cause réelle et sérieuse.

Encourt dès lors la cassation, au visa des articles 2044 du code civil, L. 122-14-3 et L. 122-28-1

du code du travail, l'arrêt qui rejette la demande de nullité d'une transaction conclue après un tel licenciement.

Soc., 13 décembre 2007.

Cassation

N° 06-46.302. – C.A. Versailles, 28 septembre 2006.

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

Note

La transaction, contrat prévu par l'article 2044 du code civil et par lequel « *les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* », est souvent utilisée en matière sociale par l'employeur et le salarié, afin de régler amiablement les difficultés survenant à l'occasion d'un licenciement. Mais la jurisprudence a ajouté que, pour être valable, toute transaction devait comporter des concessions réciproques de la part des deux parties. Un important contentieux est alors apparu sous l'effet d'une nette tendance des parties à contester de plus en plus la transaction, malgré son autorité de la chose jugée, en se fondant sur une absence de réelles concessions réciproques. La Cour de cassation a donc dû préciser les pouvoirs du juge quant à l'appréciation de ces concessions.

Ainsi, la chambre sociale rappelle régulièrement que l'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte. Il en résulte que le juge ne peut, sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette transaction avait pour objet de clore en se livrant à l'examen des éléments de fait et de preuve. En revanche, il peut se fonder sur les faits invoqués lors de la signature de l'acte, en leur restituant leur véritable qualification juridique (Soc., 27 mars 1996, *Bull.* 1996, V, n° 124 ; Soc., 21 mai 1997, *Bull.* 1997, V, n° 185).

En d'autres termes, si le juge ne peut, à l'occasion de l'examen de la validité d'une transaction, apprécier la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés dans la lettre de licenciement, il conserve le pouvoir de vérifier que la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales et de requalifier les faits y étant invoqués.

Dès lors, il a pu être jugé qu'une transaction était nulle, faute de concession de l'employeur, le licenciement étant sans cause réelle et sérieuse à défaut de motivation de la lettre de rupture (Soc., 13 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 381), ou bien encore lorsque le motif invoqué dans la lettre était trop vague pour être matériellement vérifiable (Soc., 23 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 21).

S'agissant d'une faute invoquée comme motif de licenciement, le juge ne peut se livrer « *à un examen des faits pour apprécier le caractère de gravité de la faute invoquée par l'employeur* » (Soc., 21 mai 1997, précité),

et doit seulement vérifier si les faits invoqués dans la lettre de licenciement sont susceptibles de recevoir la qualification retenue.

Ainsi, le seul « *manque de compétence du salarié* », invoqué comme motif dans la lettre de licenciement, ne peut constituer une faute grave, puisqu'il s'agit d'incompétence professionnelle (Soc., 27 mars 1996, précité).

Dans la présente affaire, ayant donné lieu à l'arrêt du 13 décembre 2007 ici commenté, une salariée avait été licenciée pour faute grave en raison d'absences injustifiées à compter d'une date où elle était en réalité en congé parental d'éducation, congé qu'elle n'avait pas invoqué pour justifier ses absences. Une transaction a été signée, puis la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en nullité de celle-ci. Les juges d'appel ont rejeté cette demande, en relevant qu'il n'était pas établi que les personnes qui avaient mené la procédure de licenciement connaissaient l'existence du congé parental et que les absences injustifiées étaient susceptibles d'être qualifiées de faute grave.

La Cour de cassation devait donc préciser l'étendue de l'office du juge quant à l'examen de la qualification de faute grave.

La chambre sociale se prononce dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure, en censurant les juges d'appel.

En effet, constatant que la salariée était en congé parental d'éducation à la date du prononcé du licenciement, les juges du fond auraient dû en déduire que le contrat de travail était suspendu, conformément à l'article L. 122-28-1 du code du travail. Dès lors, la salariée ne pouvait se voir reprocher des absences injustifiées pendant cette période de suspension, ce dont il résultait « *qu'au regard de sa situation juridique, les absences injustifiées visées dans la lettre de licenciement n'étaient pas susceptibles de revêtir la qualification de faute grave ou de cause réelle et sérieuse* ».

Il n'était pas besoin de se livrer à un examen des éléments de fait ou de preuve pour rejeter la qualification de faute grave : la Cour de cassation prend bien soin de préciser que cela résultait de la seule « *situation juridique* » de la salariée. La requalification pouvait dès lors être objectivement opérée, peu important les circonstances factuelles du licenciement, sans que le juge outre passe ses pouvoirs ni heurte l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction.

Cette solution est à rapprocher de celle d'un arrêt du 26 avril 2007, se prononçant sur une situation comparable où, à la date du prononcé du licenciement, le contrat de travail du salarié était suspendu suite à un accident du travail. La Cour de cassation a en effet approuvé la cour d'appel qui avait prononcé la nullité de la transaction au motif que « *dans la lettre de licenciement, l'employeur se bornait à invoquer un motif économique sans mentionner le ou les motifs non liés à l'accident pour lesquels il se trouvait dans l'impossibilité de maintenir le contrat* », mention

pourtant exigée par l'article L. 122-32-2 du code du travail. Dès lors, le licenciement était nul, et il était possible de le constater d'après le seul examen de la situation juridique du salarié et du motif invoqué par la lettre de licenciement, cette nullité emportant absence de concession de la part de l'employeur et nullité de la transaction (Soc., 26 avril 2007, *Bull.* 2007, V, n° 64).

N° 242

Est sans cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé pour une inaptitude physique résultant d'agissements fautifs de l'employeur commis antérieurement à la date d'application de la loi du 17 janvier 2002 ayant institué l'article L. 122-49 du code du travail, relatif au harcèlement moral.

Soc., 13 décembre 2007.

Rejet

N° 06-45.818. – C.A. Rouen, 26 septembre 2006.

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

Note

L'inaptitude d'un salarié dont le reclassement est impossible est une cause réelle et sérieuse de licenciement.

En l'espèce, le salarié, qui était en arrêt de travail suite à un accident de trajet, avait été déclaré, par le médecin du travail, inapte définitivement à tout poste dans l'entreprise et licencié.

Il contestait la validité de son licenciement, soutenant que son inaptitude définitive était la conséquence des faits de harcèlement moral dont il avait été victime de la part de son employeur. L'employeur, de son côté, estimait que, même si son comportement fautif était établi, le salarié n'avait droit qu'à des dommages-intérêts, le licenciement restant fondé sur une cause réelle et sérieuse.

La cour d'appel avait suivi le raisonnement du salarié et déclaré son licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La question qui se posait donc à la Cour de cassation était de savoir si le licenciement prononcé pour une inaptitude jugée comme résultant du harcèlement moral de l'employeur est sans cause réelle et sérieuse ou si la faute de l'employeur ne peut ouvrir droit pour le salarié qu'à l'allocation de dommages-intérêts.

La Cour de cassation a déjà décidé (Soc., 11 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 301), faisant application de l'article L.122-49 du code du travail, que lorsque l'absence prolongée d'un salarié est la conséquence d'une altération de son état de santé consécutive au harcèlement moral dont il a été l'objet, l'employeur ne peut, pour le licencier, se prévaloir du fait qu'une telle absence perturbe le fonctionnement de l'entreprise. Le licenciement est dès lors nul.

En effet, la loi du 17 janvier 2002 a introduit dans le code du travail un article L. 122-49, lequel prévoit notamment, dans son dernier alinéa, que

toute rupture du contrat de travail qui résulterait du harcèlement moral subi par le salarié est nulle de plein droit.

Cependant, l'article L. 122-49 du code du travail ne s'applique pas à des faits antérieurs à la loi du 17 janvier 2002 dont il est issu (voir notamment Soc., 13 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 248). En l'espèce, les faits de harcèlement moral étant antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi, le licenciement n'encourait pas la nullité.

Par contre, un tel licenciement est sans cause réelle et sérieuse, l'employeur ne pouvant se prévaloir d'une situation dont il est responsable. A cet égard, la chambre juge depuis longtemps que lorsque le motif de licenciement invoqué résulte d'un fait fautif de l'employeur ou d'un manquement de celui-ci à ses obligations, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Ainsi, par exemple, un licenciement prononcé pour motif économique en raison de la suppression du poste occupé ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse dès lors que l'employeur a manqué à son devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois (Soc., 25 février 1992, *Bull.* 1992, V, n° 122 ; Soc., 19 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 564).

2.3. Licenciement disciplinaire

* Nullité

N° 243

En application de l'article L. 122-32-2 du code du travail, le licenciement notifié après le délai d'un mois prévu par l'article L. 122-41 du code du travail et prononcé pendant la période de suspension du contrat de travail pour accident du travail est nul.

