

COUR DE CASSATION

**MENSUEL  
DU  
DROIT DU TRAVAIL**



**N°02  
Septembre 2009**



## **SOMMAIRE**

<b>A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL</b>	<b>3</b>
<b>B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS</b>	<b>14</b>
<b>C - SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL</b>	<b>24</b>
<b>D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL</b>	<b>33</b>
<b>E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES</b>	<b>35</b>
<b>F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL</b>	<b>42</b>
<b>G - ACTIONS EN JUSTICE</b>	<b>47</b>

# A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL

## 1. Emploi et formation

*\* Apprentissage*

### Sommaire

L'article L. 117-17, devenu L. 6222-18, du code du travail, dans son premier alinéa, autorise la résiliation unilatérale du contrat d'apprentissage par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage, que le contrat soit ou non déjà enregistré à cette date.

**Soc., 30 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1951 FS - P+B**

N° 08-40.362. - CA Angers, 24 avril 2007.

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

### Note

Selon les dispositions applicables à l'époque, le contrat d'apprentissage devait être adressé par l'employeur au plus tard dans le délai d'un mois (aujourd'hui de 5 jours) à compter de la date du début de l'apprentissage au service chargé de l'enregistrement aux fins de vérifier sa conformité aux conditions légales, ce dernier disposant d'un délai de 15 jours pour se prononcer et l'enregistrement étant de droit à défaut.

Sachant que la chambre sociale a déduit des dispositions de l'article L.6224-3 (ancien article L.117-14) du code du travail que la sanction du défaut d'enregistrement du contrat d'apprentissage est sa nullité et que les parties se trouvent en conséquence soumises ab initio au droit commun du contrat de travail (Soc.21 mars 2000, n°97-44369 - Soc.10 mai 2001, n°99-42982), l'apprenti soutenait dans cette affaire que le défaut d'enregistrement de son contrat d'apprentissage à la date de sa résiliation par l'employeur, intervenue moins d'un mois après sa conclusion, interdisait à ce dernier de se prévaloir des dispositions de l'article L. 6222-18 alinéa 1er (ancien article L117-17) du code du travail qui autorisent la résiliation unilatérale du contrat d'apprentissage "durant les deux premiers mois de l'apprentissage".

La chambre sociale, s'appuyant sur la lettre même du texte, qui ne pose aucun préalable d'enregistrement à la mise en œuvre de cette résiliation puisqu'il prévoit au contraire que celle-ci peut avoir lieu durant les deux premiers mois « de l'apprentissage », c'est-à-dire selon le critère factuel de l'exécution du contrat d'apprentissage et non le critère juridique de sa conclusion, ainsi que sur l'esprit général des textes en la matière qui ne fait pas obstacle à ce que le contrat d'apprentissage puisse commencer à recevoir exécution avant même son enregistrement, a décidé dans cet arrêt que la résiliation unilatérale du contrat d'apprentissage par l'une ou l'autre des parties était possible durant les deux premiers mois de l'apprentissage, même si le contrat n'a pas encore été enregistré à cette date.

Cette solution donne son plein effet au texte en permettant à chacune des parties de résilier sans motif et sans formalité le contrat d'apprentissage pendant toute la durée de la procédure d'enregistrement sans les soumettre à la diligence de l'organisme d'enregistrement, la période litigieuse des deux mois devant être comprise comme une sorte de période d'essai qui ne peut se comprendre que si elle démarre avec la prise d'effet du contrat, la rupture étant, passé ce délai, strictement encadrée par le deuxième alinéa de l'article L.6222-18 du code du travail.

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

*\* Clause de mobilité*

### Sommaire

Un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur.

Dès lors, est nulle la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1805 FS-P+B+R**

N° 07-44.200 - CA Caen, 29 juin 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

### Note

Engagé par une société faisant partie d'un groupe et d'une unité économique et sociale, un salarié a signé, au bout de quelques années, un avenant à son contrat de travail par lequel il acceptait une promotion en qualité de cadre supérieur et l'adjonction à son contrat d'une clause de mobilité stipulant qu'il pourrait être amené à exercer ses fonctions dans toute autre société du groupe ou de l'UES.

L'une des questions posée par le pourvoi portait sur la validité de cette clause, au regard de son imprécision géographique.

Par un moyen soulevé d'office, la Cour de cassation constate la nullité de la clause de mobilité, en raison du changement d'employeur qu'elle peut conduire à imposer au salarié.

La chambre sociale a jugé qu'il ne résulte pas de la reconnaissance d'une UES que les différentes sociétés qui la composent sont les coemployeurs du salarié de l'une d'elles (Soc., 22 novembre 2000, n° 9842229), et que l'UES n'est pas elle-même l'employeur de tous les salariés des entités qui la composent (Soc. 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.875, Bull. 2008, V, n°255).

De la même façon, l'appartenance d'un salarié à une société d'un groupe n'a pas d'effet sur la qualité de l'employeur, même si, ainsi que le rappelle le présent arrêt, le directeur des ressources humaines de la société mère, qui n'est pas une personne étrangère aux filiales, peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit. Il s'agit là d'une simple facilité de gestion.

Par conséquent, la mutation d'un salarié d'une société dans une autre société appartenant au même groupe ou à la même UES s'analyse en un transfert du contrat de travail vers un nouvel employeur et non en un simple changement des conditions de travail. Elle nécessite dès lors, en l'absence de textes légaux particuliers, l'accord du salarié concerné.

Dans un mémoire en défense envoyé par l'employeur à la suite de l'avis que lui avait fait parvenir la chambre sociale de son intention de soulever un moyen d'office, la société faisait valoir que le changement d'employeur avait bien fait l'objet d'un accord du salarié, lequel connaissait la portée de son engagement, lors de la signature de l'avenant.

La chambre sociale écarte cet argument: un salarié ne peut jamais accepter à l'avance un changement d'employeur. Il ne pouvait donc pas, dans le cadre d'une clause de mobilité générale,

consentir à l'avance à toute modification d'employeur qui résulterait d'une mutation dans une autre société du même groupe ou de la même UES.

*\* principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle*

## **Sommaire**

La clause par laquelle l'employeur soumet l'exercice, par le salarié engagé à temps partiel, d'une autre activité professionnelle à une autorisation préalable porte atteinte au principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle et n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

En conséquence, doit être approuvé l'arrêt qui retient qu'est abusive la clause subordonnant la possibilité, pour le salarié engagé à temps partiel, d'exercer une autre activité professionnelle à l'autorisation préalable de son employeur, lequel n'établissait pas en quoi cette clause était justifiée, en son principe, par les intérêts légitimes de l'entreprise.

**Soc., 16 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1765 F-P+B**

N° 07-45.346 - CA Montpellier, 10 octobre 2007

Mme Mazars, Pt (f.f.). - Mme Mariette, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

## **Note**

Un salarié est engagé tout d'abord par contrat à durée déterminée, puis par contrat à durée indéterminée, et à temps partiel. Une clause du contrat stipule que « pendant la durée du présent contrat, X aura la possibilité d'exercer d'autres activités professionnelles, pour son compte personnel ou chez un autre employeur, dans la limite des dispositions légales relatives au cumul d'emplois. X devra au préalable obtenir l'accord exprès de la Société sur ce point (...) »

Ayant contracté avec un autre employeur sans autorisation préalable, le salarié est licencié par son premier employeur. Le conseil de prud'hommes, puis la cour d'appel, jugent que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, car la clause subordonnant le second emploi à l'accord de l'employeur était abusive.

Le pourvoi de l'employeur reprochait à l'arrêt d'avoir dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors qu'en réalité le salarié n'avait pas respecté l'obligation contractuelle d'information préalable et qu'ainsi la décision de la cour manquait de base légale au regard des articles L. 1232-1 du code du travail et 1134 du code civil.

Le point de droit soulevé par le pourvoi était donc de déterminer si une clause du contrat de travail peut soumettre à une autorisation préalable une activité professionnelle auprès d'un second employeur.

Un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour de cassation a affirmé que «le droit d'exercer une activité professionnelle est au nombre des libertés fondamentales» (1<sup>re</sup> Civ., 22 novembre 1983, pourvoi n° 82-14.972, Bull. 1983, I, n° 277 (1)).

Cette affirmation a été reprise par la chambre sociale (Soc., 10 juillet 2002, pourvois n° 99-43.334 à 99-43.336, 00-45.135 et 00-45.387, Bull. 2002, V, n° 239 ; Soc., 17 décembre 2004, pourvoi n° 03-40.008, Bull. 2004, V, n° 346 (1) qui vise cette liberté fondamentale pour contrôler la validité des clauses de non-concurrence, et exiger une contrepartie financière compensant l'atteinte inévitable qu'elles lui portent.

Quant à la clause d'un contrat de travail qui interdirait à un salarié à temps partiel d'exercer une autre activité professionnelle, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de soumettre sa validité à certaines conditions : nécessaire protection des intérêts de l'entreprise, nature de la tâche à accomplir et proportionnalité au but recherché (Soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-43.392, Bull. 2004, V, n° 64 (1). A défaut, la clause est nulle.

Dans la présente espèce, la clause contractuelle litigieuse posait le principe de la liberté d'exercice d'emplois cumulés. Mais elle subordonnait le second emploi non pas à une information préalable, mais à une autorisation préalable du premier employeur. La Cour de cassation a jugé que cette autorisation préalable portait une atteinte aussi grave au principe de libre exercice qu'une interdiction pure et simple, et soumet en conséquence la clause aux mêmes conditions de validité.

*\* Respect des libertés individuelles et collectives du salarié*

## **Sommaire**

Toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile, et nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Viola les articles 9 du code civil et L. 1121-1 du code du travail la cour d'appel qui, pour dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, retient que le refus du salarié de déménager compromettrait la poursuite de la relation de travail dès lors que son déménagement était une condition imposée à l'employeur par son assureur, de tels motifs étant impropres à établir que l'atteinte au libre choix par le salarié de son domicile était justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1960 FP-P+B**

N° 08-40.434 - CA Nîmes, 28 novembre 2007

Mme Collomp, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

## **Note**

L'article L. 1121-1 du code du travail dispose que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

Ainsi, quoique la vie privée du salarié soit en dehors du contrat de travail, la loi admet que l'existence d'une relation de travail ait une incidence sur les choix et comportements du salarié dans le cadre de sa vie privée. Mais ces restrictions doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Les juges du fond, pour admettre cette restriction doivent donc vérifier que des justifications existent et qu'elles sont bien liées à la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché et, s'agissant d'une atteinte aux droits et libertés individuelles et collectives des salariés, la Cour de cassation n'abandonne pas cette qualification à l'appréciation souveraine des juges du fond mais contrôle que les restrictions ainsi admises sont bien justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

En l'espèce, le salarié cadre commercial dans une société commercialisant des bijoux, s'était vu confier une collection de bijoux qu'il devait conserver à son domicile. Après plusieurs agressions subies dans ce domicile, son employeur lui avait demandé de déménager au motif que son assureur refusait d'assurer tout sinistre qui se déroulerait dans le département du lieu dudit domicile. Celui-ci ayant refusé de s'exécuter, l'employeur l'avait licencié pour faute et la cour d'appel avait admis que ce licenciement avait une cause réelle et sérieuse, considérant que le refus du salarié de déménager pouvait « engendrer des conséquences dommageables pour lui-même compte tenu du

nombre d'agressions perpétrées à son domicile et pour l'entreprise dont les marchandises pouvaient être dérobées sans être garantie par une assurance efficace. »

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir si le refus par un assureur d'assurer un sinistre, si le salarié ne déménageait pas, était une justification en lien avec la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, à l'injonction de déménager faite par l'employeur.

La Cour de cassation répond par la négative, jugeant que de tels motifs étaient impropres à justifier l'atteinte à la liberté de choisir son domicile.

Elle avait précédemment jugé, toujours sur le fondement de l'article L. 1121-1 du code du travail alors article L. 120-2, que « porte atteinte à la liberté individuelle de l'avocat salarié, la clause du contrat de travail faisant obligation à cet avocat de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet en justifiant cette obligation par la seule nécessité " d'une bonne intégration dans l'environnement local " » (Soc., 12 juillet 2005, pourvoi n° 04-13.342, Bull. 2005, V, n° 241)

Ainsi, la Cour de cassation est très exigeante quant à la réalité du lien entre la tâche à accomplir et la restriction à la liberté de domicile, mais il ne saurait en être autrement s'agissant d'une atteinte aux libertés individuelles.

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

*\* Reprise d'activité par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif*

#### **Sommaire**

1° - La cause spécifique de licenciement prévue par l'article L. 1224-3 du code du travail, lorsque le salarié dont le contrat de travail est transféré à une personne publique gérant un service public administratif refuse le contrat de droit public qui lui est proposé, ne relève pas des dispositions du code du travail applicables aux licenciements pour motif économique, et le refus opposé par le salarié constitue à lui seul une cause de licenciement.

2° - Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, pour condamner le précédent employeur au paiement de salaires et de dommages-intérêts, malgré le transfert du contrat de travail, constate qu'il avait conservé un pouvoir de contrôle et de direction sur le personnel mis à la disposition de la personne publique, caractérisant ainsi sa qualité de coemployeur.

**Soc., 30 septembre 2009**

**Rejet**

**Arrêt n° 1945 FS-P+B+R**

N° 08-40.846 - CA Grenoble, 19 décembre 2007

Mme Collomp, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Allix, Av. Gén.

#### **Note**

1 - Avant que la loi du 26 juillet 2005 (n° 2005-843), dont est issu l'article L.1224-3 du code du travail, ne règle cette question et depuis que la chambre sociale a admis l'application de l'article L.122-12 (L.1224-1) dans le cas où l'entité économique est transférée à une personne publique gérant un service public administratif (Soc., 25 juin 2002, Bull. V, n° 209), il est admis, d'une part, que le litige auquel peut donner lieu ce changement d'employeur relève du juge judiciaire tant que l'intéressé n'a pas été placé sous un régime de droit public, y compris lorsque le différend porte sur la rupture du contrat de travail consécutive au refus de la proposition d'emploi de la personne publique (Tribunal des conflits, 19 janvier 2004, commune de Saint-Chamond, Bull. n° 3 ; Soc., 23 octobre 2007, Bull. V, n° 170) ; d'autre part, qu'il incombe à la personne publique de prendre

position sur la poursuite du contrat de travail en cours ou sur le choix d'un statut de droit public, soumis au consentement du salarié repris, et en cas de refus de statut proposé, de rompre le contrat de travail (C.E. 22 octobre 2004, Lamblin, n° 245154). La loi du 26 juillet 2005 a supprimé cette option, en imposant à la personne publique de proposer un contrat de droit public aussi proche que possible du contrat antérieur, un refus du salarié devant entraîner nécessairement son licenciement, "dans les conditions prévues" par le code du travail et par le contrat (L.1224-3). Il apparaît ainsi clairement que le législateur a entendu faire du refus du salarié une cause spécifique de rupture du contrat de travail, liée à la nécessité de changer de statut et à l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique de poursuivre le contrat en cours, lorsque le salarié n'accepte pas le changement de statut que le transfert implique. Cette possibilité est d'ailleurs envisagée par la Cour de justice des communautés européennes, qui en déduit que la résiliation du contrat de travail résultant du refus d'une modification du contrat liée au transfert doit être considérée comme intervenue du fait de l'employeur (CJCE, 11 novembre 2004, Delahaye, n° C-425/02), ainsi que le prévoit l'article 4 de la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001. Mais la loi de 2005 ne prenant pas position sur la nature de ce licenciement et se bornant à renvoyer aux conditions prévues "par le droit du travail" (art. 20 de la loi) ou "par le présent code" (art. L.1224-3), la question s'est posée de savoir si l'employeur public est tenu de respecter les procédures et obligations applicables en cas de licenciement économique collectif ou individuel. Le nouvel article L.1233-1 du code du travail paraît l'exclure, puisqu'il ne déclare les dispositions du chapitre sur les licenciements économiques applicables qu'aux seules entreprises publiques et aux établissements publics industriels et commerciaux. Mais les textes en vigueur avant la recodification ne revêtaient pas une portée aussi générale et si l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi était écarté (L.321-2, L.321-4-1), il n'était pas évident que ce le motif de rupture, non inhérent à la personne du salarié, échappe à la qualification de motif économique et au régime qui en découle. L'arrêt prend position sur ce point, en réponse à un moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir écarté cette qualification, pour exclure toute obligation de reclassement à la charge de la personne publique. Il retient que cette cause de rupture particulière ne relève pas des dispositions propres aux licenciements pour motif économique. Il ne paraît en effet pas raisonnable de subordonner le licenciement d'un salarié qui refuse de changer de statut à une recherche de reclassement que ce refus rend impossible, alors que la loi impose en ce cas à l'employeur de mettre fin au contrat de travail en cours, créant ainsi une véritable obligation de licencier à la charge de la personne publique. La loi de 2005 a en réalité introduit une nouvelle cause de licenciement sui generis prenant en compte le régime dérogatoire auquel est soumis le personnel de l'administration publique et les conséquences qui en résultent pour les salariés employés dans des conditions de droit privé. L'arrêt ajoute d'ailleurs que le refus du changement de statut constitue à lui seul une cause de rupture, ce qui signifie, au regard du moyen, que l'inaptitude au travail du salarié, pour raison de santé, n'empêche pas cette cause de rupture de produire ses effets.

