

Droit *du travail*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications



*Publication
trimestrielle*

*Janvier
Février
Mars
2009*

N° 85

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS


COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

DROIT DU TRAVAIL

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – DOCTRINE

Table des matières

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

Numéros

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

I.1. – Cour de justice des Communautés européennes

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

Modification dans la situation juridique de l'employeur

* Transfert d'une unité de production 1

B. – Durée du travail et rémunération

Durée du travail, repos et congés

* Congés payés 2

C. – Rupture du contrat de travail

* Mise à la retraite – conditions 3

TRIBUNAL DES CONFLITS

Action en justice

* Compétence de la juridiction administrative 4

COUR DE CASSATION

Page

I. – ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 27 février 2009 rendu par l'assemblée plénière

Travail réglementation, rémunération 9

Numéros

II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

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

1. *Emploi et formation*

* Contrats à durée déterminée à terme précis 5

* Contrats à durée déterminée dits d'usage 6

* Contrats à durée déterminée – requalification 7

* Emploi des travailleurs handicapés	8
* Existence du contrat de travail	9
* Période d'essai	10
* Travailleurs étrangers.....	11
<i>2. Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Clause de non-concurrence	12
* Conditions de travail contraires à la dignité humaine	13
* Discrimination entre salariés	14
* Interdiction de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement	15
* Pouvoir disciplinaire de l'employeur	16
* Respect de la vie personnelle du salarié.....	17-18
* Respect des libertés individuelles ou collectives des salariés	19
* Transaction.....	20
<i>3. Modification dans la situation juridique de l'employeur</i>	
* Cession d'une entité économique autonome.....	21
<i>4. Contrats particuliers</i>	
* Travail intérimaire	22
<i>5. Statuts particuliers</i>	
* Dockers	23
* Fonctionnaires particuliers	24
* Gérants de succursales	25
* Gérants non salariés d'une succursale	26
* Journalistes professionnels	27
* Maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'Etat	28
* Marin	29
* Personnels d'EDF-GDF	30
* Personnels de la SNCF	31
* Pilotes professionnels	32
* Voyageur, représentant placier (VRP).....	33
B. – Durée du travail et rémunération	
<i>1. Durée du travail, repos et congés</i>	
* Congé parental d'éducation	34
* Caisse de congés payés	35
* Durée du travail des cadres	36
<i>2. Rémunérations</i>	
* « A travail égal, salaire égal »	37 à 39
* Garantie de l'AGS	40
* Primes	41
* Réserve spéciale de participation	42
* Rémunération variable	36-54

C. – Santé et sécurité au travail

1. <i>Obligation de sécurité pesant sur l'employeur</i>	
* Obligation d'en assurer l'effectivité	43
2. <i>Protection du salarié malade ou victime d'un accident</i>	
* Délai courant à compter du second examen par le médecin du travail	44
* Indemnité spéciale de licenciement	45
* Indemnité compensatrice en cas de licenciement	46
* Report des congés payés annuels	47-48
* Visite de reprise	49
3. <i>Maternité</i>	
* Protection contre le licenciement	50
4. <i>Situation de travail présentant un danger imminent pour la santé du travailleur</i>	
* Droit de retrait	51
5. <i>Travailleur de l'amiante</i>	
* Cessation anticipée d'activité	52

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. <i>Accords collectifs et conventions collectives</i>	
* Accords collectifs et conventions collectives divers	53 à 58
2. <i>Usage</i>	
* Critères	59
3. <i>Conflits collectifs du travail</i>	
3.1. <i>Grève</i>	
* Retenue sur salaire	60

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. <i>Elections professionnelles</i>	
* Contestation de la désignation d'un délégué syndical	61
* Dépôt des candidatures	62
* Désignation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail	63
* Désignation des représentants du personnel au comité d'entreprise	64
* Désignation d'un délégué syndical	65
* Désignation du délégué syndical – périmètre de la désignation	66
* Election au comité d'entreprise – unité économique et sociale	67
2. <i>Représentation du personnel</i>	
Institutions représentatives du personnel	
* Comité d'entreprise – attributions	68
* Comité d'entreprise européen	69
* Comité d'établissement	70
* Délégué syndical	71-72
* Représentants syndicaux au comité d'entreprise	73
* Syndicat - liberté syndicale	74

3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
Protection contre le licenciement.	
* Annulation de la décision administrative autorisant le licenciement	75
* Bénéfice du statut protecteur – moment	76
* Durée de la protection	77-78
* Résiliation judiciaire demandée par le salarié protégé	79
F. – Rupture du contrat de travail	
1. <i>Prise d'acte de la rupture</i>	
* Prise d'acte par un salarié déclaré inapte	80
2. <i>Licenciement</i>	
2.1. Mise en œuvre	
* Formalités conventionnelles préalables	81-82
* Lettre de licenciement	83
2.2. Imputabilité et motifs de la rupture	
* Retrait par l'administration de l'agrément nécessaire	84
2.3. Licenciement disciplinaire	
* Faute grave – indemnités	85
* Mise à pied conservatoire	86
* Nullité	87
2.4. Licenciement économique	
* Plan de sauvegarde de l'emploi	88
* Obligation de reclassement	89-90
* Ordre des licenciements	91
2.5. Nullité du licenciement	
* Effets sur l'allocation d'assurance versée par l'ASSEDIC	92
5. <i>Retraite et préretraite</i>	
* Dispositif de cessation anticipée d'activité	93
6. <i>Rupture amiable</i>	
* Convention de rupture amiable	94
G. – Actions en justice	
* Autorité de la chose jugée	95
* Cassation (pourvoi – recevabilité)	96
* Cassation – effets	46
* Compétence judiciaire	97-98
* Conflits de juridiction	99
* Demande non chiffrée – office du juge	56
* Immunité de juridiction	100-101
* Impartialité	102
* Mesures d'instruction	14
* Oralité des débats en matière prud'homale	103
* Récusation	104
* Unicité de l'instance	105
* Vice de forme	65

COURS ET TRIBUNAUX

Contrat de travail, organisation et exécution du travail

Droits et obligations des parties au contrat de travail

* Pouvoir de direction	106 à 114
------------------------------	-----------

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

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

I.1. – Cour de justice des Communautés européennes

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

Modification dans la situation juridique de l'employeur

** Transfert d'une unité de production*

N° 1

Faits :

A partir du 1^{er} janvier 1989, M. X... fut employé par *ET Electrotechnology GmbH* (ci-après « ET ») et nommé directeur d'unité à partir du 1^{er} mai 1992. Le 22 novembre 2005, la société Ferrotron conclut avec ET un contrat intitulé « convention d'achat-vente d'actif et d'entreprise », portant sur plusieurs produits, et notamment l'unité dont M. X... était responsable. Le 17 juillet 2006, la société ET fit l'objet d'une procédure d'insolvabilité. M. X... saisit alors l'*Arbeitsgericht Wesel* aux fins d'être repris par Ferrotron comme directeur d'unité. Sa demande fut toutefois rejetée, et le requérant forma un appel devant le *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*, qui estima que l'unité « F+E/ET - Systeme/netzwerk/IBS », dirigée par le requérant, constituait une partie de l'établissement Ferrotron au sens de la législation allemande.

Les juges se posent toutefois la question de savoir s'il s'agit d'un transfert à la lumière de la Directive n° 2001/23/CE.

Droit communautaire en cause et question préjudicielle :

La demande de question préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1, paragraphe 1, sous *a* et *b*, de la Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au main-

tien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

La juridiction de renvoi estime que l'unité dirigée par M. X... est une partie d'établissement au sens de l'article 613 *a*, paragraphe 1, première phrase, du code civil allemand [BGB], qui a été transférée à Ferrotron, étant donné que cette dernière a acquis les outils de production essentiels de l'établissement concerné, les listes de fournisseurs et de clients y afférentes, qu'elle a repris une partie des salariés maîtrisant le savoir-faire et que sa société mère a acquis les droits sur les principaux produits et technologies.

Ainsi, les juges allemands demandent si « *le transfert d'une partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle au sens de l'article 1, paragraphe 1, sous a et b, de la Directive 2001/23/CE suppose que le nouvel employeur continue de gérer la partie d'entreprise ou d'établissement en tant que partie d'entreprise ou d'établissement autonome sur le plan organisationnel* ».

Décision :

La Cour commence par rejeter le moyen principal d'irrecevabilité de la question préjudicielle soutenu par la société Ferrotron, à savoir la contestation de la pertinence de la question préjudicielle pour la solution du litige au principal. Elle constate en premier lieu l'existence d'un transfert au sens de la Directive 2001/23/CE, dans la mesure où, d'une part, l'unité F+E/ET - 130 - Systeme/netzwerk/IBS a acquis les outils de production essentiels de l'établissement (Ferrotron), les listes de fournisseurs et de clients de cet établissement et une partie des salariés, et que, d'autre part, la société mère a acquis les droits sur les principaux produits et technologies.

La demande ayant été déclarée recevable, les juges communautaires répondent à la question de savoir si la Directive 2001/23/CE est susceptible de s'appliquer également dans une situation où le

nouvel employeur ne maintient pas l'autonomie organisationnelle de la partie d'entreprise ou d'établissement cédée.

La Haute juridiction rappelle que l'interprétation d'une disposition de droit communautaire tient compte non seulement des termes de celle-ci, mais également du contexte et des objectifs poursuivis. Ainsi, il ressort de l'intitulé de l'article 1, paragraphe 1, sous *a* de la Directive 2001/23/CE que relève de son champ d'application tout transfert portant sur « une entreprise, un établissement ou une partie d'entreprise ou d'établissement lors d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ».

Mais la validité de ce transfert doit également remplir les conditions de l'article 1, paragraphe 1, sous *b*, en vertu duquel l'entité économique est entendue comme « un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire » uniquement si, postérieurement au transfert, l'entité transférée maintient « son identité ».

Or, d'après les juges de Luxembourg, s'il convient d'examiner que l'entité en question satisfait aux conditions énoncées à l'article 1 de la Directive 2001/23/CE, il faut également prendre en considération la jurisprudence de la Cour qui précise que la protection des travailleurs, en cas de changement de propriétaires d'une entité économique, constitue un objectif important de ladite Directive.

En ce sens, la Haute Juridiction rappelle que, selon sa jurisprudence, si le facteur relatif à l'organisation d'une entité économique concourt à la définition de son identité, une modification de la structure de l'entité cédée ne saurait faire obstacle à l'application de la Directive 2001/23/CE. De plus, la poursuite de l'activité économique de l'entité constitue, pour les juges européens, un critère de définition du maintien de son identité.

Par ces motifs, la Cour se rallie aux conclusions de l'avocat général (points 42 et 44) et considère que, sauf à priver de son effet utile la Directive 2001/23/CE, la condition relative à la préservation de l'identité doit être interprétée en ce sens qu'elle suppose « le maintien du lien fonctionnel d'interdépendance et de complémentarité entre ces facteurs [les facteurs de production transférés] » (point 47).

La Cour laisse toutefois à la juridiction de renvoi le soin d'établir si l'identité de l'unité économique transférée en l'espèce a été préservée.

La Cour dit pour droit : « L'article 1, paragraphe 1, sous *a* et *b*, de la Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, doit être interprété en ce sens que cette dernière est susceptible de s'appliquer également dans une situation où la partie d'entreprise ou d'établissement cédée ne conserve pas son autonomie du point de vue organisationnel, à condition que le lien fonctionnel entre les différents facteurs de production transférés soit maintenu et qu'il permette au

cessionnaire d'utiliser ces derniers aux fins de poursuivre une activité économique identique ou analogue, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. »

Arrêt du 12 février 2009, X... c/Ferrotron Technologies GmbH, affaire C - 466/07.

B. – Durée du travail et rémunération

Durée du travail, repos et congés

* *Congés payés*

N° 2

Les affaires jointes ont pour objet des demandes de décision préjudicielle en matière de droit au congé annuel payé.

Dans la première affaire, le *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* (Allemagne) doit se prononcer sur l'indemnisation d'un travailleur n'ayant pu exercer son droit à congé annuel payé pour cause d'incapacité de travail l'amenant à la retraite.

Selon la législation et la jurisprudence allemandes, le droit au congé annuel payé non pris s'éteint à la fin de l'année civile en question (période de référence), et au plus tard à la fin d'une période de report de trois mois. Le travailleur placé en incapacité de travail jusqu'à la fin de cette période de report ne peut demander d'indemnisation financière pour le congé non pris.

Mise à part une demande similaire (demande d'indemnisation pour congé annuel non pris pendant la période de référence définie par le droit britannique), la *House of Lords* doit quant à elle examiner le cas d'un travailleur qui, au cours d'un congé de maladie de durée indéterminée, demandait à son employeur de prendre des jours sur son congé annuel payé.

Droit communautaire en cause et question préjudicielle :

Les questions préjudicielles portent sur l'interprétation de l'article 7 de la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

Dans les deux affaires, il s'agit de savoir si un travailleur absent pour congé de maladie est en droit de prendre un congé annuel payé pendant la durée de ce congé de maladie et si, éventuellement, un travailleur absent pour congé maladie pendant tout ou partie de la période de référence et/ou d'une période de report a droit à une indemnité financière de congé annuel payé non pris au moment où la relation de travail prend fin.

Décision :

A titre liminaire, il convient de noter que les durées de congé de maladie en cause dans les affaires au principal n'ont pas excédé la durée des périodes de référence applicables, en matière de congé annuel payé, selon le droit national respectif dans chacune de ces affaires.

Sur le droit de prendre un congé annuel payé durant une période incluse dans un congé de maladie :

La Cour rappelle d'emblée que le droit communautaire ne régit que les modalités relatives au droit au congé annuel payé, et non celles relatives aux droits au congé de maladie.

Elle souligne : « *Selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.* » (point 22). Ainsi qu'il ressort des termes de la Directive 2003/88/CE et de la jurisprudence de la Cour, il appartient aux Etats membres de définir, dans leur réglementation interne, les conditions d'exercice et de mise en œuvre de ce droit, en précisant les circonstances concrètes dans lesquelles les travailleurs peuvent faire usage dudit droit, tout en s'abstenant de subordonner à quelque condition que ce soit la substitution même du même droit, qui résulte directement de cette Directive.

Dans ces conditions, l'article 7, paragraphe 1, de la Directive 2003/88/CE ne s'oppose pas, en principe, à des dispositions ou à des pratiques nationales selon lesquelles un travailleur en congé de maladie n'est pas en droit de prendre un congé annuel payé durant une période incluse dans un congé de maladie, sous réserve, toutefois, que ledit travailleur ait la possibilité d'exercer le droit que cette Directive lui confère pendant une autre période. La Directive 2003/88/CE ne s'oppose pas non plus à des dispositions ou à des pratiques nationales permettant à un travailleur en congé de maladie de prendre un congé annuel payé durant une telle période.

En conséquence, la Cour dit pour droit (dispositif n° 2) : « *L'article 7, paragraphe 1, de la Directive 2003/88/CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé s'éteint à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national même lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé.* »

Sur le droit au congé annuel payé en cas de congé de maladie durant tout ou partie de la période de

référence, l'incapacité de travail perdurant à l'expiration de ladite période et/ou d'une période de report fixée par le droit national : la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 7, paragraphe 1, de la Directive 2003/88/CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales selon lesquelles le droit au congé annuel payé s'éteint à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national, même lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail.

Si les modalités d'application du droit au congé annuel payé dans les différents Etats membres sont régies par les législations et/ou les pratiques nationales, la Cour souligne néanmoins quelles sont les limites qui s'imposent aux Etats : « *s'agissant de travailleurs en congé de maladie dûment prescrit, le droit au congé annuel payé conféré par la Directive 2003/88/CE elle-même à tous les travailleurs (arrêt BECTU, précité, points 52 et 53) ne peut pas être subordonné par un Etat membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit Etat* » (point 41).

Or, la Cour de Luxembourg constate qu'un travailleur qui, comme le requérant au principal dans l'affaire C-350/06 en ce qui concerne l'année 2005, est en congé de maladie durant toute la période de référence et au-delà de la période de report fixée par le droit national se voit privé de toute période ouvrant la possibilité de bénéficier de son congé annuel payé, du fait de la réglementation nationale.

Il résulte de ce qui précède que l'article 7, paragraphe 1, de la Directive 2003/88/CE doit être interprété en ce sens qu'il « *s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé s'éteint à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national même lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant toute la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé* » (point 52).

Enfin, la Cour dit pour droit que ce même article, paragraphe 2, de la Directive « *s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que, lors de la fin de la relation de travail, aucune indemnité financière de congé annuel payé non pris n'est payée au travailleur qui a été en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence et/ou d'une période de report, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé. Pour le calcul de ladite indemnité financière, la rémunération ordinaire du travailleur, qui est celle qui doit être maintenue pendant la période de repos correspondant au congé annuel payé, est également déterminante* » (dispositif, n° 3).

Arrêt du 20 janvier 2009, Grande chambre, X... c/ *Deutsche Rentenversicherung Bund* et Y... e.a. c/ *Her Majesty's Revenue and Customs*, affaires jointes C-350/06 et C-520/06.

C. – Rupture du contrat de travail

1. Retraite

* *Mise à la retraite – conditions*

N° 3

Faits :

Le 18 juillet 2005, la Commission adressa une lettre de mise en demeure à la République hellénique. Elle indiquait que l'âge de départ à la retraite et les conditions relatives au service minimum requis, prévus aux articles 1, paragraphe 1, 26, paragraphe 1, et 56 du code grec des pensions civiles et militaires imposaient des conditions moins favorables pour la retraite des travailleurs masculins que pour celle des travailleurs féminins et étaient donc contraires à l'article 141 du Traité CE.

Dans sa réponse du 14 novembre 2005, la République hellénique ne contesta pas les différences de traitement alléguées, mais soutenait que lesdites différences avaient été introduites afin de répondre au rôle social respectif des hommes et des femmes. Cet Etat affirmait que le régime de pension litigieux n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 141 du Traité CE, mais relevait de la Directive 79/7/CEE.

Le 25 juillet 2006, la Commission, estimant que le régime de pension litigieux relevait bien du champ d'application de l'article 141 du Traité CE et n'étant pas satisfaite de la réponse de la République hellénique à sa mise en demeure, adressa à cette dernière un avis motivé l'invitant à prendre les mesures nécessaires pour se conformer à ses obligations découlant de cette disposition du Traité CE, dans un délai de deux mois à compter de la réception de cet avis.

Par lettre du 26 septembre 2006, la République hellénique réaffirma que, selon elle, l'article 141-112 du Traité CE n'était pas applicable au régime de pension litigieux. Elle fit notamment valoir, en se référant à la jurisprudence de la Cour relative à l'article 141 du Traité CE en matière de pensions, qu'il n'existait pas de lien direct avec le versement préalable d'une cotisation et que le régime de pension en cause s'appliquait à une catégorie générale de travailleurs.

N'étant toujours pas satisfaite de la réponse de la République hellénique, la Commission décida d'introduire le présent recours en manquement.

Droit communautaire en cause :

La Commission demande à la Cour de constater qu'en maintenant en vigueur les dispositions prévoyant des différences entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins en matière d'âge de départ à la retraite et de service minimum requis en vertu du code grec des pensions civiles et militaires institué par le décret présidentiel n° 166/2000 du 3 juillet 2000, la République hellénique a manqué à son obligation de droit communautaire, en vertu de l'article 141 du Traité CE.

Cet article 141 du Traité CE énonce que :

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

Conformément au paragraphe 2, premier alinéa, dudit article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. »

En d'autres termes, le régime de pension litigieux relève-t-il du champ d'application de l'article 141 du Traité CE ou de la Directive 79/7/CEE relative au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale ?

Décision :

La Cour commence par rappeler la définition que sa jurisprudence constante a posé, en interprétant l'article 141 du Traité CE, en matière de rémunération : cette notion n'inclut pas les régimes ou prestations de sécurité sociale, notamment les pensions de retraite, directement réglés par la loi. En revanche, les prestations octroyées au titre d'un régime de pension se rattachent à la rémunération et relèvent de l'article 141 du Traité CE.

En l'espèce, le régime de pension litigieux est fixé directement par la loi grecque et s'insère « dans un cadre législatif général et harmonisé », mais cela ne suffit pas, aux yeux des juges communautaires, pour exclure ce régime du champ d'application de l'article 141 du Traité CE. De même, le critère des modalités de financement et de gestion ne constitue pas un élément déterminant.

En fait, la Cour explique que, parmi les critères décisifs pour qu'une pension de retraite entre dans le champ d'application de l'article 141 du Traité CE, sa jurisprudence a retenu le critère de l'emploi, c'est-à-dire s'il existe un lien entre la relation de travail et la prestation de retraite, ou, en d'autres termes, si la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail entre l'intéressé et son ancien employeur (point 48).

Ensuite, la Cour examine si la pension litigieuse répond aux trois critères cumulatifs suivants pour constituer une rémunération (point 50) :

– la pension n'intéresse qu'une catégorie particulière de travailleurs ;

– elle est directement fonction du temps de service accompli ;

– son montant est calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire.

En l'espèce, sur le premier critère, la Cour rappelle que les fonctionnaires, le personnel militaire et les autres personnels engagés soit directement par l'Etat hellénique, soit par des collectivités locales et des employeurs publics auxquels le code s'applique, doivent être considérés comme constituant une catégorie particulière de travailleurs (points 52 et 53).

Sur le second critère, les circonstances difficiles ou la nature difficile du travail invoquées par la République hellénique ne sont pas des exceptions justifiant de l'inapplicabilité de la règle générale.

Sur le troisième critère, la Cour estime que même dans certains cas où la pension de retraite peut être calculée non pas sur la base du dernier traitement, mais sur la base du traitement du grade supérieur (sorte de prime de carrière), la règle générale applicable reste celle du dernier salaire comme base de calcul de la pension.

La Cour conclut que la pension versée en l'espèce doit être qualifiée de « rémunération » au sens de l'article 141 du Traité CE.

Les juges de Luxembourg rappellent que « l'article 141 du Traité CE interdit toute discrimination en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, quel que soit le mécanisme qui détermine cette inégalité » (point 61).

Or l'article 56 du code grec des pensions civiles et militaires prévoit des conditions d'âge différentes selon le sexe pour l'octroi de la pension versée en vertu du régime de retraite.

La République hellénique justifie cette disposition par le souci d'éliminer des discriminations au détriment des femmes existant encore dans l'évolution du contexte socioculturel.

Mais, pour la Cour, « les dispositions litigieuses du code ne sont pas de nature à compenser les désavantages

auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires et militaires féminins ainsi que celles des autres personnels féminins auxquels le code s'applique en aidant ces femmes dans leur vie professionnelle. Au contraire, elles se bornent à accorder aux bénéficiaires de sexe féminin, et notamment celles ayant la qualité de mère, des conditions plus favorables que celles applicables aux bénéficiaires de sexe masculin, en ce qui concerne l'âge de départ à la retraite et le service minimum requis au moment du départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'elles peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle » (point 68).

Ainsi, la Cour écarte les justifications apportées par la République hellénique pour justifier les différences de traitement.

En conclusion, la Cour décide qu'en maintenant en vigueur les dispositions prévoyant des différences entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins en matière d'âge de départ à la retraite et de service minimum requis en vertu du code grec des pensions civiles et militaires institué par le décret présidentiel n° 166/2000 du 3 juillet 2000, dans sa version applicable à la présente affaire, la République hellénique a manqué aux obligations lui incombant en vertu de l'article 141 du Traité CE (dispositif).

Arrêt du 26 mars 2009, Commission des Communautés européennes c/ République hellénique, affaire C-559/07.

*
* *

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

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

TRIBUNAL DES CONFLITS

Action en justice

* *Compétence de la juridiction administrative*

N° 4

Sauf dispositions législatives contraires, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi.

Relève en conséquence de la compétence des juridictions de l'ordre administratif la demande d'un

salarié mis à la disposition d'un employeur public par une entreprise de travail temporaire, tendant à faire reconnaître sa qualité d'agent contractuel de droit public en raison du fait que l'emploi correspondait à l'activité normale et permanente de l'administration utilisatrice et que le travail s'est poursuivi au-delà du terme du dernier contrat, sans convention de mise à disposition.

2 mars 2009.

TA Rennes, 4 octobre 2007.

M. Martin, Pt. – M. Bailly, Rapp. – M. Guyomar, Com. du gouv.

COUR DE CASSATION

I. – ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 27 février 2009 rendu par l'assemblée plénière

	Pages
– Communiqué	11
– Titre et sommaire	11
– Arrêt	11
– Rapport	13
– Avis	26

COMMUNIQUÉ

Dans un arrêt rendu le 27 février 2009, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Grenoble, rendu sur renvoi après cassation le 21 novembre 2007, qui avait accueilli la demande d'un agent contractuel de droit privé de La Poste en paiement d'une prime biannuelle, dite « complément Poste », versée durant un temps aux seuls fonctionnaires et agents de droit public de La Poste.

La Cour de cassation a énoncé que l'entreprise qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondée à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont les éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé.

Elle a précisé qu'il en va autrement, toutefois, d'un complément de rémunération fixé, par une décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel, sur le seul critère de la fonction ou du poste de travail occupé.

Cette décision de l'assemblée plénière constitue une application du principe dit « à travail égal, salaire égal », imposant à chaque employeur d'assurer l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre ses salariés placés dans une situation identique, sauf si des raisons objectives pertinentes et matériellement vérifiables justifient une différence de traitement.

Après consultation des partenaires sociaux et des administrations concernées, le premier avocat général avait conclu à la cassation dès lors que, selon ses conclusions développées devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, les agents de droit privé et de droit public de La Poste ne pouvaient être considérés comme placés dans une « situation identique » au regard du principe « à travail égal, salaire égal », compte tenu des disparités de régimes tant dans le calcul des rémunérations que dans la gestion de leur carrière.

(Source : service de documentation et d'études)

TRAVAIL RÉGLEMENTATION, RÉMUNÉRATION

Salaire – Egalité des salaires – Atteinte au principe – Cas – Différence de montant du complément de rémunération versé pour rétribuer le niveau de fonction et la maîtrise du poste – Condition.

Si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé, sans méconnaître le principe « à travail égal, salaire égal », à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé,

par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé.

Dès lors, un arrêt de Cour d'appel qui a relevé que l'objet du complément de rémunération dit « complément Poste » était défini non par référence aux catégories juridiques mais comme venant rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise du poste, constaté que l'agent de droit privé effectuait le même travail qu'un fonctionnaire de même niveau exerçant les mêmes fonctions et retenu que La Poste ne fournissait pas d'explication sur le niveau annuel inférieur du « complément Poste » versé à l'agent de droit privé, et donc que l'employeur ne justifiait par aucune raison objective pertinente la différence de traitement pour la période se situant entre 1998 et 2003, a exactement décidé que le principe « à travail égal, salaire égal » avait été méconnu.

ARRÊT

La Poste s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon en date du 25 février 2005 ;

Cet arrêt a été cassé le 21 décembre 2006 par la chambre sociale de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Grenoble qui, saisie de la même affaire, a statué, par arrêt du 21 novembre 2007, dans le même sens que la cour d'appel de Lyon, par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble, M. le premier président a, par ordonnance du 4 septembre 2008, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

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

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Defrenois et Levis, avocat de La Poste ;

Un mémoire en défense et des observations complémentaires ont été déposés au greffe de la Cour de cassation par M^e Jacoupy, avocat de M. X... ; la SCP Defrenois et Levis a déposé une note préalable aux observations orales.