Soc., 21 novembre 2007.

Cassation

N° 06-44.993. – C.A. Bordeaux, 1^{er} décembre 2005.

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

Note

La sanction d'un licenciement irrégulier ou illégitime est l'indemnisation du salarié licencié. Le prononcé de la nullité demeure l'exception. La jurisprudence de la Cour de cassation la cantonne au cas où une disposition légale la prévoit, ou au cas de violation d'une liberté fondamentale. Il s'agit essentiellement des licenciements soumis à autorisation administrative et de ceux dans lesquels le véritable motif du licenciement ferait apparaître une discrimination (art. L. 122-45 du code du travail : Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 87 et 31 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 101).

En matière disciplinaire, le juge saisi d'une contestation de la sanction peut l'annuler. Selon l'article L. 122-43, alinéa 2, du code du travail,

l'annulation est possible si la sanction est irrégulière en la forme, injustifiée ou disproportionnée à la faute. Mais en matière de licenciement disciplinaire, l'alinéa 3 du même article exclut toute possibilité pour le juge d'annuler le licenciement.

Il en est différemment en cas de licenciement du salarié au cours d'une période de suspension du contrat de travail d'origine professionnelle, c'est-à-dire au cours d'un arrêt de l'activité du salarié justifié par une maladie professionnelle ou un accident du travail. L'employeur ne peut procéder au licenciement, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, pendant cette période de suspension, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour une raison non liée à la maladie ou à l'accident (art. L. 122-32-2 du code du travail). L'alinéa 3 de cet article prévoit que « toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions du présent article est nulle ».

Dans la présente affaire, le salarié, convoqué le 12 novembre 2002 pour un entretien préalable à un licenciement pour faute grave, avait sollicité le report de cet entretien, qui s'était tenu le 17 décembre suivant ; il avait, par la suite, été en arrêt pour accident du travail du 18 décembre 2002 au 20 avril 2003 et avait été licencié le 14 avril 2003 pour faute grave. Il avait alors saisi le conseil de prud'hommes, en invoquant la nullité de son licenciement.

L'article L. 122-41 du code du travail impose, en matière disciplinaire, un délai maximum d'un mois entre la date de l'entretien et la date du prononcé de la sanction. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que ce délai constitue une règle de fond (Soc., 17 janvier 1990, *Bull.* 1990, V, n° 13) et que la période de suspension du contrat de travail provoquée par un accident du travail ou une maladie professionnelle ne le suspend ni ne l'interrompt (Soc., 19 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 13 [2]).

L'intérêt du présent arrêt tient à la nature de la sanction qui frappe la notification tardive du licenciement disciplinaire : intervenue après l'écoulement du délai issu du régime disciplinaire, délai constituant une règle de fond, et pendant la période de suspension du contrat de travail pour cause d'accident du travail, la notification irrégulière rend le licenciement nul, et non pas sans cause réelle et sérieuse. La comparaison avec l'arrêt rendu le 19 janvier 2005 est éclairante : la notification du licenciement était également tardive, mais avait été effectuée après la reprise du travail par le salarié, et donc après la fin de la période de suspension du contrat. La sanction consistait en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Dans le cas présent, la sanction du licenciement prononcé pendant la période de suspension est celle édictée par l'alinéa 3 de l'article L. 122-32-2, c'est-à-dire la nullité, et non celle attachée seulement au non-respect de la procédure disciplinaire de licenciement.

2.4. Licenciement économique

* *Obligation de reclassement*

N° 244

Les possibilités de reclassement doivent s'apprécier à la date où les licenciements pour motif économique sont envisagés et être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation, leur permettent d'effectuer une permutation du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, sauf, pour l'employeur, à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement.

Dès lors, prive sa décision de base légale au regard de l'article L. 321-1 du code du travail la cour d'appel qui décide qu'aucun reclassement n'est possible dans la Confédération helvétique, sans préciser en quoi la législation de ce pays était de nature à empêcher le reclassement des salariés, et se fonde sur un motif inopérant tiré de la situation économique du groupe à une époque éloignée de celle des licenciements.

Soc., 4 décembre 2007. Cassation partielle

N° 05-46.073. – C.A. Nancy, 31 octobre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

La chambre sociale a voulu, par cet arrêt, préciser l'étendue de l'obligation de reclassement résultant de l'article L. 321-1 du code du travail, lorsque l'entreprise appartient à un groupe composé de sociétés dont certaines ont leur siège à l'étranger.

La chambre sociale a déjà jugé que « les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers » (Soc., 7 octobre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 407 ; Soc., 15 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 344 [1]).

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe de dimension internationale, c'est à l'employeur de s'assurer de la législation applicable localement (Soc., 15 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 344 [2]) et de démontrer, le cas échéant, que le reclassement peut être rendu impossible par l'effet de la loi étrangère.

L'appréciation des possibilités de reclassement dépend d'éléments de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond. Mais la Cour de cassation contrôle que les juges du fond ont effectivement procédé à la vérification de la possibilité ou non de reclassement dans le groupe, notamment au regard des dispositions légales applicables dans le pays où

se situe l'entreprise au sein de laquelle le reclassement pourrait être envisagé. En l'espèce, les juges du fond s'étaient contentés d'affirmer que « *la Suisse ne faisait pas partie de l'Union européenne et possède une législation contraignante en matière d'emploi de salariés étrangers* », pour en déduire que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de reclassement.

La chambre sociale reproche aux juges du fond, d'une part, de ne pas avoir vérifié le contenu de la loi en ne précisant pas en quoi la législation de la Confédération helvétique était de nature à empêcher le reclassement du salarié et, d'autre part, d'avoir apprécié les possibilités de reclassement à une époque trop éloignée de la date où le licenciement économique a été envisagé (Soc., 30 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 146 [1]).

* *Plan de sauvegarde de l'emploi*

N° 245

Un plan de sauvegarde de l'emploi ne peut prévoir la substitution des mesures qu'il comporte, destinées à favoriser le reclassement par une indemnisation subordonnée à la conclusion d'une transaction emportant renonciation à toute contestation ultérieure de ces mesures.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui entérine un accord transactionnel emportant renonciation au plan de sauvegarde de l'emploi.

Soc., 20 novembre 2007.

Cassation

N° 06-41.410. – C.A. Reims, 18 janvier 2006.

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

Note

L'article L. 321-4-1 du code du travail impose à l'employeur, dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements pour motif économique est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, d'établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi.

Ce plan a pour objet d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre et de faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité.

Dans la présente affaire, un plan de sauvegarde de l'emploi prévoyait qu'à la demande de tout salarié après son licenciement, une transaction pouvait être conclue si le salarié renonçait au bénéfice de quatre aides prévues au plan de sauvegarde (aide à la mobilité, aide à la formation, prime à l'embauche et allocation temporaire dégressive), ainsi qu'à tout recours judiciaire concernant ce plan. Le salarié recevait, dans ce cas, une compensation financière égale au cumul du montant de ces quatre aides.

Un salarié licencié avait signé ce protocole d'accord transactionnel, puis avait saisi la juridiction prud'homale aux fins, notamment, de voir constater la nullité de son licenciement économique.

La cour d'appel, se plaçant sur le terrain de la transaction, avait débouté le salarié de ses demandes, au motif que la transaction était régulière car conforme aux articles 2044, 2052 et suivants du code civil. En effet, le protocole transactionnel comportait bien des concessions réciproques, dès lors que la somme perçue par le salarié ne constituait pas la simple attribution de droits qu'il tenait déjà d'un accord d'entreprise améliorant le plan social, mais bien un avantage réel.

La chambre sociale casse l'arrêt de la cour d'appel en décidant qu'un plan de sauvegarde de l'emploi ne peut prévoir la substitution des mesures qu'il comporte par une indemnisation subordonnée à la conclusion d'une transaction emportant renonciation à toute contestation ultérieure de ces mesures.

Elle rappelle ainsi que l'employeur ne peut s'exonérer, par un mécanisme de substitution, de son obligation de reclassement posée par l'article L. 321-4-1 du code du travail.

Elle avait précédemment énoncé, dans un arrêt du 5 avril 2005 (Soc., 5 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 124), que la mise en œuvre d'un accord collectif dont les salariés tiennent leurs droits ne peut être subordonnée à la conclusion de contrats individuels de transaction. Il s'agissait, dans cette espèce, d'un accord collectif destiné à améliorer un plan social.

4. *Démission*

N° 246

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.

Dès lors, 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 ce dernier, qui ne justifiait pas qu'un différend antérieur ou contemporain de celle-ci l'avait opposé à son employeur, n'avait contesté les conditions de la rupture du contrat de travail que quatorze mois plus tard.