2 - Le changement d'employeur résultant du transfert d'une entité économique autonome se réalise dès le jour du transfert, de sorte que, par le seul effet de la loi, le salarié passe aussitôt sous la direction du cessionnaire, sans qu'il soit possible aux parties de différer les effets du transfert sur le contrat de travail (CJCE, 26 mai 2005, Celtec, n° C-478/03 ; Conseil d'Etat, 4 avril 2005, commune de Reichsoffen, n° 258543 et 258545 : la personne publique devient l'employeur « dès que le transfert est effectivement intervenu »). Ainsi, en l'espèce, la nouvelle organisation du service d'aide aux personnes handicapées, impliquant le transfert du service à la Maison du handicap départementale, ayant pris effet au 1er janvier 2006, c'est à cette date que devait s'opérer le changement d'employeur, quels que soient les arrangements convenus à cette occasion. Ce qui s'était produit après cette date, dans l'exécution du contrat de travail, incombait donc normalement au nouvel employeur, qui devait en supporter les conséquences. Mais la cour d'appel ayant constaté qu'en réalité la salariée était restée sous la subordination effective de la fondation, la qualité de co-employeur qui en résultait pouvait justifier que celle-ci fut condamnée au paiement de salaires et de dommages-intérêts au titre d'un harcèlement subi au cours de l'année 2006.



## 5. Statuts particuliers

*\* Fonctionnaires détachés*

### Sommaire

Selon l'article 67 de la loi du 26 janvier 1984, à l'expiration d'un détachement, le fonctionnaire est obligatoirement réintégré dans son corps d'origine et réaffecté dans l'emploi qu'il occupait antérieurement ; il en résulte que l'employeur privé n'est pas tenu, à l'expiration du détachement à son terme normal, de solliciter une autorisation administrative de mettre fin au contrat, sauf lorsqu'il s'est opposé au renouvellement du détachement demandé par le fonctionnaire, ou que ce non-renouvellement est dû à son fait.

Doit être cassé en conséquence l'arrêt qui déclare illicite la rupture du contrat d'un fonctionnaire détaché à l'expiration normale de son détachement au seul motif que ce fonctionnaire avait la qualité de délégué syndical au sein de l'entreprise privée, sans constater que le non-renouvellement était le fait de l'employeur privé.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1958 FP-P+B**

N° 08-40.406 - CA Reims, 28 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

### Note

Il est désormais parfaitement acquis en jurisprudence qu'un fonctionnaire détaché dans une entreprise privée et qui y accomplit un travail pour le compte de celle-ci dans un rapport de subordination lui est lié par un contrat de travail (Soc., 5 mars 1997, pourvoi n° 96-60.041, Bull. 1997, V, n° 99 ; Soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 97-43.536, Bull. 2000, V, n° 251 ; Soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-44.814, Bull. 2007, V, n° 105).

Ainsi, quand l'employeur privé demande à l'autorité administrative compétente de mettre fin au détachement avant son terme, cette rupture doit s'analyser en un licenciement et doit en respecter la procédure (Soc., 27 juin 2000, précité ; Soc., 19 juin 2007, précité).

Mais qu'advient-il lorsque le fonctionnaire en cause bénéficie du statut de salarié protégé dans l'entreprise privée et que son détachement arrive à son terme normal ? L'employeur doit-il solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail de mettre fin au contrat ?

La Cour de cassation a déjà répondu à cette question dans deux arrêts des 23 mai 2006 et 19 juin 2007, dont le premier statuait sur le même litige que celui de la présente affaire, mais concernant l'instance en référé : lorsque le détachement d'un fonctionnaire, occupant des fonctions représentatives ou syndicales dans l'entreprise privée, prend fin par l'arrivée à son terme du détachement, l'autorisation de l'inspecteur du travail n'a pas à être demandée pour mettre fin au contrat (Soc., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-43.633, Bull. 2006, V, n° 181 ; Soc., 19 juin 2007, pourvoi n° 05-44.808, Bull. 2007, V, n° 107).

En effet, il résulte de l'article 67 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 qu'à l'expiration d'un détachement, le fonctionnaire est obligatoirement réintégré dans son corps d'origine et réaffecté dans l'emploi qu'il occupait antérieurement.

Par le présent arrêt du 23 septembre 2009, rendu par la formation plénière de la chambre sociale et statuant sur l'instance au principal du litige ayant donné lieu à l'arrêt du 23 mai 2006 précité, la Cour de cassation réaffirme sa solution de principe, mais en l'aménageant : l'employeur privé n'a pas à solliciter d'autorisation administrative quand survient l'échéance normale du détachement

d'un fonctionnaire bénéficiant du statut protégé, « sauf lorsqu'il s'est opposé au renouvellement du détachement demandé par le fonctionnaire, ou que ce non-renouvellement est dû à son fait ».

La chambre sociale entend ainsi permettre à l'inspecteur du travail de vérifier que le non-renouvellement du fait de l'employeur n'est pas en lien avec l'exercice du mandat représentatif, cachant en réalité une discrimination syndicale.

\* *Journalistes professionnels*

## Sommaire

Si l'employeur d'un journaliste pigiste employé comme collaborateur régulier est tenu de lui fournir régulièrement du travail sauf à engager la procédure de licenciement, il n'est pas tenu de lui fournir un volume de travail constant.

Ayant relevé que, conformément aux dispositions d'un accord collectif d'entreprise, le contrat de travail du salarié comportait une rémunération minimale garantie et qu'en cas de baisse importante de la rémunération pendant une certaine période, des modalités de dédommagement avaient été prévues, la cour d'appel a décidé à bon droit que la baisse des commandes et de la rémunération intervenue ne constituait pas une modification du contrat de travail du salarié.

**Soc., 29 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1863 FS - P+B**

N° 08-43.487 - CA Paris, 20 mai 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén.

## Note

Un journaliste pigiste, collaborant régulièrement avec un groupe de presse et d'édition depuis 1995, a, courant 2004, constaté une baisse substantielle de sa rémunération. Le contrat de "journaliste pigiste régulier" signé entre les parties faisait référence à un accord collectif d'entreprise selon lequel l'employeur s'engageait à compenser la baisse substantielle d'activité des journalistes pigistes, à la condition que ceux-ci soient des collaborateurs réguliers. La baisse d'activité était définie de manière objective par la réduction sur une période de six mois du volume des piges, et donc de la rémunération moyenne, baisse égale ou supérieure à 35% de la rémunération moyenne versée au cours des douze mois précédant la période considérée.

Saisie de la demande de rappel de salaires formée par le salarié la cour d'appel l'en a débouté et a condamné la société à lui payer une somme à titre de dommages-intérêts pour inobservation des engagements contractuels en cas de baisse de rémunération

Le pourvoi formé par le salarié posait notamment la question de savoir si la charge de travail et la rémunération d'un journaliste professionnel rémunéré à la pige peuvent varier à l'initiative de l'employeur sans qu'il en résulte une modification unilatérale du contrat de travail du salarié inopposable à celui-ci.

La jurisprudence fait traditionnellement la distinction entre journaliste pigiste occasionnel, et journaliste pigiste régulier. Concernant la première catégorie, elle juge qu'un employeur qui passe à un tel journaliste de moins en moins de commandes n'apporte pas au contrat de travail de modification substantielle, l'employeur n'ayant pas d'obligation de demander de manière régulière et constante une prestation de travail (Soc., 7 janvier 1988, pourvoi n° 84-43.447, Bull. 1988, V, n° 17). Postérieurement, dans un arrêt du 1er février 2000, la Cour de cassation a jugé qu'en fournissant régulièrement du travail à un journaliste pigiste, une entreprise de presse fait de ce dernier un collaborateur régulier envers lequel elle est tenue, en sa qualité d'employeur, de

maintenir cette fourniture de travail. L'interruption de la relation s'analyse alors en un licenciement (Soc., 1er février 2000, pourvoi n° 98-40.195, Bull. 2000, V, n° 49).

D'une manière générale, la jurisprudence admet la validité de clauses contractuelles qui prévoient la variabilité de la rémunération en fonction de la variation du volume de travail, à la condition que cette variation soit fondée sur des éléments indépendants de la seule volonté de l'employeur (Soc., 2 juillet 2002, pourvoi n° 00-13.111, Bull. 2002, V, n° 229). En ce qui concerne le travailleur à domicile, la Cour de cassation juge que si « un employeur n'a pas l'obligation ... de fournir un volume de travail constant ..., il ne peut cependant modifier unilatéralement et sans justification la quantité de travail fourni et la rémunération ». Il commettrait alors une faute génératrice d'un préjudice (Soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 03-45.888, Bull. 2006, V, n° 137). Dans le cas des journalistes pigistes, la définition même de cette profession induit une certaine indépendance dans le lien entre le salarié et l'employeur, le journaliste pigiste étant rémunéré à la tâche et pouvant travailler auprès de plusieurs entreprises de presse. Cependant, la rémunération du travail à la pige, travail à la commande, est définie par l'article L. 7113-2 du code du travail, selon lequel « tout travail commandé ou accepté par une entreprise de presse et non publié est rémunéré ». La rémunération du pigiste n'est donc pas entièrement à la discrétion de l'employeur qui, s'il décide de ne pas publier l'article, est tenu de le payer.

Pour approuver la solution retenue par les juges d'appel, la chambre sociale énonce que si l'employeur d'un journaliste pigiste employé comme collaborateur régulier est tenu de lui fournir régulièrement du travail sauf à engager la procédure de licenciement, il n'est pas tenu de lui fournir un volume de travail constant. Se référant aux dispositions conventionnelles encadrant les éventuelles variations de la rémunération contractuelles, elle admet que la baisse des commandes et de la rémunération intervenue en 2004 ne constituait pas une modification du contrat de travail de la salariée.

*\* Maîtres agréés des établissements d'enseignement privé sous contrat simple*

## **Sommaire**

Le principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération des maîtres agréés des établissements d'enseignement privé sous contrat simple avec celle des instituteurs de l'enseignement public concerne uniquement les traitements, avantages et indemnités attribués par l'Etat, et non les indemnités à la charge de leurs employeurs privés.

Fait une exacte application de la loi la cour d'appel qui, ayant constaté que l'indemnité revendiquée était due en application de la convention collective dont relevait l'employeur, en a déduit que ce dernier était tenu d'en supporter la charge, peu important que la convention conclue avec l'Etat n'ait pas énoncé de sujétion particulière à l'emploi.

**Soc., 30 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1950 FS-P+B+R**

N° 07-42.694 - CA Saint-Denis de La Réunion, 24 avril 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Allix, Av. Gén.

## **Note**

La loi, dite Debré, du 31 décembre 1959, sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé a distingué trois catégories d'enseignants pouvant exercer dans les établissements ayant passé un contrat avec l'Etat : les maîtres agréés exerçant dans les classes sous contrat simple, les maîtres de l'enseignement public et les maîtres liés à l'Etat par contrat et exerçant dans les classes sous contrat d'association.

La présente affaire est relative à la situation d'un maître agréé affecté dans un établissement sous contrat simple, dont la rémunération est prise en charge par l'Etat, dont la carrière est calquée sur celle d'un enseignant du secteur public, et qui est lié à l'établissement, qui procède à son recrutement, par un contrat de travail. La Cour de cassation était saisie de la question de savoir si un maître agréé, exerçant dans un établissement sous contrat simple pouvait, ou non, prétendre au bénéfice d'une indemnité prévue par les dispositions d'une convention collective applicable à son employeur, en l'espèce, celle des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951.

La chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré que le principe d'équivalence de la rémunération des maîtres contractuels ou agréés des établissements d'enseignement privé sous contrat avec celle des instituteurs de l'enseignement public concernait uniquement les traitements, avantages et indemnités attribués par l'Etat et qu'il en résultait que les maîtres agréés travaillant dans un établissement privé spécialisé pour enfants handicapés ne pouvaient prétendre à l'indemnité de logement due aux maîtres de l'enseignement mis à sa disposition (Soc., 13 février 1991, Bull.1991, V, n° 72). Mais, dans le cadre du rapport résultant du contrat de travail, la chambre sociale avait reconnu aux maîtres agréés, qui cessaient leurs fonctions volontairement et quittaient volontairement l'entreprise pour bénéficier d'un avantage de retraite, le droit de réclamer à leur employeur, établissement d'enseignement privé sous contrat simple, l'indemnité prévue par l'alinéa 1er de l'article L. 122-14-13 du code du travail (Soc., 10 novembre 1992, Bull.1992, V, n° 542). De même, l'établissement privé est tenu d'assurer le paiement de l'indemnité légale de départ à la retraite (Soc., 4 février 1988, Bull. 1988, V, n° 97).

Par le présent arrêt, la chambre sociale a tout d'abord rappelé que le principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération des maîtres agréés des établissements d'enseignement privé sous contrat simple avec celle des instituteurs de l'enseignement public ne concernait que les traitements, avantages et indemnités attribués par l'Etat, et non les indemnités à la charge de leurs employeurs privés. Elle a donc approuvé la cour d'appel qui avait décidé que l'employeur devait régler à son salarié l'indemnité prévue par la convention collective applicable, peu important que la convention conclue avec l'Etat n'ait pas énoncé de sujétion particulière à l'emploi.

\* *Marins*

## **Sommaire**

Lorsqu'un accord collectif limite les possibilités de licenciement à des causes qu'il détermine, le licenciement prononcé pour un motif autre que ceux conventionnellement prévus est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Dès lors, ayant constaté que l'accord collectif applicable énumère limitativement les causes de licenciement d'un marin pour motif non disciplinaire, une cour d'appel ne peut, sans violer cet accord et l'article L. 2251-1 du code du travail, décider que le licenciement d'un marin au motif que, depuis sa condamnation pénale, ce dernier ne remplit plus les conditions exigées par l'article 4 du décret du 7 août 1967, relatif aux conditions d'exercice de la profession de marin, a une cause réelle et sérieuse.

**Soc., 29 septembre 2009**

**Arrêt n° 1862 FS-P+B**

N° 07-43.431 - CA Aix-en-Provence, 3 mai 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Fossaert, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén.

**CASSATION PARTIELLE**

## Note

Aux termes de l'article L. 2251-1 du code du travail : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. »

En application de ce principe de faveur, la chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à affirmer que les dispositions légales relatives à la rupture du contrat de travail par l'employeur n'interdisent pas aux partenaires sociaux de limiter à des causes qu'ils énumèrent le pouvoir de licencier de l'employeur (Soc., 3 février 1993, pourvoi n° 91-42.409, Bull. 1993, V, n° 33), dès lors qu'elles ne rendent pas impossible toute rupture du contrat de travail (Soc., 3 décembre 2002, pourvoi n° 00-46.055, Bull. 2002, V, n° 362) ; cette limitation s'impose au juge (Soc., 7 juillet 1993, pourvoi n° 89-45.148, Bull. 1993, V, n° 197).

En conséquence, si un licenciement est prononcé pour un motif autre qu'un de ceux conventionnellement prévus, il est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 14 octobre 1997, pourvoi n° 97-40.033, Bull. 1997, V, n° 310 ; Soc., 25 octobre 2005, pourvoi n° 02-45.158, Bull. 2005, V, n° 301).

Dans la présente affaire, un marin de la SNCM ayant fait l'objet d'une condamnation pénale et exécuté une peine criminelle, a été licencié après sa libération au motif qu'il ne remplissait plus les conditions exigées par l'article 4 du décret n° 67-609 du 7 août 1967 relatif aux conditions d'exercice de la profession de marin pour pouvoir être porté sur un rôle d'équipage et qu'il n'existait aucune possibilité de reclassement.

L'article 4 du décret du 7 août 1967 dispose en effet : « Peuvent être portées au rôle d'équipage d'un navire français les personnes qui remplissent les conditions suivantes :

[...]

4 ° N'avoir subi aucune condamnation :

Soit à une peine criminelle ;

Soit à une peine correctionnelle sans sursis de plus de deux ans de prison ;

Soit à [...] ».