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

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 21 novembre 2007), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-41.919), que la direction générale de l'établissement public national La Poste (La Poste) a décidé de regrouper l'ensemble des primes et indemnités versées à son personnel sous la forme d'un complément indemnitaire dit « complément Poste » en 1993, pour les agents fonctionnaires, puis en 1995, pour les agents contractuels de droit privé ;

Que M. X..., agent contractuel de droit privé, soutenant que La Poste n'avait pas respecté les dispositions de la délibération du conseil d'administration du 25 janvier 1995 qui ont étendu le bénéfice du complément indemnitaire aux agents contractuels de droit privé, a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement du montant de la prime bi-annuelle versée aux fonctionnaires ;

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche, qui est préalable :

Attendu que La Poste fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. X... une somme de 3 199,90 euros à titre principal et celle de 320 euros au titre des congés payés afférents, outre les intérêts au taux légal à compter du 20 août 2001, alors, selon le moyen, « que la fixation et les modalités de paiement du complément Poste concernant les fonctionnaires de la deuxième phase et les agents contractuels de droit privé de la troisième phase ont été arrêtées par décisions du conseil d'administration de La Poste des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, prises dans le cadre des pouvoirs conférés au conseil d'administration par les articles 5 et 12 du décret n° 90-1111 du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste et l'habilitant à définir et conduire la politique générale de l'entreprise ; qu'en accordant à l'agent contractuel de droit privé le versement du complément biannuel de 686,02 euros et en écartant l'application et les effets des actes administratifs à caractère réglementaire des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995 prévoyant, notamment, que le complément Poste des fonctionnaires relevant du personnel d'exécution serait versé pour partie mensuellement et pour partie au moyen d'un complément biannuel et que le complément Poste des agents contractuels de droit privé serait défini par les accords salariaux, en se fondant sur le code du travail, la cour d'appel s'est nécessairement fait juge de la légalité de ces actes administratifs et a violé le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, ensemble l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III, ainsi que les décisions des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, la décision n° 717 du 4 mai 1995 et l'instruction du 25 février 1994 » ;

Mais attendu que le moyen qui, au soutien d'un pourvoi sur un arrêt rendu sur renvoi après cassation, tend à soulever l'incompétence de la juridiction judiciaire pour statuer sur le litige est irrecevable ;

Et, sur le moyen, pris en sa première branche :

Attendu que La Poste fait grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait, alors, selon le moyen, « que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés que s'ils sont placés dans une situation identique ; que le personnel de La Poste est constitué d'agents fonctionnaires relevant du statut de la fonction publique et d'agents contractuels de droit privé soumis aux dispositions du code du travail et à la convention commune "La Poste - France Télécom" ; que cette différence objective de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé justifie que le complément Poste de certains fonctionnaires puisse être versé, en partie, au moyen d'un complément bi-annuel, et que celui des agents contractuels de droit privé relève d'un seuil minimal fixé dans le cadre d'ac-

ords salariés librement et annuellement négociés avec les syndicats ; qu'en affirmant que La Poste "ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celle (de l'agent concerné) et des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires", et en exigeant ainsi que le complément Poste versé au salarié soit identique dans son montant et ses modalités de versement à celui des agents fonctionnaires ayant des fonctions similaires, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles L. 140-2, L. 133- 5.4 et L. 122-45 du code du travail, et, par refus d'application, l'instruction du 25 février 1994, la décision du 25 janvier 1995 et la décision n° 717 du directeur de La Poste du 4 mai 1995 » ;

Mais attendu que si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés, en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé ;

Et attendu qu'ayant relevé que le « complément Poste » regroupant l'ensemble des primes non spécifiques de la fonction publique mis en place, pour les agents fonctionnaires, par décision du directeur de La Poste du 27 avril 1993, avait été étendu aux agents contractuels de droit privé par décision du 25 janvier 1995, qu'à compter de cette date, le montant de ce « complément Poste » versé aux salariés de droit privé avait été inférieur à celui versé aux fonctionnaires jusqu'à ce que des accords conclus en 2001 et 2003 comblent l'écart existant, que l'objet de ce « complément Poste » était défini non par référence aux catégories juridiques mais comme venant rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise du poste et que M. X... effectuait le même travail qu'un fonctionnaire de même niveau exerçant les mêmes fonctions, et retenu que La Poste ne fournissait pas d'explication sur le niveau annuel inférieur du « complément Poste » servi à celui-ci, ce dont il résultait que la différence de traitement pour la période se situant entre 1998 et 2003 n'était justifiée par aucune raison objective pertinente, la cour d'appel a exactement décidé que le principe « à travail égal, salaire égal » avait été méconnu ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

Ass. plén., 27 février 2009.

Rejet

N° 08-40.059. – CA Grenoble, 21 novembre 2009.

M. Lamanda, P. Pt. – M. Mas, Rap. conseiller, assisté de Mme Zylberberg, auditeur - Mme Petit, P. Av gén. – SCP Defrénois et Levis, M^e Jacoupy, Av.

Rapport de M. Mas

Conseiller rapporteur

Rappel des faits et de la procédure

Depuis le 1^{er} janvier 1991, en application de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, La Poste est dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat et d'une trésorerie individualisée. Les personnels fonctionnaires de La Poste sont régis par des statuts particuliers pris en application des lois n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, et n° 84-16 du 11 janvier, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (article 29).

La Poste a, par ailleurs, toujours recouru à des auxiliaires mais, depuis une loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, le recrutement des salariés qui ne relèvent plus du statut des fonctionnaires mais du droit du travail s'est à la fois accentué et diversifié.

Aujourd'hui, le nombre des agents contractuels s'élèverait à 116 397, soit 41,6 % du total des effectifs, alors qu'en 1997, il représentait 21 % des effectifs.

L'établissement public La Poste comprend donc, depuis cette loi du 2 juillet 1990, deux catégories de personnel :

- des agents fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique, rémunérés par un traitement dont le montant est fixé en fonction de leur grade, de leur échelon, et qui évolue en fonction de l'échelle, de l'ancienneté indiciaire et de la valeur du point, déterminée par décret pris en Conseil d'Etat ;

- des agents contractuels de droit privé, dont le salaire est défini au moment du recrutement eu égard à la fonction occupée, au niveau de classification et au barème correspondant, tels que définis par la convention collective et les accords salariaux de référence.

En 1992, le conseil d'administration de La Poste a pris la décision de simplifier le système de traitement et de rémunération de l'ensemble de ses personnels, fonctionnaires et contractuels, pour toutes les questions relatives aux primes et indemnités allouées.

Par délibération du 27 avril 1993, le conseil d'administration a institué un « complément indemnitaire » pour les fonctionnaires et agents de droit public. Il était prévu que les primes et indemnités attribuées à cette catégorie de personnel seraient intégrées dans ce « complément indemnitaire », au mois de septembre 1993 pour les agents d'une première vague, et au mois de mars 1994 pour les agents de la deuxième vague (personnels d'exécution).

Une instruction du 25 février 1994 a défini la nature des primes et indemnités intégrées dans ce complément indemnitaire. Cette instruction déterminait également les modalités de versement de ces primes et indemnités. Il était ainsi prévu que, pour les agents de la deuxième vague :

- les primes et les indemnités seraient totalisées pour leur montant annuel ;

- de ce montant, serait déduite une somme forfaitaire, identique pour tous, de 4 500 F pour 1994 ;

- le montant annuel restant serait mensualisé pour le douzième de sa valeur ;

- en mars et septembre, en sus de ce complément mensuel, chaque agent percevrait une somme de 2 250 F.

Le 25 janvier 1995, le conseil d'administration de La Poste, en application de l'article 5 du décret n° 90-111 du 12 décembre 1990, a :

- décidé l'extension du « complément indemnitaire » aux agents contractuels de droit privé relevant de la convention commune de La Poste et France Telecom ;

- constaté la suppression d'un certain nombre de primes et indemnités qui, constituant un complément de rémunération, ont été regroupées dans le complément indemnitaire de chaque catégorie de personnel ;

- constaté que le complément indemnitaire, dénommé « complément Poste », constitue désormais un sous-ensemble de la rémunération de base de chaque catégorie de personnel.

Les règles de gestion et d'évolution du « complément Poste » ont été définies par une décision n° 717 du 4 mai 1995 et une décision n° 1637 du 16 novembre 1995. La décision n° 717 du 4 mai 1995 rappelle notamment que les 4 500 F versés en deux fois en février et septembre aux personnels fonctionnaires relevant de la seconde vague de mensualisation ne constituent qu'une modalité particulière de paiement d'une fraction de leur « complément Poste » et font partie intégrante de ce complément.

Ce versement bi-annuel n'était pas prévu pour les agents contractuels.

Le 10 juillet 2001, la direction générale de La Poste et les fédérations syndicales représentatives des Postes et télécommunications ont conclu un accord salarial pour l'année 2001, pour les personnels de La Poste placés sous le régime de la convention commune La Poste-France Telecom.

Cet accord prévoyait un processus de convergence permettant d'aboutir, en 2003, à une égalité des « compléments Poste » pour les fonctionnaires et les agents contractuels sous contrat à durée indéterminée de même niveau, notamment pour le versement bi-annuel susvisé. Une circulaire du 26 juillet 2001 a mis en œuvre cet accord.

Plusieurs agents contractuels de droit privé, dont M. X..., ont saisi le conseil de prud'hommes de Lyon, le 20 août 2001, d'une demande en paiement d'un rappel de la prime bi-annuelle depuis septembre 1996, outre les congés payés y afférents.

Par jugement du 6 février 2004, le conseil de prud'hommes les a déboutés de leur demande.

Statuant sur l'appel des agents, la cour d'appel de Lyon, réformant les jugements déferés, a, par arrêts du 25 février 2005, condamné La Poste à payer à chacun des agents une somme à titre de « complément Poste » due sur la période de septembre 1996 à février 2003, outre les congés payés y afférents.

La Poste s'est pourvue en cassation contre ces arrêts.

Par arrêt du 21 décembre 2006, la Cour de cassation a cassé les arrêts rendus par la cour d'appel de Lyon et a renvoyé les parties devant la cour d'appel de Grenoble.

Par arrêt du 21 novembre 2007, la cour d'appel de Grenoble a condamné La Poste à payer à M. X... la somme de 3 199,90 euros à titre principal et celle de 320 euros au titre de congés payés afférents, outre intérêts au taux légal à compter du 20 août 2001.

La Poste a formé, le 7 janvier 2008, un pourvoi contre cette décision.

Elle a déposé un mémoire ampliatif le 11 avril 2008 et demandé 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

M. X... a déposé des observations banales en défense le 9 juin 2008.

L'affaire a été renvoyée devant l'assemblée plénière par ordonnance du 4 septembre 2008.

M. X... a déposé un mémoire complémentaire le 15 septembre 2008 et a demandé 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le pourvoi apparaît recevable et la procédure en état.

Analyse succincte des moyens

La Poste propose un moyen unique de cassation divisé en deux branches, par lequel elle fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. X... la somme de 3 199,90 euros à titre principal et celle de 320 euros au titre des congés payés afférents, outre les intérêts au taux légal à compter du 20 août 2001.

La première branche est fondée sur une violation des articles L. 140-2, L. 133-5.4 et L. 122-45 du code du travail, de l'instruction du 25 février 1994, de la décision du 25 janvier 1995 et de la décision n° 717 du 4 mai 1995 du directeur de La Poste.

Elle fait valoir que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés que s'ils sont placés dans une situation identique, que la différence objective de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé justifie une différence dans le versement du complément Poste et que la cour d'appel ne pouvait donc exiger que ce complément versé au salarié soit identique, dans son montant et ses modalités de versement, à celui des agents fonctionnaires ayant des fonctions similaires.

La seconde branche, qui invoque une violation du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, de l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, du décret du 16 fructidor An III et des décisions des 27 avril 1993 et du 25 janvier 1995, ainsi que de la décision n° 717 du 4 mai 1995 et de l'instruction du 25 février 1994, soutient que la cour d'appel ne pouvait, pour accorder à l'agent contractuel de droit privé le versement du complément bi-annuel de 682,02 euros, écarter les textes susvisés et se fonder sur le code du travail.

Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi pose la question de la possibilité pour un établissement public qui emploie des fonctionnaires et des salariés contractuels de droit privé de prévoir une rémunération différente pour des salariés qui, effectuant le même travail, ressortent de l'une ou l'autre catégorie.

La seconde branche du moyen unique est relative à l'application du code du travail pour écarter des décisions du directeur de La Poste.

Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Pour casser l'arrêt de la cour d'appel de Lyon qui, réformant le jugement du conseil des prud'hommes, avait accueilli la demande de rappel de prime formée par M. X..., la chambre sociale avait notamment jugé qu'en retenant que La Poste ne démontrait pas que la disparité constatée du « complément Poste » perçu par les agents fonctionnaires et les agents contractuels s'expliquait par des différences de fonctions et de responsabilité ou par l'intérêt général de l'entreprise, alors que les agents contractuels, dont la rémunération résultait de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective, ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement, la cour d'appel avait violé l'instruction du 25 février 1994 et la décision n° 717 du directeur de La Poste du 4 mai 1995.

La cour d'appel de Grenoble, statuant sur renvoi, a fait droit à la demande de M. X..., en retenant que celui-ci ne se trouvait pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels il revendiquait une égalité de traitement, mais qu'une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service

du même employeur ne suffisait pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération, et qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence. Elle a ensuite retenu que La Poste ne justifiait pas de telles raisons.

La cour de renvoi a donc constaté, conformément à l'arrêt de la chambre sociale, que M. X... ne se trouvait pas dans une situation statutaire identique à celle des fonctionnaires, mais que cette seule circonstance ne suffisait pas à justifier une différence de rémunération. Elle a ajouté à la condition de différence de statut constatée des conditions supplémentaires tenant à des raisons objectives qu'elle n'a pas précisées, mais qu'elle a jugées non établies par l'employeur, sur lequel pèserait donc la charge de la preuve.

L'assemblée plénière doit trancher entre deux conceptions de « la situation différente » susceptible de justifier une inégalité de rémunération.

Elle peut retenir la position de la chambre sociale, pour laquelle la différence de statut juridique entre un salarié de droit privé et un fonctionnaire entraîne une différence de situation suffisante.

Elle peut suivre la cour de renvoi, pour laquelle cette différence de statut n'est pas, à elle seule, suffisante et doit être complétée par des raisons objectives contrôlées par les juges du fond.

Le choix à faire s'inscrit dans le cadre de l'application du principe général « à travail égal, salaire égal ».

La règle ainsi posée peut paraître simple, mais son application se révèle complexe.

Avant d'aborder la question de la détermination des éléments pouvant justifier un traitement différent, il convient d'examiner les sources du principe et son contenu.

Les sources

– La loi

Pendant longtemps, la règle d'égalité des rémunérations était cantonnée à l'égalité des rémunérations hommes/femmes, laquelle était apparue pour la première fois en droit interne dans la loi du 11 février 1950 « relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail », instaurant la libre négociation des salaires.

Aujourd'hui encore, le principe général d'égalité des rémunérations n'est énoncé par le code du travail qu'au détour de textes visant un autre objet : l'article L. 133-5, codifié aujourd'hui sous les articles L. 2261-22 et R. 2261-1, et l'article L. 136-2, devenu L. 2271-1, du code du travail.

Le premier de ces textes concerne les conditions à remplir par une convention collective pour être susceptible d'extension : elle doit notamment préciser les modalités d'application du principe « à travail

égal, salaire égal ». Le second énumère les attributions de la commission nationale de la négociation collective, qui doit, en particulier, « suivre annuellement l'application dans les conventions collectives, du principe "à travail égal, salaire égal" ».

– La jurisprudence de la Cour de cassation

C'est la Cour de cassation qui a conféré au principe la valeur d'une règle impérative, dans l'arrêt X... du 29 octobre 1996⁽¹⁾ : « La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale "à travail égal, salaire égal" énoncée par les articles L. 133-5.4 et L. 136-2.8 du code du travail, ce dont il se déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique. Par suite, justifie légalement sa décision de condamner un employeur à payer à une de ses salariées un rappel de salaire le conseil de prud'hommes qui, ayant relevé qu'une salariée accomplissait, avec un coefficient salarial identique et une qualification supérieure, le même travail qu'une autre salariée et percevait une rémunération moindre, et que l'employeur se bornait, pour justifier cette situation, à alléguer la différence d'ancienneté entre les salariées, constate que l'ancienneté respective des salariées était prise en compte par une prime d'ancienneté distincte du salaire de base ».

Selon Philippe Waquet⁽²⁾, l'arrêt X... [du 29 octobre 1996], qui appartient à la catégorie des arrêts « imprévus », comme n'ayant pas été préparé par une jurisprudence antérieure, « découvre l'exacte portée de la règle communautaire de l'égalité entre les hommes et les femmes ». Il serait en effet, ajoute-t-il, incohérent de faire respecter le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, mais d'admettre qu'une différence est possible entre les rémunérations respectives de deux femmes, comme c'était le cas dans l'espèce de l'arrêt X... [du 29 octobre 1996].

Pour asseoir ce principe, la chambre sociale a dit que les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du code du travail en étaient une application. Pourtant, comme il est remarqué dans le *Précis Dalloz de droit du travail*⁽³⁾, ces deux dispositions « n'énoncent pas » la règle en question, et le « principe » qu'elles évoquent n'a pas la teneur reconnue par l'arrêt à la règle qu'il décrit et applique. Ces dispositions visent « le principe à travail égal, salaire égal » pour faire de ses modalités d'application un objet obligatoire pour les conventions collectives de branche aspirant à l'extension (article L. 133-5) et un objet d'investigation pour la Commission nationale de la négociation collective (article L. 136-2). L'enquête sur la genèse des textes codifiés à ces articles enseigne d'ailleurs qu'ils concernaient l'égalité salariale entre femmes et hommes, et entre travailleurs jeunes et adultes. La Cour de cassation, qui parlait à l'origine d'une

(1) Soc., 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359.

(2) Waquet Philippe, « Retour sur l'arrêt [X... du 29 octobre 1996] », *RDT* 2008, p. 22.

(3) Pelissier Jean, Supiot Alain, Jemmaud Antoine, *Droit du travail*. Précis Dalloz, 23^e édition, collection Droit privé, n° 1027.

« règle » « à travail égal, salaire égal », utilise maintenant le terme « principe » et se dispense de préciser que le principe est « énoncé par les articles L. 133-5.4 et L. 136-2.8 du code du travail ».

– *La jurisprudence du Conseil d'Etat*

Les termes utilisés par l'arrêt X... [du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359] « pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique » sont, pour Philippe Waquet⁽⁴⁾, « une référence explicite à la jurisprudence classique du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel ».

Dès le XIX^e siècle, le Conseil d'Etat a dû faire application du principe d'égalité des citoyens. Il considère le principe d'égalité comme un principe général du droit. Le fait, pour le juge administratif, de se référer au « principe général » d'égalité présente l'intérêt de permettre une application du principe d'égalité dans les domaines les plus variés, et pas seulement dans les hypothèses expressément visées par les textes de valeur constitutionnelle, et offre une plus grande souplesse dans l'application et des possibilités d'adaptation à chaque domaine considéré, notamment dans le droit fiscal ou le droit de la fonction publique.

On retrouve le principe d'égalité dans les hypothèses les plus diverses : égalité des citoyens devant la loi et les règlements, égale admissibilité de tous aux emplois publics, égalité des utilisateurs du domaine public, égalité devant les charges publiques, égalité devant l'impôt, égalité des sexes...

La jurisprudence administrative admet cependant que l'administration peut toujours traiter différemment des situations elles-mêmes différentes. On passe alors d'une égalité de traitement abstraite, atteinte par la généralité de la règle de droit, à l'application de mesures différentes à des situations de base elles-mêmes différentes.

Par exemple, en matière d'égalité de traitement des agents publics, le Conseil d'Etat a admis que le régime des rémunérations puisse varier selon les corps (CE, 16 juin 1976, *Syndicat autonome des fonctionnaires des cours et tribunaux*, *Rec. CE*, p. 310), selon que les intéressés sont des agents contractuels ou des agents titulaires (CE, 11 janvier 1980, X..., *Rec. CE*, table, p. 585), selon qu'ils sont vacataires ou non (CE, 3 décembre 1980, *Association nationale des enseignants vacataires de l'enseignement supérieur*, *Rec. CE*, table, p. 584), selon qu'ils sont fonctionnaires en stage ou élèves des instituts régionaux d'administration (CE, 23 octobre 1998, *Union des fédérations CFDT des fonctions publiques*, *Rec. CE*, table, p. 439).

Le lieu d'exercice des fonctions est un critère fréquemment admis par la jurisprudence, soit à l'intérieur même du territoire métropolitain (CE, section, 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, *Rec. CE*, p. 241), soit dans les départements d'Outre-mer

(CE, 29 février 1980, X..., *Rec. CE*, table, p. 584), soit pour justifier l'octroi d'une indemnité d'expatriation (CE, section, 10 décembre 1993, *fédération des professeurs français résidant à l'étranger*, *Rec. CE*, table, p. 577). La jurisprudence tient en fait le plus grand compte des conditions concrètes d'exercice des fonctions (CE, 12 décembre 2003, requête n° 239683).

Par ailleurs, la juridiction administrative admet des atteintes au principe d'égalité si elles sont fondées sur l'intérêt général ou l'intérêt public en rapport avec le fonctionnement même du service public en cause. Ainsi, dans la fonction publique, le principe d'égalité de traitement entre agents d'un même corps admet que la volonté de favoriser une zone géographique entraîne une différence de traitement, à condition qu'elle soit justifiée par un motif d'intérêt général (CE, section, 11 juillet 2001, *Syndicat départemental CFDT de la DDE du Gard*).

– *Sources internationales*

Le principe « à travail égal, salaire égal » figure dans le préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du travail : « *Attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions : par exemple, en ce qui concerne (...) l'affirmation du principe "à travail égal, salaire égal"* ». Mais il n'a pas été développé par une convention et c'est le principe, plus restrictif, de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes qui a été adopté par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail à sa trente-quatrième session, le 29 juin 1951 (Convention n° 100).

L'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 énonce : « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal* ».

Le droit communautaire, quant à lui, détache difficilement la règle de l'égalité des rémunérations de la prohibition des discriminations salariales entre hommes et femmes.

Le Traité de Rome ne contenait que des dispositions sur l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes, et non des dispositions à portée plus générale.

L'article 141 (1) du Traité CE reprend ce principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins effectuant un même travail ou un travail de même valeur, mais le Traité ne contient pas de principe général d'égalité des rémunérations.

La Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, précise et met en application ce principe de non-discrimination entre hommes et femmes. Elle prescrit ainsi l'élimination, dans l'ensemble des éléments et des conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe pour un travail de valeur égale.

(4) Waquet Philippe, « Retour sur l'arrêt [X..., *Bull.* 1996, V, n° 359] », *RDT* 2008, p. 22.

La Directive 2006/54/CE du Conseil, du 5 juillet 2006, qui refond et rassemble en un seul texte les dispositions relatives à la question de l'égalité des rémunérations, ne concerne elle aussi que la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

De la même façon, la jurisprudence communautaire ne fait pas du principe d'égalité salariale un principe général. Elle a seulement dit, dès 1976, que le principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, fixé par l'article 119 du Traité de Rome, faisait partie des fondements de la Communauté (CJCE, 8 avril 1976, X..., affaire 43-75). Elle a également déduit des textes communautaires que dès qu'il existait une apparence de discrimination, il appartenait à l'employeur de démontrer que la pratique en cause était justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (CJCE, 24 février 1994, X... e.a., affaire C-343/92, CJCE, P.I-571). Ces règles de preuves ont ensuite été reprises par la Directive du 15 décembre 1997 (Directive 97/80/CE, relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe).

La Charte sociale européenne, signée le 18 octobre 1961, dans le cadre du Conseil de l'Europe et révisée depuis, qui a la force d'une convention internationale, semble quant à elle poser un principe d'égalité de rémunération plus large que celui de l'interdiction de discrimination en la matière entre hommes et femmes. En effet, son article 20 (première partie) dispose : « *Tous les travailleurs ont droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe* », alors que son article 4, troisièmement (deuxième partie) dispose quant à lui : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les parties s'engagent (...) : à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale* ». Ainsi, cet article, qui ne renvoie à l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe qu'en fin de phrase, comme pour un exemple particulier, revêt une portée plus large.

Il est à noter que le droit allemand ne reconnaît pas de principe « *à travail égal, salaire égal* », mais que cette règle est inscrite dans la Charte arabe de droits fondamentaux du 15 septembre 1994 (article 32 : « *L'Etat garantit aux citoyens l'égalité des chances, un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune* »).

– Le contenu du principe

Selon les auteurs du *Précis Dalloz de droit du travail*⁽⁵⁾, « *à travail égal, salaire égal* » n'est pas l'énoncé de la règle en vigueur, mais seulement son nom.

(5) Pelissier Jean, Supiot Alain, Jemmaud Antoine, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^e édition, collection Droit privé, n° 1027.

Le principe pourrait s'énoncer de la manière suivante, plus proche de la terminologie utilisée dans les arrêts les plus récents : « *tout employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre tous les salariés placés dans une situation identique, sauf si des raisons objectives et vérifiables justifient la différence* ». En effet, les rémunérations peuvent être différenciées, mais ne sauraient l'être qu'en application de critères objectifs donnant prise à vérification.

Selon Antoine Lyon-Caen⁽⁶⁾, l'un des mérites de l'appellation « *à travail égal, salaire égal* » réside dans la claire distinction qu'elle invite à faire entre la règle qualifiée de principe et les règles de non-discrimination.

L'employeur est tenu d'assurer l'égalité entre tous les salariés, mais ne sont visés que les salariés d'un même employeur, même si cet employeur appartient à un groupe au sens du droit du travail ou à une unité économique et sociale reconnue. En effet, l'égalité de traitement, comme le fait remarquer Christophe Rade⁽⁷⁾, constitue moins un droit général et absolu opposable « *erga omnes* » qu'une obligation pesant sur l'employeur dans le cadre d'une « *même entreprise* », comme le mentionne d'ailleurs formellement l'article L. 140-2, alinéa premier, devenu l'article L. 3221-2 du code du travail, relatif à l'égalité hommes-femmes.

Sauf dispositions conventionnelles contraires, c'est en principe l'entreprise, en tant que personne juridique distincte, qui sert de cadre à l'application du principe d'égalité des rémunérations.

En la matière, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a décidé qu'il convenait d'exclure toute comparaison lorsque les différences de rémunération « *ne peuvent être attribuées à une source unique* » et qu'« *il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement* » (CJCE, 17 septembre 2002, affaire C-320/00, X... e.a.).

Ce périmètre de référence n'est modifié que dans deux cas : d'une part, il s'étend à celui de l'unité économique et sociale (UES) lorsque les conditions de rémunération de l'ensemble des salariés de celle-ci sont fixées par les mêmes règles légales ou réglementaires ou par une convention ou un accord collectif commun (ou un usage ou un engagement unilatéral valant pour toute l'unité), d'autre part, il s'étend à la collectivité des salariés d'employeurs différents mais formant une UES, lorsqu'ils travaillent dans un même établissement (Soc., 1^{er} juin 2005, Bull. 2005, V, n° 185) : « *Pour l'application du principe "à travail égal, salaire égal", il ne peut y avoir comparaison valable des conditions de travail des salariés appartenant à l'une des personnes juridiques comprises dans une unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou*

(6) Lyon-Caen Antoine, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

(7) Rade Christophe, observations sous Soc., 1^{er} juin 2005, *Droit Social* 2005, n° 11, p.1050.

un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement. »

Soc., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 235 : « Le principe "à travail égal, salaire égal" ne peut être invoqué par les salariés d'une entreprise pour bénéficier d'un avantage bénéficiant à des salariés d'une autre société ou d'une commune en vertu d'un usage, d'un engagement unilatéral de leur employeur ou d'un statut de droit public, nonobstant le fait que des salariés de la société ou de la commune étaient mis à disposition de l'entreprise au sein de laquelle cet avantage, consistant en un jour de repos supplémentaire par semaine d'astreinte, n'était pas en vigueur » (Voir aussi Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-46.104, et Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-45.579).

Dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière, les salariés sont tous employés par l'établissement La Poste.

– Pour que le principe puisse s'appliquer, il faut que les salariés accomplissent un travail égal ou, plus précisément, un travail de « valeur égale ».

Thérèse Aubert-Monpeyssen⁽⁸⁾ rappelle que la notion de travail de « valeur égale » ne signifie nullement qu'on est en présence de « postes de travail identiques » ou équivalents, mais renvoie à des emplois de même classification ou de même coefficient, c'est-à-dire à des emplois ayant fait l'objet d'une évaluation les mettant à égalité dans les grilles de salaires (Soc., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.039 ; Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 354).

– un travail effectué le jour n'a pas une valeur égale à celle du même travail effectué de nuit (Soc., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-40.068) ;

– des attributions plus larges que celles confiées au salarié demandeur justifient une différence de traitement (Soc., 4 février 2004, pourvoi n° 02-40.527) ;

– un travail exercé entièrement en horaire posté est différent d'un travail exercé partiellement en horaire posté (Soc., 7 février 2008, pourvoi n° 06-44.261).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le travail effectué par les contractuels et les fonctionnaires est un travail « égal ou de valeur égale ».

– Le principe ne se limite pas seulement à l'exigence d'une égalité de salaire entendu strictement, mais s'étend à une exigence d'égalité de traitement en matière de rémunération.

Il concerne donc le salaire proprement dit, mais aussi tous les avantages annexes ou accessoires liés à l'appartenance à l'entreprise, tels que les gratifications ou, comme en l'espèce, des primes. Par exemple, dans l'arrêt de la chambre sociale du 10 octobre 2000 (pourvoi n° 98-41.389), c'est le coefficient apporté à une prime d'ancienneté qui est en cause.