Soc., 19 décembre 2007.

**Cassation partielle
sans renvoi**

N° 06-42.550. – C.A. Orléans, 9 mars 2006.

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

Note

L'arrêt du 19 décembre 2007 s'inscrit dans la continuité des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 mai 2007 (*Bull.* 2007, V, n° 70), relatifs à la démission et aux conditions de nature à caractériser la volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner.

Par cet arrêt, la chambre sociale a voulu préciser en quoi pouvaient consister les « *circonstances antérieures ou contemporaines de la démission* » susceptibles de rendre celle-ci équivoque ; en renvoyant à la notion de « différend », elle veut signifier qu'il ne suffit pas au salarié « démissionnaire » de faire état de manquements antérieurs de son employeur pour prétendre faire requalifier la rupture ; encore doit-il établir en avoir fait état auprès de celui-ci, en temps utile, c'est-à-dire avant sa « démission » ou de façon concomitante, en justifiant ainsi de l'existence d'un différend « déclaré », dont le juge pourra alors déduire qu'il a été la véritable cause de sa décision.

G. – Actions en justice

* Cassation (juridiction de renvoi)

N° 247

Dans sa rédaction issue du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, l'article R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire dispose qu'« *après cassation d'un arrêt en matière civile, le premier président, d'office ou à la demande des parties, renvoie l'affaire à l'audience solennelle si la nature de l'affaire ou la complexité de celle-ci le justifie* ». Il en résulte que les renvois après cassation ne sont pas obligatoirement portés aux audiences solennelles.

Le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la juridiction de renvoi n'est pas fondé dès lors que l'affaire a été examinée postérieurement au 1^{er} mars 2006, date de l'entrée en vigueur du décret, dont les dispositions sont applicables immédiatement aux instances en cours.

Soc., 23 octobre 2007.

Rejet

N° 06-44.744. – C.A. Grenoble, 26 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Casorla, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt concerne l'application de l'article R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction issue du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, assouplissant les règles relatives à la composition des cours d'appel statuant sur renvoi après cassation en matière civile.

Antérieurement, l'article R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire disposait qu'en matière civile, les renvois après cassation étaient portés aux audiences solennelles de la cour d'appel. La tenue d'une audience solennelle imposait la participation de cinq magistrats au moins, premier président compris (art. L. 121-2 du code de l'organisation judiciaire), et ces magistrats devaient appartenir à deux chambres distinctes (art. R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire).

La jurisprudence en déduisait la nullité des arrêts de cours d'appel qui, rendus sur renvoi après cassation, en matière civile, avaient été prononcés en audience ordinaire, par trois magistrats (par exemple, Ass. plén., 22 janvier 1964, *Bull.* 1964, Ass. plén., n° 3 ; 2^e Civ., 20 octobre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 256).

L'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 a modifié les dispositions relatives à la composition des audiences solennelles. Ainsi, le nouvel article L. 312-2 du code de l'organisation judiciaire prévoit qu'aux audiences solennelles, la cour est présidée par le premier président et comprend en outre des conseillers appartenant à plusieurs chambres.

Puis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 est venu assouplir les règles relatives aux cas de recours à ces audiences solennelles sur renvoi après cassation. Le nouvel article R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire prévoit qu'en matière civile, le renvoi à une audience solennelle n'intervient, sur décision du premier président, à sa propre initiative ou à la demande d'une partie, que pour les affaires sensibles ou complexes. La décision du premier président est une mesure d'administration judiciaire et n'est donc pas susceptible de recours.

L'article 87 du décret prévoit que le nouveau texte entre en vigueur le 1^{er} mars 2006 et qu'il est applicable aux procédures en cours.

Dans la présente espèce, la Cour de cassation avait rendu un arrêt de renvoi le 17 juin 2005 et la cour d'appel avait statué le 26 juin 2006.

Le mémoire ampliatif invoquait une violation des articles L. 212-2 et R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire, car la cour d'appel de renvoi n'était composée que de trois magistrats alors qu'elle aurait dû, s'agissant d'un renvoi obligatoire en audience solennelle, être composée d'au moins cinq magistrats.

La Cour de cassation rejette ce moyen, indiquant que l'article R. 212-5 du code de l'organisation judiciaire étant entré en vigueur le 1^{er} mars 2006 et étant applicable immédiatement aux instances en cours, les renvois après cassation ne sont plus nécessairement portés aux audiences solennelles.

En l'espèce, aucune des parties n'ayant demandé le renvoi de l'affaire à une audience solennelle et le premier président ne l'ayant pas décidé, la cour d'appel pouvait statuer en formation ordinaire.

La Cour de cassation rappelle ainsi que, depuis le 1^{er} mars 2006, la cour d'appel de renvoi statue, en principe, en formation ordinaire, sauf lorsque

le premier président, d'office où à la demande des parties, décide de renvoyer l'affaire en audience solennelle.

*** Cassation (pourvoi)**

N° 248

Le salarié qui s'est rapporté à justice sur l'un de ses chefs de demande devant la cour d'appel n'est pas recevable à présenter, devant la Cour de cassation, un moyen contestant la décision rendue sur ce point.

Soc., 25 octobre 2007.

Rejet

N° 06-42.661. – C.A. Riom, 15 novembre 2005.

M. Chauviré, Pt (f.f.). – Mme Divialle, Rap. – M. Casorla, Av. Gén.

Note

Si les parties à l'instance peuvent, sous certaines conditions, se mettre d'accord pour demander au juge de se prononcer en amiable compositeur, c'est-à-dire le dispenser de l'obligation de juger uniquement en droit, une partie peut également, quant à une de ses demandes, s'en rapporter simplement à la justice dans ses conclusions, c'est-à-dire sans soutenir d'argumentation particulière.

Mais cette hypothèse a soulevé des interrogations quant aux possibilités de contestation du chef de demande ayant donné lieu à rapport à justice.

La Cour de cassation réaffirme régulièrement, depuis une jurisprudence ancienne, que lorsqu'une partie s'en rapporte à justice, cela « implique nécessairement une contestation de sa part » (2^e Civ., 26 février 1970, *Bull.* 1970, II, n° 67). Elle a ainsi précisé plus récemment que le « rapport à justice s'analyse non comme une approbation, mais comme une contestation de la demande, dont le bien ou le mal-fondé sont laissés à l'appréciation des juges du fond » (1^{re} Civ., 27 octobre 1993, *Bull.* 1993, I, n° 301), rendant par là-même la partie « irrecevable à soulever ensuite une exception d'incompétence », le rapport à justice s'analysant en une conclusion au fond (2^e Civ., 7 juin 2007, *Bull.* 2007, II, n° 145). Un auteur a d'ailleurs pu dire qu'en réalité, « celui qui s'en remet à justice ne cesse pas de contester la demande dirigée contre lui, il adopte simplement une attitude de neutralité temporaire et vigilante » (R. Perrot, « La portée d'un rapport à justice », *Procédures* 1999, commentaire n° 23).

Par conséquent, la Cour de cassation a toujours affirmé que lorsque le rapport à justice a été formulé en première instance, cela ne prive pas la partie du droit de faire appel quant au chef de demande en question : le rapport à justice ne s'analyse pas en une renonciation à appel (2^e Civ., 5 janvier 1978, *Bull.* 1978, II, n° 5 ; 2^e Civ., 17 décembre 1998, pourvoi n° 97-15.121).

Qu'en est-il, en revanche, concernant le pourvoi en cassation, quand le rapport à justice a été formulé au cours de l'instance d'appel ?

C'est cette question qui était posée à la Cour de cassation dans la présente affaire. Un salarié avait formulé une demande en paiement d'indemnité de préavis devant la cour d'appel de renvoi, s'en rapportant à la justice quant à la recevabilité de cette demande. La cour d'appel a déclaré la demande irrecevable et le salarié s'est pourvu en cassation, en présentant un moyen critiquant l'irrecevabilité prononcée.

Dans le présent arrêt du 25 octobre 2007, la chambre sociale rejette le pourvoi, le déclarant ainsi implicitement recevable, et réaffirme une nouvelle fois que le moyen de cassation critiquant un chef de décision d'appel ayant donné lieu à rapport à justice n'est pas recevable. Elle confirme ainsi la solution retenue par un arrêt du 3 mai 2001, qui énonçait que « la partie qui s'en rapporte à justice sur le mérite d'une requête conserve néanmoins intérêt à former un recours à l'encontre de la décision rendue ; que le pourvoi [...] est donc recevable », et qui avait en revanche affirmé que la partie n'est « pas recevable à présenter ce moyen [critiquant le chef de décision ayant donné lieu au rapport à justice] devant la Cour de cassation » (2^e Civ., 3 mai 2001, *Bull.* 2001, II, n° 84). Un tel moyen, nécessairement soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, est en effet nouveau et irrecevable, car mélangé de fait et de droit.