Saisi par le salarié d'une demande en contestation du bien-fondé de son licenciement, aucune conciliation n'ayant pu aboutir devant l'administrateur des affaires maritimes, le tribunal d'instance l'a jugé sans cause réelle et sérieuse, au motif que la circonstance qu'un marin ne remplit plus les conditions exigées par l'article 4 du décret du 7 août 1967 ne figure pas parmi les causes de licenciement limitativement énumérées par la convention particulière du personnel navigant d'exécution de la SNCM du 20 mars 1978.

En effet, l'accord collectif du 20 mars 1978 dénommé « Convention particulière du personnel navigant d'exécution de la SNCM » prévoit que les membres du personnel ne peuvent être licenciés, indépendamment d'un motif disciplinaire, que pour les causes limitativement énumérées : soit pour raison de santé en cas d'inaptitude définitive à la navigation, soit pour raison économique, soit en raison de l'évolution de la flotte.

Réformant le jugement, la cour d'appel a en revanche estimé le licenciement fondé, la disposition légale prévoyant les conditions d'accès à la profession de marin embarqué s'imposant nécessairement face à la disposition conventionnelle limitant les motifs de rupture du contrat d'engagement maritime.

La question qu'avait à trancher la Cour de cassation était donc celle de la portée d'un accord collectif limitant les causes de licenciement d'un marin lorsque ce dernier ne remplit plus les conditions légales d'exercice de sa profession.

Par cet arrêt en date du 29 septembre 2009, la chambre sociale réaffirme sa jurisprudence et applique le principe posé par l'arrêt du 3 février 1993 en censurant les juges d'appel : dès lors que le licenciement était prononcé pour une cause non prévue par l'accord collectif, celui-ci est sans cause réelle et sérieuse. Peu importe que le salarié ne remplisse plus une des conditions légales d'exercice de sa profession : la disposition conventionnelle, plus favorable, doit s'appliquer.

L'employeur doit par conséquent trouver une solution de reclassement.

## **B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS**

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

*\* Convention de forfait jours*

#### **Sommaire**

Il résulte de la combinaison des articles L. 3121-45, dans sa version applicable au litige, L. 3171-4 et D. 3171-10 du code du travail qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre de jours de travail effectués par le salarié dans le cadre d'une convention de forfait jours, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier des jours effectivement travaillés par le salarié ; qu'au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; qu'ainsi, la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties, et le juge ne peut, pour rejeter une demande de paiement de jours travaillés, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié ; qu'il doit examiner les éléments de nature à justifier les jours effectivement travaillés par le salarié et que l'employeur est tenu de lui fournir.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui estime que, faute pour le salarié d'avoir apporté la preuve qui lui incombait de ce qu'il avait travaillé au-delà du nombre de jours prévu par la convention de forfait jours, sa demande en paiement d'un rappel de salaire au titre des jours non rémunérés doit être rejetée.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1887 FS-P+B+R**

N° 08-41.377 - CA Paris, 21 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

#### **Note**

La chambre sociale complète à l'occasion de cet arrêt sa jurisprudence relative à la conclusion et à la mise en œuvre des conventions de forfait en jours sur l'année.

Elle a déjà jugé que pour qu'un salarié puisse se voir appliquer une telle convention, il doit remplir les conditions fixées par les articles L 3121-47 à 49, et notamment disposer d'une large autonomie dans l'organisation de son emploi du temps (Soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-18.756, Bull 2004, V, n° 143 et Soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.876, Bull.2007, V, n° 180). La convention doit par ailleurs être écrite (Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 06-45.990, Bull.2008, V, n° 71). La chambre a précisé les modalités de décompte des retenues pour fait de grève en cas d'absence inférieure à la journée ou à la demi-journée (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-44.608, Bull.

2008, V, n° 211 et Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-45.292 Bull. 2009, V, n° 56) jugé sous l'empire des anciens articles L. 3121-47 et suivants que l'accord collectif instituant la convention de forfait en jours devait comporter les modalités de contrôle, de suivi et d'application de la convention de forfait en jours.

L'essentiel de cette jurisprudence, à l'exception sans doute du dernier aspect qui a fait l'objet d'une modification par la loi du 20 août 2008, reste pertinent.

Tel est le cas également de la solution retenue par la chambre à l'occasion du pourvoi formé par un salarié contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait rejeté sa demande de rappel de salaire au titre de jours travaillés au-delà des 215 jours annuels prévus par la convention de forfait en jours qui lui était applicable.

La cour d'appel avait en effet statué en énonçant qu'il appartenait au salarié d'apporter la preuve de ce qu'il avait travaillé au-delà des 215 jours convenus.

La chambre sociale censure cet arrêt en estimant qu'il convient d'appliquer aux litiges relatifs aux jours travaillés dans le cadre d'une convention de forfait en jours, le même régime de la preuve, « équilibré », que celui prévu par le code du travail en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies (art. L 3171-4 du code du travail). Dès lors, la jurisprudence qu'elle a élaborée dans le cadre d'un décompte en heures sera applicable dans l'hypothèse d'un décompte en jours.

*\* Durée hebdomadaire – accord de modulation*

## **Sommaire**

Si le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre d'un accord de modulation constitue, en application de l'article 30 II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 alors applicable, une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est à la condition que cet accord soit conforme aux dispositions de l'article L. 212-8, devenu L. 3122-9, du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur.

Ayant constaté qu'un accord de modulation ne précisait ni le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, ni les conditions de réduction du délai dans lequel les salariés devaient être prévenus des changements de leurs horaires de travail, ni les contreparties devant leur bénéficier dans cette hypothèse, la cour d'appel en a exactement déduit que ce texte n'était pas conforme aux exigences de l'article précité du code du travail, et que le licenciement du salarié, motivé par son seul refus d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre de la modulation était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1886 FS-P+B**

N° 07-44.712. - CA Versailles, 11 septembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

## **Note**

Faisant primer l'aspect collectif de l'accord de réduction du temps de travail sur l'aspect individuel de la modification du contrat de travail, l'article 30-II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 (aujourd'hui abrogé, mais alors applicable) réduit voire « neutralise » la possibilité pour le salarié de s'opposer à un accord collectif de réduction de temps de travail ayant pour effet de modifier certains éléments de son contrat de travail, alors même que ces modifications seraient substantielles. Cet article dispose en effet que: « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du

travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du code du travail. »

Le but de cette disposition était de contourner la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle «la rupture du contrat de travail résultant du refus par le salarié d'une modification substantielle de son contrat de travail imposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement économique (voir par exemple Soc., 12 décembre 1991, pourvoi n°90-45.032, Bull. 1991, n° 580 ou Soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-42.906, Bull. 2001, V, n° 376).

Il s'agissait dans le présent arrêt, de poursuivre le travail de délimitation de la portée de ces dispositions auquel la chambre sociale se livre depuis l'entrée en vigueur de la loi.

Par quatre arrêts rendus le 15 mars 2006, la chambre sociale a ainsi déjà jugé que :

La modification du contrat de travail envisagée par ce texte doit résulter d'un accord collectif et non d'une réduction unilatérale de la durée du travail par l'employeur, à défaut le licenciement présente un caractère économique (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 0542946, Bull. 2006, V, n° 107)

la lettre de licenciement doit comporter l'indication de l'accord sur lequel elle se fonde (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-40.504, Bull. 2006, V, n° 107)

le champ d'application de l'article 30-II ne se restreint pas aux accords postérieurs à la loi du 19 janvier 2000, il s'étend aussi aux modifications du contrat de travail résultant d'accords antérieurs (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 03-48.027, Bull. 2006, V, n° 107)

l'office du juge est d'apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement au regard des seules dispositions de l'accord collectif (Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 03-48.02, Bull. 2006, V, n° 107). Ainsi, le juge doit vérifier que la modification du contrat de travail du salarié est bien une conséquence nécessaire de l'application de l'accord

La Chambre a également déjà dit que « la programmation indicative de la modulation prévue par l'article L. 212-8, alinéa 5, du Code du travail, déterminée selon l'accord d'entreprise sur le temps de travail, lors de la négociation annuelle dans l'entreprise, répond aux exigences légales dès lors que cette programmation indicative est fixée par voie de négociation d'entreprise et fait ensuite l'objet des procédures d'application prévues par la loi. » (Soc. 26 mai 2004, pourvoi n° 02-18.756, Bull. 2004, V, n°143) et qu'« un accord de branche qui ne prévoit la modulation du temps de travail qu'à titre exceptionnel n'est qu'un accord de principe dont la mise en oeuvre suppose la conclusion d'accords d'entreprises conformes aux dispositions légales. » (Soc., 12 octobre 2006, pourvoi n° 05-15.069, Bull. V, n°305). Elle exige donc que les dispositions de mise en oeuvre d'un accord de modulation soient fixées par la négociation collective.

Le présent arrêt complète cette jurisprudence en conditionnant l'application de la dérogation introduite par l'article 30-II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 au respect de l'article L. 212-8 du code du travail issu de la même loi et alors applicable.

L'article L. 212-8 prévoit un certain nombre de conditions de validité de l'accord de modulation du temps de travail, notamment que la convention ou l'accord de modulation fixe le programme indicatif de la répartition du travail, les modalités de recours au travail temporaire ou les conditions de recours au chômage partiel pour les heures qui ne sont pas prises en compte dans la modulation.

La chambre sociale décide que si l'accord de modulation ne précise pas le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, ni les conditions de réduction du délai dans lequel les salariés devaient être prévenus des changements de leurs horaires de travail, ni les contreparties devant leur



bénéficiaire dans cette hypothèse, comme l'exigeait l'article L. 212-8 alors en vigueur, le licenciement d'un salarié qui refuse la modification de son contrat de travail fondée sur l'accord de modulation est un licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme tout licenciement fondé sur le refus du salarié d'une modification substantielle de son contrat de travail.

*\* Repos journalier*

## **Sommaire**

Le seuil communautaire, qui résulte de la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, modifiée par la Directive 2000/34/CE du Parlement et du Conseil, du 22 juin 2000, fixant à onze heures consécutives la période minimale du repos journalier, se traduit en droit interne par l'interdiction de dépasser l'amplitude journalière de treize heures, celle-ci étant définie comme le temps séparant la prise de poste de sa fin.

N'encourt dès lors pas les griefs du moyen le conseil de prud'hommes qui, après avoir comptabilisé à bon droit en tant que temps de travail effectif l'intégralité des heures de permanences nocturnes en chambre de veille accomplies par des salariés, et appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, retient comme établie la réalité des dépassements de l'amplitude fondant la demande de dommages-intérêts présentée devant lui.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1885 FS-P+B**

N° 07-44.226 à 07-44.229. - CPH Thionville, 28 juin 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

## **Note**

Le présent arrêt vient nourrir l'abondant contentieux concernant les salariés effectuant des permanences de nuit dans des établissements privés sociaux et médico-sociaux sans but lucratif comportant un hébergement.

Dans cette affaire, des salariés travaillant pour une association gérant un établissement recevant des enfants inadaptés et effectuant des heures de permanence nocturnes en chambre de veille étaient rémunérés sur la base de l'horaire d'équivalence institué par la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées du 15 mars 1966. Ils ont saisi la juridiction prud'homale de demandes en paiement de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à ses obligations conventionnelles en matière de durée du travail pris d'un non-respect de la durée maximale du travail ; le pourvoi formé par l'employeur visait à obtenir la censure des décisions du conseil de prud'hommes, ayant fait droit aux demandes.

La question principalement tranchée par cet arrêt concerne le mode de calcul des heures de permanence nocturne en chambre de veille à retenir afin d'apprécier le respect ou non de l'amplitude de travail journalière maximale autorisée.

La directive n° 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, telle que modifiée par la directive n° 2000/34/CE du 22 juin 2000, institue des seuils et plafonds communautaires, c'est-à-dire des durées minimales de repos journalier et des durées maximales hebdomadaires de travail.

Ainsi, son article 3, intitulé « repos journalier », dispose : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de vingt-quatre heures, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives. »

Cette obligation a été reprise à l'article L. 220-1 alinéa 1, devenu L. 3131-1, du code du travail : « Tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives. »

Par arrêt du 18 décembre 2001, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré, procédant par soustraction, qu'en vertu du repos minimum journalier imposé par la directive 93/104/CE, l'amplitude journalière de travail ne doit pas excéder 13 heures, calculée sur une même journée de 0 à 24 heures (Soc., 18 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.351, Bull. 2001, V, n° 392).

Toutefois, le commentaire de cet arrêt au Rapport annuel 2001 précisait que cette définition ne s'appliquait pas au travail de nuit.

Ainsi, l'arrêt ici commenté du 23 septembre 2009, concernant des salariés travaillant de nuit, s'il réaffirme que le seuil communautaire fixant à 11 heures consécutives la période minimale du repos journalier, se traduit en droit interne par l'interdiction de dépasser l'amplitude journalière de 13 heures, précise que cette amplitude est « définie comme le temps séparant la prise de poste de sa fin », donc même si elle chevauche deux journées différentes.

Par ailleurs, la chambre sociale approuve les juges du fond d'avoir comptabilisé « en tant que temps de travail effectif l'intégralité des heures de permanence nocturne en chambre de veille ».

Il s'agit là de l'application d'une jurisprudence bien établie.

En effet, si les heures de surveillance de nuit effectuées par un salarié constituent un temps de travail effectif (Soc., 26 juin 2002, pourvoi n° 00-41.729, Bull. 2002, V, n° 219), il est possible de prévoir un régime d'équivalence horaire tenant compte du moindre degré d'intensité de ce travail comportant des périodes d'inaction, en vertu de l'article L. 212-4 alinéa 5, devenu L. 3121-9, du code du travail.

C'est ce qu'a mis en place le décret n° 2001-1384 du 31 décembre 2001 pour les établissements privés à but non lucratif comportant un hébergement.

Ce décret, attaqué en annulation, a donné lieu à la jurisprudence « Dellas » de la CJCE qui a précisé que la directive n° 93/104/CE « exige que ces heures de présence soient comptabilisées intégralement en tant qu'heures de travail », mais « ne trouve pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs » (CJCE, 1er décembre 2005, Dellas, affaire n° C-14/04), puis à l'arrêt du Conseil d'État du 28 avril 2006 ayant annulé ce décret au motif que le régime d'équivalence ne peut pas être appliqué pour l'appréciation des seuils et plafonds communautaires (CE, 28 avril 2006, n° 242727, publié au Recueil Lebon).

La chambre sociale, en parfaite conformité avec cette jurisprudence, a d'abord décidé dans un arrêt du 13 juin 2007 que la directive n° 93/104/CE n'avait pas vocation à s'appliquer à la rémunération des travailleurs (Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 06-40.826, Bull. 2007, V, n° 99), puis a affirmé par arrêt du 26 mars 2008 qu'il ne pouvait pas être tenu compte d'un système d'équivalence horaire pour vérifier, en matière de temps de travail effectif, le respect des seuils et plafonds communautaires (Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 06-45.469, Bull. 2008, V, n° 72 ; voir le commentaire à cette revue, 1er trimestre 2008, arrêt n° 13, p. 25).

Dès lors, pour apprécier le respect de l'amplitude maximale journalière de 13 heures, il doit être tenu compte de l'intégralité des heures de permanence nocturnes accomplies, sans tenir compte du régime d'équivalence horaire établi, ni du point de savoir si la prise et la fin de poste ont lieu le même jour ou non.

\* *Temps partiel*

## **Sommaire**

La loi du 19 janvier 2000 ayant abrogé les dispositions légales relatives au temps partiel annualisé, les seuls modes d'annualisation du temps de travail applicables aux salariés à temps partiel pendant

la période litigieuse étaient ceux prévus par les articles L. 212-4-12 et L. 212-4-6, alors en vigueur, du code du travail.

Dès lors, fonde légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant relevé que le salarié ne pouvait bénéficier d'un contrat de travail intermittent, ce dont il résultait que l'employeur ne pouvait lui appliquer un système d'annualisation du temps de travail et de lissage de sa rémunération, fût-il prévu par une convention de forfait, a exactement décidé qu'il devait bénéficier de l'indemnité prévue par l'article L. 223-15, devenu L. 3141-29, du code du travail.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1890 FS- sur le second moyen**

N° 08-40.114 - CA Paris, 13 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Rovinski, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

### **Note**

Un salarié, engagé en septembre 2002 comme professeur, bénéficiait d'un contrat à durée indéterminée, à temps partiel à raison de cinq heures hebdomadaires. Son employeur, pour établir son salaire mensuel fixait un salaire annuel équivalent au nombre d'heures effectivement travaillées multiplié par le taux horaire, et divisait ensuite ce salaire annuel par 12.

Le salarié, contestant ce mode de calcul, réclamait alors à l'employeur le paiement de l'indemnité pour fermeture de l'entreprise au delà de la durée des congés payés prévue par L. 223-15 devenu L. 3141-29 du code du travail. L'employeur refusait ce paiement au motif que cette indemnité était incluse dans le calcul du salaire annualisé.