(8) Aubert-Monpeyssen Thérèse, « Principe "à travail égal, salaire égal" - Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *JCP* 2007, éd. E, n° 30, 1960.

Dans la présente affaire, c'est un complément indemnitaire qui fait l'objet d'une différenciation.

– Le principe « à travail égal, salaire égal » n'exclut pas qu'il puisse y avoir des différences de rémunération pour un travail jugé équivalent.

Dès l'arrêt X... [du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359], on l'a vu, la Cour de cassation avait émis une réserve importante : le principe s'applique à des salariés placés dans une situation identique. L'identité de situation fixe le périmètre d'application de l'égalité. Ainsi, la formulation du principe est trompeuse : deux salariés occupés à des tâches identiques dans une même entreprise peuvent légitimement percevoir des salaires différents, mais la Cour de cassation exige, d'une part, que cette différence soit justifiée par l'employeur et en déduit un renversement de la charge de la preuve, d'autre part, que les justifications soient objectives et vérifiables.

Au fil du temps, la Cour a même augmenté ses exigences, puisqu'elle a, dans un premier temps, exigé des justifications objectives, puis des justifications objectives et pertinentes, et, enfin, que ces justifications soient appréciées « *in concreto* » par le juge, qui doit en contrôler concrètement la pertinence.

C'est la question de l'identification de ces différences de situations autorisant des différences de rémunération qui doit occuper notre assemblée et qui a suscité le plus de difficultés, le plus de jurisprudence et le plus de littérature. Cette difficulté était, selon Antoine Lyon-Caen⁽⁹⁾, prévisible : « *au lendemain de l'arrêt X... [du 29 octobre 1996], chacun sentait plus ou moins que la portée de la règle énoncée dépendait et dépendrait de la conception des similitudes et des différences de situations. Au demeurant, toute règle d'égalité est exposée à cette difficulté* ».

Le droit européen retient que des « *raisons économiques objectivement justifiées* » (CJCE, X..., 27 octobre 1993, affaire C-127/92) peuvent fonder une « *différence de rémunération entre deux fonctions de valeur égale* ».

Le juge communautaire se borne à poser le principe des justifications possibles, et c'est à la juridiction nationale qu'il renvoie le soin « *d'apprécier, au regard de ses propres valeurs, la pertinence des arguments économiques invoqués par l'employeur* ». Il faut préciser cependant que le droit européen adopte une conception limitative du motif économique, présentant quelques analogies avec le motif économique en droit interne. Ainsi, « *un employeur ne saurait justifier une discrimination qui ressort d'un régime de travail à temps partagé au seul motif que l'élimination d'une telle discrimination entraînerait une augmentation de ses frais* » (CJCE, 17 juin 1998, Kathleen X..., affaire C-243/95, point 40).

La jurisprudence européenne admet également que des raisons liées à la personne du salarié justi-

(9) Lyon-Caen Antoine, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

fient une différence de rémunération. Sont ainsi admis « si on les rapporte aux besoins et aux objectifs de l'entreprise, différents critères, tels que la formation professionnelle ou encore l'ancienneté du travailleur » (affaire [X... du 27 octobre 1993, n° C-127/92], déjà citée).

Il est à noter que, pour justifier une différence de rémunération, le droit américain retient la notion d'« affirmative defence », qui comprend, à titre principal, l'ancienneté, le mérite, la productivité ou la qualité de travail fourni, et que l'on peut traduire par l'expression « justification positive ». L'intérêt de cette formule est de montrer que n'importe quel élément objectif ne peut pas être retenu à titre de justification d'une différence de rémunération. Le contrôle du juge reste essentiel. Il doit contrôler que la différence de rémunération n'est pas constitutive d'une inégalité de traitement, mais qu'au contraire, elle a pour objet et pour effet de rétablir l'inégalité menacée.

Les justifications d'une différence de rémunération admises par la Cour de cassation sont assez nombreuses.

Selon le rapport de M. Gosselin, rédigé en vue de l'arrêt de la chambre sociale du 15 mai 2007 (Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75), « la chambre sociale admet qu'il n'y ait pas violation du principe « à travail égal, salaire égal » lorsque soit les salariés ne sont pas dans une situation identique à celle des salariés auxquels ils se comparent, soit des éléments objectifs justifient un traitement différent si les salariés sont dans des situations identiques ». Néanmoins, à la lecture des arrêts, il n'est pas certain que la jurisprudence opère une distinction tranchée entre les cas où la situation est identique mais des éléments objectifs justifient une différence de traitement, et entre les cas où l'employeur justifie par des éléments objectifs que la situation est différente.

Thérèse Aubert-Monpeyssen estime que leur multiplication a vidé de sa substance le principe et regrette « le laconisme excessif de certaines décisions »⁽¹⁰⁾. Elle remarque cependant que les dernières décisions de la chambre sociale rendues en la matière apportent plus de précisions sur les justifications retenues.

Certains auteurs⁽¹¹⁾ estiment « qu'il est malaisé d'identifier la teneur actuelle de ce principe à partir de ce qu'en déduisent les arrêts ».

Dans son commentaire de l'arrêt [X... du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359], Antoine Lyon-Caen remarquait déjà⁽¹²⁾ : « il faudra bien en passer par des critères » et ce que « l'arrêt du 29 octobre devrait apporter à terme, c'est beaucoup moins une différenciation restreinte qu'une différenciation rationalisée et explicite des rémunérations. »

Nous rechercherons donc les éléments objectifs justifiant, dans la jurisprudence, une différence de rémunération, et plus particulièrement la différence de statut juridique comme justification d'une différence de traitement, puisque c'est celle-ci qui est en cause dans le pourvoi soumis à l'assemblée plénière.

– *Éléments objectifs justifiant une différence de rémunération*

Antoine Lyon-Caen⁽¹³⁾ doute qu'un classement des raisons objectives justifiant une différence de traitement soit possible, il écrit même que « leur variété décourage toute quête sérieuse de typologie ». Il reproche à la Cour de cassation de ne pas exiger, en réalité, de véritables justifications, mais de se contenter de simples explications.

Geneviève Pignarre⁽¹⁴⁾ souligne de son côté que la souplesse des concepts utilisés par la chambre sociale est telle que la marge laissée à l'interprétation s'en trouve accrue, suscitant chez les salariés le désir de saisir la justice dans l'espoir d'obtenir une décision qui les satisfasse.

On peut tenter de lister les justifications objectives admises par la Cour de cassation de la manière suivante :

– *La compensation d'un préjudice*

1. Salarié embauché avant ou après un accord sur la réduction du temps de travail (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 347) ;

2. Sacrifice accepté lors d'une restructuration (Soc., 17 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 195) ;

3. Salarié embauché avant ou après la mise en oeuvre d'un accord collectif organisant les modalités de rémunérations.

Soc., 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.212 : « Attendu cependant que ne reconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal", dont s'inspirent les articles L. 22-3-3, L. 133-5 4, L. 136-2 8 et L. 140-2 du code du travail, l'employeur qui justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ;

Et attendu qu'un salarié engagé postérieurement à la mise en oeuvre d'un accord collectif organisant le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord et subissant, du fait de la modification de la structure de leur rémunération, une diminution de leur salaire de base que l'attribution de l'indemnité différentielle a pour objet de compenser » (Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 02-45.480 ; Soc., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 320) ;

(10) Aubert-Monpeyssen Thérèse, « Principe à travail égal, salaire égal, quels éléments justifient une différence de rémunération ? » JCP éd. E, n° 30, 26 juillet 2007, 1960.

(11) Pelissier Jean, Supiot Alain, Jemmaud Antoine, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^e édition, collection Droit privé, n° 1027.

(12) « De l'égalité de traitement en matière salariale, à propos de l'arrêt X..., Soc., 29 octobre 1996 », *Droit Social* n° 12, 1996, p. 1013.

(13) Lyon-Caen Antoine, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

(14) Pignarre Geneviève, « Que reste-t-il du principe "à travail égal, salaire égal" ? application de la règle en cas de disparités organisées par le statut collectif dans la même entreprise », note sous Soc., 11 juillet 2007 (pourvoi n° 06-42.128), *RTD* 2007, p. 661.

4. Le maintien des avantages acquis.

Soc., 11 juillet 2007, *Bull.* 2007, V, n° 119 : « *Au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux, à la seule exception de celles résultant, pour les salariés engagés avant la dénonciation, des avantages individuels acquis par ceux-ci conformément à l'article L. 132-8, alinéa 6, du code du travail, lesquels ont pour objet de compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la dénonciation de l'accord collectif dont ils tiraient ces avantages.* »

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui, constatant que les salariés demandeurs avaient été engagés après la date de dénonciation de l'accord, a rejeté leur demande de bénéficier de la rémunération résultant, pour les salariés engagés avant cette date, du maintien de leurs avantages individuels acquis. »

Pour Geneviève Pignarre⁽¹⁵⁾, si l'idée de compensation du préjudice est l'un des critères utilisés par la cour régulatrice pour justifier la différence de traitement, ce critère est utilisé à tort en l'espèce. En effet, selon elle, si l'article L. 132-8, alinéa 6, devenu l'article L. 2261-13 du nouveau code du travail, prévoit que « *lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai* », c'est pour permettre aux salariés de conserver certaines garanties acquises sous l'empire de l'accord collectif dénoncé, garanties pérennisées par le truchement du mécanisme de l'incorporation, et non pour réparer un préjudice quelconque.

Soc., 4 décembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 203 : Hélène Tissandier⁽¹⁶⁾ reproche à ce dernier arrêt d'assimiler le maintien des avantages acquis prévu par la loi (application de l'article L. 132-8, alinéa 6, devenu l'article L. 2261-13 du nouveau code du travail) et le maintien des avantages acquis par le jeu d'un accord collectif d'adaptation ;

5. Le maintien d'une rémunération alors qu'il y a eu déclassement d'emploi : Soc., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-41.414.

La décision justifiée par « des considérations liées à l'intérêt de l'entreprise »

Antoine Lyon-Caen comme Danielle Corrignan-Carsin⁽¹⁷⁾ remarquent que certaines décisions pren-

nent en compte, sans le dire expressément, l'intérêt de l'entreprise. Cette jurisprudence semble se rapprocher de celle du Conseil d'Etat, qui admet, on l'a vu, que des différences de traitement soient fondées sur l'intérêt général ou l'intérêt public.

1. Différence de nationalité pour contribuer à la création d'un pôle d'excellence.

Soc., 9 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 312 : « *Une inégalité de traitement entre des salariés peut être justifiée lorsqu'elle repose sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée.* »

Il résulte des dispositions combinées du préambule de la Convention de Paris du 16 décembre 1988 relative à la construction et à l'exploitation d'une installation européenne de rayonnement Synchrotron, de la résolution numéro 2 jointe à l'acte final, des articles 12 et 25 des statuts de la société Installation européenne de rayonnement synchrotron annexés à ladite Convention et 50 de la convention d'entreprise de la société précitée, dans sa rédaction applicable, que si la prime d'expatriation introduit une différence de traitement entre les salariés français et les salariés étrangers, cette inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international. Dès lors, l'avantage conféré aux salariés étrangers reposait sur une raison objective, étrangère à toute discrimination en raison de la nationalité. »

2. Différence pour éviter la fermeture d'un établissement : Soc., 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 206.

Différence justifiée par des parcours professionnels différents

Soc., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, n° 160 : « *Des accords collectifs peuvent, sans méconnaître le principe "à travail égal, salaire égal", prendre en compte, pour le calcul des rémunérations, le parcours professionnel spécifique de certains salariés bénéficiant d'une promotion. D'autres salariés n'ayant pas eu le même parcours professionnel mais occupant le même emploi et percevant une rémunération moindre ne sont dès lors pas fondés à soutenir qu'ils auraient été victimes d'une inégalité salariale, en violation du principe précité, par rapport à leurs collègues promus.* »

Selon Geneviève Pignarre⁽¹⁸⁾, cet arrêt suscite de sérieuses réserves, du fait qu'il libéralise l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* ». Elle considère que, sous couvert de l'existence de parcours professionnels dont la spécificité était ici « *plus décrétée qu'avérée* », les hauts magistrats n'ont pas craint de déplacer l'objet du litige pour opérer le constat que les salariés ne se trouvaient pas dans une situation identique (Voir aussi : Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-43.211 ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 05-44.503 ; Soc., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-43.566 ; Soc., 28 novembre 2006, pour-

(15) Pignarre Geneviève, « Que reste-t-il du principe "à travail égal, salaire égal" ? application de la règle en cas de disparités organisées par le statut collectif dans la même entreprise », note sous Soc., 11 juillet 2007 (pourvoi n° 06-42.128), *RTD* 2007, p. 661.

(16) Tissandier Hélène, « Principe "à travail égal, salaire égal" et avantages individuels acquis : la confusion des genres ? » note sous Soc., 4 décembre 2007 (pourvoi n° 06-44.041), *RDT* 2008, p. 115.

(17) Corrignan-Carsin Danielle, « Un nouvel embauché n'est pas fondé à invoquer une violation du principe "à travail égal, salaire égal", des "raisons objectives" justifiant la différence de rémunération », *JCP* 2006, éd. G, n° 5, II, 10017.

(18) Pignarre Geneviève, « Une inégalité de rémunération peut être justifiée par une différence dans les parcours professionnels », *RTD* 2006, p. 108.

voi n° 05-44.134 ; Soc., 14 mars 2007, pourvoi n° 06-41.932 ; Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-41.472 ; Soc., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.425 ; Soc., 3 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.598).

Cependant, la Cour est devenue plus exigeante, réclamant une appréciation *in concreto* des éléments justificatifs et, désormais, une différence de parcours professionnel ne justifie plus, à elle seule, une différence de traitement (Soc., 20 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 39).

– *L'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte par une prime spéciale*

Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.795 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte dans une prime spéciale, et l'expérience acquise peuvent justifier une différence de rémunération, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

(Soc., 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.054 ; Soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-40.866).

L'expérience professionnelle acquise : Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 03-42.033 ; Soc., 15 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 340 ; Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.795.

– *Différence de compétence reconnue de manière transparente* : Soc., 17 octobre 2006, pourvoi n° 05-40.393.

L'analyse de la jurisprudence précitée montre que la chambre sociale a d'abord exigé des juges du fond un contrôle de la pertinence de l'élément objectif, ce qui laisse entendre qu'un élément objectif, vérifiable, ne serait pas nécessairement considéré comme pertinent par les magistrats, puis qu'elle a marqué une étape importante en donnant mission au juge de contrôler concrètement la réalité de la pertinence des raisons objectives invoquées par l'employeur.

C'est d'abord un arrêt du 21 février 2007 qui introduit l'exigence d'une appréciation *in concreto* par les juges (Soc., 21 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 27). Cet arrêt a été suivi par deux arrêts importants du 15 mai 2007, qui confirment cette évolution et posent l'obligation pour les juges du fond de « *rechercher concrètement si les différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables*. »

Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75 : « *Une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération. Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui justifie les différences de rémunération existant entre des salariés exerçant les mêmes fonctions de formateurs par le seul fait que certains sont sous contrat à durée indéterminée tandis que les autres sont des salariés "occasionnels", sans rechercher concrètement si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables*. »

Dans cet arrêt du 15 mai 2007, la chambre sociale affirme l'exigence d'une justification objective et pertinente des différences de rémunérations suscep-

tibles de légitimer des entorses au principe d'égalité de traitement. La chambre sociale reproche aux juges du fond d'avoir vérifié superficiellement l'existence de motifs, sans procéder à un véritable contrôle de ceux-ci. La Cour de cassation précise que, pour constituer des dérogations admissibles au principe « *à travail égal, salaire égal* », les motifs invoqués par l'employeur doivent constituer des « *raisons objectives matériellement vérifiables, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ».

Pour Christophe Rade⁽¹⁹⁾, la Cour de cassation manifeste par cet arrêt la volonté de ne pas se laisser enfermer dans une logique trop formelle où certaines justifications seraient *a priori* admises, sans que le juge ne vérifie que cette justification était effectivement de nature à fonder la différence de traitement relevée.

Une autre illustration de cette nouvelle exigence se retrouve dans un arrêt ultérieur : Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.742. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel car elle estime qu'elle aurait dû procéder à une analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de la demanderesse avec celles des autres membres du comité de direction et rechercher, comme il le lui était demandé, si les fonctions respectives exercées par les uns et les autres étaient de valeur égale.

De la même manière, c'est son raisonnement abstrait que la Cour de cassation reproche à la cour d'appel dans un arrêt du 20 février 2008.

Soc., 12 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 36 : « *Au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un engagement unilatéral ne saurait justifier des différences de traitement entre eux*. »

Il n'est pas possible, non plus, de considérer que la différence de catégorie professionnelle est, *a priori*, quelle que soit la situation, de nature à justifier une différence de traitement (Soc., 20 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 39).

A la lumière de cette jurisprudence qui s'est affirmée au cours du temps et que la cour de renvoi a utilisé, comment doit-on répondre à la question, posée par le pourvoi, de l'incidence de la différence de statut juridique public/privé sur l'égalité de traitement ?

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rechercher si une différence de situation juridique pouvait justifier une différence de traitement.

Soc., 28 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 152 : « *Il n'y a pas méconnaissance du principe "à travail égal, salaire égal" lorsque l'employeur justifie par des raisons objectives la différence de rémunérations allouées aux salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale ; et, pour l'application de ce principe, la rémunération d'un même emploi, à condition de ne pas être inférieure à celle d'un salarié occupant cet emploi sous un*

(19) Rade Christophe, observations sous Soc., 15 mai 2007, *Droit social*, n° 7/8, p. 896.

contrat de travail à durée indéterminée, peut tenir compte de la situation juridique du salarié dans l'entreprise. Le statut d'intermittent du spectacle d'un salarié, ainsi que son ancienneté non prise en compte par ailleurs, peuvent dès lors justifier à son profit une différence de rémunération par rapport à un autre salarié occupant un même emploi mais bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée ».

Cette solution était, selon Jean-François Cesaro⁽²⁰⁾, justifiée par la précarité résultant de la situation juridique du salarié : le salarié répondait aux besoins de flexibilité de son employeur et ne pouvait espérer une progression de sa rémunération fondée sur l'ancienneté. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, s'étaient ici attachés à montrer que les salariés, moins bien rémunérés, se trouvaient dans une meilleure situation, étant « *intégrés au personnel permanent de la société* » et bénéficiant « *d'avantages tels que la mutuelle, les tickets-restaurants ou le plan épargne entreprise* ».

Antoine Lyon-Caen⁽²¹⁾, s'il estime légitime de rémunérer la précarité, reproche à la chambre sociale de ne pas indiquer en quoi consiste, dans une telle hypothèse, la différence de situation. Selon lui, la situation juridique peut difficilement constituer un repère pour qui s'efforce de comprendre ce que peut recouvrir une différence admissible de rémunération, car tout ou presque définit la situation juridique du travailleur. Il estime qu'entendue de manière large, l'expression ouvre la voie à une interprétation de la règle tendue vers une généralisation des différences légitimes. « *Chaque fois en effet que par voie d'accord individuel, ou par décision unilatérale, là où la loi ou la convention collective la rend possible, un salarié connaît une condition de travail, d'emploi, ou de rémunération spéciale, ou plutôt différente de celle que connaît son homologue, sa situation juridique est, par comparaison, singulière* ». L'usage légitime fait des possibilités, fondées en droit, de singulariser un rapport d'emploi suffirait ainsi à satisfaire les exigences de la règle « *à travail égal, salaire égal* ». Il souligne qu'il n'est pas sûr que la Cour de cassation envisage une règle aussi évanescence, mais considère que l'expression qu'elle consacre peut conduire à ce résultat. Cet auteur aurait préféré qu'en l'espèce, la Cour admette comme élément objectif, justifiant la différence de traitement entre salariés, le fait que les uns étaient sous contrat à durée déterminée et les autres sous contrat à durée indéterminée, cette différence ayant une portée bien moindre que la différence fondée sur la situation juridique.

De même, pour une affaire concernant précisément le « *complément Poste* » :

Soc., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-44.626 : « *Mais attendu que les salariés agents de droit privé dont la rémunération résulte de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires*

avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement ; que la cour d'appel a ainsi, à bon droit, écarté l'application du principe "à travail égal, salaire égal" s'agissant de la prime dite complément Poste ».

Christophe Rade écrit⁽²²⁾ que la lecture de ces deux arrêts ne permettait pas de répondre à la question de savoir si la différence de situation juridique constituait une justification suffisante ou si elle devait être complétée par d'autres éléments puisque, dans la première affaire, la Cour avait indiqué que le juge « *peut tenir compte* » de ce critère (Soc., 28 avril 2006) et, dans la seconde, qu'une cour d'appel justifie « *à bon droit* » une différence de traitement par l'analyse de la différence de statut dans l'entreprise (Soc., 20 mars 2007). Il estimait alors qu'une clarification de la position de la Haute juridiction sur le caractère suffisant ou non du critère de la différence de « *situation juridique* » s'imposait.

L'arrêt contre lequel se rebelle la cour d'appel de Grenoble (Soc., 21 décembre 2006) comme l'arrêt précédent (Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-43.026) adoptant la même solution s'inscrit dans cette jurisprudence.

Michel Morand⁽²³⁾ interprète ces arrêts comme signifiant que « *le principe à travail égal, salaire égal ne s'applique qu'à des salariés régis par le code du travail. L'existence de différenciation de rémunération entre agents de droit privé et fonctionnaires (de la poste) peut se justifier par la différence de situation entre ces personnes* ».

L'arrêt déjà cité du 15 mai 2007 (Soc., 15 mai 2007, Bull. 2007, V, n° 75) est-il venu modifier cette position ?⁽²⁴⁾ Rappelons-en les termes :

« *Une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération. Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui justifie les différences de rémunération existant entre des salariés exerçant les mêmes fonctions de formateurs par le seul fait que certains sont sous contrat à durée indéterminée tandis que les autres sont des salariés "occasionnels", sans rechercher concrètement si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables ».*

La cour d'appel avançait comme motif principal que « *les règles applicables variant selon le statut des personnes dispensant des heures de formation, on ne pouvait considérer qu'un formateur occasionnel se trouvait dans une situation identique à celle d'un salarié sous contrat à durée indéterminée* ». Cette affirmation, parce qu'elle semblait érigée en principe, était contestable. L'arrêt était d'autant plus critiquable, selon Jean-François Cesaro⁽²⁵⁾, que les juges du

(22) Rade Christophe, observations sous Soc., 15 mai 2007, *Droit social*, n° 7/8, p. 896.

(23) Morand Michel, « Le principe à travail égal, salaire égal », *Lamy Liaisons sociales*, Thématis, mai 2008.

(24) Il est à noter que cet arrêt est postérieur à l'arrêt contre lequel la cour d'appel se rebelle.

(25) *Op. cit.*

(20) Cesaro Jean-François, « Différence de statut, différence de salaire et devoir de motivation », *JCP* n° 48, 27 novembre 2007, 1909.

(21) Lyon-Caen Antoine, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

fond ne précisait pas clairement les conséquences pratiques de la différence de statut qu'ils avaient relevée. Ils semblaient, à cet égard, se fonder sur des possibilités et non des certitudes (on lit dans leurs motifs que la différence de statut « peut s'expliquer par la précarité »...).

L'arrêt est cassé pour manque de base légale, la Cour considérant que le défaut de motivation ne lui permet pas de vérifier que la différence de traitement reposait sur des raisons objectives. Cet arrêt apporte une précision à l'attention des juges du fond : « ils sont invités à se livrer à une véritable casuistique de manière très empirique »⁽²⁶⁾. Ainsi, une différence de statut, dès lors que ses conséquences sont clairement et concrètement présentées par le jugement ou l'arrêt, permettrait de fonder une différence de rémunération.

Christophe Rade⁽²⁷⁾ note que, dans cet arrêt, la notion de « statut juridique » a été préférée à celle de « situation » juridique jusque-là employée, ce qui lui semble préférable. Le « statut juridique » renvoie en effet de manière plus globale au régime auquel se trouvent soumis les salariés, compte tenu de la qualification de leur contrat, et intègre bien entendu la précarité de l'emploi. Cette notion est donc plus précise que celle de « situation » juridique, et fait référence à une analyse de la relation de travail aujourd'hui communément admise, même dans le secteur privé.

C'est précisément l'incidence de la différence de statut juridique qui est en cause dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière. Particulièrement, en l'espèce, l'appartenance au secteur public ou au secteur privé d'une même entreprise constitue-t-elle un élément objectif suffisant ?

La réponse positive de la chambre sociale à cette question résulte de plusieurs arrêts intervenus avant et après l'arrêt ayant provoqué la position contraire de la cour de Grenoble.

La chambre avait statué en ce sens, précisément pour des salariés de La Poste, dans un arrêt du 8 octobre 2003 (pourvois n° 01-42.409 à 01-42.424), puis dans un arrêt du 11 octobre 2005 déjà cité (pourvoi n° 04-43.026) :

« Attendu que, selon les jugements attaqués (conseil de prud'hommes, Lyon, 6 février 2004) la direction générale de La Poste a décidé de regrouper l'ensemble des primes et indemnités versées à son personnel sous la forme d'un complément indemnitaire dit « complément Poste », en 1993 pour les agents fonctionnaires, puis en 1995 pour les agents contractuels ; que, revendiquant le versement d'une prime bi-annuelle versée aux seuls agents fonctionnaires, Mme X... et trois autres agents contractuels ont saisi le conseil de prud'hommes aux fins d'en obtenir le paiement ;

Sur le second moyen : attendu que les salariés font encore grief aux jugements attaqués d'avoir violé le principe "à travail égal, salaire égal" ;

Mais attendu que le conseil de prud'hommes, ayant relevé que les salariés, agents de droit privé dont la rémunération résultait de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective, ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé. »

Elle a encore statué dans ce sens dans un arrêt postérieur du 20 mars 2007 (déjà cité, pourvoi n° 05-44.626) :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 7 juillet 2005), qu'après avoir été engagés en juin 1988 et novembre 1985 en qualité d'agents contractuels de droit public par La Poste, MM. X... et Y... ont, le 15 septembre 1992, opté pour le statut d'agent de droit privé autorisé par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 ; qu'ils ont engagé une action prud'homale tendant à obtenir un rappel de salaire au titre de leur ancienneté, d'une part, et au titre du "complément Poste", d'autre part ;

Mais attendu que les salariés, agents de droit privé dont la rémunération résulte de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective, ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement, que la cour d'appel a ainsi, à bon droit, écarté l'application du principe "à travail égal, salaire égal", s'agissant de la prime dite "complément Poste". »

Ces décisions, l'une de cassation, l'autre de rejet, montrent qu'il existe une différence d'interprétation parmi les juges du fond sur la notion de situation identique ou équivalente.

On peut trouver un complément d'explication à la position de la chambre sociale dans un arrêt du 1^{er} juin 2005 (Bull. 2005, V, n° 185) :

« Attendu cependant qu'au sein d'une unité économique et sociale, qui est composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans constater que l'une de ces dernières conditions était remplie, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

On peut en déduire que la comparaison n'est possible que si les salariés sont soumis à un même régime légal ou conventionnel et si les salariés accomplissent leur travail dans un même établissement.

Cette affaire ne concerne pas une différence entre salariés de droit privé et fonctionnaires, mais, en la transposant dans la présente affaire du « complément Poste », on peut considérer que la justification de la différence de traitement résiderait dans le fait que les conditions de rémunération des fonction-

(26) Rade Christophe, observations sous Soc., 15 mai 2007, *Droit social*, n° 7/8, p. 896.

(27) *Op. cit.*

naires sont réglées dans le cadre de la loi, tandis que celles des salariés de droit privé sont fixées par des accords collectifs.

La chambre sociale a admis en d'autres occasions que l'application de la loi pouvait justifier une différence de traitement. Ainsi, dans un récent arrêt du 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-42.717, elle a retenu, au visa de l'article L. 1224-1 du code du travail, qu'une cour d'appel devait rechercher si la différence de traitement n'était pas justifiée par l'obligation dans laquelle se trouvait un cessionnaire de maintenir au profit des salariés repris les droits qu'ils tenaient de leur contrat de travail au jour du transfert. On peut également citer l'arrêt déjà évoqué de la CJCE, selon lequel il convient d'exclure toute comparaison lorsque les différences de rémunération « ne peuvent être attribuées à une source unique » et qu'« il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement » (CJCE, 17 septembre 2002, affaire C-320/00, X... e.a.).