N° 249

1° Les salariés qui n'ont contesté à aucun moment l'énonciation de la lettre de licenciement relative à la suppression de leur emploi ne peuvent proposer, devant la Cour de cassation, un moyen incompatible avec la thèse qu'ils ont développée devant les juges du fond.

2° Viole, par fausse application, la loi des 16-24 août 1790 ainsi que le décret du 16 fructidor an III la cour d'appel qui, pour rejeter la demande de salariés pour lesquels l'employeur avait présenté une demande d'autorisation de licenciement, a retenu que le juge judiciaire est lié par les décisions du ministre d'annuler les refus de l'inspecteur du travail d'autoriser les licenciements et admettant l'existence d'une cause économique de licenciement, alors qu'elle avait constaté que le ministre, après avoir annulé les décisions de l'inspecteur du travail au regard de la situation existante pendant la période de protection des salariés, n'avait ni autorisé ni refusé d'autoriser les licenciements, faute d'être compétent pour le faire depuis que les salariés avaient cessé de bénéficier d'une protection, ce dont il résultait que le juge judiciaire pouvait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux de licenciements prononcés après les décisions du ministre, l'employeur ayant alors recouvré le droit de licencier les intéressés sans autorisation administrative.

Soc., 28 novembre 2007.

Cassation partielle

N° 06-40.489. – C.A. Orléans, 24 novembre 2005.

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

Note

L'enseignement de l'arrêt commenté est double.

En premier lieu, cette décision juge que lorsqu'un salarié licencié pour motif économique n'a contesté à aucun moment l'énonciation de la lettre de licenciement invoquant la suppression de son emploi, il ne peut le faire devant la Cour de cassation, le moyen proposé par celui-ci étant regardé comme contraire à la thèse développée devant les juges du fond.

Pour comprendre cette solution, qui peut à première vue surprendre dans la mesure où l'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour de cassation affirme plus simplement que le moyen était irrecevable comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit, il est nécessaire de rappeler le cadre jurisprudentiel dans lequel elle s'inscrit.

Il est depuis longtemps jugé que dès l'instant où un salarié saisit le juge d'une contestation portant sur la cause réelle et sérieuse de son licenciement pour motif économique, tous les éléments de la cause économique sont nécessairement dans le débat, de sorte que n'encourt pas le grief d'avoir méconnu le principe du contradictoire, en violation de l'article 16 du nouveau code de procédure civile, le juge qui, sans inviter préalablement les parties à s'expliquer, relève, pour en déduire que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, que l'un de ces éléments fait défaut (voir, par exemple, Soc., 19 mai 1998, pourvoi n° 96-41.284, ou encore Soc., 30 avril 2002, pourvoi n° 00-41.545). Si un moyen est nécessairement dans le débat devant les juges du fond, il peut être proposé devant la Cour de cassation sans que puisse lui être opposée une irrecevabilité tirée de sa nouveauté (Soc., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-40.511).

Cependant, quand bien même une question serait dans le débat dès l'origine du procès, il n'en demeure pas moins qu'une partie qui, sur cette question, a opté pour une certaine thèse devant les juges du fond n'est pas recevable à soutenir, devant la Cour de cassation, un moyen qui lui serait contraire. La prohibition de soutenir une thèse contraire à celle proposée devant les juges du fond trouve sa justification non pas tant dans la considération qu'une telle thèse constituerait une forme de nouveauté du moyen que dans la nécessité de respecter, dans la conduite du procès, à la fois un principe de cohérence intellectuelle et un principe de loyauté.

Il a ainsi été décidé que le salarié ayant été licencié pour motif économique à la suite de son refus de la modification de son contrat de travail proposée par l'employeur, qui n'a contesté à aucun moment l'énonciation de la lettre de licenciement relative à l'impossibilité de son reclassement, ne peut proposer, devant la Cour de cassation, un moyen incompatible avec la thèse qu'il a développée devant les juges du fond (Soc., 7 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 358 ; la même solution a été retenue par Soc., 25 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 32, à propos de l'obligation de reclassement d'un salarié licencié

en raison de son inaptitude à son emploi, constatée par le médecin du travail). En quelque sorte, le salarié qui s'abstient de discuter une énonciation de la lettre de licenciement s'interdit de la remettre en cause ultérieurement, ce qui équivaldrait à adopter une position contraire à celle qui était initialement la sienne.

L'arrêt ici commenté étend la solution adoptée à propos de l'obligation de reclassement à l'hypothèse dans laquelle un salarié élève, pour la première fois devant la Cour de cassation, une contestation portant sur la mention, dans la lettre de licenciement, de la suppression de son emploi.

En second lieu, le Conseil d'État a décidé que, dans le cas où le salarié concerné par la demande d'autorisation de licenciement cesse de bénéficier de la protection prévue par le code du travail, postérieurement à la décision de l'inspecteur du travail, le ministre n'a plus compétence, après avoir annulé cette décision, pour refuser ou accorder l'autorisation sollicitée, en sorte que doit être annulé le jugement du tribunal administratif qui avait annulé la décision du ministre au motif que celui-ci s'était abstenu de statuer sur la demande d'autorisation (Conseil d'État 30 juin 1997, n° 169269 et 169417, publié aux tables du *Recueil Lebon*). Selon les constatations du juge du fond, le ministre, saisi d'un recours hiérarchique contre les décisions de l'inspecteur du travail de refuser d'autoriser le licenciement de salariés protégés en raison de mandats de représentation du personnel, s'était conformé à la doctrine de la haute juridiction administrative en décidant, après avoir annulé les décisions de l'inspecteur du travail, qu'il n'avait pas compétence pour leur substituer ses propres décisions d'autorisation ou de refus d'autorisation de licenciement dès lors que, les mandats des intéressés étant achevés, ils avaient cessé de bénéficier d'une protection.

L'arrêt commenté a tiré les conséquences de ces constatations, en jugeant que le juge judiciaire pouvait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux de licenciements prononcés après lesdites décisions du ministre, l'employeur ayant alors recouvré le droit de licencier les intéressés sans autorisation administrative.

** Compétence judiciaire***N° 250**

1° La Régie autonome des transports parisiens (RATP) étant un établissement public industriel et commercial, relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire le litige relatif à la situation individuelle de l'un de ses agents qui n'a pas la qualité de directeur ou de comptable public.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui, sans se prononcer sur la question de la légalité de l'article 9, alinéa 2, du statut du personnel de la RATP, a décidé que celui-ci ne pouvait faire obstacle à l'application du principe de droit communautaire

d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins en matière d'emploi et de travail résultant des articles 141, paragraphe 4, du Traité CE, et 2, paragraphe 4, de la Directive n° 76/207/CEE, du 9 février 1976.

2° Ayant relevé que la réglementation litigieuse accordait une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes, en réservant à celles-ci le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès au statut d'agent permanent de la RATP, à l'exclusion des hommes qui sont dans la même situation, la cour d'appel a exactement décidé qu'une telle réglementation était contraire au principe communautaire d'égalité de traitement.

Soc., 18 décembre 2007.

Rejet

N° 06-45.132. – C.A. Paris, 4 juillet 2006.

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

Note

L'arrêt du 18 décembre 2007 (pourvoi n° 06-45.132) marque une étape supplémentaire dans la reconnaissance et l'application du principe communautaire d'égalité de traitement.

La Cour de cassation a, en effet, récemment sanctionné des cours d'appel qui ont appliqué des dispositions du statut national des industries électriques et gazières pour refuser à leurs agents masculins le bénéfice des avantages auxquels ils pouvaient prétendre (Soc., 16 mai 2007, pourvois n° 06-43.133, 06-43.132 et n° 05-45.054, et 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.329). Il était question, dans ces espèces, de l'article 3 de l'annexe III de ce statut, qui accordait aux seuls agents mères de famille ayant eu trois enfants le bénéfice d'une bonification d'âge et de service d'une année par enfant et d'un droit à jouissance immédiate de leur pension proportionnelle, à l'exclusion des agents masculins placés dans la même situation. Toutefois, ces arrêts « EDF » se fondaient sur la décision du Conseil d'État du 28 décembre 2002, qui avait déclaré illégales, comme introduisant une discrimination entre agents féminins et agents masculins, et partant incompatibles avec les dispositions de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne, ces dispositions en ce « *qu'elles excluent du bénéfice des avantages qu'elles instituent les agents masculins ayant assuré l'éducation de leurs enfants* ». Par ces arrêts, la Cour de cassation assurait en premier chef le respect du principe de la séparation des pouvoirs et de la loi des 16-24 août 1790.