Saisie par le salarié, la cour d'appel considérant que l'employeur ne pouvait appliquer au salarié un système d'annualisation, le condamnait à payer au salarié un rappel de salaire, correspondant au paiement de l'indemnité litigieuse.

L'employeur s'est pourvu en cassation en soutenant que si l'article L. 3141-29 du code du travail (ancien article L. 223-15) lui imposait, en cas de fermeture de l'établissement pendant un nombre de jours supérieur à la durée des congés payés légaux annuels, de payer à ses salariés, pour chacun des jours ouvrables excédant cette durée, une indemnité qui ne pouvait être inférieure à l'indemnité journalière de congés payés, il n'était pas interdit aux parties de convenir un salaire forfaitaire incluant le paiement de cette indemnité à condition que cette convention de forfait soit expresse. L'employeur affirmait qu'il existait bien entre lui et le salarié une convention de forfait intégrant cette indemnité et reprochait en conséquence à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le contrat du salarié ne prévoyait pas le paiement d'une rémunération annuelle forfaitaire, incluant l'indemnité prévue par l'article L. 3141-29 du code du travail.

Mais le calcul du salaire tel qu'il était opéré par l'employeur aboutissait à un paiement annualisé du salaire du salarié à temps partiel. Or la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a supprimé le temps partiel annualisé. Désormais tous les contrats de travail à temps partiel conclus après l'entrée en vigueur de cette loi, ne peuvent plus prévoir une annualisation du temps de travail, sauf à conclure un contrat de travail intermittent. Les contrats de travail à temps partiel annualisés conclus avant l'entrée en vigueur de la loi, continuent eux en revanche à s'appliquer.

La définition du contrat de travail intermittent et ses conditions de mise en œuvre sont données par les articles L. 212-4-12, recodifié sous les articles L. 3123-31 et L. 3123-32, et L. 212-4-6, recodifié sous les articles L. 3123-25, L. 3123-26 et L. 3123-27, du code du travail.

En l'espèce, le contrat à temps partiel du salarié avait été conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2000 et la cour d'appel avait relevé que le salarié ne pouvait bénéficier d'un contrat

intermittent. La Cour de cassation ne pouvait donc qu'en conclure que l'annualisation du salaire était impossible, qu'ainsi le calcul du salaire fait par l'employeur ne pouvait être considéré comme incluant sur l'année le paiement de l'indemnité pour fermeture de l'entreprise au delà de la durée des congés payés prévues par L. 223-15 devenu article L. 3141-29 du code du travail et que la cour d'appel avait exactement décidé que le salarié devait bénéficier de cette indemnité particulière.

## 2- Rémunérations

*\* Frais professionnels*

### Sommaire

Les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge, moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC. L'employeur ne peut fixer unilatéralement les conditions de prise en charge des frais professionnels en deçà de leur coût réel.

Doit être approuvé le juge des référés qui, en l'absence de disposition contractuelle ou conventionnelle relative à la prise en charge des frais professionnels et après avoir relevé que leur remboursement avait été fixé par l'employeur à un montant inférieur à leur coût réel, a exactement décidé que l'obligation de ce dernier ne se heurtait pas à une contestation sérieuse et a estimé le montant de la provision due à titre de compléments de remboursement d'indemnités kilométriques.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n ° 1895 FS-P+B**

N° 07-44.477 - CPH Meaux, 27 juillet 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Flores, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

### Note

Engagé en qualité de chauffeur-livreur, un salarié a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes afin d'obtenir notamment le remboursement de frais professionnels et plus précisément le paiement de la différence entre le taux kilométrique repris au barème fiscal et celui pratiqué par l'employeur pour les déplacements réalisés avec son véhicule personnel pour répondre aux besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur.

La formation de référé du conseil de prud'hommes ayant accueilli cette demande, l'employeur s'est pourvu en cassation en soutenant qu'en appliquant le barème fiscal pour déterminer le montant des frais de déplacement, alors qu'il existait au sein de l'entreprise un engagement unilatéral de sa part de rembourser aux salariés leurs frais sur une base différente, les juges du fond avaient violé l'article 1134 du code civil. L'employeur ne contestait pas son obligation de rembourser les frais de déplacements mais seulement leur montant, en ce qu'il avait été déterminé en référence au barème fiscal.

La question posée à la chambre sociale était donc de savoir si l'employeur pouvait dans un engagement unilatéral décider que le remboursement des frais de déplacement serait inférieur à celui du barème fiscal.

A cet égard, la jurisprudence constante de la chambre sociale considère qu'il est de règle que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la

rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC. (Soc., 25 février 1998 Bull.1998, V, n ° 106 et Soc. 9 janvier 2001 Bull., V n ° 1).

L'engagement unilatéral de l'employeur ne peut être assimilé à une détermination conventionnelle du montant des remboursements des frais professionnels ; dès lors, c'est dans la continuation de sa jurisprudence habituelle que la Cour de cassation décide par la présent arrêt que l'obligation de payer la différence entre le barème fiscal et la barème qu'il avait fixé unilatéralement ne se heurtait pas à une contestation sérieuse.

\* *Garantie de l'AGS*

## **Sommaire**

Il résulte des dispositions de l'article L. 143-11-3, alinéa 7, du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi du 4 mai 2004, que seules les créances salariales résultant d'une décision prise unilatéralement par l'employeur ou un accord d'entreprise conclu moins de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire sont exclues de la garantie de l'AGS.

Doit être approuvé l'arrêt qui, ayant constaté que la créance du salarié résultait d'un accord d'entreprise conclu postérieurement au jugement arrêtant le plan de cession, en a justement déduit que l'AGS devait sa garantie.

**Soc., 30 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1948 FS-P+B**

N° 08-42.076 - CA Versailles, 14 février 2008

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Allix, Av. Gén.

## **Note**

Le présent arrêt est l'occasion pour la Cour de Cassation de dire quelle est la portée de la dérogation à l'obligation pesant sur l'AGS de garantir les créances résultant de la rupture des contrats de travail au cours d'une procédure collective, introduite par la loi n°2004-39 du 4 mai 2004.

Cette loi a complété l'article L. 143-11-3 par un alinéa ainsi rédigé : « L'assurance prévue à l'article L143-11-1 ne couvre pas les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. »

Ce délai de 18 mois correspond au délai que la « période suspecte » ne peut excéder quand le tribunal de commerce reporte la date de cessation des paiements.

Il résulte de la lecture des travaux préparatoires que le but de cette disposition introduite par la loi n° 2004-39 du 4 mai 2004 était de mettre fin à « certaines pratiques consistant à conclure un accord dans une entreprise en difficulté alors que la charge financière de cet accord ne pourra pas être assumée par l'employeur mais devra l'être par l'AGS. »

La créance en cause en l'espèce, était une indemnité de reclassement prévue par un plan de sauvegarde de l'emploi postérieur au jugement arrêtant le plan de cession.

L'AGS a refusé sa garantie.

Dans son pourvoi, raisonnant pas analogie, elle soutenait que si sa garantie n'était pas due lorsque l'employeur ne peut assurer le paiement d'une créance trouvant sa cause dans une décision unilatérale ou un accord conclu moins de dix huit mois avant la date du jugement d'ouverture, à fortiori, sa garantie n'est pas due quand la créance trouve sa source dans une décision unilatérale ou un accord conclu postérieurement au jugement d'ouverture, puisqu'à cette date l'employeur sait qu'il ne pourra assumer une telle créance.

Ce n'est pas l'interprétation que fait la Cour de cassation. de l'article L. 143-11-3, alinéa 7, du code du travail. Elle interprète strictement la dérogation et il ne saurait en être autrement puisque toute exclusion de garantie doit être renfermée dans les strictes limites fixées par la loi.

Ainsi, elle juge que le texte n'excluant la garantie que pour les créances nées moins de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidations judiciaires, il ne peut pas concerner les créances nées postérieurement à ce jugement. En effet la "période suspecte", à laquelle on l'a vu, correspond le délai de dix huit mois, prend fin nécessairement avec le prononcé du jugement puisqu'alors l'administration et la gestion de l'entreprise débitrice sont assurées par les mandataires de justice désignés par le tribunal de commerce, et placées sous le regard et le contrôle de l'ensemble des créanciers et du ministère public.

*\* Rémunération des heures supplémentaires*

## **Sommaire**

Seuls les éléments de rémunération dont les modalités de fixation permettent leur rattachement direct à l'activité personnelle du salarié doivent être intégrés dans la base de calcul des majorations pour heures supplémentaires.

Doit être cassé l'arrêt qui, pour limiter le montant d'un rappel de salaire au titre d'heures supplémentaires, se borne à énoncer que « le taux horaire servant de base au calcul de la majoration pour heures supplémentaires ne comprend pas les primes de rendement », sans rechercher si la commission sur le chiffre d'affaires et la prime annuelle de résultat étaient directement rattachées à l'activité personnelle du salarié.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1889 FS-P+B**

N° 08-40.636 - CA Caen, 7 décembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Goasguen, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

## **Note**

Il résulte de l'article L. 212-5, devenu L. 3121-22, du code du travail que les heures supplémentaires donnent lieu à une majoration de salaire. L'article fixe le taux de majoration mais ne définit pas les éléments de rémunération qui supportent cette majoration.

Or, dans la présente affaire, se posait le problème de la prise en compte, dans l'assiette de calcul de ces majorations, de deux éléments variables de la rémunération : la commission sur le chiffre d'affaire et de la prime annuelle de résultats.

Il résulte de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation que celle-ci fait une étude au cas par cas de chaque élément de salaire, fixe ou variable, pour déterminer s'il doit être inclus dans le calcul des majorations. Pour ce faire, le critère qu'elle applique est celui du rattachement de l'élément de rémunération litigieux au travail fourni effectivement, directement et personnellement par le salarié concerné.

Est ainsi prise en compte dans la base de calcul des majorations pour heures supplémentaires:

une prime de travail du dimanche ou d'un jour férié car elle rémunère directement le travail effectué (Soc., 29 octobre 1973, pourvoi n° 72-40.199, Bull. 1973, V, n° 527).

une prime de productivité « qui ne dépendait pas de la productivité générale de l'entreprise mais uniquement de l'activité collective d'un groupe d'ouvriers » (Soc., 29 avril 1970, pourvoi n° 69-40.263, Bull. 1970, V, n° 282). En effet, le fait que la prime soit calculée sur le rendement ou la productivité d'une collectivité de salariés ne fait pas obstacle à sa prise en compte, dès lors que le groupe de référence est homogène et participe directement à la production.

Mais en est exclue :

la prime d'ancienneté, car elle récompense la présence du salarié dans l'entreprise et non son travail effectif (Soc., 29 mai 1986, pourvoi n° 84-44.709, Bull. 1986, V, n° 264).

la prime dont le montant dépend de l'activité générale de groupes nombreux et hétérogènes, productifs ou non (Soc., 14 janvier 1970, pourvoi n° 68-40.451, Bull. 1970, V, n° 22 et Soc., 5 mars 1981, pourvoi n° 79-40.282, Bull. 1981, V, n° 189).

la prime calculée globalement et forfaitairement, en fonction de l'ensemble de la productivité et distribuée au prorata des heures de travail fournies, sans distinction entre les heures normales et les heures supplémentaires (Soc., 12 mars 1987, pourvoi n° 84-42.809, Bull. 1987, V, n° 152).

Concernant la commission sur le chiffre d'affaire et de la prime annuelle de résultats, il n'existe aucun précédent jurisprudentiel.

En l'espèce, la cour d'appel avait décidé de rejeter leur inclusion dans l'assiette de calcul de la majoration au motif que « le taux horaire servant de calcul à la majoration des heures supplémentaires ne comprend pas les primes de rendement ».

La Cour de cassation casse cet arrêt pour défaut de base légale, l'insuffisance de motivation ne lui permettant pas d'exercer son contrôle.

Elle ne tranche donc pas la difficulté concernant la prise en compte des deux gratifications litigieuses dans la base de calcul de la majoration, mais la publication de cette décision est l'occasion de rappeler la méthode et le critère jurisprudentiel applicable par les juges du fond : pour chacun des éléments de rémunération litigieux, il convient de déterminer s'il se rattache directement à l'activité personnelle du salarié.

\* *Salaire*

## **Sommaire**

Le versement d'un salaire constitue la contrepartie nécessaire de la relation de travail.

Il s'en déduit qu'en présence d'un contrat de travail, le versement du salaire ne peut être aléatoire et ne peut donc être mis en participation.

**Soc., 16 septembre 2009**

**Arrêt n° 1702 F-P+B**

N° 08-41.191 - CA Paris, 15 janvier 2008

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

**CASSATION**

## **Note**

Dans la présente affaire, un salarié avait signé, pour la réalisation d'un film, un contrat de travail dans lequel il était mentionné que sa rémunération lui serait versée sous la forme d'une mise en participation après amortissement du film.

Réformant le jugement du conseil de prud'hommes que le salarié avait saisi en vue du paiement de son salaire, la cour d'appel avait jugé que le contrat ne contenait pas de dispositions illicites, celui-ci pouvant convenir que la rémunération due au salarié lui serait versée sous la forme d'une mise en participation, présentant nécessairement un risque.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était donc de déterminer si un contrat de travail pouvait contenir une telle disposition rendant le paiement du salaire aléatoire.

La jurisprudence entoure le salaire de garanties, du fait de son caractère alimentaire.

Ainsi, son versement, qui est la contrepartie du travail fourni par le salarié, constitue une obligation essentielle de l'employeur. En cas de défaut de paiement, voire de retard dans le paiement du salaire dû, le salarié peut cesser d'exécuter sa prestation de travail et considérer son contrat de travail comme rompu du fait de l'employeur.

Concernant le paiement différé du salaire, il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation que la clause du contrat de travail permettant à l'employeur en cas de départ de l'avocat salarié de régler sa rémunération dans les six mois de son départ effectif, est contraire aux exigences légales de paiement du salaire définies par l'article L. 143-2, devenu L. 3242-3 et L. 3242-4, du code du travail (Soc., 12 juillet 2005, pourvoi n° 04-13.342, Bull. 2005, V, n° 241).

De même, les clauses d'indexation sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur le SMIC sont interdites tant dans les contrats individuels que dans les accords collectifs (par exemple, Soc., 23 septembre 1982, pourvoi n° 80-40.213, Bull. 1982, V, n° 521).

Par contre, la jurisprudence autorise les primes et gratifications ayant un caractère aléatoire, mais dans ce cas elle considère qu'elles ne peuvent être qualifiées de complément de salaire (Soc., 3 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.758, Bull. 2001, V, n° 243).

Le présent arrêt en décidant que le versement du salaire ne peut avoir un caractère aléatoire et donc ne peut être mis en participation, s'inscrit dans la continuité de jurisprudence de la chambre sociale.

## **C - SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL**

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

*\* Effectivité de l'obligation*

#### **Sommaire**

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. 4624-1 du code du travail.



Après avoir relevé que, sans attendre la réponse à un courrier qu'il adressait au médecin du travail, l'employeur avait invité le salarié à reprendre son poste ou un autre, non conformes à l'avis émis par le médecin du travail lors de la visite de reprise, la cour d'appel, qui a constaté qu'il avait, en dépit de la réponse de ce médecin, qui insistait sur l'inadéquation des postes proposés à l'état de santé du salarié, persisté dans sa décision de licencier le salarié pour absence injustifiée, a pu déduire de ces énonciations que le refus du salarié de reprendre son travail sur un poste incompatible avec les préconisations du médecin du travail ne constituait pas une faute.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1872 F-P+B**

N° 08-42.629 - CA Grenoble, 31 mars 2008.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Chollet, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

### **Note**

C'est par un arrêt du 24 juin 2005 que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, entérinant la jurisprudence construite par la chambre sociale, a soumis l'employeur à une obligation de sécurité de résultat lui imposant de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé et sécurité des travailleurs (Ass. Plén., 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, Bull. 2005, Ass. Plén., n° 7).

L'employeur doit assurer l'effectivité de cette obligation (Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, Bull. 2006, V, n° 87), qui trouve, notamment, à s'appliquer en matière de lutte contre le tabagisme au travail (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.412, Bull. 2005, V, n° 219) ou de harcèlement moral (Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-43.914, Bull. 2006, V, n° 223).

Dans la présente affaire, une salariée a été déclarée par le médecin du travail, à l'issue d'une visite de reprise après un arrêt de travail pour maladie, apte à un travail à mi-temps avec des restrictions et préconisations quant au poste de travail compatible. La salariée a refusé d'occuper le poste qui lui était proposé par l'employeur, l'estimant incompatible avec l'avis du médecin du travail. Elle a alors fait l'objet d'un licenciement disciplinaire pour absence injustifiée. La Cour de cassation était saisie d'un pourvoi de l'employeur formé contre l'arrêt d'appel ayant jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir quel était en l'espèce le périmètre de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur et si la cour d'appel en avait fait une exacte application.