En l'espèce, il est cependant démontré que la différence de traitement a pu être supprimée par les dirigeants de La Poste à la suite des négociations salariales conduites pour la rémunération des salariés de droit privé, et le décret du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste (articles 5 et 12) donne compétence au conseil d'administration et à son président, dans le respect des statuts particuliers des personnels fonctionnaires, pour définir la nature des primes et indemnités des personnels, à l'exclusion de celles liées à la qualité d'agents de droit public. Le conseil d'administration et son président ont également compétence pour définir les primes des salariés de droit privé. Il existe donc une entité unique compétente pour définir certains éléments seulement de la rémunération des deux catégories de salariés.

Pour la cour d'appel de Grenoble, la différence de traitement ne peut être justifiée par la seule différence de statut juridique. Cette position peut s'appuyer sur l'arrêt (déjà cité) de la chambre sociale postérieur à l'arrêt ayant provoqué la saisine de la cour de Grenoble : Soc., 15 mai 2007 (pourvois n° 05-42.894 et 05-42.895, Bull. 2007, V, n° 75) :

« Attendu que pour juger qu'il n'y avait pas eu violation par l'employeur du principe "à travail égal, salaire égal", les arrêts retiennent que les règles applicables variant selon le statut des personnes dispensant des heures de formation, il ne peut être considéré qu'un formateur occasionnel se trouve dans une situation identique à celle d'un salarié sous contrat à durée indéterminée ; que, par suite, un taux horaire plus important payé à un formateur occasionnel ou à un formateur vacataire peut s'expliquer notamment par la précarité de leur situation, l'absence du déroulement de carrière prévu à l'article 22 de la convention collective, la nécessité de prendre en compte le temps de préparation ou le régime applicable de cotisations sociales ; que, de même, il peut être pris en compte des raisons objectives liées au statut de formateur,

telles des diplômes ou sa compétence notoire ou la difficulté de la formation assurée, comme par exemple une préparation à des concours ;

Attendu, cependant, d'une part, qu'une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération ; d'autre part, qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs généraux, sans rechercher concrètement si les différences de rémunération constatées étaient justifiées en l'espèce par des raisons objectives matériellement vérifiables, la cour d'appel a privé sa décision de base légale, au regard du principe susvisé. »

Cet arrêt précise bien que la différence de statut juridique ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération et ajoute que si les salariés sont placés dans la même situation, la différence de traitement doit reposer sur des raisons objectives.

On peut voir dans cette décision une contradiction avec l'arrêt de la même chambre rendu dans la présente affaire, puisque la chambre sociale avait alors jugé que les salariés de droit privé et les fonctionnaires (ayant donc des statuts juridiques différents) ne se trouvaient pas dans une situation identique.

Le seul fait que l'on soit en présence de salariés de droit privé et de fonctionnaires justifie-t-il cette contradiction apparente ?

Si nous admettons que la différence de statut doit, pour ce qui concerne la différence de traitement, s'apprécier au sein d'un même groupe de salariés soumis au code du travail, nous serons conduits à casser la décision de la cour d'appel de Grenoble, qui a fait une comparaison entre salariés de droit privé et fonctionnaires ; à l'inverse, si nous considérons qu'aucune différence de statut juridique ne justifie, à elle seule, une différence de situation entraînant une possible différence de traitement, nous approuverons la cour de renvoi, puisque La Poste, sur qui pèse la charge de la preuve, n'invoquait aucune autre raison objective matériellement vérifiable.

Une décision claire s'impose pour éviter les différences d'interprétation déjà signalées dans un domaine où il existe encore de nombreuses situations de salariés ayant des statuts juridiques différents (droit privé/fonctionnaires) et exerçant une activité similaire.

Si l'assemblée plénière décide de rejeter la première branche du moyen, elle devra statuer sur la seconde.

M. X... soutient l'irrecevabilité pour nouveauté du moyen sur ce point, en faisant valoir que La Poste n'avait pas contesté devant les juges du fond la compétence du juge judiciaire pour apprécier le respect, par

les décisions du conseil d'administration de La Poste, du principe « à travail égal salaire égal ».

Il résulte des conclusions de La Poste devant la cour d'appel que cet établissement avait renoncé à débattre de la compétence des juridictions judiciai-

res dans le litige et qu'il reconnaissait la compétence de la cour d'appel de renvoi.

Par ailleurs, seules les juridictions judiciaires ont compétence pour statuer sur les difficultés opposant des salariés de droit privé à leur employeur.

Avis de Mme Petit

Premier avocat général

« Les choses qui sont semblables doivent être traitées semblablement
alors qu'il faut traiter des choses dissemblables en proportion de leur dissemblance ».

Aristote, Ethique à Nicomaque

Introduction

La notion d'égalité a-t-elle sa place en droit du travail ?

Le principe d'égalité paraît constituer un droit fondamental éminemment relatif, ce qui est heureux dans la mesure où retenir une conception absolue de l'égalité est susceptible de conduire à une situation d'insécurité juridique complète.

C'est pourquoi le Conseil constitutionnel, s'inspirant de la philosophie aristotélicienne, considère que le principe d'égalité « *n'interdit pas que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni (...) qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

Partageant cette vision, le professeur Antoine Lyon-Caen souligne que le droit du travail répudie l'égalité juridique pour prendre en compte des inégalités de fait, dépourvues jusqu'alors de pertinence juridique, et ce, d'une part, par l'octroi de droits particuliers discriminatoires en faveur des salariés, d'autre part, par l'institution de rapports contractuels collectifs⁽¹⁾.

On sait que le droit du travail s'est bâti sur la base d'inégalités primaires, verticales entre employeur et travailleur et inégalités horizontales entre travailleurs par le contrat de travail, en sorte qu'il serait « *le programme juridique dont ces inégalités constituent la raison d'être* » ; c'est d'ailleurs pourquoi on le qualifie souvent de « *droit de correction* ».

Le principe d'égalité est donc à multiples facettes...

Principe fondateur de la démocratie, indissolublement lié à celui de la liberté, il couvre un large éventail de normes, au sommet desquelles figure l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* »

Egalement consacré par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ainsi que par l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958, le principe d'égalité est plus connu au niveau international sous le concept préféré de non-discrimi-

nation, dont l'objectif initial a été, au premier chef, l'instauration de l'égalité entre les hommes et les femmes.

L'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, les pactes onusiens de 1966, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne condamnent unanimement toute discrimination résultant de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, de l'opinion, de la naissance...

Bien évidemment, le champ de la relation du travail constitue le domaine premier de la lutte contre ces discriminations. Peu à peu, des pans entiers du droit du travail sont soumis au principe d'égalité, écrit Philippe Wacquet, qui va même jusqu'à évoquer « *un envahissement* »⁽²⁾.

Variante de l'exigence du principe d'égalité, l'égalité de traitement en constitue une version atténuée⁽³⁾, puisqu'elle n'emporte pas les mêmes droits, avantages, obligations ou contraintes et n'exclut pas différence et distinction⁽⁴⁾. Son domaine de pré-dilection est là aussi l'égalité de traitement en matière professionnelle entre les hommes et les femmes, la Convention de l'OIT du 29 juin 1951 posant le principe d'égalité de rémunération entre la main-d'oeuvre masculine et la main-d'oeuvre féminine pour un travail de valeur égale.

Dans la même lignée, le Traité de Rome impose aux Etats membres, par l'article 119, devenu l'article 141 du Traité CE, d'appliquer le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour le même travail ou, depuis le Traité d'Amsterdam, pour « *un travail de même nature* »⁽⁵⁾.

Le rayonnement du principe d'égalité de traitement dans les relations du travail, et tout particulièrement en matière de rémunération dans l'entreprise, a pénétré notre législation interne sous la forme de l'adage « *à travail égal, salaire égal* », transcrit dans les articles L. 133-5 4^o, L. 136-2 8^o et L. 140-2 du code du travail, dorénavant L. 2261-22, L. 2271-1 et L. 1121-1.

(2) Cf. p. 10, Wacquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Droit social* 2003, p. 276.

(3) Cf. A. Janneaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Droit social* 2004, p. 698.

(4) Cf. G. Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Droit social* 2006, p. 822.

(5) Cf. étude sur l'égalité des salariés en droit du travail : P. Dailly, *Rapport annuel Cour de cassation* 2003, La Documentation française.

(1) Cf. A. Lyon-Caen, *Droit social*, 1990, p. 68 et s.

Le pourvoi qui légitime la réunion de l'assemblée plénière de votre Cour pose la question de principe suivante :

Au regard de la portée de la règle « à travail égal, salaire égal », l'établissement public à caractère industriel et commercial de La Poste est-il tenu de verser le même « complément Poste »⁽⁶⁾ aux deux catégories d'agents qui coexistent en son sein – les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé – lorsqu'ils exercent des fonctions similaires ?

Rappel des faits et de la procédure

La loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 a transformé le statut de La Poste. D'exploitant public, elle est désormais un établissement à caractère de droit public, placé sous la tutelle du ministre chargé de la poste et des télécommunications et reconnue par le Conseil d'Etat⁽⁷⁾ comme EPIC.

L'article 29 de la loi du 2 juillet 1990 dispose : « les personnels de La Poste... sont régis par des statuts particuliers pris en application de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, et de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat... » ; l'article 31 de la même loi prévoit que « lorsque les exigences particulières de l'organisation de certains services ou la spécificité de certaines fonctions le justifient, les exploitants publics peuvent employer, sous le régime des conventions collectives, des agents contractuels, dans le cadre des orientations fixées par le contrat de plan ».

Le dernier rapport social de La Poste, établi au 31 décembre 2007, indique que, sur un effectif total de 279 755 salariés, on dénombre 163 398 fonctionnaires et 103 794 agents titulaires d'un contrat à durée indéterminée, enfin 12 603 agents titulaires d'un contrat à durée déterminée. La Poste ne recrute plus d'agents fonctionnaires depuis l'année 2001.

Les statuts des corps et grades de l'ancienne administration des PTT ont dû être modifiés, afin de prendre en considération leur rattachement à la nouvelle personne publique de La Poste. Cela a donné lieu à la création de corps et grades de reclassement ainsi qu'à des reclassifications.

Conformément aux dispositions de l'article 5 du décret du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste, le conseil d'administration définit et conduit la politique générale de La Poste conformément aux orientations fixées par le gouvernement et dans le respect des règles précisées par les statuts particuliers des personnels fonctionnaires... Il approuve le niveau et la structure des effectifs, définit la nature des primes et indemnités des personnes, à l'exclusion de celles liées à la qualité d'agent de droit public.

Dans sa séance du 27 avril 1993, le conseil d'administration de La Poste a approuvé le principe de la

création d'un complément indemnitaire Poste ayant vocation à regrouper, parmi les primes et indemnités existantes, celles qui constituaient un complément de rémunération ; ce complément devait concerner tous les agents, qu'ils soient ou non fonctionnaires, et être mis en oeuvre progressivement selon des modalités à négocier avec les organisations syndicales, suivant un calendrier cohérent avec le processus de reclassification.

L'instruction du 3 août 1993, portant création et modalités d'application du « complément indemnitaire poste », a précisé que sa mise en oeuvre a pour objet d'ajouter, aux éléments traditionnellement mensualisés, les primes et indemnités versées périodiquement et limitativement énumérées.

Cette mise en oeuvre s'est opérée en trois phases, la première concernant les cadres supérieurs, les cadres et les chefs d'établissement, la deuxième phase, prévue par une instruction du 25 février 1994, complétant la précédente, visant les personnels titulaires fonctionnaires autres que ceux déjà mensualisés par la première instruction et précisant :

« Pour les personnels rattachés à cette seconde phase, l'intégration des primes et indemnités s'effectue ainsi qu'il suit :

– les primes et indemnités retenues seront totalisées (y compris la prime de résultat d'exploitation) pour leur montant annuel (référence 1993) ;

– de ce montant, sera déduite une somme forfaitaire, identique pour tous, de 4 500 francs pour 1994 ;

– le montant annuel restant sera mensualisé pour le douzième de sa valeur ;

– en mars et en septembre, en sus du complément mensuel, chaque agent percevra une somme de 2 250 francs. »

La troisième phase a été organisée par la décision n° 1802 du 9 décembre 1994 pour le complément Poste des agents contractuels de droit public et les personnels de droit privé relevant de la convention commune. Et, par décision du 25 janvier 1995, le conseil d'administration a :

– décidé l'extension du complément indemnitaire aux agents contractuels relevant de la convention commune "La Poste – France Télécom", catégorie "autres personnels" (à savoir les agents contractuels employés dans des fonctions d'exécution, de maîtrise, de technicien ou d'encadrement d'un niveau au plus égal à la classe III de la classification interne) ;

– approuvé le principe de la suppression des primes et indemnités, initialement regroupées dans le complément indemnitaire de chaque catégorie de personnel ;

– constaté que le complément indemnitaire aujourd'hui dénommé "complément Poste" constituait désormais l'un des sous-ensembles de la rémunération de base de chaque catégorie de personnel.

Enfin, la décision n° 717 du 4 mars 1995 a précisé la définition juridique du « complément Poste », qui constitue désormais un des sous-ensemble de la rémunération de base, au même titre que le traitement indiciaire ou certaines primes liées à

(6) Le complément Poste fait partie de la rémunération.

(7) Cf. Conseil d'Etat, 13 novembre 1998, Syndicat professionnel des médecins de prévention de La Poste et de France Télécom. *RFD adm* 1999, p. 262.

la qualité d'agent de droit public. C'est une entité indissociable et non plus un agrégat de primes ou d'indemnités. La rémunération de référence, selon l'article 2-1, étant composée du traitement indiciaire pour les fonctionnaires ou du salaire de base pour les agents contractuels (auquel, pour ces derniers, s'ajoutent les éventuelles majorations d'ancienneté), dont l'évolution est fonction, dans le premier cas, de l'augmentation de la valeur du point fonction publique et, dans le second cas, de la négociation salariale.

Selon l'accord salarial pour l'année 2001, il a été convenu entre les partenaires sociaux de La Poste que, dans un processus de convergence des seuils de recrutement du complément Poste, « à partir de 2001, les compléments Poste des agents contractuels sous contrat à durée indéterminée (CDI ou CDII) des niveaux I1 à I12 comporteront une partie payée mensuellement et une partie payée semestrielle (complément bi-annuel). Les droits sont réglés chaque mois pour la partie mensuelle et en octobre 2001 (en raison du passage à l'euro) pour la partie bi-annuelle au titre de l'activité du premier semestre 2001, puis en février 2002 pour la partie bi-annuelle au titre de l'activité du second semestre 2001. A partir de 2002, les droits seront réglés respectivement en septembre pour les droits du premier semestre de l'année et en février de l'année suivante pour les droits du second semestre de l'année.

Il est convenu que fin 2003 les compléments Poste des agents contractuels des niveaux I2, I3, et I11 seront égaux aux montants des compléments Poste des fonctionnaires de même niveau. Une mesure exceptionnelle permettra de porter le versement bi-annuel effectué au deuxième semestre 2003 au niveau de celui effectué pour les fonctionnaires à cette même date. S'agissant des agents contractuels de niveau I1, le processus de convergence est également confirmé, avec l'engagement d'un montant de complément Poste atteignant 4 900 F (747 euros) au titre de 2002, montant composé de versements mensuels de 250 F au cours de l'année 2002 et de versements bi-annuels respectivement de 900 F en septembre 2002 et de 1 000 F en février 2003. »

Estimant, au vu de ses bulletins de paie, qu'il n'avait pas perçu le même montant de la prime biannuelle servie aux agents de La Poste ayant la qualité de fonctionnaire, M. Eric X..., entré au service de La Poste selon contrat de travail à durée indéterminée en date du 6 janvier 1998, classé au niveau de fonction ACC12, a saisi, avec d'autres salariés de droit privé, le conseil de prud'hommes de Lyon pour demander paiement du rappel de cette prime pour la période allant du mois de février 1998 au mois de janvier 2001, outre l'indemnité incidente de congés payés ainsi que des dommages-intérêts.

Par jugement du 6 février 2004, le juge départiteur a rejeté l'exception d'incompétence invoquée par La Poste au bénéfice de la juridiction administrative et débouté M. X... de toutes ses prétentions. Il a estimé que le principe « à travail égal, salaire égal » n'avait pas été enfreint dès lors que M. X... ne se trouvait pas dans une situation identique, vis-à-vis de son employeur, à celle d'un agent fonctionnaire.

Par arrêt du 25 février 2005, la cour d'appel de Lyon, après avoir confirmé la compétence de la juridiction prud'homale, a réformé le jugement, considérant « que La Poste ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celles des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires et qu'elle n'apporte aucun élément laissant apparaître un niveau de fonction et de responsabilité différent, des conditions de travail distinctes ou une disparité s'expliquant par l'intérêt général de l'entreprise ».

La chambre sociale de votre Cour, par arrêt du 21 décembre 2006, a cassé la décision de la cour d'appel de Lyon au motif, sur la deuxième branche du moyen unique, que « les agents contractuels dont la rémunération résultait des négociations salariales annuelles dans le cadre de la convention collective ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement ».

Statuant sur renvoi, la cour d'appel de Grenoble, par arrêt du 21 novembre 2007 faisant sienne, de ce chef, la décision de la cour d'appel de Lyon, a également affirmé « qu'une différence de statut juridique entre salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffisait pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération ; qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans une même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence », ce que La Poste ne démontrait pas.

L'assemblée plénière de votre Cour est aujourd'hui saisie d'un nouveau pourvoi formé par La Poste, qui développe un moyen unique à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble. La question de principe est formulée dans la première branche, qui fait valoir :

« Alors, d'une part, que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés que s'ils sont placés dans une situation identique ; que le personnel de La Poste est constitué d'agents fonctionnaires relevant du statut de la fonction publique et d'agents contractuels de droit privé soumis aux dispositions du code du travail et à la convention commune "La Poste - France Télécom" ; que cette différence objective de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé justifie que le complément Poste de certains fonctionnaires puisse être versé, en partie, au moyen d'un complément biannuel, et que celui des agents contractuels de droit privé relève d'un seuil minimal fixé dans le cadre d'accords salariaux librement et annuellement négociés avec les syndicats ; qu'en affirmant que La Poste "ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celle (de l'agent concerné) et des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires" et en exigeant ainsi que le complément Poste versé au salarié soit identique dans son montant et ses modalités de versement à celui des agents fonctionnaires

res ayant des fonctions similaires, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles L. 140-2 (L. 1121-1 du nouveau code), L. 133-5-4 (L. 2261-22) et L. 122-45 (L. 1132-1) du code du travail, et, par refus d'application, l'instruction du 25 février 1994, la décision du 25 janvier 1995, la décision n° 717 du directeur de La Poste du 4 mai 1995 ».

La seconde branche fait grief à la cour d'appel d'avoir violé le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, ensemble l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III, ainsi que les décisions des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, la décision n° 717 du 4 mai 1995 et l'instruction du 25 février 1994, en s'étant nécessairement fait juge de la légalité de ces actes administratifs.

A travers l'énoncé de la première branche du moyen, c'est tout d'abord la définition du concept d'égalité dans les relations du travail qui est posée : égalité formelle, égalité concrète ? (1). C'est ensuite la traduction de l'égalité de traitement en matière salariale dans le cadre de l'affirmation « à travail égal, salaire égal » (2). C'est enfin la détermination du périmètre des « égaux » selon les différents statuts des salariés au sein de l'entreprise (3).

1. L'essor d'une exigence d'égalité de traitement dans les relations du travail : de l'égalité formelle à l'égalité concrète ?

Le paradoxe de l'égalité envisagée en tant que concept philosophique est d'être éminemment désirable et insaisissable, « une instruction contradictoire et pragmatique » écrivait le Doyen Vedel⁽⁸⁾.

D'abord une valeur, l'égalité est considérée comme un principe fondateur de notre droit et sa plasticité lui permet fort heureusement de rester porteuse d'aspirations qui évoluent au cours du temps ; le principe d'égalité est aujourd'hui un principe en pleine mutation, aussi bien en droit interne qu'en droit communautaire.

1.1. Le principe d'égalité est tout d'abord un principe de valeur constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel lui reconnaît expressément cette valeur, en le rattachant aux sources constitutionnelles précédemment évoquées et en lui attribuant une valeur juridique explicite dans sa jurisprudence⁽⁹⁾. Toutefois, il s'agit plus d'un principe démocratique destiné à inspirer les pouvoirs publics que d'une règle de droit positif au contenu précis, et les décisions du Conseil constitutionnel font apparaître son souhait de se réserver une large marge d'appréciation « du principe d'égalité devant la loi ».

Le « considérant » de principe, rappelé en introduction, très fréquemment repris, indique bien que le principe d'égalité impose seulement qu'à des situa-

tions semblables soient appliquées les mêmes règles et n'interdit pas qu'à des situations non semblables soient appliquées des règles différentes⁽¹⁰⁾.

Dès lors, lorsque le législateur intervient « à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes », il a le choix entre édicter des règles identiques ou stipuler des régimes particuliers à chaque catégorie ; par exemple, le principe d'égalité tel qu'il est entendu par le Conseil constitutionnel n'interdit nullement aux pouvoirs publics de distinguer parmi les chômeurs des catégories différentes, dès lors que l'objectif est « d'assurer, au mieux, le droit pour chacun d'obtenir un emploi »⁽¹¹⁾.

Comme l'explique fort bien le professeur F. Luchaire⁽¹²⁾, c'est l'identité qui s'oppose à la différence et non la similitude ; chaque situation dépend peu ou prou de celui qui l'occupe, et c'est la raison pour laquelle le principe de l'individualisation des peines n'a rien de contraire à la Constitution⁽¹³⁾.

Inutile par conséquent de se demander s'il y a ou non une différence entre deux situations, puisqu'il y en a toujours une ; il faut par contre rechercher si cette différence justifie ou même impose des règles différentes.

Le caractère semblable ou non ne se découvre pas par une recherche objective, il suppose une appréciation qui est nécessairement subjective ; ce qui compte par conséquent, c'est bien le rapport entre la spécificité de la situation et la règle différente, et non pas cette spécificité elle-même.

L'expression « situation » est donc trompeuse nous dit F. Luchaire, qui préconise de lui substituer l'expression « condition ».

Enfin, le juge constitutionnel, calquant son attitude sur celle du juge administratif, admet que des fins d'intérêt général puissent permettre de déroger au principe d'égalité⁽¹⁴⁾.

1.2. Le principe d'égalité au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat

Au départ simple principe de philosophie politique, le Conseil d'Etat a converti le principe d'égalité en règle de droit positif en lui donnant une force croissante.

La jurisprudence administrative l'a en effet très tôt considéré comme un principe général de droit applicable même sans texte, dont le respect s'impose à l'administration, tant dans l'exercice de son pouvoir normatif que dans les décisions individuelles qu'elle prend⁽¹⁵⁾.

(10) Cf. Décision n° 82-128 DC du 21 janvier 1981, JO du 24 janvier 1981, p. 332.

(11) Cf. Conseil constitutionnel, 28 mai 1980 et 16 janvier 1986.

(12) Cf. *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 230.

(13) Cf. Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, p. 15.

(14) Cf. Conseil constitutionnel, décisions 87-229 DC, 93-320 DC et 93-333 DC.

(15) Cf. D. Lochak, société de législation comparée 2006 : *La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen*.

(8) Cf. *Droit des libertés fondamentales*, 3^e éd., Dalloz.

(9) Cf. Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois, F. Millot, AJDA 1982, Doctrine, p. 115 et s.

Egalité devant la loi et le règlement, égalité devant l'impôt, égalité d'accès aux emplois publics, égalité devant les services publics...

Cette jurisprudence abondante converge autour de deux idées force :

– le principe d'égalité doit être un principe de non-discrimination ;

– le principe d'égalité doit être appliqué avec réalisme et tenir compte des différences de situation⁽¹⁶⁾.

Comme le souligne le professeur Rivero, la jurisprudence administrative consacre trois séries de solutions différentes : tantôt l'égalité dans la règle elle-même, tantôt l'égalité dans l'application de la règle, tantôt l'égalité en dehors de toute règle⁽¹⁷⁾, mais, quelle que soit la voie de droit dans laquelle le droit public cherche l'égalité, il s'arrête dans cette recherche lorsqu'elle risquerait de le mettre en contradiction avec ce qui demeure sa norme fondamentale : l'intérêt public.

Quoi qu'il en soit, l'égalité ne se confond pas avec l'uniformité, c'est d'égalité proportionnelle qu'il s'agit.

Il faut en outre préciser que, dans la plupart de ses arrêts, le Conseil d'Etat réserve le cas où une discrimination que ne justifieraient ni une différence de situation ni une nécessité d'intérêt général s'imposerait en tant que « conséquence nécessaire d'une loi », et que « le principe de l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre agents appartenant à un même corps et non entre agents appartenant à un corps différent »⁽¹⁸⁾.

Mais les déclinaisons juridiques du concept d'égalité ont été très profondément influencées par le droit communautaire.

1.3. Egalité et discrimination, l'apport du droit communautaire

Le développement du droit communautaire sur le terrain de la lutte contre les discriminations et de l'égalité de traitement trouve son ancrage dans la construction opérée par la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de l'égalité de traitement entre les travailleurs féminins et masculins.

Il s'est traduit par l'adoption de deux Directives, en date du 29 juin 2000 pour le texte relatif à la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

La non-discrimination a été posée dès l'origine comme un des fondements du droit communautaire.

Selon la remarquable étude comparative des deux concepts, égalité et discrimination, réalisée par Danièle Lochak⁽¹⁹⁾, l'inégalité est d'abord une situation de fait qui peut résulter soit de facteurs inhérents aux individus (âge, maladie, handicap...), soit de facteurs exogènes liés aux structures économiques et sociales, ou encore, bien sûr, de la conjonction des deux.

Alors que l'inégalité peut préexister à tout acte ou agissement d'autrui, la discrimination est le fait d'un agent. Donc, si la discrimination produit nécessairement de l'inégalité, l'inégalité n'est pas toujours la conséquence d'une discrimination. La frontière n'est manifestement pas simple à tracer...

En droit, pour qu'il y ait discrimination, il faudra qu'on puisse rapporter le phénomène observé à un auteur et qu'on puisse identifier cet auteur. Mais traiter des personnes ou des groupes de façon différente, voir inégalitaire, n'est pas forcément discriminatoire ; il n'y aura discrimination que si le comportement ou l'acte tombe sous le coup d'une règle ou d'un principe juridique qui le prohibe.

La Cour européenne des droits de l'homme adopte une conception plus extensive : toute différence de traitement non justifiée et qui porte donc atteinte au principe de l'égalité est une discrimination. Dans l'affaire « *linguistique belge* »⁽²⁰⁾ du 23 juillet 1968, au visa de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne met à jour deux critères cumulatifs de définition de la discrimination : une différence de traitement dans l'exercice ou la jouissance d'un droit connu, et un manque de justification objective et raisonnable.

On assiste à une montée en puissance du rôle joué par les justifications que le défendeur doit présenter pour éviter une condamnation fondée sur une cause de discrimination ; ainsi, dans l'arrêt X... [du 13 mai 1986]⁽²¹⁾, la Cour de justice des Communautés européennes a indiqué que lorsqu'il était prouvé qu'un groupe statistiquement identifié faisait l'objet d'une disposition défavorable, l'employeur pouvait démontrer que la mesure susceptible de masquer une discrimination était justifiée à condition d'obéir à un motif légitime, étranger à toute discrimination, à partir de moyens répondant à un véritable besoin de l'entreprise, nécessaire et proportionné.

La Cour de justice des Communautés européennes insiste bien sur le caractère objectif de la justification⁽²²⁾, mais elle renvoie au juge national l'appréciation de ces justifications, en se réservant la possibilité d'en vérifier la réalité et l'adéquation.

Derrière ces distinctions, on voit bien se profiler deux conceptions de l'égalité : l'égalité formelle, qui privilégie la généralité de la règle sur son adaptation aux inégalités de fait, et l'égalité concrète, qui

(19) Cf. Société de législation comparée précitée.

(20) Cf. Cour européenne des droits de l'homme, 23 juillet 1968. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, V. Berger, p. 433.

(21) CJCE, 13 mai 1986, AH C 189/84.

(22) Cf. arrêt X..., arrêt NIM 2, 7 février 1991, affaire C-184/89, Rec. I, 314, arrêt X... du 27 octobre 1993, affaire C-127/92.

(16) Cf. *Rapport public* 1996 du Conseil d'Etat, La Documentation française, 1997.

(17) Cf. *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Association Henri Capitant 1982, p. 343 et s.

(18) Cf. Conseil d'Etat, 8 février 1999, M. X... et a.

privilège au contraire l'adaptation de la loi aux faits et conduit à multiplier les distinctions sur lesquelles on la fonde.

Force est de constater que le droit communautaire a inscrit de façon déterminante son empreinte dans la place progressivement faite par notre droit interne au principe d'égalité de traitement en matière de rémunération.