Dans l'arrêt du 18 décembre 2007, la Cour de cassation affirme la compétence du juge judiciaire, juge de droit commun du droit communautaire, pour apprécier non pas la légalité d'un texte réglementaire, ce qu'il n'a pas le pouvoir de faire, mais sa conventionnalité. Cette position, déjà prise par d'autres chambres de la Cour de cassation (notamment Com., 6 mai 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 125), n'avait pas encore été adoptée par la chambre sociale.

La disposition statutaire critiquée était l'article 9, alinéa 2, du statut du personnel de la RATP, qui prévoit que la limite d'âge de 35 ans n'est pas opposable aux veuves et aux femmes divorcées, non remariées, aux mères de trois enfants et plus et aux femmes célibataires ayant au moins un enfant à charge, qui se trouvent dans l'obligation de travailler.

La Cour de cassation, se fondant sur le principe de primauté du droit communautaire et écartant donc les critiques tirées de la violation du principe de la séparation des pouvoirs, de l'article 13 du titre 2 de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 12 fructidor an III, relève que l'article 9 litigieux accorde une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes, au nombre desquelles figurent les femmes divorcées non remariées qui se trouvent dans l'obligation de travailler, en réservant à celles-ci le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès au statut d'agent permanent de la RATP, à l'exclusion des hommes divorcés non mariés qui sont dans la même situation. Se conformant à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 septembre 2004 (C-319/03, *Serge X...*), elle a dès lors approuvé l'arrêt attaqué, qui a décidé qu'une telle réglementation était contraire au principe communautaire d'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins en matière d'emploi et de travail, tel qu'il résulte des articles 141, paragraphe 4, du Traité CE et 2, paragraphe 4, de la Directive n° 76/207/CEE, du 9 février 1976.

N° 251

Il n'appartient pas au juge judiciaire, saisi d'une contestation afférente à la licéité du licenciement d'un salarié déclaré inapte à son poste de travail, de se prononcer sur le respect, par le médecin du travail, de son obligation de procéder à une étude de poste et des conditions de travail dans l'entreprise, telle qu'édictée par l'article R. 241-51-1 du code du travail.

Soc., 19 décembre 2007.

Rejet

N° 06-46.147. – C.A. Paris, 6 décembre 2005.

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

Note

L'article R. 241-51-1 du code du travail dispose que « *sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celles des tiers, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude du salarié à son poste de travail qu'après une étude de ce poste et des conditions de travail dans l'entreprise et deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines, accompagnés, le cas échéant, des examens complémentaires mentionnés à l'article R. 241-52* ».

En vertu de l'article L. 241-10-1, dernier alinéa, du code du travail, l'avis du médecin du travail peut

faire l'objet d'un recours administratif devant l'inspecteur du travail, de la part tant de l'employeur que du salarié. Ce recours est ouvert en cas de difficulté ou de désaccord sur l'avis du médecin du travail portant sur l'inaptitude physique du salarié à son poste de travail antérieur, son aptitude physique au poste de reclassement proposé, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation du salarié (Soc., 28 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 234). En l'absence d'un recours, l'avis du médecin du travail s'impose aux parties (Soc., 22 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 337 et Soc., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 313) et au juge judiciaire, qui ne peut substituer son appréciation à celle du médecin du travail sur l'inaptitude d'un salarié à occuper un poste de travail (Soc., 14 janvier 1997, pourvoi n° 93-46.633 et Soc., 9 mars 2005, pourvoi n° 03-40.231), ni ordonner une expertise pour en contrôler le bien-fondé (2 février 1994, *Bull.* 1994, V, n° 43).

Toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation retient la compétence du juge judiciaire lorsque l'exigence de « deux examens médicaux (...) espacés de deux semaines », posée par l'article R. 241-51-1 du code du travail, n'a pas été respectée. Ainsi « le licenciement prononcé en raison de l'état de santé d'un salarié dont l'inaptitude n'a pas été constatée conformément aux exigences de l'article R. 241-51-1 du code du travail, à l'issue de deux examens médicaux espacés d'un délai minimum de deux semaines, est nul en application de l'article L. 122-45 du code du travail » (Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 275), de même que le licenciement prononcé pour inaptitude à la suite d'un seul examen médical ne portant pas mention de l'existence d'un danger immédiat (Soc., 4 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 192 et Soc., 16 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 393).

Dans la présente affaire, le salarié soutenait qu'il appartenait au juge judiciaire de se prononcer sur sa contestation portant sur la régularité du constat d'inaptitude, au regard du non-respect, par le médecin du travail, de l'obligation de procéder à l'étude du poste et des conditions de travail dans l'entreprise, exigence posée par l'article R. 241-51-1 du code du travail. Il reprochait à la cour d'appel d'avoir refusé de se prononcer sur cette contestation, au motif que l'avis du médecin du travail ne pouvait faire l'objet que d'un recours administratif devant l'inspecteur du travail.

Le salarié fondait son moyen sur un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 décembre 2004 (Soc., 8 décembre 2004, pourvoi n° 03-40.053), selon lequel « il appartient au juge judiciaire, saisi d'une contestation afférente à la licéité du licenciement d'un salarié déclaré inapte à son poste de travail par un médecin du travail, de se prononcer sur la régularité du constat de cette inaptitude au regard des exigences posées par l'article R. 241-51-1 du code du travail ». Dans cette affaire, la contestation portait sur la régularité du constat d'inaptitude au regard du non-respect du délai devant séparer les deux examens médicaux.

Le salarié déduisait de l'arrêt du 8 décembre 2004 précité que, dès lors que la contestation portait sur la régularité de la procédure au regard des exigences fixées par l'article R. 241-51-1 du code du travail et non sur l'avis du médecin du travail, seul le juge judiciaire était compétent pour en connaître.

La chambre sociale écarte cette thèse, limitant ainsi la solution de l'arrêt du 8 décembre 2004 à l'obligation faite au médecin du travail, par l'article R. 241-51-1 du code de travail, de procéder à deux examens et de respecter le délai minimum devant les séparer. A cet égard, il convient de noter que les manquements éventuels du médecin du travail à son obligation de procéder à une étude de poste et des conditions de travail dans l'entreprise ne sont pas décelables par l'employeur, puisque ces précisions n'ont pas à figurer sur l'avis d'inaptitude.

* Exécution provisoire

N° 252

L'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, au sens de l'article 524 du même code.

Soc., 18 décembre 2007.

Cassation

N° 06-44.548. – C.A. Versailles, 16 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Divialle, Rap. – M. Casorla, Av. Gén.

Note

La nouvelle rédaction de l'article 524 du nouveau code de procédure civile, telle qu'issue du décret du 20 août 2004, donne désormais aux premiers présidents de cour d'appel la faculté de suspendre l'exécution provisoire d'une décision lorsque celle-ci est de droit, à la double condition que le premier juge ait manifestement violé le principe du contradictoire ou l'article 12 du même code, et que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

Auparavant, la loi interdisait nettement l'arrêt de l'exécution provisoire attachée de plein droit à une décision, telle l'ordonnance de référé.

Cependant le législateur, en modifiant le texte, a tenu compte de la position différente de certains premiers présidents de cour d'appel, en définissant, pour ces arrêts d'exécution provisoire, un cadre précis.

Rapidement, les décisions des premiers présidents de cour d'appel ont manifesté des interprétations différentes du sens à donner à la notion de violation de l'article 12 du nouveau code de procédure civile prévue par le texte.

Ces divergences se sont traduites également dans les propositions antagonistes de la doctrine sur cette question.

Il convient de rappeler que les devoirs du juge découlant de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, tels que dégagés par la jurisprudence, sont : le devoir de trancher le litige qui lui est soumis, de statuer en droit et non en équité, de rechercher la loi applicable au litige, de vérifier les conditions d'application d'un texte invoqué par les parties et éventuellement de rechercher celui-ci, notamment s'il s'agit d'une convention collective, et de restituer aux faits dont il est saisi leur exacte qualification.

Par un arrêt du 7 juin 2007 (*Bull.* 2007, II, n° 141), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a précisé les contours de la notion de violation de l'article 12, en disant que ne viole pas ce texte le juge des référés qui omet de vérifier si l'appel interjeté contre une décision d'adjudication ne constitue pas une contestation sérieuse lui interdisant d'ordonner, en référé, l'expulsion d'une partie, dès lors que le jugement d'adjudication n'était pas lui-même susceptible d'appel.