La chambre sociale commence par rappeler la portée de l'obligation de sécurité en matière d'avis d'aptitude formulé par le médecin du travail : l'employeur 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. 4624-1 du code du travail».

Elle réaffirme ainsi un principe qu'elle avait formulé à l'identique dans un précédent arrêt du 19 décembre 2007, qui avait donné lieu à l'annulation d'une sanction disciplinaire prononcée pour faible productivité alors que cette insuffisance de résultats pouvait s'expliquer par le fait que l'employeur n'avait pas cherché à fournir au salarié un poste compatible avec les recommandations du médecin du travail (Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, Bull. 2007, V, n° 216).

Le présent arrêt offre ensuite une illustration de ce qu'impliquait en l'espèce l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur : la chambre sociale estime que les juges du fond ont suffisamment motivé leur décision pour pouvoir en déduire que le refus de la salariée d'occuper le poste qui lui était proposé ne constituait pas une faute. En effet, la cour d'appel avait relevé que l'employeur, bien qu'ayant adressé une lettre de demande de précisions au médecin du travail, avait, sans

attendre de réponse, invité la salariée à occuper des postes non conformes aux préconisations, puis, en dépit de la réponse du médecin du travail insistant sur l'inadéquation de ces postes avec l'état de santé de la salariée, persisté dans sa décision de la licencier pour absence injustifiée.

Cette solution est en parfaite conformité avec celle précédemment retenue dans un arrêt du 6 février 2008 dans lequel la Cour de cassation a affirmé que «dans l'hypothèse où le salarié conteste la compatibilité du poste auquel il est affecté avec les recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de solliciter à nouveau l'avis de ce dernier», et a dit qu'une cour d'appel avait violé l'article L. 241-10-1 (devenu L. 4624-1) du code du travail en estimant bien-fondé le licenciement pour insubordination d'un salarié ayant refusé son affectation à des postes aménagés par l'employeur mais dont il contestait la compatibilité avec les recommandations du médecin du travail (Soc., 6 février 2008, pourvoi n° 06-44.413, Bull. 2008, V, n° 33).

## **2- Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail**

### **2-1 Protection contre le licenciement**

*\* Licenciement motivé par la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié*

#### **Sommaire**

L'article L. 122-45 du code du travail, en sa rédaction applicable en la cause, ne s'oppose pas au licenciement motivé par la nécessité pour l'employeur de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement. Un tel remplacement doit intervenir à une époque proche du licenciement.

Viole le texte susvisé, ensemble l'article L. 122-14-3, alinéa premier, devenu L. 1235-1, du code du travail, la cour d'appel qui, pour apprécier la réalité d'une telle nécessité invoquée par la lettre de licenciement, se réfère à des motifs inopérants tirés des mentions de cette lettre et constate que le remplacement définitif du salarié est intervenu seize mois avant le licenciement.

**Soc., 16 septembre 2009**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1711 F-P+B sur le 2 e moyen du pourvoi principal**

N° 08-41.879. - CA Caen, 8 juin 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Chollet, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

#### **Note**

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 16 novembre 2001, applicable en la cause, et résultant de la loi du 31 décembre 1992, l'article L. 122-45 du code du travail disposait :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par le médecin 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.

Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève.

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

Depuis un arrêt du 16 juillet 1998, précisé par une abondante jurisprudence, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que si l'article L. 122-45 du code du travail interdit le licenciement

d'un salarié en raison de son état de santé ou de son handicap, ce texte ne s'oppose pas au licenciement du salarié motivé, non par son état de santé, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par son absence prolongée ou ses absences répétées en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnel, dès lors que ces perturbations entraînent pour l'employeur la nécessité de procéder à son remplacement définitif (Soc., 16 juillet 1998, pourvoi n° 97-43.484, Bull. 1998, V, n° 394 ; Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-40.110, Bull. 2001, V, n° 84, Rapport annuel 2001, p. 354).

Plusieurs conditions pour que le licenciement soit jugé fondé sur une cause réelle et sérieuse doivent donc être réunies : l'absence doit provoquer de réelles perturbations dans le bon fonctionnement de l'entreprise (Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.314, Bull. 2006, V, n° 301, p. 287 ; Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05-42.206) ; la perturbation doit imposer le remplacement définitif du salarié, c'est-à-dire l'embauche d'un nouveau salarié par contrat à durée indéterminée (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-40.110, Bull. 2001, V, n° 84 ; Soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-44.292, Bull. 2001, V, n° 106 ; Soc., 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-45.921 ; Soc., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-44.146), dont la durée de travail est au moins égale à celle du salarié remplacé (Soc., 6 février 2008, pourvoi n° 06-44.389, Bull. 2008, V, n° 32).

Le présent arrêt touche à la troisième condition : le moment du remplacement définitif.

Si dans un premier temps, la chambre sociale exigeait qu'il ait été procédé au remplacement définitif à la date du licenciement (Soc., 5 juin 2002, pourvoi n° 00-40.795 ; Soc., 5 mars 2003, pourvoi n° 01-41.872), elle a par la suite assoupli sa jurisprudence en formulant que le remplacement définitif devait intervenir « dans un délai raisonnable après le licenciement » (Soc., 10 novembre 2004, pourvoi n° 02-45.156, Bull. 2004, V, n° 283, Rapport annuel 2004 ; Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 04-48.192, Bull. 2006, V, n° 343 ; Soc., 14 mars 2007, pourvoi n° 06-41.723 ; Soc., 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.370).

Cette formulation signifie-t-elle que le remplacement définitif ne peut intervenir qu'après le licenciement ?

Un arrêt du 7 avril 2009 a pourtant approuvé les juges du fond d'avoir estimé fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié dont le remplacement définitif était intervenu 3 mois avant la rupture (Soc., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-40.073).

Par le présent arrêt en date du 16 septembre 2009, la chambre sociale fait quelque peu évoluer sa motivation en exigeant dorénavant que le remplacement définitif résulte de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée « à une époque proche du licenciement ».

Dans la présente affaire, si le licenciement du salarié absent à compter du 22 janvier 1998 était intervenu le 28 juillet 1999, son remplacement définitif eut lieu dès le 9 mars 1998, soit 16 mois avant la rupture, entraînant la censure des juges du fond qui avaient estimé le licenciement fondé.

*\* Obligation de reclassement pesant sur l'employeur (Sommaire 1)*

## **Sommaire**

1° - L'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur, quelle que soit la position prise par le salarié, de rechercher des possibilités de reclassement par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient.

2° - Il résulte de l'article L. 241-10-1, devenu L. 4624-1, du code du travail que l'avis émis par le médecin du travail, seul habilité à constater une inaptitude au travail, peut faire l'objet, tant de la

part de l'employeur que du salarié, d'un recours administratif devant l'inspecteur du travail, et qu'en l'absence d'un tel recours, cet avis s'impose aux parties.

**Soc., 16 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1707 F-P+B**

N° 08-42.212. - CA Rennes, 20 mars 2008.

M. Trédez, Pt (f.f.).et Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Note**

1° Il résulte de l'article L. 1226-2 du code du travail (anciennement article L. 122-24-4, alinéa 1er) que « lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. [...]. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail ».

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de rappeler sa jurisprudence sur l'étendue de l'obligation de l'employeur en matière de reclassement d'un salarié déclaré inapte à tout emploi dans l'entreprise par le médecin du travail.

La chambre sociale, aux termes d'une jurisprudence constante, affirme que l'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout travail, ce qui doit être entendu comme une inaptitude à tout emploi dans l'entreprise (Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-47.458, Bull. 2004, V, n° 196), ne dispense pas l'employeur, quelle que soit la position prise alors par le salarié, de rechercher les possibilités de reclassement par la mise en œuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail au sein de l'entreprise et le cas échéant du groupe auquel elle appartient (Soc., 10 mars 2004, pourvoi n° 03-42.744, Bull. 2004, V, n° 84, (2); Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-47.458, précité ; Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-43.141, Bull. 2004, V, n° 197 ; Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-45.350, Bull. 2004, V, n° 198 et Soc., 19 octobre 2005, pourvoi n° 02-46.173, Bull. 2005, V, n° 293).

Elle a, par la suite, ajouté que cette recherche pouvait également se traduire par un aménagement du temps de travail (Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-40.526, Bull. 2006, V, n° 283 et Soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-41.318, Bull. 2008, V, n° 151(1)) et devait être effective (Soc., 20 sept 2006, pourvoi n° 05-40.526, précité).

2° L'article L. 4624-1 du code du travail (anciennement article L. 241-10-1) dispose qu'en cas de difficulté ou de désaccord sur les propositions faites par le médecin du travail, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail.

Dans la présente affaire, l'employeur reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir répondu au moyen par lequel il soutenait que le licenciement pour inaptitude du salarié était le résultat d'une collusion frauduleuse entre le salarié, le médecin du travail et le médecin traitant, consistant à le faire déclarer inapte à tout emploi dans l'entreprise dans le but de lui permettre de quitter l'entreprise dans le cadre d'un licenciement et non d'une démission.

Le présent arrêt est donc l'occasion pour la chambre sociale de confirmer sa jurisprudence concernant la voie de recours ouverte à l'encontre de l'avis du médecin du travail.

En effet, la chambre sociale, par un arrêt de 1994, avait décidé que l'avis du médecin du travail ne pouvait être contesté que par la voie du recours administratif ouvert sous le contrôle des juridictions administratives (Soc., 2 février 1994, pourvoi n° 88-42.711, Bull. 1994, V, n° 43). Il ne relevait donc pas de la compétence du juge judiciaire d'ordonner une expertise judiciaire pour

apprécier le bien-fondé de l'avis du médecin du travail (Soc., 12 mars 1987, pourvoi n° 85-16.121, Bull. 1987, V, n° 165), ni de substituer son appréciation à celle du médecin du travail (Soc., 14 janvier 1997, pourvoi n° 93-46.633).

Par un arrêt de 2001, elle précisait qu'en l'absence d'exercice de ce recours devant l'inspecteur du travail, l'avis du médecin du travail s'imposait aux parties (Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 98-46.144, Bull. 2001, V, n° 313).

## **Sommaire**

Ne commet pas un manquement à ses obligations le salarié dont le médecin du travail a constaté l'inaptitude physique et qui, pour refuser un poste de reclassement proposé par l'employeur, invoque l'incompatibilité de ce poste avec son état de santé.

Dans ce cas, il appartient à l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, de solliciter l'avis du médecin du travail.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1878 F-P+B**

N° 08-42.525 - CA Montpellier, 14 mai 2008.

M. Trédez, Pt (f.f.). - Mme Wurtz, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

## **Note**

Il résulte des articles L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail que lorsqu'un salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités en tenant compte des conclusions écrites du médecin du travail. Cette obligation pèse sur l'employeur, quelle que soit l'origine professionnelle ou non de l'inaptitude.

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de rappeler la jurisprudence applicable dans le cas où un salarié, dans le cadre d'un reclassement pour inaptitude, refuse le poste que l'employeur lui propose au motif que ce poste est incompatible avec son état de santé.

La question qui se pose alors est de déterminer ce que doit faire l'employeur confronté à ce refus.

La chambre sociale, dans un arrêt du 6 février 2008 (Soc., 6 février 2008, pourvoi n° 06-44.413, Bull. 2008, V, n° 33, et publié au rapport de la Cour de cassation, 2008, quatrième partie, p. 230 à 232) a décidé que « dans l'hypothèse où le salarié conteste la compatibilité du poste auquel il est affecté avec les recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de solliciter à nouveau l'avis de ce dernier. »

Il en résulte que l'employeur ne peut se prévaloir d'emblée de son pouvoir de direction pour licencier le salarié. Il faut que la question de la légitimité de la contestation du salarié soit préalablement examinée afin de savoir si celui-ci court ou non un risque pour sa santé en exécutant les tâches demandées.

La chambre sociale a rendu cette solution au visa de l'article L. 241-10-1, devenu L. 4624-1, du code du travail qui 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. L'employeur 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. En cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail. »

Comme il est indiqué dans le rapport annuel de la Cour de cassation (précité), la chambre sociale a considéré que la décision de l'autorité administrative ne concernait pas le point particulier de la compatibilité de la nouvelle affectation du salarié avec les recommandations du médecin du travail et que, celui-ci ayant procédé à l'examen du salarié et étant appelé en vertu de ses diverses missions à procéder à des études de postes et à exercer une action sur le milieu du travail, il était le plus qualifié pour remplir cette mission.

L'arrêt du 23 septembre 2009 rappelle la jurisprudence du 6 février 2008 précitée et précise son fondement : il s'agit de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise et dont il doit assurer l'effectivité en prenant en considération les propositions faites par le médecin du travail en application de l'article L. 4624-1 du code du travail (Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, Bull. 2007, V, n° 216).

C'est donc à l'employeur lui-même qu'il incombe de solliciter à nouveau l'avis du médecin du travail avant de tirer toute conséquence d'un refus de poste.

C'est seulement à la suite du nouvel avis du médecin du travail que l'employeur pourra soit formuler de nouvelles propositions de reclassement, soit procéder au licenciement du salarié pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

La chambre sociale approuve donc la cour d'appel d'avoir jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que le licenciement était intervenu sans nouvelle saisine du médecin du travail et pour abandon de poste.

*\* Obligation de recueillir l'avis des délégués du personnel*

## **Sommaire**

Il résulte de l'article L. 1226-10 du code du travail que l'avis des délégués du personnel doit être recueilli avant que la procédure de licenciement d'un salarié inapte à son emploi en conséquence d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle ne soit engagée et de l'article L. 2312-2 du code du travail que la mise en place de ces délégués est obligatoire, sauf établissement d'un procès-verbal de carence.

Fait une exacte application des dispositions des articles L. 1226-10 et L. 1226-15 du code du travail la cour d'appel qui, pour condamner l'employeur au paiement de dommages-intérêts, après avoir constaté que la consultation des délégués du personnel n'avait pu avoir lieu à défaut de délégué, a retenu que l'employeur, qui ne contestait pas devoir organiser les élections, ne justifiait ni d'un procès-verbal de carence ni de l'impossibilité d'organiser celles-ci avant d'avoir engagé la procédure de licenciement du salarié déclaré inapte.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1870 F-P+B**

N° 08-41.685 - CA Rennes, 21 février 2008.

M. Trédez, Pt (f.f.). - M. Chollet, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

## **Note**

Selon l'article L. 1226-10 du code du travail, « lorsque, à l'issue des périodes de suspension de travail consécutives à un accident de travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. »

Cette obligation légale de consulter les délégués du personnel avant le licenciement n'existe que pour les seuls salariés ayant été victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. La Cour de cassation a eu à le rappeler. Elle a ainsi jugé que « la cour d'appel qui a constaté que l'inaptitude n'avait pas une origine professionnelle [a] exactement décidé que l'employeur n'était pas tenu de recueillir l'avis des délégués du personnel en vue d'un éventuel reclassement » (Soc. 8 décembre 2004, pourvoi n°N° 03-40.654, Bull. 2004, V, n°319)

Le manquement de l'employeur à l'obligation, prévue par l'article L. 1226-10 du code du travail, de consultation des délégués du personnel avant la procédure de licenciement rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse et est, en outre, sanctionné par l'indemnité prévue par l'article L.1226-15 du même code, de la même façon que le manquement à l'obligation de reclassement

En l'espèce, il n'était pas contesté que l'employeur, avant de licencier le salarié déclaré inapte par le médecin du travail, suite à un accident de travail puis une maladie professionnelle, n'avait pas, avant de procéder au licenciement, recueilli l'avis d'un délégué du personnel sur la proposition d'un autre emploi approprié aux capacités du salarié, puisqu'au moment du licenciement, l'entreprise ne comportait pas de délégué du personnel celui-ci ayant démissionné quelques mois auparavant. Mais l'employeur lequel précisait qu'il n'avait pas, au moment des faits, l'obligation d'organiser des élections anticipées, soutenait que l'absence de délégué du personnel au moment du licenciement est de nature à exonérer l'employeur de son obligation de consultation quand cette absence ne lui est pas imputable.

La question qui se posait était donc de savoir si en l'absence de délégué du personnel dès lors que cette absence n'est pas le fait de l'employeur, celui-ci est exonéré de l'obligation de consultation prévue à l'article L. 1226-10 du code du travail.