2. L'égalité de traitement en matière de rémunération et le principe « à travail égal, salaire égal »

L'apparition en droit positif de la règle générale de l'égalité de rémunération est l'aboutissement d'une évolution qui a pris sa source, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, dans la recherche de l'égalité des salaires en faveur des femmes et des jeunes, puis des femmes et des hommes, mais on constate que le principe « à travail égal, salaire égal » n'apparaît dans le code du travail que de façon fugitive.

2.1. L'affirmation du principe « à travail égal, salaire égal »

Cette règle est posée dans un cadre légal pour la première fois dans la loi du 13 novembre 1982 organisant la refonte des conventions collectives.

Ainsi, l'article L. 133-5 du code du travail (nouvel article L. 2261-22) dispose : « *La convention de branche conclue au niveau national contient obligatoirement, pour pouvoir être étendue... des dispositions concernant (4^e d) les modalités d'application du principe "à travail égal, salaire égal" et les procédures de règlement des difficultés pouvant naître à ce sujet...* »

Selon l'article L. 136-2 (L. 2271-1 du nouveau code), la commission nationale de la négociation collective est chargée (8^o) de suivre annuellement l'application, dans les conventions collectives, du principe « à travail égal, salaire égal » et du principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, l'article L. 40-2 (L. 3221-2 du nouveau code) précisant que tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Enfin l'article L. 3221-4 ajoute : « *sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* ».

C'est donc sur le fondement de ces textes que le pourvoi de La Poste s'appuie, outre l'article L. 122-45 (L. 1132-1 du nouveau code du travail), qui prohibe toute discrimination directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération.

Quatorze années plus tard, avec l'arrêt X... [du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359] rangé, selon la formule de Jean-François Cesaro, au petit Panthéon des grands arrêts, la jurisprudence tirera les consé-

quences de la loi du 13 novembre 1982⁽²³⁾, donnant à la règle « à travail égal, salaire égal » le coup d'envoi de sa future célébrité.

S'affranchissant du cadre limitatif précédent, la chambre sociale énonce, le 29 octobre 1996, que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » et que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant qu'ils soient placés dans une situation identique.

Comme l'analyse A. Lyon-Caen, l'arrêt X... [du 29 octobre 1996] ne condamne pas toute différence, toute distinction ; il l'institue en latitude seconde, exigeant donc une justification⁽²⁴⁾ ; il annonce un changement d'ordre probatoire.

Dorénavant, en présence d'une allégation d'inégalité de traitement, l'employeur doit fournir aux juges les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée et supporte le risque de la preuve, se calquant ainsi sur les exigences du droit communautaire. Les règles probatoires mises en oeuvre par la loi du 16 novembre 2001 viennent conforter ce mécanisme à la charge de l'employeur, sous réserve toutefois que le salarié ait préalablement établi une différence apparente de traitement et une identité apparente de situation.

Plusieurs arrêts de la chambre sociale de votre Cour⁽²⁵⁾ rappellent que s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence.

Toutefois, la typologie des justifications des différences de rémunération est loin d'être évidente, ainsi que le relève la doctrine⁽²⁶⁾.

2.2. Le critère de justification objective

On peut distinguer tout d'abord les justifications liées aux conditions personnelles d'exécution de l'emploi⁽²⁷⁾.

Ont ainsi été reconnues comme justifiant objectivement une différence de rémunération :

– la performance rémunérée par des primes dont le calcul doit obéir à des critères objectifs et vérifiables (Soc., 18 janvier 2000, pourvoi n° 98-44.745 ; Soc., 18 janvier 2000, pourvoi n° 98-44.753) ;

(23) Cf. principe « à travail égal, salaire égal » et politique de gestion des rémunérations, Th. Aubert- Monpeysen, *Droit social*, janvier 2005.

(24) Cf. De l'égalité de traitement en matière sociale, *Droit social*, 1996, p. 1013, A. Lyon-Caen.

(25) Soc., 13 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 1 ; 28 septembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 228 ; 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 206.

(26) Cf. A. Lyon-Caen, *RDT* 2006, p. 16, « A travail égal, salaire égal, une règle en quête de sens ».

(27) Cf. Michel Morano, « Le principe "à travail égal, salaire égal" », *Lamy Liaisons sociales*, hématis, mai 2008.

– la qualité du travail fourni (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-41.633 ; Soc., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03.46.080) ;

– l'expérience acquise sur le site ou dans l'entreprise (Soc., 16 février 2005, pourvoi n° 03-40.465 ; Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 03-42.033), ou pour le compte de précédents employeurs (Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 03-47.924, et Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 03-47.156) ;

– les insuffisances techniques (Soc., 28 juin 2000, pourvoi n° 98-14.278) ;

– l'accomplissement d'un parcours professionnel spécifique en raison d'évolutions des dispositions conventionnelles. Un accord collectif peut ainsi valoriser le parcours professionnel de certains salariés bénéficiant d'une promotion (Soc., 3 mai 2006, pourvoi n° 03-42.920) ;

– l'évaluation des salariés (Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-42.368).

En ce qui concerne les justifications étrangères aux conditions d'exécution de l'emploi, ont été admises :

– l'ancienneté, dès lors qu'elle n'est pas prise en compte dans une prime spécifique intégrée au salaire de base (Soc., 20 juin 2001, pourvoi n° 99-43.905) ;

– la situation familiale (Soc., 26 février 2002, pourvois n° 00-45.501 à 00-45.509) ;

– des tâches plus larges dans un poste de travail identique (Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 00-42.536) ;

– une technicité particulière du poste (Soc., 8 janvier 2003, pourvoi n° 00-41.228) ;

– la charge de responsabilités particulières (Soc., 11 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.258) ;

– le diplôme, dès lors qu'il est en lien avec le travail confié (Soc., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.039 ; Soc., 19 octobre 2005, pourvoi n° 03-42.108) ;

– la nationalité, pour une prime d'expatriation fondée sur la volonté de créer un pôle d'excellence scientifique attractif pour les étrangers (Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.720) ;

– le statut d'intermittent du spectacle, qui emporte une différence de situation justifiant l'octroi d'une rémunération supérieure (Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 03-47.171).

Enfin, la réparation d'une situation préjudiciable est également admise.

Dans un certain nombre de décisions, la chambre sociale justifie une différence de rémunération au profit des salariés ayant subi un préjudice ou consenti des sacrifices essentiellement du fait de la modification ou de la disparition du statut collectif⁽²⁸⁾.

Ainsi, l'attribution d'un droit d'option sur des actions nouvellement émises est réservée par un accord d'entreprise aux seuls salariés d'une entre-

prise relevant du droit italien, en raison des sacrifices consentis par ces derniers dans le cadre d'un plan de restructuration⁽²⁹⁾.

2.3. Un champ d'application circonscrit à l'entreprise

S'inspirant de la jurisprudence communautaire⁽³⁰⁾, la chambre sociale écarte le principe « à travail égal, salaire égal » lorsqu'il s'agit d'entités distinctes. Ainsi, dans la même branche d'activité, des salariés d'entreprises différentes relevant de la même convention collective ne peuvent prétendre à des rémunérations identiques⁽³¹⁾ ; la CJCE rappelle pertinemment que l'égalité de rémunération suppose une entité responsable de l'irrégularité qui peut rétablir l'égalité de traitement.

Très largement commenté, l'arrêt de la chambre sociale du 1^{er} juin 2005⁽³²⁾ affirme « *qu'au sein d'une unité économique et sociale qui est composée de personnes juridiques distinctes pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'UES que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ».

2.4. L'étendue du contrôle juridictionnel

Dans son arrêt du 15 mai 2007 (Soc., pourvoi n° 05-42.894, X... c/ groupe Arcade formation, Bull. 2007, V, n° 75), la chambre sociale affirme de façon insistante l'exigence d'une justification objective vérifiable et pertinente des différences de rémunération susceptibles de légitimer les entorses au principe d'égalité de traitement⁽³³⁾.

Elle critique la cour d'appel d'avoir statué « *par des motifs généraux, sans rechercher concrètement si les différences de rémunération constatées étaient justifiées en l'espèce par des raisons matériellement vérifiables...* »

Les juges du fond sont donc invités à procéder à un contrôle minutieux de la réalité et de la pertinence des motifs mis en avant à l'appui d'une dérogation au principe d'égalité salariale.

Au final, comme l'analyse très justement Jean-François Cesaro⁽³⁴⁾, est objectif le critère que tous considèrent comme valable, alors que sont en revanche prohibés les critères qui dépendent uniquement des choix personnels et arbitraires de l'employeur.

La multiplicité des justifications d'une différence de rémunération ainsi admises montre de façon évidente la souplesse dont font preuve aussi bien la CJCE que la chambre sociale de votre Cour.

(29) Cf. Soc., 17 juin 2003, Bull. 2003, V, n° 195, Alitalia.

(30) CJCE, 17 septembre 2002. AH. C-320/88, X...

(31) Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 04-43.523.

(32) Pourvoi n° 04-42.143, SA Plastic Services c/ Mme X...

(33) Cf. François Vergne, « Principe "à travail égal, salaire égal", nouveau souffle et clarification », *Jurisprudence Lamy* 2008, chronique n° 232.

(34) Cf. *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 23, 6 juin 2006, 1440.

(28) Soc., 1^{er} décembre 2005, pourvoi n° 03-47.197, société Ocecars.

Reste encore à analyser la délicate question de l'application de ce principe d'égalité de rémunération dans l'hypothèse de statuts juridiques distincts des personnels au sein d'une même entreprise.

3. La détermination du périmètre des « égaux » au sein de l'entreprise : statut de droit public, statut de droit privé

La règle « à travail égal, salaire égal », énoncée par le code du travail, s'est progressivement imposée dans les rapports privés traditionnellement régis par le contrat. L'arrêt X... [du 29 octobre 1996] a introduit une exigence d'égalité dans les rapports liés au contrat de travail, jusque-là réservée à la sphère publique⁽³⁵⁾.

3.1. Le principe « à travail égal, salaire égal » doit être restitué dans la logique du droit privé

Selon Thérèse Aubert-Monpeyssen, nombre d'erreurs viennent d'une confusion avec la logique du statut propre au droit public. En effet, la coexistence dans la population active de deux cultures voisines – droit public/droit privé – est souvent la source d'incompréhensions dans les débats sur les rémunérations.

Dans la logique du droit public, la fixation de la rémunération de base n'est pas fondée à titre essentiel sur l'emploi occupé, elle dépend du statut et de l'ancienneté du fonctionnaire⁽³⁶⁾; le traitement constitue un élément du statut du fonctionnaire; il est fixé unilatéralement par l'autorité administrative et son échelonnement se fait selon une grille à partir d'une rémunération de base⁽³⁷⁾.

Dans le secteur privé, il en va tout autrement; ce qui est censé être négocié lors de l'embauche, c'est l'emploi auquel est attaché une rémunération, qui doit être identique à celle des emplois équivalents dans l'entreprise.

Même si le droit du travail imprègne de plus en plus la fonction publique, théoriquement, le régime de droit public est exclusif de celui du salariat privé, car il est conçu pour faire face non aux opportunités des entreprises et groupements particuliers, mais aux nécessités du service public.

Le principe de continuité du service public entraîne l'impossibilité d'appliquer de nombreuses règles de droit du travail⁽³⁸⁾, et les agents publics ne peuvent demander l'application des principes de la négociation collective des conditions de travail.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat énonce dans l'arrêt X... du 28 février 1999 : « Le principe d'égalité de traitement ne s'applique qu'entre agents appartenant à un même corps, et non entre agents appartenant à des corps différents; qu'ainsi, les requérants ne sont pas

(35) Cf. Th. Aubert-Monpeyssen, *La Semaine juridique, édition entreprise et affaire*, n° 30, 26 juillet 2007, 1960.

(36) Cf. loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

(37) Cf. Louis Dubouis, Gustave-Persen, *Droit public*, Dalloz, 18^e éd.

(38) Cf. CE, syndicat CFDT des PTT du Haut-Rhin, 18 janvier 1980, *Rec. p.* 31.

fondés à soutenir que le décret attaqué méconnaît le principe d'égalité, en instituant, pour les fonctionnaires de La Poste et de France Télécom, des conditions de notation et d'avancement moins favorables que celles prévues par le décret du 14 février 1959, applicables aux fonctionnaires servant dans d'autres corps de la fonction publique »⁽³⁹⁾.

En ce sens également : « Au regard du statut particulier de France Télécom, le gouvernement pouvait légalement fixer, par le décret attaqué qui est un décret en Conseil d'Etat, des modalités d'organisation propres à cet exploitant public, différentes de celles que prévoit le décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires; que le décret attaqué n'a introduit, ce faisant, aucune rupture d'égalité illégale entre les corps de fonctionnaires affectés à France Télécom et les autres corps de fonctionnaires »⁽⁴⁰⁾.

3.2. Statut de droit privé : une liberté contractuelle encadrée par les négociations collectives

Le statut collectif des salariés joue un rôle déterminant dans l'application du principe « à travail égal, salaire égal », ainsi que le rappellent les articles L. 2261-22 et L. 2271-1 du code du travail.

La norme collective, même limitée à un établissement, assure, en principe, une égalité de traitement, étant observé que l'accord collectif peut déterminer librement les critères de différenciation entre salariés ayant des fonctions identiques, en limitant certaines dispositions à un ou plusieurs établissements. La commission nationale de la négociation collective est, nous l'avons vu, chargée de suivre annuellement l'application, dans les conventions collectives, du principe « à travail égal, salaire égal ».

Le rôle particulier de la convention collective dans la détermination de la rémunération a été mis en lumière par plusieurs arrêts importants de la chambre sociale de votre Cour⁽⁴¹⁾.

Elle a ainsi ouvert la possibilité de réparer, par une disposition d'un accord collectif, les conséquences défavorables à certains salariés du nouveau statut collectif, en permettant de créer une disparité nouvelle entre salariés anciennement et récemment embauchés (Soc., 11 juillet 2007, *Bull.* 2007, V, n° 119).

Dans une décision très remarquable en date du 3 mai 2006 (*RJS* 7/06, n° 839), elle a également largement ouvert les possibilités de différenciation de la rémunération entre salariés ayant des fonctions identiques, par le biais de la convention collective. Elle a, en effet, estimé licite le contenu d'un accord qui prévoyait une nouvelle classification des emplois et un redéploiement des échelons conventionnels des salariés des organismes de sécurité sociale⁽⁴²⁾.

(39) CE, 8 février 1999, M. X... et autres, requêtes n° 180058, 180207, 180334, cf. production.

(40) CE, 15 mars 2002, requête n° 225276, cf. production.

(41) Cf. Soc., 19 juin 2007, *Droit social* 2007, 1045, obs. Rade; 3 octobre 2007, n° 06-43.418; Soc., 18 février 2006, *RJS* 4706, n° 478.

(42) Cf. J.-M. Gasser, *RJS* 8-9/07, chronique p. 687.

Ainsi que le souligne J.M. Gasser, l'égalité des rémunérations n'est pas une fin en soi, mais le principe « à travail égal, salaire égal » permet d'empêcher, dans les relations individuelles de travail, des différences de traitement arbitraires, grâce au contrôle par le juge du caractère objectif et pertinent du critère utilisé.

En tout état de cause, les partenaires sociaux ne sauraient s'affranchir du principe d'égalité devant la norme collective.

3.3. Agents de droit privé, agents de droit public : deux statuts dont les différences excluent l'identité de situation

La coexistence au sein de La Poste de deux catégories d'agents, relevant du droit public ou du droit privé, exerçant la même activité, résulte du choix expressément opéré par le législateur par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, qui a prévu que les corps et grades des fonctionnaires sont pris en application des titres I et II du statut général de la fonction publique. Le président et le conseil d'administration sont tributaires, en ce qui concerne ces agents, des négociations salariales menées par le gouvernement pour l'ensemble des fonctionnaires⁽⁴³⁾.

Exclus du bénéfice de la convention commune de La Poste, réservée aux seuls agents de droit privé, les agents de droit public sont régis selon les principes fondamentaux de la fonction publique, résultant des textes législatifs complétés par un grand nombre de textes réglementaires.

Les deux catégories d'agents obéissent à un régime juridique distinct, qu'il s'agisse :

- du recrutement : concours pour les fonctionnaires, contrat de travail pour les agents contractuels ;
- du déroulement de leur carrière : concours ou ancienneté pour les fonctionnaires ; avenants au contrat de travail pour les agents contractuels ;
- de la gestion des rémunérations : augmentation du traitement indiciaire pour les fonctionnaires en fonction de l'échelle, de l'ancienneté, de la valeur du point déterminé par décret ; négociations collectives et individuelles pour les agents contractuels ;
- de la rupture des relations du travail : révocation sans indemnités pour les fonctionnaires, procédure de licenciement pour les agents contractuels ;
- du régime de retraite : prise en compte des six derniers mois pour les agents fonctionnaires, des vingt-cinq dernières années pour les agents de droit privé.

Cette disparité de statut juridique se traduit également dans le dialogue social, l'article 12 de la loi du 2 juillet 1990 prévoyant des représentations distinctes, selon les catégories d'agents, au conseil d'administration. Deux instances ont été consacrées par la loi n° 2005-516.

(43) Cf. *Actualité juridique Droit administratif*, 20 mai 2008, « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », J. Chorin.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments objectifs que la chambre sociale de votre Cour a adopté une jurisprudence qui n'a pas varié en matière d'égalité des rémunérations entre les deux catégories d'agents au sein de La Poste.

3.4. Une jurisprudence constante de la chambre sociale

A de nombreuses reprises, la chambre sociale a énoncé : « *les salariés, agents de droit privé dont la rémunération résulte des négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective, ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement* » (Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-43.024).

De même, par arrêt du 9 mai 2006 (pourvoi n° 04-46.771), la chambre sociale a cassé une décision de la cour d'appel au motif « *qu'en statuant ainsi, sans indiquer si la comparaison à laquelle elle procédait excluait les fonctionnaires et agents publics contractuels dont la situation d'emploi, régie par les dispositions légales mentionnées à l'article 29 de la loi du 2 juillet 1990, n'est pas identique à celle des agents recrutés par La Poste sous le régime des conventions collectives en application de l'article 31 de la même loi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

C'est, bien sûr, la position retenue par l'arrêt du 21 décembre 2006, objet du présent pourvoi.

3.5. Une jurisprudence qui recueille l'assentiment des partenaires sociaux consultés ainsi que des administrations concernées

- Le syndicat CGT de la fédération des activités postales et télécommunications⁽⁴⁴⁾ tient à préciser qu'à l'instar des autres syndicats, il ne s'est jamais associé aux recours déposés par les agents contractuels de droit privé pour les litiges relatifs au complément Poste.

Il explique que le montant du complément Poste bi-annuel est discuté dans le cadre de négociations collectives par les agents de droit privé, que le montant est fixe et tributaire de l'ancienneté.

Le syndicat CGT revendique un complément Poste de 20 % du salaire pour tous.

En 2009, toutes les primes seront mensualisées et, actuellement, la convention collective est en négociation. Il considère que le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique pas aux deux catégories indistinctement, car le salaire de référence est totalement différent.

- La direction des ressources humaines de La Poste⁽⁴⁵⁾ explique, en substance, que les difficultés relatives au complément Poste ont pour origine le fait que la prime d'exploitation uniforme forfaitaire n'a pas été mensualisée pour les fonctionnaires lors

(44) Entretien avec M. Franchi, responsable juridique CGT de la fédération des activités postales et télécommunication, le 24 décembre 2008.

(45) Rencontre du 12 décembre 2008 avec le directeur des ressources humaines et le directeur juridique.

de la réforme de La Poste car les syndicats ne le souhaitaient pas, alors que, pour les agents de droit privé, elle a été versée dès le départ mensuellement, ce qui a, par la suite, généré des suspicions jusqu'à l'accord de 2001.

Elle souligne que les bulletins de salaire des agents fonctionnaires et ceux des agents de droit privé sont très différents et font ressortir des modes de rémunération tributaires des statuts distincts.

Par exemple, le complément Poste d'un fonctionnaire n'est pas soumis à la cotisation sociale ; le régime de protection sociale complémentaire défavorise les fonctionnaires qui ne peuvent bénéficier d'un régime obligatoire...

– Le directeur général du travail ⁽⁴⁶⁾

En résumé, chaque statut, selon lui, a un mode spécifique d'élaboration en matière de rémunération, qui apparaît clairement lorsqu'on énumère les rubriques composant les bases des traitements.

Les agents fonctionnaires dépendent des négociations avec la fonction publique, les agents de droit privé de la négociation collective. Les deux logiques, qui visent à protéger le salarié, ne sont pas comparables.

Les évolutions de carrière ont peu de points communs, et il considère que la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur ce sujet correspond bien aux dynamiques propres à chaque statut.

– La direction de la fonction publique ⁽⁴⁷⁾

Le droit de la fonction publique est un droit totalement autonome par rapport au droit du travail, même s'il existe un début de convergence.

Le fonctionnaire n'est pas dans une situation contractuelle. Il est soumis à un ensemble de lois, de décrets, qui ne sont pas discutables. Il est placé dans une situation statutaire et réglementaire ; il s'agit d'un régime unilatéral, fixé par le gouvernement.

L'agent qui entre dans la fonction publique entre dans un corps, soumis à une grille ; chaque grade est divisé en échelons, et il va changer d'échelon en fonction de son ancienneté. Pour accéder au grade supérieur, il doit soit passer par la voie du concours, soit être inscrit sur une liste d'aptitude. Le fonctionnaire n'a aucune marge de discussion pour son traitement et l'employeur est lui-même très encadré.

Le rapport employeur-employé est donc totalement différent de celui qui existe dans une entreprise privée entre l'employeur et son salarié. La structure de la rémunération n'est pas la même : ainsi les primes sont très importantes dans la fonction publique parce qu'elles n'impactent pas la grille de la fonction publique et ne sont pas prises en compte pour la retraite, contrairement au régime général, qui les intègre.

Les régimes sociaux et fiscaux diffèrent également profondément. Pour la direction de la fonction publique, la structuration des rémunérations est tellement différente qu'une comparaison des deux statuts n'a pas de sens.

Conclusion : le choix de l'égalité concrète

Le général de Gaulle écrivait : « *le désir de privilège et le goût de l'égalité sont les deux passions dominantes des Français* » ; si l'on en juge par la multiplication des contentieux fondés sur le principe « à travail égal, salaire égal » au cours de ces dernières décennies, cette passion ne paraît pas s'être démentie...

La coexistence des personnels de droit public et de droit privé au sein d'un même établissement et la dualité des statuts génère, nous le voyons, une gestion particulièrement complexe, afin de respecter les règles statutaires propres aux agents fonctionnaires et de droit privé.

Le concept de « *situation identique* » auquel se réfère l'arrêt X... [du 29 octobre 1996] et sur lequel s'appuie le principe « à travail égal, salaire égal » ne permet pas, au vu de ce qui précède, de considérer que les agents relevant d'un statut de droit public puissent être englobés dans son champ d'application, lequel implique un contrat entre l'employeur et le salarié ⁽⁴⁸⁾.

Le débiteur de la règle d'égalité, comme le rappelle J.F. Cesaro ⁽⁴⁹⁾, doit être identifiable : ce sera celui qui est à l'origine de la rupture d'égalité, généralement l'employeur, mais l'employeur ne peut être garant de l'égalité que dans sa sphère de pouvoir. Or, s'agissant des conditions de rémunération des agents publics, leur traitement, on l'a dit, se situe en majeure partie hors de cette sphère.

En définitive, s'éloignant de la logique purement formelle, la chambre sociale de votre Cour a fait le juste choix de l'égalité concrète, proportionnée, dans la même ligne de pensée que la Cour de justice des Communautés européennes ⁽⁵⁰⁾.

Faisant également le choix de l'égalité dans la différence, je conclus à la cassation de l'arrêt rendu le 27 novembre 2007 par la cour d'appel de Grenoble.

Au cas où votre Cour rejetterait la première branche du moyen unique, il conviendra d'examiner la deuxième branche, qui invoque une violation du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, dès lors que la cour d'appel se serait nécessairement fait juge de la légalité des décisions du conseil d'administration de La Poste des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, prises dans le cadre des pouvoirs conférés au conseil d'administration par les articles 5 et 12 du décret n° 90-1111 du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste et l'habilitant à définir et à conduire la politique générale de l'entreprise, en écartant l'application et les effets

(46) Rencontre du 31 décembre 2008 avec Jean-Denis Combrexelle et son adjointe.

(47) Entretien avec Mme Bernard, directrice chargée de la fonction publique, et le bureau des statuts, le 7 janvier 2009.

(48) Cf. P. Lokiec, *La Semaine juridique*, éd. générale, n° 27, 6 juillet 2005, II, 10092.

(49) Cf. "Un nouveau droit de l'égalité professionnelle", *Droit social*, juin 2008.

(50) Cf. Yann Leroy, *RJS* 11/02, p. 887.

de ces actes administratifs à caractère réglementaire prévoyant notamment que le complément Poste des fonctionnaires relevant du personnel d'exécution serait versé pour partie mensuellement et pour partie au moyen d'un complément bi-annuel, et que le complément Poste des agents de droit privé serait défini par les accords salariaux en se fondant sur le code du travail.

Se pose la question de la recevabilité de cette exception d'incompétence, dès lors que, devant la cour d'appel de Grenoble, La Poste a expressément affirmé dans ses conclusions : « *A titre liminaire, La Poste tient tout d'abord à indiquer qu'elle renonce à débattre de la compétence de la cour d'appel de renvoi* ».

Or, votre Cour a énoncé à diverses reprises « *qu'un moyen, fût-il d'ordre public et de pur droit, est irrecevable dès lors qu'il est incompatible avec la position adoptée devant les juges du fond par les demandeurs au pourvoi* »⁽⁵¹⁾, et l'article 74 du code de procédure civile fait interdiction de soulever les exceptions pour la première fois devant la Cour de cassation, fussent-elles d'ordre public.

Je considère donc la deuxième branche du moyen unique **irrecevable**.

(51) Com., 21 janvier 1992, Bull. 1992, IV, n° 21.

II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

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

1. *Emploi et formation** *Contrats à durée déterminée à terme précis*

N° 5

Le contrat à durée déterminée conclu sans terme précis pour remplacer un salarié absent cesse de plein droit en cas de décès du salarié remplacé. Ne saurait donc se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-3-10, alinéa premier, devenu L. 1243-11 du code du travail, pour obtenir la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le salarié remplaçant auquel l'employeur a fait connaître, dans un délai raisonnable, le décès du salarié qu'il remplaçait.

Justifie dès lors légalement sa décision de rejeter la demande de requalification la cour d'appel qui retient comme faite dans un tel délai la notification du décès du salarié remplacé, survenu le vendredi 8 novembre 2002, signifiée par l'employeur le jeudi 14 novembre 2002 au salarié remplaçant, qui n'avait pas repris son poste de travail le mardi 12 novembre 2002, en raison d'un congé maladie.

Soc. – 4 février 2009.

Rejet

N° 07-42.954. – CA Bastia, 20 décembre 2006.

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

Note

Dans la présente espèce, un salarié, recruté par contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié absent, soutenait que l'employeur l'ayant informé tardivement du décès du salarié qu'il remplaçait, survenu le 8 novembre et qui mettait fin de plein droit au contrat à durée déterminée, la relation contractuelle s'était poursuivie au-delà de l'échéance du terme et qu'en conséquence, son contrat de travail devait être requalifié en contrat à durée indéterminée.

En l'absence de disposition légale ou réglementaire prévoyant des formalités particulières lorsque le contrat arrive à son terme par l'effet du décès du salarié remplacé, et compte tenu des circonstances particulières de date tenant à l'absence du salarié remplaçant qui, en congé lors du décès du salarié remplacé, n'a pas repris son poste le mardi 12 novembre en raison d'un arrêt-maladie dont l'employeur n'a été informé que le 14 novembre, date à laquelle il lui a alors notifié le décès du salarié remplacé et la fin du contrat à durée déterminée, la chambre sociale, pour approuver la décision de la cour d'appel, a eu recours à la notion de « délai raisonnable », déjà utilisé pour le remplacement définitif et effectif du salarié absent pour cause de maladie, en cas de licenciement dont l'employeur fait valoir qu'il est nécessaire à la bonne marche de l'entreprise (Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-44.712), ou encore, en l'absence de fixation, par le contrat ou la convention collective, des modalités de renonciation au bénéfice de la clause de non-concurrence, pour permettre à l'employeur de notifier qu'il renonce à l'application de cette clause (Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 04-42.740, Bull. 2007, V, n° 98).