Cet arrêt peut paraître cependant limité à la matière de l'expulsion.

L'arrêt commenté, de portée plus générale, vient affirmer que l'erreur commise par un juge dans l'interprétation ou l'application d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste des devoirs du juge découlant de l'article 12 précité, au sens de l'article 524 du nouveau code de procédure civile.

Cette décision a ainsi donné tort à un premier président de cour d'appel qui, pour arrêter l'exécution provisoire d'une ordonnance de référé, a tiré argument de l'interprétation, selon lui erronée, que le premier juge avait fait d'un accord national interprofessionnel.

Autrement dit, le premier président d'une cour d'appel ne constitue pas un degré supplémentaire de juridiction, en sus de la cour d'appel, à la faveur d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire de droit.

Cette dernière procédure doit donc se limiter, dans son application, aux conditions prévues par la loi.

* Preuve - Charge de la preuve

N° 253

Les règles relatives à la charge de la preuve ne constituent pas des règles de procédure applicables aux instances en cours mais touchent le fond du droit, de sorte que le harcèlement moral doit être examiné au regard des dispositions de l'article L. 122-52 du code du travail, relatives aux règles de preuve en la matière, dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce.

En l'espèce, l'arrêt, s'il fait à tort application de l'article L. 122-52, dans sa rédaction postérieure à la loi du 3 janvier 2003, pour des faits allégués de harcèlement moral, dans le cadre d'une instance prud'homale en cours depuis le 11 décembre 2002, n'encourt toutefois pas la cassation, les juges du fond ayant estimé que la décision de licenciement était justifiée par des éléments objectifs étrangers

à tout harcèlement et retenu que les faits allégués, à l'appui de la demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice invoqué par le salarié, n'étaient pas susceptibles de revêtir la qualification de harcèlement moral.

Soc., 13 décembre 2007.

Rejet

N° 06-44.080. – C.A. Paris, 23 mai 2006.

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

Note

La loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a consacré la notion de harcèlement moral en créant un article L. 122-49 dans le code du travail, pour la définir et en interdire la pratique.

L'article L. 122-52 du même code précise quant à lui le régime de la preuve. Or la rédaction de ce dernier article a été modifiée par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique.

En effet, si l'article L. 122-52 disposait, dans sa rédaction issue de la loi du 17 janvier 2002, que « *En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, le salarié concerné présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'un harcèlement* », la partie défenderesse devant quant à elle « *prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* », il dispose désormais, dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 2003, que le salarié concerné « *établit des faits qui permettent de présumer* » l'existence d'un harcèlement.

Dès lors, un contentieux est apparu afin de déterminer l'application dans le temps des différentes versions de ce texte.

La Cour de cassation a tout d'abord précisé très clairement que l'article L. 122-52, dans sa version résultant de la loi du 17 janvier 2002, ne pouvait s'appliquer qu'à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi : « *l'article L. 122-52 du code du travail [...] ne saurait s'appliquer à des faits antérieurs à la loi du 17 janvier 2002* » (*Soc.*, 13 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 248).

Par ailleurs, s'est posée ensuite la question de l'articulation de l'application de la version de 2002 de l'article L. 122-52 avec celle de 2003.

Dans la présente affaire, un salarié invoquait des faits de harcèlement moral s'étant déroulés de juillet 2001 à juillet 2002, et il avait saisi la juridiction prud'homale le 11 décembre 2002.

Afin de statuer sur l'existence ou non d'un harcèlement moral, les juges d'appel ont fait application de l'article L. 122-52, dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 2003. Le salarié demandeur au pourvoi estimait quant à lui que c'était la rédaction issue de la loi du 17 janvier 2002 qui aurait dû être mise en œuvre.

La chambre sociale de la Cour de cassation donne raison au salarié en affirmant, dans le présent arrêt, que « *les règles relatives à la charge de la preuve ne constituent pas des règles de procédure applicables aux instances en cours mais touchent le fond du droit* ». Ce principe avait déjà été affirmé par la Cour de cassation en termes identiques, dans un arrêt du 7 novembre 1989 (Com., 7 novembre 1989, *Bull.* 1989, IV, n° 281). Si les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux instances en cours, les lois modifiant la charge de la preuve sont assimilées à des lois de fond et ne peuvent donc être appliquées aux instances en cours.

Dès lors, l'instance ayant été introduite en 2002 et les faits commis durant les années 2001 et 2002, c'est bien la rédaction de l'article L. 122-52 résultant de la loi de 2002 qui aurait dû être appliquée. Il convient tout de même de relever que la portée de la modification de rédaction de l'article L. 122-52 du code du travail est controversée en doctrine.

Si certains auteurs estiment que le fait, pour le salarié, de devoir établir des faits qui permettent de présumer un harcèlement alourdit l'obligation qui pèse à sa charge, par rapport à celle de devoir simplement présenter des éléments de faits laissant supposer un harcèlement (N. Moizard, « Droit communautaire. Son usage régressif dans la charge de la preuve d'un harcèlement », *Semaine sociale Lamy*, 10 mars 2003, n° 1113, p. 6 ; C. Leborgne-Ingelaere, « Partage de la charge de la preuve en matière de harcèlement moral », *JCP* 2007, éd. social, n° 49, 4 décembre 2007, n° 1937), d'autres en revanche contestent cette appréciation (P. Adam, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire du travail*, Harcèlement moral, n° 189).

Rappelons que, dans sa décision du 12 janvier 2002 examinant la loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel a précisé, dans une réserve d'interprétation à propos de l'article L. 122-52, que « *les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse [...] ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants* », réserve d'interprétation s'imposant aux juges d'application de la loi.

Or, selon le gouvernement, la nouvelle rédaction du régime de la charge de la preuve prévue par la loi du 3 janvier 2003 avait justement pour but de prendre acte des réserves qu'avait formulées le Conseil constitutionnel sur la loi de modernisation sociale.

* *Recevabilité de l'action*

N° 254

La recevabilité de l'action engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers dépend seulement du point de savoir s'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui évoqué par les autres créanciers.

Par suite, doit être cassé l'arrêt qui déclare irrecevable l'action de salariés, employés par un repreneur à la suite de la cession d'une filiale de la société mère, au motif que les fautes alléguées contre cette

dernière étaient des fautes générales dans la gestion de la filiale, alors qu'ils invoquaient un préjudice né des conséquences de cette cession, particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective.

Soc., 14 novembre 2007. Cassation partielle

N° 05-21.239. – C.A. Angers, 5 octobre 2005.

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

Note

En matière de procédure collective, l'article L. 621-39 du code de commerce disposait, dans sa rédaction résultant de la loi du 25 janvier 1985, que « *le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers* ». Cette attribution était ensuite confiée au liquidateur judiciaire par l'article L. 622-4 du même code, en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise.

La question s'est alors posée de savoir si un créancier du débiteur placé en redressement ou liquidation judiciaire peut introduire seul une action contre un tiers, en réparation du préjudice subi par lui en raison de fautes commises par ce tiers, ou bien si seul le représentant des créanciers ou le liquidateur peuvent le faire.

La réponse apportée par la Cour de cassation dépend de la nature du préjudice invoqué par le créancier.

Ce préjudice peut, en premier lieu, se confondre avec le préjudice collectif subi par l'ensemble des créanciers. Dans ce cas, l'action individuelle du créancier de la procédure collective vise à obtenir réparation de sa fraction personnelle du préjudice collectif, commun à tous les créanciers. Il exerce alors l'action pour son propre compte, *ut singuli*.

Une telle action est jugée irrecevable depuis un arrêt d'assemblée plénière du 9 juillet 1993 : aucun créancier de la procédure collective n'est recevable à agir individuellement contre un tiers en réparation du préjudice collectif ; seuls le représentant des créanciers ou le liquidateur sont autorisés à le faire (Ass. plén., 9 juillet 1993, *Bull.* 1993, Ass. plén., n° 13 (2) ; Com., 3 juin 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 163 ; Com., 4 mars 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 37).

Le préjudice invoqué peut, en second lieu, consister en un préjudice personnel, propre au créancier qui agit individuellement. Son action vise alors à obtenir réparation de l'intégralité d'un préjudice qui lui est personnel, et non pas de la fraction personnelle du préjudice collectif.

La Cour de cassation admet la recevabilité de cette action individuelle d'un créancier de la procédure collective contre un tiers, si l'action vise à obtenir réparation d'un préjudice personnel et distinct de celui causé aux autres créanciers (Com., 11 octobre 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 281 ; Com., 19 décembre 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 309 ; Com., 11 janvier 2005, pourvoi n° 02-12.370 ; Com., 13 mars 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 86).