Le présent arrêt s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour décide en effet habituellement que seul l'établissement du procès verbal de carence exonère l'employeur de son obligation d'aviser les délégués du personnel. Elle a ainsi jugé que : « Il résulte de l'article L. 122-32-5, alinéa 1er, du Code du travail que l'avis des délégués du personnel doit être recueilli avant que la procédure de licenciement d'un salarié déclaré inapte à son emploi en conséquence d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle, soit engagée. L'employeur ne saurait se soustraire à cette obligation au motif de l'absence de délégué du personnel dans l'entreprise dès lors que leur mise en place est obligatoire en application de l'article L. 421-1, alinéa 2, et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi." Soc., 7 décembre 1999, pourvoi n° 97-43.106, Bulletin civil 1999, V, n° 470 , Elle a également décidé que "l'employeur ne saurait se soustraire à cette obligation dont l'inobservation est sanctionnée par l'indemnité prévue à l'article L. 122-32-7 du Code du travail au motif de la consultation du comité d'entreprise en l'absence de délégués du personnel dans l'entreprise dès lors que leur mise en place était obligatoire en application de l'article L. 421-1, alinéa 2, du Code du travail et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi." (Soc., 22 mars 2000, pourvoi n° 98-41.166, Bull. 2000, V, n° 119).

Elle répète ici, que seul l'établissement d'un procès verbal de carence permet à l'employeur de s'exonérer de son obligation d'aviser les délégués du personnel des propositions d'emplois appropriés faites au salarié déclaré inapte suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, et elle précise que la solution est valable quel que soient les raisons, imputables ou non à l'employeur, de l'absence de délégués du personnel au sein de l'entreprise, dès lors que l'employeur avait l'obligation et la possibilité d'organiser des élections.

## 2-2 Intervention du médecin du travail

\* *Constat d'inaptitude – Portée (Sommaire 2)*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1707 du 16 septembre 2009 (pourvoi n° 08-42.212)

## 6 – Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

### 6-1 Fonctionnement

\* *Recours à un expert*

#### Sommaire

Dès lors qu'une cour d'appel a souverainement constaté qu'un projet de réorganisation était mis en place au sein d'un groupe, conduisant à la disparition d'une société, appelée à devenir un simple établissement d'une autre société, à une nouvelle organisation des établissements au sein de la première société et au transfert d'une partie de son personnel au sein d'une troisième société relevant d'un autre groupe, elle a pu en déduire que ce projet était de nature à modifier les conditions de travail du personnel et justifiait le recours, par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), à un expert, alors même que d'autres entreprises étaient concernées par ces modifications.

**Soc., 29 septembre 2009**

**REJETt**

**Arrêt n° 1916 F-P+B**

N° 08-17.023. - CA Paris, 16 janvier 2008 et 19 mars 2008.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Allix, Av. Gén.

#### Note

Un projet de réorganisation au sein d'un groupe conduisait à la disparition d'une société filiale appelée à devenir un simple établissement d'une autre société, à une nouvelle organisation des établissements au sein de la première société, et au transfert d'une partie de son personnel au sein d'une troisième société relevant d'un autre groupe.

Le CHSCT de la société filiale a décidé de faire appel à un expert agréé sur le fondement du 2° de l'article L. 4614-12 qui le permet « en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L. 4612-8 ».

La société filiale a sollicité l'annulation de cette décision, demande dont elle a été déboutée.

Statuant sur son pourvoi, la chambre sociale laisse au pouvoir souverain d'appréciation des faits des juges du fond le soin de constater l'existence d'un projet de réorganisation « important » et se borne à assurer un contrôle léger sur les conséquences qu'ils en tirent quant à la modification par un tel projet des conditions de travail des salariés et la nécessité d'une expertise. Dans une décision précédente, la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser que la contestation de l'employeur sur la nécessité de l'expertise ne pouvait concerner que le point de savoir si le projet litigieux est un projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail ». (Soc., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-16.096, Bull. 2001, V, n° 231 (1).

La chambre précise en outre que l'appel à un expert peut être justifié alors même que d'autres entreprises que la société en cause sont concernées par les modifications des conditions de travail du personnel.



## **D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL**

### **1- Accords et conventions collectives**

*\* Accords et conventions collectifs divers*

#### **Sommaire**

L'article L. 122-12, alinéa 2, devenu L. 1224-1, du code du travail n'est pas applicable en cas de seul transfert de propriété d'un bien immobilier.

Les dispositions de l'article 12 f de la convention collective nationale des jardiniers et jardiniers-gardiens de propriétés privées stipulant que le contrat de travail prend fin du fait du décès de l'employeur n'exonèrent pas ses héritiers de l'obligation de notifier le licenciement du fait du décès. La déclaration d'une partie ne peut être retenue contre elle comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait et non des points de droit.

Il en résulte qu'est légalement justifiée la décision de la cour d'appel qui, bien qu'ayant relevé que le salarié jardinier-gardien, dont l'employeur était décédé, n'avait pas été licencié par le légataire universel, héritier de son employeur décédé, a rejeté sa demande en paiement de sommes au titre d'un rappel de salaires, d'indemnités et de dommages-intérêts suite à son licenciement, dès lors que cette demande n'était pas dirigée contre le légataire universel de l'employeur mais seulement contre l'acquéreur du bien immobilier, avec lequel aucune relation de travail n'avait existé, et que la circonstance que cet acquéreur ait diligenté une procédure de licenciement ne pouvait valoir aveu de l'existence d'un contrat de travail.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1957 FS-P+B**

N° 07-40.844. - CA Paris, 28 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Mazars, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

#### **Note**

L'article 12f de la convention collective nationale des jardiniers et jardiniers gardiens de propriétés privées dispose que « le décès de l'employeur met fin ipso facto au contrat de travail qui le liait à son salarié. Le contrat ne se poursuit pas automatiquement avec les héritiers. La date du décès de l'employeur fixe le départ du préavis. Sont dus au salarié : le dernier salaire, les indemnités de préavis et de licenciement auxquelles le salarié peut prétendre compte tenu de son ancienneté lorsque l'employeur décède, l'indemnité de congés payés ».

Mais le terme « mettre fin au contrat » laisse subsister des interrogations sur le sort du contrat en cas de décès de l'employeur.

C'est ainsi que le salarié soutenait que contrairement à ce qu'avait jugé la Cour d'appel, le décès de l'employeur n'emporte pas de plein droit rupture du contrat de travail, et que les héritiers de l'employeur devaient procéder à son licenciement. Il en déduisait que puisqu'il n'avait pas été licencié son contrat de travail avait été transféré, en application de l'article L. 122-12 alinéa 2 devenu L. 1224-1 du code du travail, à l'acquéreur du bien immobilier sur lequel il se livrait à son activité de jardinage.

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir si la « cessation » du contrat de travail du fait du décès de l'employeur suppose qu'il soit formellement procédé à un licenciement, faute de quoi la relation de travail se poursuivrait avec les héritiers et le cas échéant

si on pouvait considérer que le contrat de travail qui s'était poursuivi avec les héritiers était transféré à l'acquéreur du bien immobilier.

La Cour de cassation décide par le présent arrêt que les héritiers doivent respecter la procédure de droit commun du licenciement et donc notifier le licenciement du fait du décès. Il ne pouvait en aller autrement puisqu'il n'existe pas de rupture de contrat du fait de l'employeur sans procédure de licenciement.

En revanche elle considère que l'article L. 1224-1 du code du travail n'est pas applicable.

En cela l'arrêt s'inscrit dans sa jurisprudence habituelle.

En effet, les dispositions de l'article 12f de la convention collective nationale des jardiniers et jardiniers gardiens de propriétés privées sont analogues à celles qui régissent les employés de maison d'un particulier employeur. Or, dans un arrêt du 5 décembre 1989 (pourvoi n° 86-43.165, Bull. 1989, V, n° 695), la chambre sociale avait décidé : « Si l'article L 122-12, alinéa 2, est inapplicable aux employeurs de gens de maison, la cessation du contrat de travail par le décès de l'employeur, qui ne constitue pas un cas de force majeure, ne prive pas le salarié des indemnités de préavis et de licenciement auxquelles il peut prétendre en application des articles L 122-8 et L 122-9 du Code du travail. »

## Sommaire

L'article 12-2 de l'avenant n° 265 du 21 avril 1999 à la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 doit être interprété en ce sens que le salarié doit subir personnellement l'une ou plusieurs des sujétions énoncées pour bénéficier de l'indemnité.

Il s'en déduit que, dès lors que le salarié subit une dispersion géographique de ses activités, il peut prétendre à l'indemnité prévue par ce texte, peu important qu'elles ne soient pas exercées dans plusieurs établissements.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant relevé que le salarié se déplaçait avec le véhicule de service mis à sa disposition pour exercer ses fonctions, a souverainement retenu que ce salarié subissait personnellement cette sujétion et a fixé le montant de l'indemnité correspondant à cette seule sujétion dans la limite prévue par l'article susvisé.

**Soc., 29 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1861 FS-P+B**

N° 07-43.096. - CA Dijon, 16 mai 2007

Mme Collomp, Pt. - M. Chollet, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén.

## Note

Venant à la suite de l'arrêt de la chambre sociale rendu le 27 mars 2008 et commenté (Bulletin trimestriel de droit du travail, 2008, 1er trimestre, n° 33, p. 42), le présent arrêt permet d'approfondir l'interprétation de l'article 12-2 de l'avenant n° 265 du 21 avril 1999 à la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, spécialement en ce qui concerne l'élément de « dispersion géographique des activités ».

En effet, l'article 12-2 dispose : « Les cadres ayant des missions de responsabilité dans un établissement et subissant l'une ou plusieurs des sujétions suivantes bénéficient d'une indemnité en raison (les quatre premières sujétions ne concernent pas les cadres de la classe 3 à laquelle appartiennent les psychologues) :

du nombre de salariés quand il est supérieur ou égal à 30 salariés permanents (...),

des activités économiques de production et de commercialisation,

d'une mission particulière confiée par l'association ou la direction,

de la dispersion géographique des activités,

des activités liées à un ensemble de structures comprenant au moins trois agréments ou habilitations, trois budgets différents, des comptes administratifs distincts ».

Les deux espèces concernent des psychologues, cadres de classe 3, dont le premier exerçait à temps partiel au sein de trois structures autonomes, et le second, également à temps partiel, n'exerçait que dans un seul établissement d'éducation, mais qui présentait la particularité de dispenser des soins à domicile. L'employeur, demandeur au pourvoi, reprochait à la cour d'appel d'avoir accordé l'indemnité de sujétion en raison de la dispersion géographique des activités, alors que l'intéressé n'exerçait son activité que dans un seul établissement, l'activité de soins à domicile prodigués dans ce cadre étant à ses yeux inopérante pour caractériser une « dispersion géographique des activités » au sens de l'article 12-2.

La Cour de cassation, dans sa décision du 27 mars 2008, avait exigé que le juge du fond contrôle que la sujétion s'exerce sur le salarié, de manière effective et personnelle. Dans le cadre de la dispersion géographique des activités, cela suppose - au cas de pluralité d'établissements - que le salarié exerce son activité réellement entre plusieurs établissements géographiquement distincts. Avec la présente décision, la Cour de cassation ajoute cependant que le rattachement à un établissement unique, comme en l'espèce, n'interdit pas a priori toute dispersion géographique des activités, comme en fournit l'exemple des soins apportés à domicile. La décision du 29 septembre 2009 permet d'apporter une précision utile à l'interprétation de la « dispersion géographique des activités » au sens de l'article 12-2 susvisé.

## **E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES**

### **1- Elections professionnelles**

*\* Contestation préélectorale – procédure*

#### **Sommaire**

Le pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort est une voie de recours qui constitue, pour les justiciables, une garantie fondamentale.

Il s'ensuit que la décision du tribunal d'instance statuant en matière de contestation préélectorale, rendue en dernier ressort, est susceptible de pourvoi en cassation.

**Soc., 3 septembre 2009**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1953 FS - P+B+R+I**

N° 08-60.535 - TI Paris 20, 3 novembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén.

## Note

L'arrêt rendu le 23 septembre 2009 constitue un revirement de jurisprudence en matière de contestation électorale.

Jusqu'à cet arrêt et depuis 2002, la chambre sociale (Soc., 7 mai 2002, Bull. 2002, V, n° 148, rapport annuel 2002, p. 377) refusait d'ouvrir le pourvoi en cassation contre les décisions émanant d'un tribunal d'instance statuant en matière de contestation préélectorale, rendues en dernier ressort.

Dans son arrêt du 7 mai 2002, la chambre sociale avait, au visa des articles L. 423-15 et L. 433-11 du Code du travail devenus R. 2314-27 et R. 2324-23, considéré que les pourvois formés par les demandeurs étaient irrecevables au regard du principe selon lequel la décision du tribunal d'instance statuant avant les élections sur la régularité d'une liste de candidatures à des élections professionnelles dans l'entreprise n'était pas susceptible de pourvoi en cassation, dès lors que cette contestation pouvait être portée devant le juge de l'élection dont la décision pouvait, elle-même, être frappée de pourvoi.

Dans des arrêts postérieurs, la chambre sociale avait repris cette solution (Soc., 26 mars 2003, pourvoi n° 01-60925) puis l'avait étendue pour prendre en compte dans son champ d'application les contestations relatives à la liste des salariés mis à disposition, à la reconnaissance de la qualité d'établissement distinct d'un site de l'entreprise, à la validité des protocoles préélectorales conclus en vue des élections (Soc., 21 mai 2003, Bull. 2003, V, n° 168), aux informations relatives aux effectifs et à leur répartition, ainsi que celles afférentes aux modalités d'organisation et au déroulement des opérations électorales (Soc., 30 mars 2004, Bull. 2004, V, n° 100).

L'irrecevabilité du pourvoi en cassation en matière préélectorale était principalement justifiée par des considérations d'ordre pratique. Le recours en cassation ne pouvant, compte tenu de la brièveté des délais, intervenir avant la tenue des élections, il apparaissait que le jugement préélectoral ne pouvait relever d'un recours en cassation utile. Pour autant, les parties à la décision préélectorale n'étaient pas privées de recours, puisque le jugement du tribunal d'instance pouvait, selon la jurisprudence antérieure de la chambre sociale, être porté après le scrutin devant le juge de l'élection.

L'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789, du 20 août 2008, portant réforme de la démocratie sociale, modifie cependant la situation. Le premier tour des élections devient à la fois mesure de l'audience électorale des syndicats et scrutin d'entreprise. De nombreux litiges peuvent donc naître pendant la période électorale et nécessitent d'être tranchés définitivement et rapidement.

Dans l'espèce commentée, la Régie autonome des transports parisiens (RATP) avait formé un pourvoi en cassation contre le jugement rendu le 03 novembre 2008 par le tribunal d'instance de Paris 20ème portant sur les conditions de négociation du protocole préélectoral. Était en litige la question des syndicats devant être associés à la négociation préélectorale.

La Cour de cassation en admet la recevabilité en mettant en exergue la nature constitutionnelle du pourvoi en cassation par un attendu de principe ci-après reproduit : « Attendu que le pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale ; Qu'il s'ensuit que la décision du tribunal d'instance statuant en matière de contestation préélectorale, rendue en dernier ressort, est susceptible de pourvoi en cassation. »

Au fondement de sa décision, la Cour de cassation applique ainsi, pour la première fois, le principe constitutionnel selon lequel le pourvoi en cassation est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale. Ce principe avait été initialement posé en des termes voisins par le Conseil constitutionnel dans deux décisions (Cons. const., décisions du 14 mai 1980,

n° 80-113 et du 10 mai 1988, n° 88-157). La solution dégagée par la chambre sociale privilégie ainsi l'efficacité et la sécurité juridique en matière préélectorale.

La généralité de l'attendu de principe montre que la recevabilité du pourvoi concerne toutes les contestations préélectorales, qu'elles portent sur le protocole, la liste des électeurs, l'éligibilité ou les opérations électorales.

## **2 - Représentation du personnel**

### **2.2 Institutions représentatives du personnel**

*\* Comité d'entreprise et d'établissement – attributions*

#### **Sommaire**

1° - Aucun quorum n'étant fixé pour l'adoption d'une résolution, d'une décision ou d'un avis du comité d'entreprise, est régulière la délibération prise alors qu'un seul membre du comité était présent, à la suite du départ des autres membres du comité d'entreprise ayant décidé de quitter la réunion.

2° - La régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable, par l'employeur, de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévue par l'article L. 2323-56 du code du travail, ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, imposée par l'article L. 2242-15 du même code.

3° - Est également justifié l'arrêt qui, pour décider que l'information du comité d'entreprise sur un projet de licenciement pour motif économique a été complète et loyale, relève que le comité d'entreprise a eu les renseignements suffisants pour se forger une opinion sur le choix de l'employeur et qu'il a été mis à même de discuter utilement les éléments économiques de ce choix.