* *Contrats à durée déterminée dits d'usage*

N° 6

Il résulte des articles L. 122-1, L. 122-1-1 3°, L. 122-3-1 et L. 122-1-2 III, devenus L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1242-12 et L. 1242-7 du code du travail, d'abord, que, dans le secteur de l'édition phonographique, où il est d'usage constant, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire des emplois, de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, un contrat à durée déterminée et des contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus pour l'enregistrement d'un ou plusieurs phonogrammes, ensuite, que le contrat à durée déterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif et qu'à défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée, enfin, que lorsque le contrat à durée déterminée n'a pas de terme précis, il est conclu pour une durée minimale et a pour terme la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu.

Encourt dès lors la cassation pour violation des dispositions précitées l'arrêt qui requalifie en contrat à durée indéterminé le contrat à durée déterminé conclu pour la réalisation d'enregistrements de phonogrammes au motif inopérant tiré de sa durée maximale, alors qu'il résultait de ses constatations qu'il stipulait une durée minimale et avait pour terme la réalisation par l'artiste de cinq albums, dits « LP », dont les caractéristiques étaient définies contractuellement.

Soc. – 4 février 2009.

Cassation

N° 08-40.184. – CA Paris, 20 novembre 2007.

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

Note

Un artiste-interprète réclamait la requalification, en contrat de travail à durée indéterminée, du contrat de travail à durée déterminée et de l'avenant qu'il avait conclu avec une société de production pour l'enregistrement trois, puis de cinq, albums.

La cour d'appel a fait droit à ses demandes, aux motifs que la durée maximale du contrat était de dix-neuf années et que l'aléa introduit dans la réalisation et la commercialisation des enregistrements, et l'imprécision de l'objet contractuel interdisait de faire entrer le contrat et son avenant litigieux dans la catégorie des contrats à durée déterminée d'usage.

Le secteur de l'édition phonographique est l'un des secteurs limitativement énumérés par l'article D. 1242-1 du code du travail, lequel, en application de l'article L. 1242-2 3° du même code, liste les secteurs d'activité dans lesquels des contrats de travail à durée déterminée peuvent être conclus pour pourvoir des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Le seul fait qu'un secteur d'activité figure dans la liste de l'article D. 1242-1 du code du travail ne suffit pas à justifier le recours à un contrat à durée déterminée dit d'usage, encore faut-il qu'il soit d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée et que ce contrat soit conclu pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire.

Il est d'usage, dans le secteur de l'édition phonographique, que le contrat entre un artiste-interprète et un producteur, contrat dont l'objet est l'enregistrement d'albums, soit un contrat à durée déterminée (Soc., 13 juin 2007, pourvois n° 05-45.377 et 05-45.706, Bull. 2007, V, n° 97).

Depuis deux arrêts du 23 janvier 2008 (Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.197 et pourvoi n° 06-43.040, Bull. 2008, V, n° 16), la Cour de cassation impose, en application de l'Accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 19 mars 1999 et mis en œuvre par la Directive 1999/70/CE, du 28 juin 1999, de « vérifier que le recours à l'utilisation de

contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ». Elle suit en cela un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 4 juillet 2006, aff. C-212/70, X...) qui avait condamné le renouvellement illimité de contrats à durée déterminée, « sauf à justifier de raisons objectives tenant aux circonstances précises et concrètes, tenant compte notamment de l'activité en cause et des conditions de son exercice ».

Mais cette jurisprudence, comme l'Accord-cadre et la Directive susmentionnés, ne concerne que les contrats de travail à durée déterminée successifs. Or, en l'espèce, il ne s'agissait pas de contrats de travail successifs mais d'un seul contrat de travail à durée déterminée, dont seule la durée maximale de dix-neuf années aurait été susceptible de lui ôter son caractère temporaire.

L'arrêt du 4 février 2009 rappelle que, dans le secteur de l'édition phonographique, où il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, des contrats à durée déterminée successifs comme un contrat à durée indéterminée peuvent être conclus pour l'enregistrement d'un ou plusieurs phonogrammes. Dès lors, pour contrôler la validité du contrat à durée déterminée conclu, il convenait seulement de vérifier que celui-ci satisfaisait aux exigences combinées des articles L. 1242-7 et L. 1242-12 et notamment que, faute de comporter un terme précis, il comportait la durée minimum pour laquelle il était conclu.

En l'espèce, ayant constaté que le contrat était écrit, qu'il stipulait une durée minimale et avait pour terme la réalisation par l'artiste de cinq albums, dits « LP », dont les caractéristiques étaient définies contractuellement, la cour d'appel ne pouvait pas le requalifier en contrat à durée indéterminée.

* *Contrats à durée déterminée – requalification*

N° 7

Selon l'article L. 122-1, devenu L. 1242-1, du code du travail, un contrat de travail à durée déterminée, qui ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas énumérés à l'article L. 122-1-1, devenu L. 1242-2, dudit code.

Doit donc être requalifié en un contrat à durée indéterminée le contrat à durée déterminée conclu pour surcroît d'activité entraîné par le rachat d'un magasin dont l'employeur entend vérifier la rentabilité, dès lors que cette embauche, qui s'inscrit dans le cadre de l'activité normale et permanente de l'entreprise, n'est pas temporaire.

Soc. – 13 janvier 2009.

Rejet

N° 07-43.388. – CA Bourges, 1^{er} juin 2007.

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

Note

Le contrat de travail de droit commun est le contrat à durée indéterminée.

La loi prévoit les cas limitatifs dans lesquels un contrat à durée déterminée peut être conclu. Mais même lorsque le contrat est conclu pour des motifs autorisés, il ne peut avoir « *ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* » (article L. 122-1, devenu l'article L. 1242-1, du code du travail).

En l'espèce, un salarié avait été embauché en qualité de responsable d'un magasin que l'employeur, exploitant de commerce d'alimentation générale, venait de racheter. Le contrat de travail à durée déterminée spécifiait que l'embauche était motivée par la volonté de l'employeur de vérifier que ce nouveau magasin était rentable dans les conditions d'exploitation de la société. L'employeur soutenait que, puisque le salarié avait été embauché pour faire face à un surcroît d'activité de l'entreprise, le recours au contrat à durée déterminée était autorisé.

La cour d'appel, au contraire, avait requalifié le contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, en relevant qu'un tel motif ne pouvait pas caractériser un accroissement temporaire d'activité, dans la mesure où le fonctionnement du magasin nécessitait la présence d'un salarié et que l'intéressé assumait seul cette tâche.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation rappelle que, même dans les cas énumérés par l'article L. 122-1-1, devenu l'article L. 1242-2, du code du travail, lequel liste les cas de recours autorisé au contrat de travail à durée déterminée (parmi lesquels figure « *l'accroissement temporaire d'activité* »), le contrat à durée déterminée, pour être licite, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Or, elle a considéré que le surcroît d'activité entraîné par le rachat d'un magasin dont l'employeur entendait vérifier la rentabilité s'inscrivait dans le cadre de l'activité normale et permanente de l'entreprise. En conséquence, puisque l'embauche du salarié n'était pas temporaire, le contrat à durée déterminée devait être requalifié en contrat à durée indéterminée.

Cette solution n'est pas en contradiction avec celle de l'arrêt Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 93-40.787, Bull. 1996, V, n° 358, qui avait décidé que « *si la nouvelle activité d'un employeur constitue une expérience, en sorte que les emplois créés ne constituent pas des emplois permanents, il n'en est plus de même deux années plus tard, au moment où le contrat est renouvelé* », car l'activité en question était une activité totalement nouvelle pour l'employeur, alors qu'en

l'espèce, l'exploitation d'un magasin racheté n'est pas une activité nouvelle et l'embauche du salarié, qui assurait son fonctionnement, s'inscrivait dans la poursuite de l'activité normale et permanente de ce magasin.

** Emploi des travailleurs handicapés*

N° 8

L'affectation des travailleurs handicapés dans un atelier protégé, aujourd'hui dénommé entreprise adaptée, dépend d'une décision de la COTOREP, devenue depuis la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées.

Le statut de ces structures et du personnel handicapé qu'elles emploient est incompatible avec l'application des dispositions de l'annexe VII de la convention collective nationale des entreprises de propreté, organisant à l'égard d'autres employeurs, qui ne sont pas soumis aux mêmes dispositions, la reprise du personnel en cas de perte d'un marché.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui décide d'appliquer les dispositions de l'annexe VII de la convention collective nationale des entreprises de propreté et, par suite, décide du transfert des handicapés dans l'entreprise adjudicataire du marché.

Soc. – 11 mars 2009.

Cassation sans renvoi

N° 07-41.636. – CA Dijon, 1^{er} février 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Lalande,
Av. gén.

Note

Aux termes de l'accord du 29 mars 1990 constituant l'annexe VII de la convention collective du personnel des entreprises de propreté du 1^{er} juillet 1994, en cas de perte de marché, l'entreprise « entrante » doit garantir l'emploi à 100 % du personnel affecté au marché faisant l'objet de la reprise. Ainsi, les contrats de travail des salariés attachés au marché concerné sont transférés au nouveau prestataire.

En l'espèce, la Mutualité française de la Côte-d'Or, titulaire d'un marché de nettoyage qu'elle exécutait par l'intermédiaire d'un atelier protégé (aujourd'hui dénommé « entreprise adaptée »), a perdu ce marché au profit d'une autre société.

La Mutualité française de la Côte-d'Or sollicitait l'application de l'article 2 de l'accord du 29 mars 1990, relatif à la garantie d'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire, au bénéfice des travailleurs handicapés attachés au marché de nettoyage.

La cour d'appel de Dijon a considéré, faisant application de la convention collective du personnel des entreprises de propreté du 1^{er} juillet 1994, que le nouveau prestataire ne pouvait s'opposer au transfert de plein droit de ces salariés.

La question posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était donc celle de savoir si les contrats

de travail des salariés handicapés placés dans un atelier protégé pouvaient faire l'objet d'un transfert automatique en cas de reprise d'un marché de nettoyage par une entreprise « ordinaire », en application de l'annexe VII de la convention collective du personnel des entreprises de propreté du 1^{er} juillet 1994, relative à la garantie d'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire.

Jusqu'à présent, la chambre n'a eu à statuer que sur le cas d'un atelier protégé succédant à une entreprise ordinaire dans l'attribution d'un marché de nettoyage. Dans un arrêt du 29 juin 1994 (pourvoi n° 92-43.667), la chambre sociale a jugé que « si les entreprises exploitant un atelier protégé sont tenues d'y employer des personnes handicapées à concurrence d'au moins 80 % de leurs effectifs, elles ne sont pas, pour autant, exclues du champ d'application de l'annexe VII de la convention collective du nettoyage », et, par conséquent, ne pouvaient pas refuser de reprendre le contrat de travail d'un travailleur valide. Ainsi, la chambre sociale considère que l'accord du 29 mars 1990, relatif à la garantie d'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire, doit s'appliquer lorsqu'un atelier protégé succède à une entreprise ordinaire.

Par le présent arrêt, la chambre sociale adopte une solution inverse, dans l'hypothèse où une entreprise ordinaire succède à un atelier protégé dans la reprise d'un marché de nettoyage, et considère qu'il n'y a pas de transfert automatique des contrats de travail des travailleurs handicapés au nouveau prestataire.

A cet effet, après avoir rappelé qu'aux termes des articles L. 323-11 et L. 323-30, devenus respectivement R. 5213-2, R. 5213-10 et L. 5213-20 du code du travail, seule la COTOREP (devenue la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées) est compétente pour déterminer l'orientation professionnelle et l'établissement d'accueil du travailleur handicapé (Soc., 7 février 2007, pourvoi n° 05-45.300, *Bull.* 2007, V, n° 21), l'arrêt considère que le statut de ces structures et plus particulièrement celui d'un atelier protégé et du personnel qu'elle emploie est incompatible avec l'application des dispositions de l'annexe VII de la convention collective précitée, qui organisent la reprise du personnel en cas de perte de marché.

* Existence du contrat de travail

N° 9

Donne une base légale à sa décision la cour d'appel qui, après avoir constaté que la relation de travail d'un employé de maison engagé par le mari s'était poursuivie, après la séparation puis le divorce des époux et le décès de celui-ci, au profit de l'épouse, en déduit que le salarié se trouvait sous la subordination juridique de cette dernière, en sa qualité d'employeur conjoint au cours de la période considérée.

Soc. – 11 mars 2009.

Rejet

N° 07-43.977. – CA Amiens, 12 juin 2007.

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

Note

Le présent arrêt est une illustration de la règle souvent répétée par la Cour de cassation de ce que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs » (voir, par exemple, Soc., 1^{er} décembre 2005, pourvoi n° 05-43.031, *Bull.* 2005, V, n° 349).

En l'espèce, la relation de travail était niée par l'employeur, mais la cour d'appel avait constaté que le salarié, employé de maison, certes engagé par le mari, avait continué à travailler au profit de l'épouse, alors que le mari avait quitté le domicile, lieu d'exécution du travail, les époux s'étant en effet séparés, ayant divorcé et, finalement, l'époux étant décédé.

Il était donc difficile à l'épouse de soutenir que le travail n'était pas exécuté sous son autorité et qu'elle n'avait pas le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son employé de maison, dès lors qu'elle ne prétendait pas qu'un tiers était le réel employeur.

* Période d'essai

N° 10

Encourt la cassation, au visa de l'article L. 122-4, devenu L. 1231-1, du code du travail, l'arrêt qui décide que la rupture est intervenue avant l'expiration de la période d'essai et rejette en conséquence les demandes d'indemnités de rupture formées par le salarié, au motif que la convention collective stipulant que la période d'essai pouvait être fixée d'un commun accord à une durée supérieure à trois mois sans pouvoir excéder six mois, elle n'interdisait donc pas que le contrat de travail puisse convenir d'une période d'essai de trois mois renouvelable une fois dès lors que la durée totale de la période d'essai n'excédait pas six mois, alors que, lorsque la convention collective ne prévoit pas de possibilité de renouveler la période d'essai, la clause du contrat de travail prévoyant l'éventuel renouvellement de la période d'essai est nulle, quand bien même la durée totale de la période d'essai renouvelée n'excéderait pas la durée maximale prévue par la convention collective.

Soc. – 25 février 2009.

Cassation

N° 07-40.155. – CA Nancy, 15 novembre 2006.

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

Note

Le contrat de travail d'un salarié fixait une période d'essai de trois mois, renouvelable une fois, alors que la convention collective qui lui était applicable, soit la convention collective des ingénieurs et cadres de la métallurgie, ne prévoyait pas la possibilité de renouveler la période d'essai, mais prévoyait que sa durée pouvait être fixée, d'un commun accord, à une durée supérieure à trois mois, sans pouvoir excéder six mois. La cour d'appel avait admis la validité de la clause prévoyant le renouvellement de la période d'essai, considérant que la durée totale de la période d'essai n'excédait pas six mois, la clause était conforme aux dispositions de la convention collective.

Le salarié s'est alors pourvu en cassation.

La question qui se posait à la chambre était de savoir si, lorsque la convention collective applicable prévoit qu'une période d'essai supérieure à trois mois peut-être fixée d'un commun accord, la période d'essai ne pouvant en tout état de cause excéder six mois, le contrat de travail d'un salarié peut prévoir que la période d'essai de trois mois sera renouvelable une fois pour une période équivalente.

La Cour de cassation avait déjà décidé que « *la convention collective applicable des magasins de vente d'alimentation et d'approvisionnement ne prévoyant pas la possibilité de renouveler la période d'essai d'un mois, un conseil de prud'hommes a exactement décidé, en conformité avec les dispositions de l'article L. 135-2 du code du travail, que la clause du contrat de travail prévoyant un tel renouvellement est nulle* » (Soc., 30 mars 1995, pourvoi n° 07-40.132, Bull. 1995, V, n° 117), et que « *en l'absence de stipulation de la convention collective, en l'espèce celle de la confiserie-chocolaterie-biscuiterie, prévoyant la possibilité de renouveler la période d'essai d'un cadre, la clause du contrat de travail qui le permet est nulle. Dès lors, la rupture du contrat de travail, qui prévoit un tel renouvellement, intervenue postérieurement à la période d'essai de trois mois, s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse* » (Soc., 2 juillet 2008, pourvoi n° 07-40.132, Bull. 2008, V, n° 148).

Mais, en l'espèce, la question posée était un peu différente. En effet, dans les deux arrêts cités, le renouvellement de la période d'essai conduisait à faire subir au salarié une période d'essai plus longue que la durée maximum prévue par la convention collective, alors que, dans le cas présent, si la convention collective ne prévoyait pas de possibilité de renouvellement de la période d'essai, le renouvellement prévu par le contrat aboutissait à faire subir au salarié une période d'essai d'une durée égale au maximum prévu par la convention collective, soit six mois.

Pourtant, la Cour de cassation adopte la même solution que dans ses arrêts précédents. Ainsi, ce qui importe, ce n'est pas la durée totale de la période d'essai, mais le fait que son renouvellement est prohibé.

** Travailleurs étrangers*

N° 11

N'ont pas la qualité de salariés détachés, au sens des dispositions de l'ancien article L. 341-5 du code du travail autorisant le détachement temporaire de salariés d'une entreprise non établie en France pour effectuer sur le territoire national des prestations de services, les travailleurs étrangers non liés par une relation de travail à l'entreprise d'envoi.

Justifie en conséquence sa décision la cour d'appel qui déclare établi le délit de prêt illicite de main-d'œuvre pratiqué hors des règles du travail temporaire, à l'encontre de personnes morales ayant eu recours, sur le territoire national, dans des conditions financières avantageuses, aux services de travailleurs recrutés en Pologne par une entreprise de droit britannique qui s'est bornée à mettre à disposition desdites personnes morales de la main-d'œuvre, sans entretenir avec celle-ci une quelconque relation de travail.

Crim. – 3 mars 2009.

Rejet

N° 07-81.043 – CA Rennes, 18 Janvier 2007.

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

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

** Clause de non-concurrence*

N° 12

Il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'une éventuelle violation de l'obligation de non-concurrence pesant sur le salarié. La clause contractuelle inversant la charge de la preuve est inopérante.

Doit être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui déclare inopérante une telle clause.

Soc. – 25 mars 2009.

Rejet

N° 07-41.894. – CA Rennes, 15 février 2007.

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

Note

Un salarié, négociateur immobilier, a démissionné et demandé le paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence prévue par son contrat. L'employeur a refusé, au motif que le salarié, à charge duquel le contrat imposait « *de justifier par tout moyen de l'absence de violation de son obligation* », ne rapportait pas la preuve qu'il avait respecté cette obligation.

La chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir jugé cette clause contractuelle inopérante, rappelant qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'une éventuelle violation de la clause de non-concurrence.

Il en résulte que les dispositions de l'article 1315 du code civil, selon lequel celui qui se prétend libéré d'une obligation, en l'espèce le paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation, ne font pas parties de celles auxquelles il peut être dérogé par la voie contractuelle.

A propos de la charge de la preuve en matière de clause de non-concurrence, la Cour de cassation avait déjà décidé, toujours en application de l'article 1315 du code civil, que « pour être déchargé du paiement de l'indemnité compensatrice d'une clause de non-concurrence, l'employeur doit prouver qu'il a régulièrement libéré le salarié du respect de cette clause » et qu'en conséquence, « en faisant valoir qu'il n'a pas reçu de lettre de son employeur relative à la clause de non-concurrence, un salarié n'argue pas de faux la copie dont la société prétend lui avoir adressé l'original, mais se borne à soutenir que le document produit n'est pas de nature à établir que l'employeur lui a effectivement fait parvenir une lettre le libérant de l'obligation de non-concurrence » (Soc., 17 décembre 1991, pourvoi n° 87-41.522, Bull., 1991, V, n° 588).

Plus récemment, la chambre sociale a également jugé que « le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice, dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue. Il incombe à l'employeur qui s'oppose à la demande en paiement de dommages-intérêts de ce chef de prouver que le salarié n'a pas respecté cette clause » (Soc., 22 mars 2006, pourvoi n° 04-45.546, Bull. 2006, V, n° 120).

* Conditions de travail contraires à la dignité humaine

N° 13

Alors que tout travail forcé est incompatible avec la dignité humaine, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations la cour d'appel qui, pour estimer qu'une jeune fille, en situation irrégulière, chargée en permanence d'exécuter des tâches domestiques, sans bénéficier de congés, rétribuée par quelque argent de poche ou envoi de subsides à des proches, dont le passeport était conservé par la prévenue, n'était pas soumise à des conditions de travail contraires à la dignité humaine et prononcer la relaxe du chef du délit prévu et réprimé par l'article 225-14 du code pénal, retient que la partie civile était l'objet d'une affection véritable de la part de la prévenue et qu'il n'est pas établi qu'elle disposait de conditions de logement différentes de celles des membres de la famille.

Crim. – 13 janvier 2009. Cassation partielle

N° 08-80.787. – CA Paris, 17 décembre 2007.

M. Pelletier, Pt. – Mme Radenne, Rap. – M. Fréchède, Av. Gén.

* Discrimination entre salariés

N° 14

1° Il résulte de la troisième phrase de l'article L. 122-45, alinéa 4, devenue L. 1134-1, alinéa 3, du code du travail que le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié et laissant supposer l'existence d'une discrimination que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir, au vu des éléments que lui produisait un salarié s'estimant victime d'une carrière ralentie par suite d'une discrimination syndicale, ordonné une expertise lui permettant de statuer sur ses demandes.

2° Si la prescription trentenaire interdit la prise en compte de faits de discrimination couverts par elle, elle n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fût-elle antérieure à la période non prescrite.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi reprochant à une cour d'appel d'avoir retenu un comparatif entre un salarié ayant engagé une action en justice en 2002 et d'autres ayant acquis en même temps que lui un CAP en 1949, alors que, comme lui, ils travaillaient dans l'entreprise à cette date, pour apprécier, à compter de 1972, la discrimination dont il se prétendait victime.

Soc. – 4 février 2009

Rejet

N° 07-42.697. – CA Versailles, 5 avril 2007.

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

Note

Cet arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de trancher deux questions relatives à l'administration de la preuve en matière de discrimination.

On rappellera préalablement que, prenant en considération la difficulté pour les salariés d'établir la discrimination dont ils auraient été victimes, le législateur a prévu deux phases dans le déroulement des litiges survenant en raison d'une méconnaissance du principe de non-discrimination. Conformément à l'article L. 1134-1, le salarié est d'abord invité à présenter les éléments de fait laissant supposer une discrimination directe ou indirecte. Le juge apprécie alors les éléments ainsi présentés. S'il considère que ces éléments ne laissent pas supposer une discrimination, le juge rejettera la demande du salarié, mettant ainsi fin au litige dès la première phase du procès. Dans l'hypothèse contraire, le juge, ouvrant ainsi la seconde phase du

procès, invitera l'employeur à prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En énonçant que le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments de fait présentés par le salarié que sur ceux apportés en défense par l'employeur, l'arrêt du 4 février 2009 affirme que le juge peut, dès la première phase du procès, ordonner une expertise, écartant ainsi l'argumentation de l'employeur, qui soutenait que cette solution avait pour effet de suppléer la carence du salarié dans la partie de la preuve qui lui revenait.

La solution adoptée est conforme à la lettre du texte. En effet, le code du travail n'introduit aucune distinction quant au moment de cette expertise dans le déroulement du procès. En outre, l'article L. 1134-1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2007, a pris soin de diviser en trois alinéas les dispositions que l'article L. 122-5 ancien regroupait en un seul.

En précisant ensuite que le juge peut, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fût-elle antérieure à la période non prescrite, l'arrêt du 4 février 2009 rappelle la distinction qui doit être opérée entre la prescription des faits de discrimination et la prise en compte d'éléments antérieurs à la période non prescrite, mais nécessaires à l'appréciation des faits non prescrits.

**** Interdiction de renoncer par avance
au droit de se prévaloir des règles
relatives au licenciement***

N° 15

L'interdiction de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement, qui résulte de l'article L. 122-14-7, alinéa 3, devenu L. 1231-4, du code du travail, rend sans effet la signature d'un contrat à durée déterminée alors que le contrat à durée indéterminée est toujours en cours d'exécution.

Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui, ayant constaté que le contrat à durée indéterminée d'un salarié n'avait pas été rompu, en a exactement déduit que les parties étaient demeurées liées par ce contrat, alors même qu'un nouveau contrat de travail à durée déterminée avait été conclu entre elles en cours d'exécution du contrat à durée indéterminée initial.

Soc. – 25 mars 2009.

Rejet

N° 06-46.330. – CA Nîmes, 25 octobre 2006.

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

Note

Cet arrêt précise qu'un contrat à durée indéterminée ne peut, en cours d'exécution, être transformé en contrat à durée déterminée.

Le 10 février 2000, un salarié, embauché depuis 1996 par un contrat à durée indéterminée à temps partiel, puis à temps plein, a conclu avec son employeur un contrat à durée déterminée, à compter du 1^{er} mars 2000 jusqu'au 31 août 2000. Par la suite, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir la condamnation de l'employeur à diverses sommes à titre d'indemnités de rupture. Le conseil de prud'hommes a dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse et a prononcé diverses condamnations. La cour d'appel a confirmé ce jugement.

Le pourvoi de l'employeur posait la question de savoir si les parties peuvent librement transformer la nature de leurs relations contractuelles de travail dans l'hypothèse d'un contrat de travail à durée indéterminée en cours d'exécution qui n'a pas été rompu. La chambre sociale répond par la négative, rappelant l'interdiction de l'article L. 1231-4, dont il résulte que nul ne peut renoncer par avance aux règles relatives au licenciement.

On rappellera que, par deux arrêts du 2 décembre 2003 (Soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-46.176, Bull. 2003, V, n° 308, sommaire n° 1, et pourvoi n° 01-46.540, Bull. 2003, V, n° 309, sommaire n° 1), la Cour de cassation a affirmé qu'un contrat à durée indéterminée peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais aussi d'un commun accord entre les parties. Dans cette dernière hypothèse, il est nécessaire que les parties soient pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié soient préservés. C'est ainsi qu'une décision du 21 janvier 2003 (Soc., 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-43.568, Bull. 2003, V, n° 11) a approuvé une cour d'appel d'avoir qualifié de rupture d'un commun accord la convention mettant fin aux relations contractuelles entre un employeur et un salarié à la suite de pourparlers minutieux et précis, conduits avec l'assistance de leur avocat respectif, les parties ayant été pleinement informées de leurs droits.

La validité de la conclusion d'un contrat à durée déterminée succédant à un contrat à durée indéterminée est en conséquence subordonnée à une rupture préalable de celui-ci, soit sous la forme d'un licenciement prononcé par l'employeur, soit sous la forme d'une démission du salarié (Soc., 20 février 2007, pourvoi n° 05-41.973), soit sous la forme d'un commun accord clairement exprimé, permettant ensuite la conclusion d'un nouveau contrat.

**** Pouvoir disciplinaire de l'employeur***

N° 16

L'employeur qui se heurte au refus d'une mesure de rétrogradation impliquant une modification

du contrat de travail peut, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, y compris un licenciement pour faute grave, en lieu et place de la sanction refusée.

Soc. – 11 février 2009.

Rejet

N° 06-45.897. – CA Douai, 29 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Divialle, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

Un employeur a découvert qu'un salarié engagé en qualité de directeur commercial, qui faisait preuve d'insubordination fréquente, avait commis diverses indécidatesses au préjudice de la société, et, lui reprochant une faute grave, il a souhaité, à titre de sanction, prononcer sa rétrogradation.

Cette mesure impliquant la modification du contrat de travail, elle ne pouvait être appliquée sans le consentement du salarié. Ce dernier ayant refusé d'accepter cette sanction, l'employeur a prononcé finalement le licenciement pour faute grave.

La cour d'appel a jugé ce licenciement pour faute grave justifié.

Le salarié s'est pourvu en cassation, arguant du fait que la faute grave étant celle qui empêche le maintien d'un salarié fautif dans l'entreprise, dès lors que l'employeur avait proposé initialement une rétrogradation à titre de sanction, il avait admis par là même qu'une telle impossibilité n'existait pas.

Dans son argumentation, le pourvoi faisait valoir que si la Cour de cassation admet le licenciement pour cause réelle et sérieuse lorsque le salarié refuse une sanction alternative au licenciement, elle ne permet pas en revanche qu'il soit prononcé un licenciement pour faute grave dans un tel cas de figure.

Jusqu'à un arrêt de 1998, en effet, la Cour de cassation estimait justifié par son seul refus le licenciement d'un salarié qui n'acceptait pas une mesure de modification de son contrat de travail infligée à titre de sanction par l'employeur, dès lors que ladite sanction était justifiée (Soc., 9 octobre 1991, pourvoi n° 87-45.326, *Bull.* 1991, V, n° 400, et Soc., 19 novembre 1997, pourvoi n° 94-44.784, *Bull.* 1997, V, n° 384).