Dans la présente affaire, une société mère avait cédé à une autre société une de ses filiales, laquelle a, par la suite, été placée en redressement puis en liquidation judiciaire, la totalité des salariés faisant l'objet d'un licenciement. La moitié d'entre eux ont saisi le tribunal de grande instance de demandes en réparation à l'encontre de la société mère sur le fondement de l'article 1382 du code civil, en raison de fautes que celle-ci aurait commises envers sa filiale au moment de la cession. Ils invoquaient un préjudice moral, mais aussi un préjudice financier né de la perte de leur emploi, de la perte de droits à participation dans la société cédée et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe de la société mère. Si les juges de première instance ont jugé l'action des salariés recevable, en estimant que les préjudices invoqués étaient des « *préjudices particuliers aux demandeurs [...] dont les autres créanciers ne pourraient pas se prévaloir* », les juges d'appel ont décidé le contraire, au motif que « *les fautes alléguées sont des fautes de caractère général dans la gestion de la filiale puis dans les conditions de la cession [...]. À les supposer établies, elles seraient ainsi à l'origine du préjudice de tous les créanciers de la société [en liquidation] et ceux-ci seraient tous fondés à s'en plaindre. Elles ne caractérisent pas des fautes particulières et distinctes à l'origine du préjudice des seuls anciens salariés de la société [en liquidation]* ».

La question posée à la Cour de cassation était donc de déterminer si la recevabilité de l'action individuelle d'un créancier du débiteur en procédure collective contre un tiers dépend de la nature du préjudice subi du fait de la faute du tiers, ou bien de celle de la cause du préjudice subi.

Par le présent arrêt du 14 novembre 2007, la chambre sociale opte très clairement pour la première option de l'alternative : « *la recevabilité de l'action*

engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers dépend seulement du point de savoir s'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui évoqué par les autres créanciers ».

C'est bien le préjudice invoqué par le créancier qui doit être personnel et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des autres créanciers, et non pas la faute à l'origine de ce préjudice. Une même faute peut en effet générer à la fois un préjudice distinct pour certains créanciers et un préjudice collectif à l'ensemble des créanciers.

En l'espèce, la Cour de cassation, contrôlant la qualification du préjudice invoqué, estime qu'il était bien particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers. En effet, seuls des créanciers ayant la qualité de salariés pouvaient se prévaloir d'un préjudice résultant de la perte de leur emploi, de la perte de droits à participation dans la société cédée et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe de la société mère. L'action était dès lors recevable.

Cet arrêt, portant sur la reconnaissance de la nature individuelle d'une action exercée par un créancier d'un débiteur en procédure collective, vient ainsi compléter la jurisprudence peu nombreuse existant en ce domaine (Com., 4 juillet 2000, pourvoi n° 97-21.216 ; Com., 2 juin 2004, pourvoi n° 01-17.945 ; Com., 11 janvier 2005, pourvoi n° 02-12.370 ; Com., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-15.131).

Il convient de noter que la chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser que l'action en reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail est personnelle, comme exclusivement attachée à la personne de celui qui se prétend salarié, et ne peut être exercée ni par ses créanciers ni par les organes de la procédure collective (Soc., 14 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 217).

COURS ET TRIBUNAUX

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

N° 257

1. *Emploi et formation*

* *Existence du contrat de travail*

N° 255

Une requérante n'est pas liée à une société X par un lien de subordination caractérisant un contrat de travail, dès lors qu'il ressort de l'analyse des éléments de fait que cette requérante est la gérante d'une société Y, seule cliente de la société X dont elle se prétend salariée, alors que son mari détient des parts sociales dans ces deux sociétés, la situation croisée de gérant et de salarié de l'épouse et du mari dans ces deux sociétés ne permettant pas de caractériser le lien de subordination.

La seule production de bulletins de salaires et d'un décompte du rappel de salaire n'établit pas la réalité de la fourniture d'un travail subordonné par la requérante au service de la société Y, gérée par son époux.

C. A. Lyon (ch. soc.), 13 novembre 2007. – R.G. n° 07/00832.

M. Joly, Pt. – Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillères.

08-37

N° 256

Une personne s'étant engagée au sein d'une association de fidèles après avoir prononcé des vœux privés de moniale apostolique pour y vivre sa foi dans le cadre d'un engagement de nature religieuse a accompli les tâches de la vie communautaire dans des conditions exclusive de l'existence de tout contrat de travail.

C.A. Toulouse (4^e ch., sect. 2), 19 octobre 2007 – R.G. n° 06/04470.

M. de Charette, Pt. – MM. Briex et Pellarin, conseillers.

Dans le même sens que :

– Soc., 9 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 155.

08-38

Le fait, pour le mandataire d'une société d'assurances, d'être soumis à certaines obligations déterminées par le mandant, telles que l'assignation d'un secteur géographique précis, l'utilisation du matériel du mandant, l'obligation de rendre compte de la gestion, l'absence de clientèle personnelle, la rémunération par des commissions fixées par le mandant, ne constitue pas un lien de subordination juridique, en l'absence d'ordres et de directives imposant un mode opératoire précis et impératif, et répond seulement à la nécessité d'harmoniser l'activité des mandataires, de permettre à la compagnie d'assurances de suivre l'évolution de leur activité professionnelle, de maîtriser ses frais de fonctionnement et de fixer les commissions à leur verser.

De telles contraintes, fondées sur le contrat de mandat, sont insuffisantes à démontrer une quelconque subordination juridique, caractéristique d'un contrat de travail.

C.A. Bordeaux (ch. soc., sect. B), 4 octobre 2007. – R.G. n° 07/2979.

M. Frizon de Lamotte, Pt. – MM. Boinot et Berthomme, conseillers.

08-39

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

* *Pouvoir disciplinaire de l'employeur*

N° 258

La suspension du contrat de travail n'interdit nullement à l'employeur de mettre en œuvre une procédure disciplinaire pour des faits qu'il considère comme constituant une faute, le contrat de travail subsistant entre les parties pendant cette période. La suspension du contrat de travail ne met pas fin à l'obligation de loyauté à laquelle le salarié est tenu envers son employeur et qui lui interdit de commettre des actes préjudiciables à son intérêt.

Il en résulte que la sanction de mise à pied de quinze jours prononcée à l'encontre d'un salarié pour sa participation au blocage de l'entreprise, sanction qui n'est pas disproportionnée aux faits commis et ne dénote aucun comportement discriminatoire à l'encontre du salarié, est justifiée.

C.A. Nouméa, 18 janvier 2007. – R.G. n° 06/276.

Mme Fontaine, Pte. – M. Potée et Mme Amaudric du Chaffaut, conseillers.

08-13

** Suspension du contrat de travail*

N° 259

Dès lors que la mesure de garde à vue ne procède pas du fait de l'employeur, aucun élément du dossier n'établissant que celui-ci ait directement ou indirectement désigné les personnes par la suite placées en garde à vue, mais a été décidée par les services de police en suite de la commission rogatoire donnée par le juge d'instruction dans le cadre de la plainte avec constitution de partie civile contre X déposée par cet employeur, la suspension du contrat de travail qui en résulte ne permet pas aux salariés concernés d'obtenir paiement de leur salaire, qui est la contrepartie de leur travail.

C.A. Bordeaux (ch. soc., sect. C), 5 avril 2007. – R.G. n° 05/03101.

M. Frizon de Lamotte, Pt. – M. Boinot, conseiller et Mme Baret, V. – Pte placée.

08-14

N° 260

Lorsque le contrat de travail est antérieur à la nomination comme mandataire social, il appartient à celui qui soutient que le contrat de travail a pris fin par la nomination du salarié à des fonctions de mandataire social d'en apporter la preuve.

En l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination est seulement suspendu pendant le temps où il est mandataire, si bien que son exécution reprend à l'expiration des mandats sociaux.

C.A. Lyon (ch. soc.), 12 juin 2007. – R.G. n° 06/07667.

Mme Fouquet, Pte. – Mmes Morin et Collin-Jelensperger, conseillères.

08-15

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

2. Représentation du personnel

2.2. Institutions représentatives du personnel

** Comités d'entreprise et d'établissement – Attributions*

N° 261

L'expert-comptable, désigné par le comité d'entreprise dans le cadre de l'exercice du droit d'alerte prévu à l'article L. 432-5 du code du travail, n'est pas

investi de la mission générale de l'article L. 434-6 du même code, prévoyant l'analyse de tous les éléments économiques et financiers nécessaires à l'intelligence des comptes ou à l'appréciation de la mise en œuvre d'un licenciement économique.