**Soc., 30 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1949 FS-P+B+R**

N° 07-20.525. - CA Lyon, 9 août 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Allix, Av. Gén.

#### **Note**

Cet arrêt tranche pour la première fois deux questions relatives à la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement pour motif économique.

La première réponse porte sur la régularité de la délibération du comité d'entreprise lorsqu'un seul membre du comité est présent au moment de l'adoption d'un avis après le départ, en cours de réunion, de membres du comité. La chambre sociale avait déjà décidé que l'obligation de consultation du comité est satisfaite dès lors que l'objet sur lequel le comité doit donner un avis lui a été soumis, peu important que le comité ait refusé de donner cet avis ( Soc. 18 février 1998, BCV n° 93). Ici un avis avait bien été émis, mais par un seul membre. L'article L. 2325-18 du code du travail prévoit que les résolutions des membres du comité sont prises à la majorité des membres présents. Dans la mesure où la loi ne prévoit aucun quorum pour que le comité puisse délibérer valablement, l'arrêt décide que la majorité s'entend de la majorité des membres présents en séance, ce dont il résulte que la délibération prise par un seul membre est régulière.

Cet arrêt apporte en second lieu une réponse attendue à la question de savoir si la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique est subordonnée au respect préalable de l'obligation triennale de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences prévue par l'article L. 2242-15 du code du travail ainsi que de l'obligation de consulter tous les ans le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévues par l'article L.2323-56 du même code. Il précise que ces obligations ne sont pas le préalable nécessaire de l'engagement de la procédure de consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique.

La loi du 15 janvier 2005 qui a créé l'obligation triennale de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les entreprises de plus de 300 salariés prévoyait que cette négociation devait être engagée au plus tard dans un délai de 3 ans à compter de la publication de la loi. A l'occasion de licenciements collectifs pour motif économique, la question de savoir si cette négociation devait être ouverte avant l'engagement de la consultation sur le licenciement économique, alors que ce délai n'était pas expiré a donné lieu à des solutions contradictoires des juges du fond. La loyauté et l'utilité de la consultation du comité d'entreprise tant sur le choix économique de l'employeur que sur le plan de reclassement ne supposait-elle pas en effet que le comité puisse apprécier le licenciement au regard de la stratégie globale de l'entreprise et ses prévisions en matière d'emploi ?

Dans un premier arrêt du 24 juin 2008 (BCV n° 140) qui n'était pas relatif à un licenciement pour motif économique, la Cour de cassation a précisé que les entreprises n'étaient pas tenues de mettre en œuvre cette obligation avant l'expiration de la première période triennale depuis la publication de la loi. L'arrêt commenté, relatif à une procédure de licenciement pour motif économique engagé aussi avant l'expiration période, se situe dans le prolongement de ce premier arrêt et tranche donc la question au fond.

La solution se fonde sur la périodicité de ces obligations, mais surtout sur leur objet propre. La gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences a pour objet la projection à moyen et long termes des évolutions souhaitées ou prévisibles de l'emploi dans l'entreprise et la mise en œuvre des mesures nécessaires pour accompagner cette évolution. Elle porte donc sur des prévisions. Le licenciement économique pour sa part repose sur une décision de l'employeur dans un contexte donné qui peut résulter de modifications du marché ou d'événements imprévus. Les mesures de reclassement destinées à limiter le nombre des licenciements ont aussi leur propre finalité, limiter le nombre des licenciements, même si les mesures de gestion prévisionnelle des emplois et d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois sont de nature à les faciliter.

Enfin, en approuvant la cour d'appel d'avoir estimé la procédure de consultation régulière au motif que l'information avait été loyale et complète, la cour de cassation tire les conséquences de cette solution. L'information qui doit être donnée au comité lors de la consultation du comité doit porter sur la décision économique de l'employeur, cause du licenciement, que le comité doit pouvoir utilement discuter. La loyauté de l'information est appréciée par rapport à cette décision. Si les entreprises ont respecté leurs obligations périodiques, selon leur rythme propre, on peut penser qu'elles contribueront à éclairer les informations relatives au licenciement économique. Ces différentes obligations de consultation et de négociation se situent sur des plans différents de la vie de l'entreprise et sont complémentaires, mais les unes ne sont pas le préalable nécessaire des autres.

\* *Délégué syndical*

## Sommaire

L'affichage de la désignation d'un délégué syndical central sur des panneaux destinés aux communications syndicales situés au siège de l'entreprise fixe le point de départ du délai de contestation pour les organisations syndicales représentées dans l'entreprise et les salariés qui y sont employés.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement qui, après avoir constaté que la désignation d'un tel délégué avait été affichée sur des panneaux syndicaux au siège de l'entreprise le 21 février 2008, déclare irrecevable, comme tardive, l'action en contestation de la désignation de ce délégué, introduite par des salariés le 18 juillet suivant.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1952 FS-P+B**

N° 08-60.520 - TI Paris 16, 6 octobre 2008.

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

### Note

La publication de la désignation d'un délégué syndical central a été effectuée au moyen d'un affichage sur les panneaux réservés aux communications syndicales au siège social de l'employeur, et au siège du comité central, mais non sur les panneaux réservés aux communications syndicales des autres établissements de l'employeur.

Plus de quinze jours après cet affichage, des salariés qui ne travaillaient pas au siège social ont contesté cette désignation, le tribunal d'instance a dit leur action forclose pour ne pas avoir été faite dans le délai des 15 jours suivants l'affichage, en violation de l'article L. 2143-8 du code du travail.

Les salariés demandeurs se sont pourvus en cassation en soutenant que le délai de 15 jours pour contester la désignation d'un délégué syndical ne courait qu'à compter du jour où le nom du dit délégué avait été porté à la connaissance des salariés par affichage sur les panneaux réservés aux communications syndicales ou par tout autre moyen, mais que le seul affichage sur les panneaux du siège social et du siège du comité central d'entreprise ne pouvait suffire à faire courir le délai à l'égard des salariés travaillant dans des établissements éloignés du dit siège, à défaut d'affichage local ou de tout autre moyen de publicité de la désignation.

La question qui se posait donc à la Cour de cassation était de savoir si l'affichage de la désignation d'un délégué syndical central, au siège de l'employeur et au siège du comité central d'entreprise suffit à faire courir le délai de l'article L. 2143-8 du code du travail, même à l'égard des salariés ne travaillant pas au siège social ou au siège du comité central d'entreprise.

Le code du travail, ne distingue pas selon qu'il s'agit de délégués syndicaux « simples » ou de délégué syndicaux centraux. Il dispose à son article L. 2143-7 : « Les noms du ou des délégués syndicaux sont portés à la connaissance de l'employeur dans des conditions déterminées par décret. Ils sont affichés sur des panneaux réservés aux communications syndicales.

La copie de la communication adressée à l'employeur est adressée simultanément à l'inspecteur du travail.

La même procédure est appliquée en cas de remplacement ou de cessation de fonctions du délégué. » et à son article L. 2143-8 : « Les contestations relatives aux conditions de désignation des délégués syndicaux légaux ou conventionnels sont de la seule compétence du juge judiciaire. Le recours n'est recevable que s'il est introduit dans les quinze jours suivants l'accomplissement des formalités prévues au premier alinéa de l'Article L2143-7.

Passé ce délai, la désignation est purgée de tout vice sans que l'employeur puisse soulever ultérieurement une irrégularité pour priver le délégué désigné du bénéfice des dispositions du présent chapitre.

Lorsqu'une contestation rend indispensable le recours à une mesure d'instruction, les dépenses afférentes à cette mesure sont à la charge de l'Etat. »

Le code du travail ne donne donc pas d'indication permettant de trancher la question.

La Cour de cassation a déjà dit que la désignation d'un délégué syndical central devait se faire au siège de l'entreprise : « L'affichage de la désignation d'un délégué syndical central et d'un représentant syndical au comité central d'entreprise, fixant le point de départ du délai de contestation pour les organisations syndicales représentées dans l'entreprise, doit avoir lieu au siège de l'entreprise également siège du comité central d'entreprise où la désignation est destinée à prendre, en premier titre, effet. » (Soc., 15 février 2006, pourvoi n°05-60.178, Bull. 2006, V, n°71).

Mais elle n'avait pas encore eu à répondre à la question précise soulevée par le pourvoi.

Privilégiant la sécurité juridique poursuivie par la mise en place de dispositifs de publicité légale, la Cour de cassation décide que la désignation d'un délégué syndical central dont la publicité a été faite par affichage au siège social permet de rendre cette désignation opposable à tous les salariés de l'entreprise et fait donc courir le délai de 15 jours pour contester la désignation à l'égard de tous.

*\* Expert-comptable désigné par le comité d'entreprise*

## **Sommaire**

La mission de l'expert-comptable s'étend aux faits de nature à confirmer la situation économique préoccupante de l'entreprise qui sont la suite nécessaire de ceux qui ont motivé l'exercice du droit d'alerte.

Tel est le cas du projet de fusion entre le groupe SNECMA et le groupe SAGEM, annoncé alors que l'expert désigné par le comité central d'entreprise était en cours d'exécution de sa mission, dès lors que la cour d'appel a constaté que ce projet était la suite directe de l'ouverture de capital décidée dans le cadre de la privatisation du groupe SNECMA, qui avait justifié l'exercice par le comité central d'entreprise de son droit d'alerte.

**Soc., 29 septembre 2009**

**Arrêt n° 1912 F-P+B**

N° 08-15.035 - CA Paris, 28 février 2008.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Allix, Av. Gén.

**REJET**

## **Note**

Il résulte des articles L. 2323-78 et L. 2323-79 du code du travail, relatifs au « droit d'alerte économique » du comité d'entreprise, que lorsque ce dernier a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. Lorsqu'il exerce ce droit d'alerte, le comité d'entreprise peut se faire assister, une fois par exercice comptable, de l'expert-comptable prévu à



l'article L. 2325-35 du code du travail. La mission de cet expert, rémunéré dans ce cadre par l'employeur, porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise (article L.2325-36 du code du travail).

En l'espèce, le litige ne portait pas sur la mise en œuvre par le comité d'entreprise de son droit d'alerte, ni sur la désignation par celui-ci d'un expert-comptable dans le cadre de cette procédure, mais sur l'extension de la mission de ce dernier à l'étude du projet de fusion entre le groupe SNECMA et le groupe SAGEM dont le comité avait été informé après avoir déclenché la procédure du droit d'alerte et désigné un expert en raison de l'ouverture de capital décidée dans le cadre de la privatisation du groupe SNECMA.

L'employeur faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir dit que la mission d'expertise avait été valablement étendue au projet de fusion.

Selon la jurisprudence antérieure de la chambre sociale de la Cour de cassation, « lorsqu'il exerce son droit d'alerte, le comité d'entreprise (...) conserve la faculté de préciser et de compléter la mission de l'expert lorsque des faits en relation avec ceux ayant motivé l'exercice du droit sont portés à sa connaissance pendant le cours de la mission. Par ailleurs la mission de l'expert-comptable s'étend aux faits de nature à confirmer la situation économique préoccupante de l'entreprise qui sont la suite nécessaire de ceux ayant motivé l'exercice du droit d'alerte. » (Soc., 28 octobre 1996, pourvoi n° 95-10.274, Bull. 1996, V, n° 353). Dans cette espèce, la mission de l'expert-comptable avait été étendue à l'étude d'un projet de modification de la structure juridique de l'entreprise qui avait été révélé au cours de la procédure d'alerte. La chambre sociale avait conclu que les juges du fond ayant caractérisé le lien exigé pour l'extension de la mission de l'expert-comptable, avaient légalement justifié leur décision.

Cette jurisprudence fut confirmée par un arrêt du 11 mars 2003 (Soc., 11 mars 2003, pourvoi n° 01-13.434, Bull. 2003, V, n° 92).

La question qui était posée à la chambre sociale dans la présente affaire était donc la suivante: une opération de fusion entre deux groupes, envisagée alors que le processus de privatisation du premier est en cours, peut elle être considérée comme « la suite nécessaire » de la situation de privatisation et d'ouverture du capital aux actionnaires qui a justifié le déclenchement d'une procédure d'alerte ?

La Cour de cassation y répond par l'affirmative et donne ainsi raison aux juges du fond d'avoir considéré que le projet de fusion constituait la « suite nécessaire » à l'ouverture de capital décidée dans le cadre de la privatisation du premier groupe. Dès lors, il était possible, dans le cadre d'une même procédure d'alerte, d'étendre la mission de l'expert-comptable à cet élément nouveau de nature à confirmer la situation préoccupante de l'entreprise.

La cour d'appel ayant fait ressortir le lien exigé pour l'extension de la mission de l'expert-comptable, a donc statué à bon droit.

## **F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL**

### **2 - Licenciements**

#### **2.4 Licenciement économique**

*\* Représentant des salariés*

#### **Sommaire**

Le licenciement d'un représentant des salariés désigné en vertu de l'article 15 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 et dont la désignation n'a pas été annulée préalablement par le juge d'instance, auquel le second alinéa de l'article L. 621-9 du code de commerce, dans sa rédaction alors applicable, attribue compétence pour connaître de cette contestation, doit être autorisé par l'inspecteur du travail si sa mission n'a pas pris fin.

Doit dès lors être approuvée la décision qui retient que la validité d'une telle désignation ne pouvait être remise en cause dans le cadre d'un litige prud'homal postérieur.

**Soc., 23 septembre 2009**

**REJET**

**Arrêt n° 1804 FS-P+B**

N° 08-40.603 - CA Nancy, 11 décembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

#### **Note**

Le représentant des salariés désigné au cours d'une procédure collective bénéficie de la protection contre le licenciement des divers représentants du personnel. Son licenciement doit donc être autorisé par l'inspecteur du travail.

S'il ne faisait aucun doute que l'employeur pouvait contester la désignation du représentant des salariés, la question qui se posait à la Cour de cassation était de savoir si cette contestation pouvait se faire dans le cadre d'une procédure de licenciement devant le Conseil de prud'hommes.

L'article L. 621-9, alinéa 2, du code commerce dispose que "les contestations relatives à la désignation du représentant des salariés sont de la compétence du tribunal d'instance qui statue en dernier ressort". L'article 16 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, quant à lui, n'admet la recevabilité de la saisine du tribunal que si elle est faite dans les deux jours suivant la désignation du représentant des salariés, laquelle doit elle-même intervenir, selon l'article 15 du même décret, dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture. Ce court délai pour contester la désignation du représentant des salariés trouve son explication dans les besoins de la procédure collective qui ne doit pas être retardée par un conflit incident relative à la désignation de l'un de ses organes.

La Cour de cassation déduit de ces dispositions que la contestation de la désignation du représentant des salariés n'est possible que dans le cadre de cette procédure spéciale prévue par le code du commerce dans ses dispositions alors applicables. Seul le juge d'instance est compétent pour statuer sur la contestation de la désignation du représentant des salariés et il doit être saisi dans les deux jours suivants la désignation. Le contestation n'est donc plus possible passé ce délai et encore moins dans un litige prud'homal.

En l'absence de contestation, le bénéfice du statut protecteur était acquis au salarié et l'employeur devait solliciter de l'inspecteur du travail l'autorisation de le licencier.

Cette solution s'inscrit dans la continuité d'une précédente décision du 21 février 2007 où, à propos du licenciement d'un salarié mandaté pour la négociation d'un accord sur la réduction du temps de travail et dont le mandat n'avait pas été annulé préalablement par le juge du fond, la chambre sociale a jugé que ce licenciement devait être autorisé par l'inspecteur du travail - approuvant notamment les premiers juges d'avoir relevé que la société, à qui il appartenait de contester judiciairement cette désignation, ne pouvait s'exonérer unilatéralement de la protection attachée à la mission du salarié mandaté (Soc., 21 février 2007, Bull. 2007, V, n° 28).

On notera que la solution retenue par cette jurisprudence permet d'exclure toute prime à la mauvaise foi qui consisterait pour l'employeur à se satisfaire, pour les besoins de la procédure, de la qualité de représentant des salariés au salarié désigné et à la dénier, pour s'affranchir du statut du salarié protégé, lors du licenciement. Elle permet également d'éviter un enchaînement de difficultés procédurales : que deviendraient les accords conclus par un représentant des salariés dont la désignation serait annulée plusieurs mois après ?

## 2.6 Allocation d'assurance chômage

*\* Attestation destinée à l'assurance chômage*

### Sommaire

Le liquidateur judiciaire exerçant, pendant toute la durée de la liquidation judiciaire, les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine, par suite du dessaisissement de ce dernier de l'administration et de la disposition de ses biens, il est seul tenu à ce titre de délivrer une attestation destinée à l'assurance chômage à un salarié de l'entreprise en liquidation judiciaire.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1803 FS-P+B 1er moyen**

N° 08-41.929. - CPH Mulhouse, 26 février 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

### Note

Un ancien salarié d'une entreprise mise en liquidation judiciaire saisit le conseil des prud'hommes, pour obtenir notamment la remise d'une attestation Assedic.