Par un arrêt du 16 juin 1998 (Soc., 16 juin 1998, pourvoi n° 95-45.033, *Bull.*, V, n° 320), la chambre sociale a décidé que l'employeur n'a pas épuisé son pouvoir de sanction lorsque le salarié n'a pas accepté la modification de son contrat de travail décidée à titre de sanction, mais que cette mesure ne peut être appliquée qu'avec le consentement dudit salarié. L'employeur exerçant son pouvoir disciplinaire peut ainsi prononcer le licenciement du salarié (Soc., 16 juin 1998, déjà cité, et 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-42.669).

La chambre sociale a jugé également qu'un tel licenciement peut être valablement prononcé pour faute grave, la régularité de la procédure disciplinaire tenant à ce qu'elle a été mise en œuvre dans

un délai restreint à compter de la découverte des faits sanctionnés (Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-44.476, *Bull.* 2004, V, n° 193).

Ainsi, dans un tel cas, l'argument tiré de l'acquisition de la prescription prévue par l'article L. 122-44 du code du travail, devenu l'article L. 1332-4 du même code, ne pourrait prospérer, puisqu'il résulte de cet arrêt, qui est dans le droit fil de la doctrine de la Cour de cassation sur cette question, que ce qui importe est le délai dans lequel est mis en œuvre la procédure de licenciement après la découverte des faits fautifs par l'employeur.

Une position similaire a été adoptée en matière de faute lourde (Soc., 7 janvier 2007, pourvoi n° 04-42.669), mais cet arrêt n'est pas publié.

Des interprétations différentes sont cependant apparues, notamment dans la presse spécialisée.

Pour éviter toute spéculation sur ce sujet, il importait que la chambre sociale énonce par une formule claire sa position en la matière. C'est chose faite avec le présent arrêt qui affirme que « ... l'employeur qui se heurte au refus d'une mesure de rétrogradation impliquant une modification du contrat de travail peut, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, y compris un licenciement pour faute grave, en lieu et place de la sanction refusée ».

** Respect de la vie personnelle du salarié*

N° 17

Ne donne pas de base légale à sa décision, au regard des articles L. 212-4-3, alinéa 6, devenu L. 3123-24, et L. 120-2, devenu L. 1121-1, du code du travail et 1134 du code civil, la cour d'appel qui déclare fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée engagée à temps partiel, sans rechercher concrètement, comme il lui était demandé, d'une part, si la mise en œuvre de la clause de mobilité ne porte pas une atteinte au droit de l'intéressée, laquelle faisait valoir qu'elle était veuve et élevait seule deux jeunes enfants, à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et est proportionnée au but recherché, et, d'autre part, si la modification des horaires journaliers de travail est compatible avec des obligations familiales impérieuses.

Soc. – 13 janvier 2009.

Cassation partielle

N° 06-45.562. – CA Paris, 29 novembre 2005.

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

Note

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence protectrice de la vie personnelle et familiale des salariés. Cette question était posée dans la présente affaire par le double prisme de la clause de mobilité et de la modification des horaires journaliers d'un contrat de travail à temps partiel.

Aux termes d'une jurisprudence constante, la mise en œuvre d'une clause de mobilité doit être conforme à l'intérêt de l'entreprise (Soc., 14 juin 2002, pourvoi n° 99-44.845) et ne pas être abusive (Soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 96-44.315, *Bull.* 1999, V, n° 219 ; Soc., 2 juillet 2003, pourvoi n° 01-42.046). Depuis un arrêt du 6 février 2001, la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils prennent en considération les conditions de vie personnelle du salarié, et spécialement de sa vie familiale, pour apprécier le caractère abusif de la mise en œuvre d'une telle clause (Soc., 6 février 2001, pourvoi n° 98-44.190, *Bull.* 2001, V, n° 41). Par un arrêt de principe du 14 octobre 2008 (pourvoi n° 07-40.523, *Bull.* 2008, V, n° 192), la chambre a réaffirmé cette jurisprudence.

En ce qui concerne la modification des horaires journaliers de travail, l'article L. 212- 4-3, alinéa 6, devenu l'article L. 3123-24, du code du travail prévoit que le refus par un salarié à temps partiel d'accepter un tel changement au sein de chaque journée travaillée ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement, dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses (Soc., 9 mai 2001, pourvoi n° 99-40.111, *Bull.* 2001, V, n° 157).

En l'espèce, la salariée, engagée à temps partiel, avait fait valoir devant les juges du fond qu'elle était veuve et élevait seule ses deux jeunes enfants, que le glissement de la fin de service de 19 h 30 à 21 heures, avec la modification de son lieu de travail qui entraînait un temps de transport supplémentaire, était de nature à bouleverser sa vie familiale. La Cour de cassation censure, au visa des articles sus-référencés, la cour d'appel qui, ayant retenu que la salariée ne faisait pas état de « *difficultés particulièrement lourdes au regard de cette nouvelle affectation* », avait considéré que le refus d'une telle modification des conditions de travail constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement. Pour la chambre sociale, la cour d'appel, en se déterminant ainsi, sans rechercher concrètement, d'une part, si la mise en œuvre de la clause de mobilité ne portait pas une atteinte au droit de l'intéressée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché, et, d'autre part, si la modification des horaires journaliers de travail était compatible avec des obligations familiales impérieuses, a privé sa décision de base légale.

N° 18

Si l'usage fait par le salarié de son domicile relève de sa vie privée, des restrictions sont susceptibles de lui être apportées par l'employeur, à condition qu'elles soient justifiées par la nature du travail à accomplir et qu'elle soient proportionnées au but recherché.

Doit être cassé l'arrêt qui annule le rappel au règlement intérieur notifié au salarié, éducateur spécialisé dans un établissement spécialisé dans l'accueil des mineurs en difficulté, alors que l'interdiction faite aux membres du personnel éducatif de rece-

voir à leur domicile des mineurs placés dans l'établissement était une sujétion pouvant être imposée aux salariés et figurer dans le règlement intérieur, et que cette restriction à la liberté des salariés était justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

Soc. – 13 janvier 2009.

Cassation

N° 07-43.282. – CA Dijon, 15 mai 2007.

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

Note

Rendu dans une espèce où la cour d'appel avait annulé un rappel au règlement notifié à un éducateur ayant reçu à son domicile une mineure placée dans l'établissement employant le salarié, cet arrêt de cassation admet, pour la première fois, une exception au principe de la liberté d'usage du domicile privé.

L'article L. 1121-1 du code du travail dispose très généralement 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, formule maintenant reprise au 2° de l'article L. 1321-3, concernant le règlement intérieur.

Si le domicile, et l'usage qui en est fait, est l'archétype de ce qui relève de la vie privée du salarié, il est toutefois des cas, exceptionnels, où une atteinte à cette vie privée par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, peut être jugée justifiée et proportionnée.

Au constat de ce que, dans l'intérêt bien compris tant des mineurs que des salariés, l'interdiction faite aux membres du personnel éducatif de recevoir à leur domicile les enfants placés dans l'établissement était une sujétion professionnelle pouvant figurer dans le règlement intérieur et de ce que cette restriction à la liberté du salarié était justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché, il a été jugé qu'il était légitime que le règlement intérieur prohibe de recevoir les enfants ou adolescents dans les appartements privés, alors d'ailleurs qu'au cas de l'espèce, le reproche était de l'avoir fait sans autorisation préalable.

D'autres cas de figures peuvent être envisagés, ainsi :

- de l'accès aux logements de fonctions situés dans des enceintes sécurisées ;

- du travail à domicile, où l'accomplissement de la tâche peut obliger à des conditions particulières d'espace, d'installation d'équipements, de puissance électrique, de propreté, d'aération, de confidentialité... ;

- du télé-travail, où l'usage du poste informatique peut être limité au seul salarié et prohibé pour les autres occupants, avec une connexion sécurisée.

*** Respect des libertés individuelles
ou collectives des salariés**

N° 19

L'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles ou collectives des salariés que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; il ne peut ainsi, sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin.

La cour d'appel qui a considéré que la mesure de contrôle était licite sans avoir constaté que le salarié avait été informé de son droit de s'opposer à l'ouverture de son sac et au contrôle de son contenu a violé les articles L. 120-2, devenu L. 1121-1, du code du travail et 9 du code civil.

Soc. – 11 février 2009. Cassation partielle

N° 07-42.068. – CA Douai, 14 avril 2006.

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

Note

Dans le présent arrêt, la question essentielle soumise à la chambre sociale était celle des conditions de validité du contrôle du contenu du sac d'un salarié par l'employeur : est-il soumis au simple accord de l'intéressé, ou à son accord éclairé tenant à ce qu'il soit informé de la possibilité de refuser ce contrôle ?

Dans toute affaire relative à la licéité du moyen de preuve des faits reprochés au salarié licencié ultérieurement pour faute grave, il s'agit de concilier les libertés et droits individuels du salarié, garantis notamment par les dispositions de l'article L. 120-2, devenu L. 1121-1, du code du travail, issu de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 (« nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles ou collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ») et reprises de l'article L. 122-35, aujourd'hui L. 1321-3 (institué, lui, par la loi du 4 août 1982), relatives au règlement intérieur, avec le pouvoir de direction de l'employeur, qui a le droit de surveiller et de contrôler l'activité de ses salariés pendant le temps du travail.

La cour d'appel avait considéré que la double exigence du texte susvisé, de justification et de proportionnalité de la mesure de contrôle, était remplie en l'espèce, en raison des circonstances précises de vols répétés dans l'entreprise, de la nature de la mesure, limitée à un simple contrôle visuel du sac après demande d'ouverture excluant la fouille (critère retenu déjà par l'arrêt Soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-45.818, Bull. 2001, V, n° 115), de la présence de témoins membres de l'entreprise et de l'accord donné par l'intéressé.

La chambre sociale vient ajouter une condition supplémentaire à sa jurisprudence qui exigeait que la fouille du sac à main ait été faite avec l'autorisation du salarié concerné (Soc., 6 mars 2007, pourvoi n° 05-41.004), celle du respect de l'information individuelle du salarié de son droit de refuser le contrôle de son sac, s'inspirant de la jurisprudence administrative (compétente pour statuer sur la légalité des règlements intérieurs) sur les conditions de fouille des sacs, effets et véhicules du personnel (CE, 19 juin 1989, Latécoère, n° 78231 ; 11 juillet 1990, Griffine-Maréchal, n° 86022 ; 26 novembre 1990, Viny cuir, n° 96565), déjà reprise dans un arrêt se fondant sur les dispositions du règlement intérieur (Soc., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-47.123). Elle réserve cependant le cas des circonstances exceptionnelles tenant, par exemple, à la sécurité des personnes ou de l'entreprise, qui permettent ce type de contrôle même en l'absence de consentement du salarié (Soc., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-45.818, Bull. 2001, V, n° 115).

*** Transaction**

N° 20

Une transaction, fût-elle homologuée, n'a d'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties ou de ceux qu'elle représentait lors de sa conclusion.

Le représentant des salariés, auquel ses fonctions ne confèrent pas un pouvoir général de représentation de chaque membre du personnel, n'a pas mandat spécial de chaque salarié pour conclure en son nom une transaction.

Soc. – 31 mars 2009. Cassation

N° 06-46.378. – CA Paris, 24 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Divialle, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

L'arrêt précise que le représentant des salariés mentionné à l'article L. 621-4 du code de commerce ne dispose pas d'un pouvoir général de représentation et qu'il lui faut obtenir un mandat spécial de chaque salarié pour conclure en son nom une transaction.

Le code civil définit la transaction comme un contrat « par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Pour considérer que les salariés étaient parties à la transaction, il fallait s'assurer qu'ils y étaient représentés, en l'espèce par le représentant des salariés, désigné ou élu selon les prescriptions du code de commerce.

L'article L. 622-20 ancien, devenu l'article L. 642-24, du code de commerce dispose expressément, à propos du liquidateur, que celui-ci « peut, avec l'autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers, même sur celles qui sont relatives

à des droits et actions immobiliers ». Mais ce code ne contient pas de dispositions générales du même ordre en ce qui concerne le représentant des salariés. Il résulte seulement des articles L. 621-36 et L. 621-125 du code de commerce ancien, devenus L. 625-1 et L. 625-2, que le représentant des salariés a un rôle dans le relevé et la vérification des créances salariales établies par le représentant des créanciers, et qu'il peut représenter ou assister un salarié devant le conseil de prud'hommes en cas de litige relatif à ces créances.

Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le représentant des salariés « dispose d'attributions limitées aux seuls actes relatifs à la procédure collective ouverte à l'égard de l'entreprise qui l'emploie et [qu'] il ne peut, dès lors, être considéré comme une institution représentative du personnel au sens du code du travail » (Soc., 27 juin 2002, pourvoi n° 00-41.893, Bull. 2002, V, n° 223 ; Soc., 4 février 2003, pourvoi n° 00-45.820, Bull. 2003, V, n° 39). Ainsi, il ne peut suppléer le conseiller chargé d'assister le salarié convoqué à un entretien préalable au licenciement.

Sa désignation dans une procédure collective ne couvre d'ailleurs pas l'irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique née de l'absence de comité d'entreprise ou de délégué du personnel, alors qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi (Soc., 23 septembre 2008, pourvois n° 06-45.528 et 06-45.529, Bull. 2008, V, n° 170).

En l'espèce, l'arrêt d'appel avait constaté que le représentant des salariés n'avait pas reçu mandat de chacun des salariés pour transiger en leur nom sur les indemnités de licenciement obtenues précédemment devant le conseil de prud'hommes. Il en résultait que les conditions de l'article 2052 du code civil (selon lequel « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ») et celles de l'article 1351 du code civil sur l'identité de parties nécessaire à l'établissement de la chose jugée n'étaient pas réalisées.

La procédure d'homologation judiciaire, quant à elle, a essentiellement pour intérêt de donner force exécutoire à la transaction (2^e Civ., 27 mai 2004, pourvoi n° 02-18.542, Bull. 2004, II, n° 253), mais le présent arrêt permet à la Cour de cassation de rappeler que l'homologation ne peut pas suppléer le défaut d'autorité de chose jugée à l'égard de parties qui n'ont pas été présentes ou représentées valablement au contrat soumis à cette procédure.

3. Modification

dans la situation juridique de l'employeur

* Cession d'une entité économique autonome

N° 21

Si la clause de la convention de cession d'une entité économique autonome qui ne prévoit que la reprise d'une partie des salariés, contraire aux

dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu L. 1224-1, du code du travail, doit être réputée non écrite, le cédant qui continue d'utiliser les services des salariés dont la reprise du contrat de travail n'a pas été prévue, sans demander au cessionnaire de les reprendre, ne peut obtenir de ce dernier le remboursement des sommes afférentes à l'exécution ou à la rupture de ces contrats.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute les vendeurs d'un fonds de commerce de leurs demandes de remboursement par le cessionnaire des sommes versées ou susceptibles d'être versées au titre de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail d'un salarié dont ils ont continué d'utiliser les services, en application d'une clause de l'acte de vente excluant le transfert de son contrat, et dont ils n'ont pas demandé la reprise par le cessionnaire.

Soc. – 11 février 2009.

Rejet

N° 07-18.509. – CA Rennes, 27 février 2007.

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

Note

Le présent arrêt tire les conséquences de la solution apportée par l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 7 juillet 2006 (chambre mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.788, Bull. 2006, Ch. mixte, n° 5), qui a décidé que « la clause de la convention de cession d'une entité économique autonome qui ne prévoit la reprise que d'une partie des salariés, en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, doit être réputée non écrite, sans qu'en soit affectée entre les parties la validité de la convention de cession. »

Il tranche la question de savoir quelle est la conséquence de la nullité de la clause retenant le transfert du contrat de travail de certains salariés, dans les rapports cédant/cessionnaire, lorsque la clause a été exécutée.

En l'espèce, une convention de cession d'une entité économique autonome, conclue dans le cadre de l'article L. 1224-1 du code du travail, prévoyait le transfert de deux des contrats de travail sur trois. La clause ayant été jugée réputée non écrite, le cessionnaire, qui avait continué à utiliser les services du salarié, demandait que le cédant soit condamné à lui rembourser les sommes versées ou susceptibles d'être versées au titre de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail.

Pour le vendeur, puisque la clause était illicite, le contrat de travail du salarié concerné par cette clause avait été transmis au cessionnaire et c'était donc à celui-ci de supporter les sommes versées ou susceptibles d'être versées au titre de l'exécution ou de la rupture de ce contrat et donc de rembourser au cédant les sommes qu'il avait engagées à ce titre.

La chambre décide que le cédant qui a continué à utiliser les services du salarié ne peut obtenir le remboursement des sommes afférentes à l'exécu-

tion ou à la rupture des contrats qui n'ont pas été transférés, en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du code du travail, et ce, même si, juridiquement, le salarié concerné était salarié du cessionnaire.

En revanche, dans des hypothèses où les employeurs successifs ne font pas échec au transfert des contrats de travail, la Cour de cassation a déjà décidé qu'ils peuvent décider, par convention, de répartir entre eux la charge de l'indemnité de licenciement, mais à la condition que cette convention n'ait pas fait échec au transfert des contrats de travail :

« Est licite l'accord par lequel le cédant d'une entreprise s'engage à rembourser au cessionnaire les indemnités qui seraient versées par celui-ci au titre du préavis et de l'ancienneté à ceux des ouvriers qu'il déciderait après la cession de licencier, dès lors que, l'article L. 122-12 du code du travail ne faisant pas obstacle à ce que le nouvel exploitant résilie les contrats à durée indéterminée pour une cause réelle et sérieuse, un tel accord ne préjudicie pas aux droits des salariés à qui il n'est pas opposable, ne porte pas sur des dommages-intérêts pour licenciements abusifs et n'est pas destiné à faire échec aux dispositions d'ordre public de l'article susvisé » (Soc., 30 mai 1980, pourvoi n° 78-15.874, Bull. 1980, V, n° 470).

4. Contrats particuliers

* Travail intérimaire

N° 22

L'autorisation de recourir au travail intérimaire en cas d'absence temporaire d'un salarié s'entend de son absence aussi bien de l'entreprise que de son poste habituel de travail.

Doit être approuvée la cour d'appel qui, après avoir constaté que le salarié intérimaire avait été engagé pour remplacer un salarié détaché de son poste habituel pour être affecté sur un autre projet en tant que formateur, déboute le salarié de sa demande de requalification de ses contrats en un contrat à durée indéterminée.

Soc. – 25 février 2009.

Rejet

N° 07-43.513. – CA Douai, 27 octobre 2006.

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

Note

Les cas de recours autorisé à un salarié intérimaire sont limitativement énumérés à l'article L. 124-2-1, recodifié sous les articles L. 1251-6 et L. 1251-7, du code du travail. Un utilisateur peut notamment faire appel à un salarié d'une entreprise de travail temporaire, pour des tâches non durable, en cas « d'absence d'un salarié ».

En l'espèce, le salarié remplacé n'était pas absent de l'entreprise mais seulement absent de son poste habituel, car il lui avait été confié une tâche de formateur sur un autre projet.

Le demandeur au pourvoi, embauché en intérim pour le remplacer, soutenait qu'une telle absence ne correspondait pas au cas de recours autorisé. Selon lui, pour pouvoir recourir à un travailleur en intérim pour remplacer un salarié absent, il est nécessaire que le salarié en question soit réellement absent de l'entreprise ou bien qu'il remplace lui-même un salarié absent.

La question, inédite, qui se posait à la chambre sociale était de savoir s'il était possible d'avoir recours à un salarié intérimaire pour remplacer un salarié temporairement absent « par suite notamment de sa mutation provisoire sur un autre poste », non pour y remplacer un salarié absent, mais pour effectuer une tâche temporaire ou spéciale.

La Cour de cassation répond par l'affirmative.

Cette solution s'inscrit dans la logique de sa jurisprudence sur le recours à un travailleur intérimaire en cas d'accroissement temporaire d'activité. En effet, elle a déjà admis, en ce cas, la possibilité de remplacement « en cascade ». Ainsi, interprétant la loi de manière extensive, elle a décidé que, lorsqu'un employeur a recours à un travailleur intérimaire pour accroissement d'activité, il n'est pas nécessaire, à la condition que l'accroissement d'activité soit temporaire, « que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même de la tâche » résultant de cet accroissement d'activité (voir, par exemple, Soc., 21 janvier 2004, pourvoi n° 03-42.769, Bull. 2004, V, n° 27, et Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-40.336, Bull. 2005, V, n° 70). Le but d'une telle solution était de permettre à l'employeur, qui est maître de l'organisation de la production, d'organiser le travail de l'entreprise en fonction des capacités de chacun, et notamment de le laisser décider quel est le poste auquel il lui est possible d'affecter le salarié intérimaire qui ne connaît pas l'entreprise.

Il s'agit pour la jurisprudence, dans ce domaine, de concilier, d'un côté, les règles contraignantes de l'intérim, qui visent à empêcher l'employeur d'abuser de ce type de contrats pour contourner le droit du travail et le droit syndical, et, de l'autre côté, la prérogative du chef d'entreprise d'organiser la production en fonction des salariés qu'il a à sa disposition, quel que soit leur mode de recrutement et leur contrat.

En l'espèce, on peut concevoir que l'employeur préfère faire appel à un salarié qu'il connaît et qui connaît l'entreprise, pour être affecté temporairement à un poste de formateur, plutôt qu'à un travailleur temporaire.

5. Statuts particuliers

* Dockers

N° 23

Les ouvriers dockers occasionnels bénéficient d'un statut particulier leur donnant la liberté de travailler pour un autre employeur que le port qui les emploie.

Encourt la cassation pour défaut de base légale l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir relevé que l'article R. 511-4 du code des ports maritimes, chargeant le bureau central de la main-d'œuvre de l'organisation générale de l'embauchage et du pointage des dockers professionnel intermittents et des dockers occasionnels, n'avait pas été respecté, omet de rechercher si les conditions concrètes d'exercice de leur activité, qui leur imposaient de se présenter deux fois par jour à l'embauche dans les bureaux de l'entreprise sous peine de sanctions disciplinaires, ne les plaçaient pas dans un lien de subordination de droit commun contraire à la liberté attachée à la qualification de docker occasionnel.

Soc. – 10 mars 2009.

Cassation

N° 07-41.892. – CA Rennes, 15 février 2007.

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

Note

Le code des ports maritimes distingue trois types d'ouvriers dockers bénéficiant d'un statut différent : l'ouvrier docker mensualisé, seul titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, l'ouvrier docker intermittent et l'ouvrier docker occasionnel, titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée. L'article L. 511-5 de ce code définit les ouvriers dockers occasionnels comme « une main-d'œuvre d'appoint à laquelle il n'est fait appel qu'en cas d'insuffisance du nombre de dockers professionnels intermittents » et précise que « ces ouvriers ne sont pas tenus de se présenter à l'embauche et peuvent aller travailler ailleurs que sur le port sans autorisation spéciale ». Son article L. 511-2 prévoit, pour les entreprises de manutention portuaire, que le recrutement se fait dans l'ordre suivant : d'abord les dockers mensualisés, puis les dockers professionnels intermittents, enfin les dockers occasionnels.

Des « dockers occasionnels » ont saisi la juridiction prud'homale de demandes de requalification de leurs contrats en contrats à durée indéterminée ; considérant qu'ils se trouvaient sous la subordination permanente de la société gérant le port, ils invoquaient à cet effet la violation de l'article R. 511-4 2° du code des ports maritimes, lequel prévoit que « le bureau central de main-d'œuvre du port est chargé notamment, et pour le compte des entreprises employant des ouvriers dockers, de l'organisation générale et du contrôle de l'embauchage des ouvriers dockers professionnels intermittents et des ouvriers dockers occasionnels dans le port », en faisant valoir qu'ils étaient obligés

de se présenter deux fois par jour à l'embauche dans les bureaux de l'entreprise, sous peine de sanctions disciplinaires. La cour d'appel les a déboutés de leurs demandes.

La question qui se posait à la chambre sociale était donc de savoir si la méconnaissance des dispositions de l'article R. 511-4 du code des ports maritimes permet de requalifier le contrat des dockers occasionnels en contrat de travail à durée indéterminée.

En reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si les conditions concrètes d'exercice de leur activité, qui imposaient aux intéressés de se présenter deux fois par jour à l'embauche dans les bureaux de l'entreprise sous peine de sanctions disciplinaires, ne les plaçaient pas dans un lien de subordination de droit commun, contraire à la liberté attachée à la qualification de docker occasionnel, la chambre apporte une réponse affirmative à la question posée.

Lorsque la spécificité du statut des dockers occasionnels, qui « ne sont pas tenus de se présenter à l'embauche et doivent pouvoir aller travailler ailleurs que sur le port sans autorisation spéciale », ce qui leur donne la liberté de travailler pour un autre employeur que le port qui les emploie, est méconnue, la chambre sociale fait donc prévaloir la notion de « lien de subordination de droit commun » et ses effets sur la qualification d'une relation de travail, peu important qu'aucun texte ne sanctionne la méconnaissance de la compétence du bureau central de main-d'œuvre du port par une requalification des contrats.

* Fonctionnaires particuliers

N° 24

Selon l'article 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant statut général des fonctionnaires d'Etat, le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant les fonctions qu'il exerce par l'effet de son détachement, à l'exception des dispositions des articles L. 122-3-5, L. 122-3-8 et L. 122-9, devenus L. 1243-6, L. 1243-1 et L. 1234-9, du code du travail et de toute disposition législative, réglementaire ou conventionnelle prévoyant le versement d'indemnités de licenciement ou de fin de carrière.

Il s'ensuit que ce texte interdit le versement au fonctionnaire d'Etat détaché auprès d'une collectivité territoriale de la Nouvelle-Calédonie, dont la rupture du contrat de travail a été jugée abusive, de toute indemnité de licenciement.

Soc. – 31 mars 2009.

Cassation partielle
sans renvoi

N° 08-40.137. – CA Nouméa, 10 octobre 2007.

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

Note

La solution donnée à ce pourvoi, qui n'a qu'un intérêt résiduel depuis l'entrée en vigueur de la

loi du pays n° 2006-3 du 8 février 2006, qui exclut l'application des dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985, relative aux principes directeurs du droit du travail, aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public, aux fonctionnaires détachés auprès d'une collectivité territoriale public administratif de la Nouvelle-Calédonie, rappelle que l'interdiction faite par le statut général des fonctionnaires d'Etat en position de détachement de percevoir une indemnité de licenciement est absolue et s'applique même en l'absence de disposition spécifique prévoyant la même exclusion dans les textes applicables sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

** Gérants de succursales*

N° 25

Les travailleurs visés à l'article L. 781-1, devenu L. 7321-1 et L. 7321-3, du code du travail bénéficient des dispositions de ce code, et notamment de celles du titre V, livre II, relatif aux conventions collectives ; par suite, ils bénéficient de la convention collective à laquelle est soumis le chef d'entreprise qui les emploie.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui décide que les dispositions d'une convention collective applicable au chef d'entreprise ne s'appliquent pas à un gérant régi par les articles susvisés.

Soc. – 25 mars 2009. Cassation partielle

N° 07-41.242. – CA Nîmes, 10 janvier 2007.

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

Note

Cet arrêt affirme que les gérants de succursales relevant de l'article L. 7321-1 et L. 7321-2 du code du travail bénéficient des stipulations de la convention collective à laquelle est soumis le chef d'entreprise qui les emploie.

La cour d'appel, déboutant le gérant d'une succursale de sa demande en paiement de diverses sommes dont le calcul était fondé sur des dispositions conventionnelles, avait considéré que, assimilé à un salarié, l'intéressé ne pouvait prétendre qu'aux avantages accordés par ce code et ne pouvait revendiquer à son profit ni un contrat de travail ni, faute d'application volontaire, les dispositions d'une convention qui découlent de dispositions régissant les relations collectives entre employeurs et salariés.

Confirmant un arrêt ancien (Soc., 26 février 1992, pourvoi n° 88-41.533, *Bull.* 1992, V, n° 133, sommaire n° 2) qui avait tranché la question en faveur de ces travailleurs, les faisant bénéficier « de la convention collective à laquelle est soumis le chef d'entreprise qui les emploie », la chambre sociale se prononce pour une assimilation complète des gérants aux salariés, tirant ainsi les conséquences des dispositions de l'article L. 781-1, devenu L. 7321-1 et L. 7321-3, du

code du travail, qui ne forment aucune réserve sur l'étendue de l'assimilation. Le bénéfice des dispositions d'une convention collective est acquis aux gérants libres par la seule réunion des conditions de fait posées par l'article L. 7321-2 du code du travail, sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination.