Dès lors, conformément au premier de ces textes, sa mission ne peut porter que sur l'analyse des faits de nature à affecter de façon préoccupante la situation économique de l'entreprise.

C.A. Toulouse (4^e ch., sect. 2), 23 novembre 2007. – R.G. n° 06/05696.

M. de Charette, Pt. – Mme Pessa et M. Chassagne, conseillers.

08-55

** Délégué du personnel*

N° 262

La loi ou les règlements ne prévoient aucune forme d'organisation interne ni aucun mode de scrutin entre les délégués du personnel d'une même entreprise, qui ne forment pas une institution collégiale, de sorte qu'ils ne sont pas habilités à prendre des décisions collectivement.

Dès lors, chaque délégué du personnel a la possibilité d'exercer individuellement les droits qu'il tient de l'article L. 424-4, alinéa 3, du code du travail, qui dispose que les délégués du personnel peuvent, sur leur demande, se faire assister d'un représentant d'une organisation syndicale.

La seule limite à ce droit est constituée par l'exigence que le représentant dont l'assistance est requise soit mandaté à cette fin par l'organisation syndicale à laquelle il appartient et que le délégué du personnel et le représentant qui l'assiste appartiennent au même syndicat.

C.A. Besançon (2^e ch.), 9 janvier 2008. – R.G. n° 07/01379.

M. Sanvido, Pt. – MM. Polanchet et Vignes, conseillers.

08-54

3. Protection des représentants du personnel

** Protection contre le licenciement*

N° 263

Bénéficie de la protection due aux anciens délégués syndicaux le salarié qui, malgré une suspension à titre provisoire de l'exercice de ses fonctions en raison d'absences pour maladie, a exercé le mandat de délégué syndical pendant un an au moins à la date de la cessation de ses fonctions.

L'annulation de l'autorisation de l'inspecteur du travail ne remet pas en cause le fait que l'em-

ployeur a agi dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 122-41 du code du travail pour notifier le licenciement.

C.A. Riom (ch. soc.), 12 juin 2007. – R.G. n° 06/1140.

M. Gayat de Wecquer, Pt. – MM. Thomas et Ruin, conseillers.

08-56

F. – Rupture du contrat de travail

1. Prise d'acte de la rupture

N° 264

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur et quitte l'entreprise, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués le justifiaient soit, dans le cas contraire, d'une démission. Par ailleurs, la prise d'acte consomme la rupture, de sorte que l'employeur ne peut licencier un salarié qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail, son contrat étant déjà rompu.

Il s'ensuit qu'un licenciement prononcé ultérieurement à une prise d'acte de la rupture par le salarié ne peut être que réputé non avvenu et n'a pas à être examiné par le juge, lequel, s'agissant de la question de l'imputabilité de la rupture, doit s'en tenir au seul examen des faits ayant conduit à l'action du salarié.

C.A. Agen (ch. soc.), 9 janvier 2007. – R.G. n° 05/01548.

Mme Latrabe, Pte (f.f.). – Mme Martres et M. Mornet, conseillers.

08-29

N° 265

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 de manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture, 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.

En l'espèce, le salarié, dans sa lettre de démission, fait grief à son employeur de ne pas lui avoir reconnu sa réelle qualification. Sa démission est donc équivoque et s'analyse en une prise d'acte de la rupture. Mais les faits invoqués à l'encontre de la société dans la lettre de démission n'étant pas justi-

fiés, la prise d'acte de la rupture produit les effets d'une démission et le salarié doit être débouté de ses demandes de rappel de salaires, congés payés et indemnités de rupture.

C.A. Lyon, (ch. soc.), 13 novembre 2007. – R.G. n° 06/06895.

M. Joly, Pt. – Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillers.

08-28

N° 266

La rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur s'analyse, quelle que soit la dénomination utilisée, en une prise d'acte, qui produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou d'un licenciement nul s'agissant d'un salarié protégé, si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 27 novembre 2007. – R.G. n° 05/03790.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, conseillers.

08-27

2. Licenciements

2.2. Imputabilité et motifs de la rupture

N° 267

À supposer bien fondées les doléances et revendications formulées par un salarié à l'encontre de son directeur général, ce salarié ne peut imputer la responsabilité de la rupture de son contrat de travail à son employeur que dans la mesure où celui-ci refuse d'en tenir compte ou s'abstient d'y répondre.

Tel n'est pas le cas lorsque le directeur général en cause a fixé un rendez-vous au salarié au retour de leurs congés respectifs pour discuter des griefs que celui-ci a formulés à son encontre et que la présidente de l'entreprise employeur lui a répondu en lui rappelant ce rendez-vous.

C.A. Limoges (ch. soc.), 18 septembre 2007. – R.G. n° 07/0108.

M. Leflaive, Pt. – M. Nervé et Mme Dubillot-Bailly, conseillers.

08-01

N° 268

Si la simple modification des tâches d'un salarié ne caractérise pas une modification du contrat de travail, il en va différemment lorsqu'un salarié se voit retirer certaines de ses responsabilités et qu'il est confiné dans des attributions secondaires.

Dès lors qu'un employeur a, avant de le licencier, procédé à une telle modification des attributions du salarié sans son accord, la rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur et s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Tel est le cas de l'employeur qui, sous couvert d'une nouvelle réorganisation de l'entreprise relevant de son pouvoir discrétionnaire, a fait subir au salarié un véritable déclassement, en le cantonnant pour l'essentiel à des tâches de saisie informatique après l'avoir privé sans raison de l'initiative, de l'autonomie et de l'autorité qu'il lui avait octroyées jusque-là.

C.A. Grenoble (ch. soc.), 22 novembre 2006. – R.G. n° 05/01745.

M. Delpuech, Pt. – Mme Combes et M. Vigny, conseillers.

08-03

N° 269

Lorsque l'employeur qui envisage de licencier un salarié pour insuffisance professionnelle décide, compte tenu des explications données au cours de l'entretien préalable, de le conserver à son service en modifiant son poste et la rémunération correspondante et que le salarié refuse cette modification, comme il en a le droit, l'employeur est en droit, après avoir recommencé la procédure légale, de prononcer un licenciement pour insuffisance professionnelle.

Dans cette hypothèse, le refus de la modification proposée est un préalable nécessaire, mais la cause du licenciement reste l'insuffisance et non le refus de la modification d'un élément essentiel du contrat.

C.A. Saint-Denis de la Réunion (ch. soc.), 26 juin 2007. – R.G. n° 06/00882.

M. Crézé, Pt. – MM. Raynaud et Fabre, conseillers.

08-02

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

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

1. *Emploi et formation*

* *Contrats à durée déterminée*

Jean-Yves Frouin, « Un salarié en contrat à durée déterminée peut-il prendre acte de la rupture de son contrat de travail ? », in *Revue de jurisprudence sociale* n° 10/2007, p. 795.

Romain Marie, « Les conséquences des arrêts Sovab sur l'appréciation de la notion d'accroissement temporaire d'activité », in *La Semaine juridique, éd. soc.*, n° 41, 9 octobre 2007, 1757.

C. – Santé et sécurité au travail

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

Michel Blatman « L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en six étapes », in *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1319, supplément.

F. – Rupture du contrat de travail

2. *Licenciements*

2.3. *Licenciements disciplinaires*

* *Faute grave*

Danielle Corrigan-Carsin, « Les effets de la constatation de la faute grave du salarié », in *La Semaine juridique, éd. gén.*, 13 novembre 2007, n° 46, 10188.

4. *Démission*

Philippe Waquet, « Réflexion sur la démission et la prise d'acte dans le contrat de travail à durée indéterminée », in *Revue de jurisprudence sociale* n° 11/2007, Chronique, p. 90.

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 d'information, pour une durée d'un an (référence d'édition 91) : **109,80 €** (2)
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an (référence d'édition 97) : **20,50 €** (2)
- Abonnement annuel D.O.M.-R.O.M.-C.O.M. et Nouvelle-Calédonie uniquement 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 2008, frais de port inclus.

197070800-000408 – Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

N° d'ISSN : 0992-6623

N° de CPPAP : en cours

Le directeur de la publication : le conseiller à la Cour de cassation, directeur du service de documentation et d'études : Alain Lacabarats

Reproduction sans autorisation interdite – Copyright Service de documentation et d'études

Le bulletin d'information peut être consulté sur le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Maquette couverture : PPA Paris



**Direction
des Journaux
officiels**

26, rue Desaix
75727 Paris
cedex 15

renseignements :
01 40 58 79 79

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :

par courrier

par télécopie :

01 45 79 17 84

sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr

Prix : 5,20 €
ISSN 0992-6623