L'article R. 351-5 devenu R. 1234-9 du code du travail prévoit en effet que : « l'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 et transmet ces mêmes attestations aux organismes gestionnaires du régime d'assurance chômage. »

Le conseil des prud'hommes a condamné le liquidateur à délivrer au salarié demandeur l'attestation Assedic. Le liquidateur s'est pourvu en cassation. Il soutient que le jugement qui prononce la liquidation judiciaire n'emporte dessaisissement pour le débiteur que de l'administration et de la disposition de ses biens, qu'il n'est pas déchargé des actions qui ne concernent pas son patrimoine non compris dans la mission du liquidateur et qu'il demeure donc responsable de l'établissement de l'attestation par l'Assedic.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir s'il entrait dans les attributions du liquidateur judiciaire de délivrer au salarié une attestation Assedic.

La question se posait avec une particulière acuité en raison de l'introduction par la loi du 26 juillet 2005 dans le code du commerce d'un nouvel alinéa, lequel dispose « le débiteur accomplit (...) les

actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné », sachant que le liquidateur a pour mission d'exercer les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine pendant toute la durée de la liquidation judiciaire.

La nouvelle disposition, dont la rédaction est quelque peu vague, laisse ainsi le soin à la jurisprudence de délimiter le champ de la mission du liquidateur et du dessaisissement du débiteur. C'est ce que fait, par le présent arrêt, la chambre sociale en jugeant que le liquidateur est seul tenu de délivrer une attestation, destinée à l'assurance chômage, à un salarié de l'entreprise en liquidation judiciaire.

## 5. Retraite et préretraite

*\* Indemnité de départ à la retraite*

### Sommaire

Le montant de l'indemnité de mise à la retraite dû au salarié est déterminé par les dispositions conventionnelles en vigueur au jour de la rupture du contrat de travail résultant de la mise à la retraite, peu important que celle-ci ait été précédée d'un accord entre l'employeur et le salarié organisant la suspension du contrat de travail et ouvrant droit à des avantages particuliers.

Encourt la cassation le jugement qui déboute les salariés de leur demande de complément d'indemnité de départ en retraite alors que leur mise à la retraite étant intervenue en 2006, les dispositions conventionnelles, modifiées par avenant du 19 décembre 2003, auxquelles l'employeur avait adhéré le 24 novembre 2005, étaient applicables pour la détermination du montant de l'indemnité de mise à la retraite.

**Soc., 30 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLEMENT SANS RENVOI**

**Arrêt n° 1946 FS-P+B**

N° 08-40.353 - CPH Orléans, 21 novembre 2007

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Allix, Av. Gén.

### Note

La question posée par le pourvoi était inédite. Il s'agissait de déterminer quelles étaient les règles conventionnelles applicables pour le calcul d'une indemnité de mise à la retraite lorsqu'un accord entre l'employeur et les salariés organisant la suspension du contrat avait été conclu, mais que depuis et avant la mise à la retraite, de nouvelles dispositions conventionnelles plus favorables étaient entrées en vigueur.

L'employeur soutenait que les dispositions de la convention relative à la cessation d'activité anticipée qu'il avait conclu avec les salariés devaient seules s'appliquer puisque les parties avaient entendu par cette convention, formant un tout indivisible, fixer l'ensemble des conditions de cessation d'activité et de départ à la retraite et notamment, le montant de l'indemnité de mise à la retraite et que l'application des nouvelles règles conventionnelles de calcul de l'indemnité, entrées en vigueur depuis lors, aurait pour effet de modifier l'équilibre de cette convention. Selon lui, le droit à indemnités était né non pas à la date de la mise à la retraite mais à la date de l'adhésion au dispositif de préretraite par avenant au contrat de travail.

Au contraire, pour les salariés, la convention collective en vigueur au moment de la mise à la retraite devait s'appliquer sauf dispositions plus favorables du contrat, car le droit à l'indemnité de mise à la retraite naît au moment de la mise à la retraite.

C'est cette dernière analyse que partage la Cour de cassation. Elle juge que « Le montant de l'indemnité de mise à la retraite dû au salarié est déterminé par les dispositions conventionnelles en vigueur au jour de la rupture du contrat de travail résultant de la mise à la retraite ».

Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence habituelle de la Cour de cassation selon laquelle « es conditions de la rupture du contrat de travail s'apprécient à la date de celle-ci » (voir par exemple Soc. 13 mars 1990, pourvoi n° 87-40.839, Bulletin 1990 V N° 115)

## **Sommaire**

Le droit à une indemnité de départ à la retraite n'est ouvert que si le salarié qui a décidé de quitter l'entreprise en vue de faire liquider ses droits à pension de vieillesse en a effectivement demandé la liquidation.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui condamne l'employeur au paiement d'une telle indemnité sans rechercher si le salarié avait fait valoir ses droits à pension à l'occasion de son départ volontaire de l'entreprise.

**Soc., 23 septembre 2009**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1800 FS-P+B**

N° 08-41.397 et 08-41.415 - CA Riom, 22 janvier 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

## **Note**

L'article 1er de la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle a décidé de l'entrée en vigueur au 1er janvier 1978 des droits nouveaux ouverts par l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation qui lui était annexé.

L'article 6 de cet ANI prévoyait le versement d'une indemnité de départ en retraite aux ouvriers visés par cet accord « quittant volontairement ou non l'entreprise à partir d'au moins 65 ans ».

Puis la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 a généralisé cette indemnité de départ en retraite à l'ensemble des salariés quittant volontairement l'entreprise, en insérant dans le code du travail un article L. 122-14-13, dont l'alinéa 1er, resté inchangé jusqu'à la recodification du code du travail, disposait :

« Tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse a droit, sous réserve des dispositions plus favorables d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou du contrat de travail, à l'indemnité de départ en retraite prévue à l'article 6 de l'accord annexé à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle. »

Dans la présente affaire, un salarié, né le 21 avril 1946, a notifié à ses deux employeurs par lettre du 25 mars 2001, soit à l'âge de 54 ans, son départ en retraite deux mois plus tard. Il a saisi par la suite la juridiction prud'homale d'une demande notamment en paiement d'une indemnité contractuelle de départ en retraite, invoquant les clauses de ses deux contrats de travail.

Ceux-ci stipulaient en effet en termes identiques : « en application de l'alinéa 4 de l'article 13 de la Convention de la Fédération des sociétés de Crédit immobilier de France [...] M. X pourra prendre à son initiative sa retraite à 55 ans, avec un préavis de deux mois [...]. En cas de départ en retraite à son initiative, M. X percevra une indemnité de départ égale à 1/12ème de sa rémunération annuelle globale par année de présence, avec un plafond de 16 mois si celle-ci est prise à 54 ou 55 ans. [...] ».

Les juges d'appel ont fait droit à sa demande.

Les deux employeurs ont formé un pourvoi soutenant que les indemnités n'étaient pas dues, faute pour le salarié d'avoir effectivement fait valoir ses droits à pension de vieillesse lors de son départ en retraite.

La question qu'avait à trancher la Cour de cassation était donc celle de savoir si le versement d'une indemnité de départ en retraite est subordonné à la possibilité, pour le salarié, de faire liquider ses droits à pension de vieillesse et au fait qu'il ait effectivement fait valoir ce droit.

Deux thèses s'opposaient.

Selon les employeurs, en vertu de l'article L. 122-14-13 alinéa 1er du code du travail, l'indemnité de départ en retraite n'est due que si le salarié quitte volontairement l'entreprise « pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse », c'est-à-dire s'il demande la liquidation de ses droits à pension au moment de son départ en retraite. Or il n'était pas contesté que le salarié avait fait liquider ses droits à pension seulement à l'âge de 60 ans.

En revanche, selon le salarié, aucune condition tenant à la liquidation de la pension de vieillesse n'est exigée pour avoir droit au versement d'une indemnité de départ en retraite. En effet, il faudrait distinguer date de départ en retraite, correspondant à la date où il est possible pour un salarié de cesser toute activité professionnelle, et date d'ouverture des droits au bénéfice d'une pension de vieillesse. Or, en 2001, l'âge légal pour faire liquider les droits à pension de vieillesse était fixé à 60 ans. Dès lors qu'il remplissait bien les conditions prévues par le contrat de travail, l'indemnité contractuelle de départ en retraite était due au salarié. En effet, l'article L. 122-14-13, alinéa 1er, du code du travail disposait que « Tout salarié quittant volontairement [...] a droit, sous réserve des dispositions plus favorables d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou du contrat de travail, à l'indemnité de départ en retraite [...] ».

Par le présent arrêt en date du 23 septembre 2009, la chambre sociale tranche pour la première fois explicitement cette question en affirmant, faisant sienne l'analyse du pourvoi : « le droit à une indemnité de départ à la retraite n'est ouvert que si le salarié qui a décidé de quitter l'entreprise en vue de faire liquider ses droits à pension de vieillesse en a effectivement demandé la liquidation ».

Si quelques arrêts de la Cour de cassation avaient abordé cette question, aucun n'y avait répondu expressément.

Certaines décisions ont été rendues à propos d'indemnités conventionnelles ou contractuelles antérieures à 1987, alors que l'article L. 122-14-13 n'était pas encore en vigueur (Soc., 4 juillet 1974, pourvoi n° 73-40.627, Bull. 1974, V, n° 419 ; Soc., 11 février 1976, pourvoi n° 74-40.540, Bull. 1976, V, n° 85 ; Soc., 21 janvier 1988, pourvoi n° 85-44.417, Bull. 1988, V, n° 59 ; Soc., 10 juillet 1991, pourvoi n° 87-44.823, Bull. 1991, V, n° 353).

D'autres en revanche ont eu à appliquer l'article L. 122-14-13, alinéa 1er, et peuvent être comprises comme ayant implicitement reconnues qu'une pension de vieillesse devait être servie au salarié pour qu'il puisse avoir droit à l'indemnité de départ en retraite.

Ainsi, la Cour de cassation a affirmé que l'avantage de retraite servi par le régime temporaire de retraite des enseignants privés constitue une pension de vieillesse au sens de l'article L. 122-14-13, permettant au salarié qui en bénéficie d'obtenir le versement de l'indemnité de départ en retraite (Soc., 10 novembre 1992, pourvoi n° 89-45.174, Bull. 1992, V, n° 542 ; Soc., 20 janvier 1999, pourvoi n° 97-40.358) ; elle a également affirmé qu'un salarié pouvait bénéficier de l'indemnité de départ en retraite même s'il n'avait pas atteint l'âge de 60 ans (Soc., 20 janvier 1999, précité ; Soc., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-40.821).

Deux arguments allaient dans le sens de la solution consacrée par la chambre sociale dans le présent arrêt.

Tout d'abord, l'article L. 122-14-12 alinéa 1er, devenu L. 1237-4 alinéa 1er, du code du travail, affirmait : « Les dispositions relatives au départ à la retraite des salariés prévues par une convention collective, un accord collectif de travail ou un contrat de travail sont applicables sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales. » Il édicte en conséquence un principe de primauté de l'article L. 122-14-13 alinéa 1er sur des stipulations conventionnelles ou contractuelles.

Par ailleurs, le membre de phrase « sous réserve des dispositions plus favorables d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou du contrat de travail » de l'article L. 122-14-13 est placé après la proposition « Tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse a droit ». Ceci implique donc que la condition de quitter l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse est générale, devant systématiquement être remplie. Les dispositions conventionnelles ou contractuelles éventuellement plus favorables ne peuvent alors concerner que les modalités de calcul du montant de l'indemnité.

Cette analyse est renforcée par la rédaction de l'article L. 1237-9 du code du travail, issu de la recodification de l'article L. 122-14-13 alinéa 1er : « Tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse a droit à une indemnité de départ à la retraite.

Le taux de cette indemnité varie en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Ses modalités de calcul sont fonction de la rémunération brute dont il bénéficiait antérieurement. Ce taux et ces modalités de calcul sont déterminés par voie réglementaire. »

En se prononçant au visa des articles L. 1237-4 et L. 1237-9 du code du travail, la chambre sociale entend signifier que la solution retenue par cet arrêt du 23 septembre 2009 est également valable pour les départs en retraite intervenus à compter du 1er mai 2008.

## **G - ACTIONS EN JUSTICE**

*\* Syndicat – droit d'action*

### **Sommaire**

Les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ayant pour objet le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert de leur contrat de travail, leur violation porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat, de sorte que l'intervention de ce dernier au côté des salariés à l'occasion d'un litige portant sur l'applicabilité de ce texte est recevable.

**Soc., 23 septembre 2009**

**Arrêt n° 1802 FS-P+B**

N° 08-42.109 et 08-42.110 - CA Versailles, 6 mars 2008.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

**REJET**

### **Note**

L'article L. 411-11, devenu L. 2132-3, du code du travail dispose que « les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

Si la loi se réfère expressément à la notion d'« intérêt collectif de la profession », elle n'en fournit aucune définition. Cette notion a donc dû être précisée et circonscrite par la jurisprudence.

Ainsi, la chambre criminelle, par un arrêt du 16 février 1999, a posé le principe qu'un syndicat est recevable à intervenir dans une instance lorsque celle-ci soulève une question de principe dont la solution, susceptible d'avoir des conséquences pour l'ensemble de ses adhérents, est de nature à porter un préjudice, même indirect, à l'intérêt collectif de la profession (Crim., 16 février 1999, pourvoi n° 98-81.621, Bull. crim. 1999, n° 18). Un syndicat ne peut donc pas agir pour la défense d'un intérêt purement individuel mais peut agir lorsque un intérêt individuel soulève une question de principe ou de portée générale.

La chambre sociale, au fil de sa jurisprudence, fournit des illustrations d'hypothèses où l'action du syndicat est jugée recevable car conforme à sa vocation de défense des intérêts collectifs de la profession. Ainsi, pour ne citer que des décisions récentes, elle a notamment jugé que :

l'action d'un syndicat aux fins d'obtenir des dommages-intérêts du fait de la requalification d'un contrat de travail en contrat de travail à durée indéterminée est recevable (Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-40.913, Bull. 2005, V, n° 71)

la régularité des élections professionnelles mettant en jeu l'intérêt collectif de la profession, tout syndicat, même non représentatif dans l'entreprise où il a des adhérents, peut en demander la nullité (Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 05-60.353, Bull. 2006, V, n° 252)

est recevable l'action de syndicats relative à la violation de la règle du repos dominical (Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 06-18.336, Bull. 2007, V, n° 103)

les syndicats professionnels sont recevables à demander l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif, même non étendu, son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession (Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-12.340, Bull. 2007, V, n° 68 et Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-10.095, Bull. 2008, V, n° 10)

les syndicats sont recevables à demander, en référé, la suspension d'une mesure prise par l'employeur tant que ce dernier n'aura pas procédé aux informations et consultations obligatoires (Soc., 24 juin 2008, pourvoi n° 07-11.411, Bull. 2008, V, n° 140)

un syndicat est recevable à intervenir dans une instance relative à la rupture d'un contrat nouvelles embauches (Soc., 1er juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, Bull. 2008, V, n° 146)

un syndicat est recevable à demander en justice que soit déterminée l'étendue des droits acquis par les salariés à la suite de la dénonciation d'un accord collectif (Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-44.132, Bull. 2008, V, n° 243).

Par contre, la chambre sociale a jugé « que la reconnaissance d'un contrat de travail étant un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié d'un employeur, une organisation syndicale n'est pas recevable à introduire une telle action sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail » (Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 05-16.492, Bull. 2008, V, n° 22).

La présente espèce portait sur une question inédite : un syndicat professionnel est-il recevable à agir au côté des salariés à l'occasion d'un litige portant sur l'application des dispositions de l'article L. 122-12, devenu L. 1224-1, du code du travail relatif aux droits des travailleurs en cas de transfert de leur contrat de travail dans le cadre d'une modification de la situation juridique de l'employeur ?



Par le présent arrêt, la chambre sociale répond par l'affirmative à cette question au motif que la violation des droits des travailleurs en cas de transfert de leur contrat de travail porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat.

Cette décision s'inscrit dans la tendance actuelle de la chambre sociale à considérer que le non-respect par l'employeur de droits individuels de salariés, en violation de la réglementation ou des engagements pris, peut engendrer, outre le préjudice direct subi par les salariés victimes de ce comportement, un préjudice indirect subi par la profession, ouvrant ainsi la porte à l'action du syndicat professionnel.



5 quai de l'Horloge TSA 79201 – 75055 Paris cedex 01

**Site internet :** [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

**Twitter :** @courdecassation