** Gérants non salariés d'une succursale*

N° 26

Si le gérant non salarié d'une succursale peut être rendu contractuellement responsable de l'existence d'un déficit d'inventaire en fin de contrat et tenu d'en rembourser le montant, il doit, aux termes de l'article L. 7322-1 du code du travail, bénéficier de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale.

Il en résulte qu'il ne peut être privé, dès l'origine, par une clause du contrat, du bénéfice des règles protectrices relatives à la rupture des relations contractuelles.

Doit être cassé l'arrêt d'un cour d'appel qui, pour dire que le contrat a été rompu à la suite d'une faute grave, se borne à se référer à une clause contractuelle, alors qu'un contrat ne peut prévoir par avance les conséquences d'une rupture pour faute.

Soc. – 11 mars 2009. Cassation partielle

N° 07-40.813. – CA Lyon, 15 décembre 2006.

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

Note

Les gérants de succursales de commerce de détail alimentaire sont des travailleurs indépendants, qui sont cependant « économiquement dépendants » de l'entreprise propriétaire de la succursale. Les articles L. 7322-1 et L. 7321-2 du code du travail tiennent compte de cette situation particulière et disposent que les dispositions du code du travail leur sont applicables dans la mesure de ce qu'ils prévoient.

En l'espèce, les gérants d'une succursale avaient été licenciés au motif que l'inventaire avait fait apparaître un manquant de marchandise et un excédent d'emballage plus important. La cour d'appel, se fondant sur une clause du contrat selon laquelle tout déficit d'inventaire constituait une faute lourde, avait dit que le contrat avait été rompu à la suite d'une faute grave.

La question qui se posait à la Cour de cassation était de savoir si un contrat de gérance peut prévoir par avance qu'un déficit d'inventaire est constitutif d'une faute grave ou lourde, et si une telle clause dispense la cour d'appel de rechercher si, dans le cas d'espèce, le déficit d'inventaire est bien constitutif d'une faute justifiant la rupture du contrat.

La Cour de cassation a déjà dit, à propos d'un gérant salarié, que l'existence d'une clause du contrat de travail prévoyant que le salarié peut être licencié à la suite de deux déficits d'inventaire

successifs ne dispense pas les juges du fond « de rechercher si le déficit d'inventaire résulte d'une faute du salarié » (Soc., 6 février 2001, pourvoi n° 98-45.850, Bull. 2001, V, n° 45). C'est la même solution qu'elle adopte pour les gérants non salariés. Elle avait d'ailleurs déjà rendu un arrêt dans le même sens en 1997 (Soc., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-45.257, Bull. 1997, V, n° 351).

Ainsi, en sa qualité de « gérant indépendant », le gérant non salarié peut être responsable du déficit d'inventaire. Toutefois, les dispositions du code du travail lui étant applicables, son contrat ne peut prévoir à l'avance qu'un tel déficit constituera systématiquement une cause de rupture. En conséquence, en présence d'un tel déficit, la juridiction devra apprécier l'existence effective d'une faute et non se borner à se référer à la clause contractuelle.

* Journalistes professionnels

N° 27

Aux termes des articles 22 et 23 de la convention collective nationale des journalistes professionnels, les salaires correspondant aux qualifications professionnelles doivent être majorés de la prime d'ancienneté, dès lors que les salariés remplissent les conditions d'ancienneté prévues. Ces appointements représentent la somme minimum que chacun doit percevoir pour la durée d'un mois de travail normal.

Il en résulte que la prime d'ancienneté, calculée, pour le pigiste, par référence au SMIC, s'ajoute au salaire de base de l'intéressé, quel que soit son montant.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui décide que la prime d'ancienneté n'intervient que comme une majoration du salaire minimal garanti, et non pas comme une prime s'ajoutant au salaire, quel que soit son montant.

Soc. – 4 février 2009. Cassation partielle

N° 07-40.891. – CA Paris, 19 décembre 2006.

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

Note

Selon l'article 22 de la convention collective nationale des journalistes du 1^{er} novembre 1976, « ... Les grilles hiérarchiques correspondant aux qualifications professionnelles, par forme de presse, sont annexées à la présente convention.

Les salaires correspondant à ces qualifications doivent être majorés, s'il y a lieu, de la prime d'ancienneté. Ces appointements représentent la somme minimum que chacun doit percevoir pour la durée d'un mois de travail normal, tel qu'il est défini à l'article 29 de la présente convention.

(...)

Toute stipulation de traitement inférieure aux dispositions que prévoient la présente convention et ses annexes sera considérée comme nulle de plein droit.

Les accords régissant chaque forme de presse ainsi que les barèmes de salaires correspondants sont annexés à la présente convention ».

L'article 23 ajoute : « Les barèmes minima des traitements se trouvent majorés d'une prime d'ancienneté calculée de la façon suivante :

Ancienneté dans la profession en qualité de journaliste professionnel :

- 3 p. 100 pour cinq années d'exercice ;
- 6 p. 100 pour dix années d'exercice ;
- 9 p. 100 pour quinze années d'exercice ;
- 11 p. 100 pour vingt années d'exercice.

Ancienneté dans l'entreprise en qualité de journaliste professionnel :

- 2 p. 100 pour cinq années de présence ;
- 4 p. 100 pour dix années de présence ;
- 6 p. 100 pour quinze années de présence ;
- 9 p. 100 pour vingt années de présence.

Sera considéré comme temps de présence dans l'entreprise, pour le calcul de l'ancienneté, le temps passé dans les différents établissements de l'entreprise ».

L'interprétation de ces articles, tant par les juges du fond que par la Cour de cassation, n'était pas clairement fixée. Selon les décisions, la prime d'ancienneté était calculée en pourcentage du salaire réel ou par référence au SMIC ; en outre, elle pouvait soit venir en complément d'un appointement inférieur aux minima, soit s'ajouter en tout état de cause au salaire de base, quel qu'en soit le montant.

L'arrêt du 4 février 2009 fixe, sur ces deux points, l'interprétation qui doit être faite des articles 22 et 23 précités : d'une part, en l'absence d'annexe à la convention collective fixant les rémunérations minimales des pigistes, la prime d'ancienneté prévue par l'article 23 est calculée, pour le pigiste, par référence au SMIC ; d'autre part, dès que l'ancienneté est acquise, cette même prime d'ancienneté s'ajoute au salaire de base de l'intéressé, quel que soit son montant.

Se trouve donc cassé l'arrêt frappé de pourvoi qui déduisait des termes de l'article 22 que les « appointements » constitués par le salaire minimum majoré de la prime d'ancienneté « représentent la somme minimum que chacun doit percevoir pour la durée d'un mois de travail normal. » Selon les juges du fond, la prime d'ancienneté de l'article 23 s'ajoutait au salaire de base, mais ne pouvait pas constituer une prime augmentant le salaire, quel que soit le montant de ce salaire.

*** Maîtres de l'enseignement privé
sous contrat d'association avec l'Etat**

N° 28

Le paiement des heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'Etat prises en dehors de leur temps de travail incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui retient que l'enseignant intégré de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail au sein de laquelle il exerce ses fonctions relève des dispositions de l'article L. 2143-1 du code du travail et doit disposer à ce titre, avant comme après la promulgation de la loi n° 2004-5 du 5 janvier 2005 qui a modifié l'article L. 442-5 du code de l'éducation, du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions syndicales, et qui, relevant que ces heures étaient accomplies en dehors du temps de travail, en déduit exactement qu'elles devaient être payées par l'établissement d'enseignement privé.

Soc. – 31 mars 2009.

Rejet

N° 08-40.408. – CA Paris, 20 novembre 2007.

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

Note

Le présent arrêt tranche la question de la charge du paiement des heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé de l'article L. 442-5 du code de l'éducation, après l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat.

Il résulte désormais de ce dernier texte, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2005, qui a modifié l'article L. 442-5 précité, que les maîtres qui enseignent dans les établissements d'enseignement privé ayant passé avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public sont des agents publics, qui ne sont plus liés par un contrat de travail à ces établissements. Cependant, aux termes de cette même loi, les maîtres restent électeurs et éligibles aux élections des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène et de sécurité, et bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail.

Dans le silence des textes, la Cour de cassation a été amenée à apporter plusieurs précisions sur l'exercice du droit syndical de ces agents et la rémunération du temps consacré à l'exercice des différents mandats.

La Cour de cassation, le 15 janvier 2007, a émis l'avis qu'« *intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement, les maîtres de l'enseignement privé (...) entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 du code*

du travail, relatives à la désignation des délégués syndicaux » (avis n° 0070002P du 15 janvier 2007, *Bull.* 2007, Avis, n° 1).

Par arrêt du 18 novembre 2008 (pourvoi n° 07-42.921, *Bull.* 2008, V, n° 78), la chambre sociale a dit que les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour statuer sur la demande d'un enseignant, délégué syndical et délégué du personnel, dirigée contre l'établissement d'enseignement privé sous contrat, tendant à obtenir le paiement des heures de délégations effectuées en dehors des heures de services sur le fondement de l'article L. 412-20 du code du travail, alors applicable.

Le présent arrêt précise que le paiement des heures de délégation prises en dehors de leur temps de travail incombe à l'établissement au sein duquel les enseignants exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement.

Il ne faut pas confondre l'exercice de ces mandats avec ceux qui pourraient être exercés dans le cadre du décret du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique, qui prévoit que des autorisations spéciales d'absence sont accordées aux représentants des organisations syndicales pour assister aux congrès syndicaux ou aux réunions des organismes directeurs et instaure des décharges de service, un contingent global étant fixé chaque année par ministère et réparti ensuite entre les organisations syndicales.

*** Marin**

N° 29

Les dispositions de l'article L. 742-1 du code du travail, alors applicables, ne font pas obstacle à ce que les dispositions de l'article L. 122-24-4, devenu L. 1226-2, L. 1226-3 et L. 1226-4, dudit code soient appliquées à un marin devenu inapte à la navigation à la suite d'une maladie non professionnelle et dont la situation n'est régie par aucune loi particulière.

Doit être en conséquence approuvée la cour d'appel qui condamne l'employeur au paiement des salaires un mois après l'avis médical d'inaptitude, à défaut de reclassement ou de licenciement.

Soc. – 10 mars 2009.

Rejet

N° 08-40.033. – CA Rennes, 8 novembre 2007.

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

Note

L'arrêt confirme la position de la chambre sociale concernant l'application respective du code du travail maritime et du code du travail. La jurisprudence interprète l'article L. 742-1 du code du travail, alors applicable, aux termes duquel « *le contrat d'engagement ainsi que les conditions de travail des marins à*

bord des navires sont régis par les lois particulières », en jugeant que ce n'est qu'en présence de ces lois particulières que le droit commun doit être écarté.

Ainsi, la chambre applique le code du travail maritime lorsqu'une disposition spéciale de ce code prévoit son application. C'est le cas pour l'application aux capitaines de navires des dispositions relatives au repos hebdomadaire (Soc., 11 juillet 2007, pourvois n° 06-40.380, 06-40.381, 06-40.382 et 06-40.383). En revanche, elle applique le code du travail lorsqu'il n'existe aucune disposition particulière. C'est ainsi que s'appliquent aux marins les dispositions du code du travail relatives aux salariés accidentés du travail (assemblée plénière, 7 mars 1997, pourvoi n° 95-40.169, *Bull.* 1997, Ass. plén., n° 2), ou encore celles relatives à la mise à la retraite des salariés (Soc., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.415).

Aucune disposition du code du travail maritime ne prévoyait la situation régie par l'ancien article L. 122-24-4 du code du travail, devenu L. 1226-2, L. 1226-3, et L. 1226-4, relatif aux règles particulières aux salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi. Dans ces conditions, la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir fait application des dispositions du code du travail et condamné l'employeur au paiement des salaires un mois après l'avis médical d'inaptitude, à défaut de reclassement ou de licenciement.

* *Personnels d'EDF-GDF*

N° 30

La circulaire PERS 793, instaurant une indemnité de repas au profit des agents des sociétés EDF et GDF s'étant trouvés en déplacement pour raison de service pendant les heures normales de repas telles qu'elle les définit, doit être comprise comme subordonnant le bénéfice de cette indemnité à la condition que le déplacement couvre l'intégralité de ces périodes.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi reprochant à une cour d'appel d'avoir débouté un agent de sa demande d'indemnité de repas pour les journées au cours desquelles il n'a été en déplacement que pendant une fraction de ces périodes.

Soc. – 11 mars 2009.

Rejet

N° 08-40.054. – CA Agen, 6 novembre 2007.

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

Note

La circulaire EDF-GDF PERS 793 du 11 août 1992 prévoit que « les agents appelés à se déplacer hors de leur zone habituelle de travail reçoivent, à titre de remboursement des frais engagés, les indemnités de repas et de chambre figurant aux barèmes et relatives à leur catégorie pour la localité où est effectué le déplacement ». L'article 231 de cette même circulaire précise : « pour qu'il y ait ouverture du droit à cette indemnité [repas],

il faut que l'agent se soit trouvé en déplacement pour raison de service pendant les heures normales de repas, lesquelles sont comprises entre 11 heures et 13 heures pour le déjeuner et entre 18 heures et 21 heures pour le dîner, étant entendu que ces heures sont celles de fin de travail ou de fin de déplacement ».

Un salarié, agent EDF, réclamait le paiement de cette indemnité de repas prévue par l'article 231 de la circulaire EDF-GDF PERS 793 du 11 août 1992, mais l'employeur refusait de la lui payer, au motif que l'agent n'était en déplacement que sur une partie de la pause méridienne, et non pendant la totalité « des heures normales de repas ».

Le conseil de prud'hommes comme la cour d'appel ont débouté le salarié de ses demandes.

La question qui se posait donc à la chambre sociale était de savoir si le bénéfice de l'indemnité de repas prévu par la circulaire PERS 793 suppose que l'agent soit en déplacement pendant l'intégralité de ces périodes, ou s'il peut bénéficier de cette indemnité quand il est en déplacement seulement sur une partie de la période.

La Commission supérieure nationale du personnel des industries électriques et gazières, commission paritaire d'interprétation, saisie d'une demande d'interprétation formulée par le syndicat CGT le 9 septembre 2002, avait décidé que l'indemnité de repas ne devait être prévue que pour les agents ayant travaillé pendant la totalité des heures normales de prise de repas.

La Cour de cassation n'est jamais liée par l'avis des commissions paritaires d'interprétation. Cependant, en l'espèce, elle en a partagé l'analyse et décide donc que la circulaire doit être comprise comme subordonnant le bénéfice de cette indemnité à la condition que le déplacement se soit déroulé pendant l'intégralité des heures normales de repas.

* *Personnels de la SNCF*

N° 31

1° Lorsqu'une disposition d'un statut réglementaire national applicable au sein d'une entreprise publique prévoit, pour les employés de cette entreprise, un avancement tenant compte de l'ancienneté dans une catégorie de rémunération déterminée par ledit statut, le travailleur migrant doit pouvoir se prévaloir efficacement des périodes d'emploi dans un domaine d'activité comparable, accomplies antérieurement au service d'une autre entreprise publique d'un autre Etat membre.

2° Une entreprise publique d'un Etat membre ne peut, à l'occasion du recrutement de son personnel, refuser de tenir compte de l'ancienneté de l'expérience et des qualifications acquises antérieurement dans un domaine d'activité comparable, au service d'une entreprise publique d'un autre Etat membre.

Dès lors, viole l'article 39 du Traité CE l'arrêt qui déboute un salarié, ayant exercé durant plusieurs années ses fonctions au sein de la Société nationale des chemins de fer belge, de ses demandes

visant à bénéficier, au sein de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), d'un rappel de salaire au titre de l'ancienneté acquise auprès de la première entreprise, et de ses demandes en dommages-intérêts en raison du refus de son employeur de l'incorporer au cadre permanent de la SNCF et de l'obligation lui ayant été imposée de satisfaire à un concours et à un stage d'essai avant son recrutement statutaire, au motif inopérant que les règles statutaires de la SNCF s'appliquent indistinctement au national et au ressortissant communautaire.

Soc. – 11 mars 2009. Cassation

N° 08-40.381. – CA Montpellier, 21 novembre 2007.

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

Note

Un ressortissant belge, après avoir travaillé plusieurs années pour la Société nationale des chemins de fer belge, est embauché par la SNCF comme contractuel. Par la suite, il demande à son nouvel employeur d'examiner sa situation en vue d'une incorporation au cadre permanent. Cette intégration lui est refusée, au motif que les statuts de l'entreprise exigent qu'il justifie, pour bénéficiaire d'un recrutement statutaire, d'un certain âge dont il avait dépassé la limite, de la réussite à un concours ou de l'accomplissement d'un stage. Par ailleurs, ce salarié demande à la SNCF des rappels de salaires, son nouvel employeur n'ayant pas tenu compte de son ancienneté dans la Société nationale des chemins de fer belge pour le calcul de son salaire en tant que contractuel, alors que l'ancienneté de ses collègues français acquise au sein de la SNCF était retenue pour le calcul de leur salaire. Le versement de ce rappel de salaire lui est également refusé.

Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale, estimant avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire par restriction à son droit à la libre circulation des travailleurs garantie par les normes communautaires, et notamment l'article 39 du Traité CE.

La cour d'appel l'ayant débouté de ses demandes, il se pourvoit en cassation. D'une part, il fait valoir que les dispositions du statut de la SNCF qui privent un ressortissant communautaire ayant travaillé au sein de la Société nationale des chemins de fer belge de la possibilité de se prévaloir de son expérience et de son ancienneté acquise précédemment au sein de cette société, et donc qui le traite différemment des salariés ayant toujours travaillé dans l'entreprise française, sont contraires aux dispositions du Traité CE et du droit dérivé, comme constituant des mesures restrictives à la libre circulation des travailleurs. D'autre part, il soutient que constitue une discrimination et une entrave au droit de libre circulation le fait d'imposer, pour qu'un salarié bénéficie d'un recrutement statutaire, une limite d'âge à un ressortissant d'un autre Etat membre ayant exercé les mêmes fonctions dans un domaine d'activité comparable, en sorte qu'il est privé, passé cette limite d'âge, de la possibilité d'exercer son droit

de circulation au sein de l'Union, et de lui imposer un stage et la réussite à un concours, alors qu'il bénéficiait déjà des qualifications acquises chez son ancien employeur.

La Cour de cassation avait donc à répondre à deux questions, liées à la compatibilité du statut de la SNCF avec le principe de libre circulation des travailleurs au sein de la Communauté européenne.

La première question était de savoir si l'article 39 du Traité CE et l'article 7, paragraphe 1, du Règlement CEE n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, garantissent à un travailleur communautaire de pouvoir se prévaloir de son expérience et de son ancienneté acquise précédemment au sein d'une entreprise exerçant dans un domaine d'activité comparable à celui de la SNCF, pour obtenir un salaire identique à celui accordé à un travailleur ayant toujours travaillé au sein de la SNCF.

La seconde question était de déterminer si ces mêmes dispositions de droit communautaire s'opposent à ce que des dispositions nationales imposent à un travailleur communautaire ayant exercé son emploi dans un domaine d'activité comparable à celui de la SNCF de justifier d'un certain âge, du succès à un concours ou de l'accomplissement d'un stage pour bénéficier d'un recrutement statutaire.

Le principe de libre circulation des travailleurs constitue l'une des grandes libertés fondamentales destinées à permettre, conformément à l'article 14 du Traité CE, la réalisation du marché intérieur.

Selon l'article 39, paragraphe 2, du Traité CE, le principe de libre circulation des travailleurs, qui est assurée à l'intérieur de la Communauté, « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions du travail ».

La Cour de justice des Communautés européennes a dit que cette disposition avait un effet direct, en ce sens qu'elle confère aux ressortissants de ces Etats des droits que ceux-ci peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder (voir, par exemple, CJCE, 4 avril 1974, affaire 167/73, Commission/France, *Rec.* p. 359). Il en résulte qu'elle sanctionne toutes mesures qui ont pour objet ou pour effet de limiter le droit des travailleurs à librement circuler sur le territoire communautaire.

Ce principe de libre circulation des travailleurs a été mis en œuvre par un ensemble de textes communautaires dont le plus important est le Règlement n° 1612/68, dont l'article 7 dispose, en son paragraphe 1, que « Le travailleur ressortissant d'un Etat membre ne peut, sur le territoire des autres Etats membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions

d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombe en chômage. »

La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que les articles 39 du Traité CE et 7, paragraphe 1, du Règlement (CEE) n° 1612/68 s'opposent à ce que des dispositions réglementaires ou la pratique administrative excluent toute possibilité de prise en compte, aux fins de l'octroi de l'allocation d'ancienneté et du classement dans une catégorie de salarié d'un travailleur employé dans un service public national, des services effectués dans une administration publique d'un autre Etat membre, alors que les périodes de services accomplies dans l'administration nationale sont, dans certains cas, prise en considération. La Grèce a ainsi été condamnée pour avoir refusé de prendre en compte les cinq années de service effectuées par un fonctionnaire grec, musicien, à l'orchestre municipal de Nice (CJCE, 12 mars 1988, affaire C-187/96).

Elle a également jugé que les articles 39 du Traité CE et 7, paragraphe 1, du Règlement n° 1612/68 s'opposent à ce qu'une clause d'une convention collective applicable au service public d'un Etat membre prévoit, pour les employés de ce service public, un avancement à l'ancienneté après huit années de travail dans une catégorie de rémunération déterminée par cette convention sans tenir compte des périodes d'emploi dans un domaine d'activité comparable, accomplies antérieurement dans le service public d'un autre Etat membre (CJCE, 15 janvier 1998, affaire C-15/96). La Cour a même précisé qu'une telle clause est nulle de plein droit et que le juge est tenu, sans demander ou attendre l'élimination préalable de cette clause par la négociation ou tout autre procédé, d'appliquer aux membres du groupe défavorisés par cette discrimination le même régime que celui dont bénéficient les autres travailleurs.

Il résulte donc clairement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que le principe fondamental de la libre circulation des travailleurs énoncé aux articles 39 du Traité CE et 7, paragraphe 1, du Règlement n° 1612/68 s'oppose fermement aux dispositions du statut de la SNCF contestées par le demandeur au pourvoi. La Cour de cassation, dans le présent arrêt, ne pouvait donc que casser l'arrêt de la cour d'appel qui avait jugé le contraire. A défaut, sa décision aurait été en contradiction avec la *ratio legis* des textes communautaires. Le Traité a pour ambition de supprimer les frontières et de permettre au travailleur qui souhaite circuler dans la Communauté de pouvoir le faire le plus simplement possible. Il en résulte que, dès lors que le travailleur remplit les conditions pour exercer une fonction dans son Etat membre d'origine, il justifie nécessairement des conditions pour exercer une fonction, dans un domaine d'activité similaire, dans un autre Etat membre. En outre, une solution contraire rendrait moins attractif l'exercice du droit à la libre circulation des travailleurs. En effet, si, chaque fois que les travailleurs souhaitent travailler

à l'étranger, ils doivent justifier ou se soumettre aux nouvelles et diverses conditions requises par les différents Etats membres dont les procédures de recrutement au sein des administrations publiques ne sont pas harmonisées, ils hésiteront à user de leur « liberté de circulation ».

* Pilotes professionnels

N° 32

Si l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile implique que l'employeur soit tenu d'offrir aux pilotes la formation et l'adaptation nécessaires au reclassement d'un emploi au sol qu'il leur propose, il ne lui fait pas obligation de préparer les pilotes à une reconversion professionnelle nécessitant une formation de base qui leur fait défaut.

Soc. – 10 mars 2009.

Rejet

N° 07-42.851. – CA Lyon, 18 avril 2007.

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

Note

L'article L. 421-9 du code de l'aviation civile dispose, dans son paragraphe I, que « le personnel navigant de l'aéronautique civile de la section A du registre prévu à l'article L. 421-3 ne peut exercer aucune activité en qualité de pilote ou de copilote dans le transport aérien public au-delà de l'âge de soixante ans. » Dans son paragraphe II, le même article prévoit que « le personnel navigant de la section A du registre peut de droit et à tout moment, à partir de soixante ans, demander à bénéficier d'un reclassement dans un emploi au sol.

Lorsqu'il ne demande pas à poursuivre son activité de navigant ou atteint l'âge de soixante-cinq ans, le contrat n'est pas rompu de ce seul fait, sauf impossibilité pour l'entreprise de proposer un reclassement dans un emploi au sol ou refus de l'intéressé d'accepter l'emploi qui lui est proposé. »

En l'espèce, deux pilotes professionnels de la société Brit'Air, titulaires de contrats à durée indéterminée, ayant atteint la limite d'âge de soixante ans, se sont vus notifier la rupture de leur contrat de travail, leur reclassement au sol dans les sociétés Brit'Air à Lyon, Icare, Régionale CAE et Air France s'étant avéré impossible. Ils ont saisi la juridiction prud'homale, pour voir juger leur licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ils ont été déboutés de leurs demandes.

Statuant sur leur pourvoi, la chambre sociale apporte deux précisions concernant, d'une part, le périmètre de l'obligation de reclassement de l'article L. 421-9, d'autre part, son contenu.

S'agissant du périmètre, la chambre approuve la cour d'appel d'avoir retenu que l'employeur justifiait de recherches de reclassement parmi les sociétés du groupe auquel appartient l'entreprise. Elle confirme ainsi la solution résultant d'un arrêt antérieur, où elle le fixait le périmètre au « groupe auquel appartient l'entreprise, parmi les entreprises dont

les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » (Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 02-40.705, *Bull.* 2004, V, n° 238).

S'agissant du contenu de l'obligation, question qui n'avait pas encore été tranchée par la chambre, la solution retenue est proche de celle applicable en matière de licenciement économique, où les dispositions de l'article L. 1233-4 du code du travail obligent l'employeur à ne licencier le salarié « que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient ».

Dans un arrêt récent (Soc., 28 mai 2008, pourvoi n° 06-45.572, *Bull.* 2008, V, n° 115), la Cour de cassation a estimé que les efforts de formation et d'adaptation recouvraient la formation permettant l'adaptation du salarié à son nouvel emploi, lequel nécessitait la connaissance approfondie de techniques de fabrication qu'il ne mettait pas en œuvre dans l'emploi supprimé. Toutefois, si l'exécution de bonne foi du contrat de travail oblige l'employeur à « assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut » (Soc., 3 avril 2001, pourvois n° 99-42.188, 99-42.189 et 99-42.190, *Bull.* 2001, V, n° 114).

* Voyageur, représentant placier (VRP)

N° 33

L'absence de lien de subordination n'est pas exclusive du statut légal de VRP.

N'est pas légalement justifié, au regard de l'article L. 751-1, alinéa premier, devenu les articles L. 7313-1 et L. 7311-3 du code du travail, l'arrêt qui, pour retenir la compétence du tribunal de grande instance, relève, sans renverser la présomption légale prévue par l'article L. 120-3 de ce code, qu'une partie signataire d'un contrat de mandat ne fait pas la démonstration d'un lien de subordination, alors qu'il appartenait à la cour d'appel de rechercher, comme il lui était demandé, si, dans l'exercice effectif de son activité, l'intéressé remplissait les conditions pour bénéficier du statut de VRP.

Soc. – 13 janvier 2009.

Cassation

N° 08-40.157. – CA Bordeaux, 13 novembre 2007.

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

Note

Par contrat du 20 juin 2000, se référant aux dispositions de la loi du 25 juin 1991, relative aux agents commerciaux et à leurs mandants, une société immobilière a recruté un agent commercial pour une durée de un an renouvelable. Le 24 février 2005, la société immobilière a mis fin à ce contrat. L'agent commercial a alors saisi le conseil de prud'hom-

mes et demandé la requalification de ce contrat en contrat de voyageur représentant placier (VRP) exclusif, soumis aux dispositions de l'article L. 751-1 et suivants du code du travail.

Le conseil de prud'hommes, comme la cour d'appel saisie sur contredit, ont jugé que l'intéressé, qui ne pouvait établir l'existence d'un lien de subordination, ne pouvait revendiquer le bénéfice du statut de VRP, et que le litige relevait de la compétence du tribunal de grande instance.

Le pourvoi formé contre l'arrêt reproche à la cour d'appel d'avoir décliné la compétence de la juridiction prud'homale sans rechercher si l'intéressé ne remplissait pas les conditions posées par l'article L. 751-1 du code du travail, alors même que la preuve d'un lien de subordination n'était pas rapportée.

L'article L. 7311-3 (ancien article L. 751-1, alinéas 1 à 5) du code du travail pose les conditions auxquelles doit satisfaire la personne qui revendique le statut légal de VRP : travailler pour le compte d'un ou plusieurs employeurs ; exercer d'une façon exclusive et constante une profession de représentant ; ne faire aucune opération commerciale pour son compte personnel ; être lié à l'employeur par des engagements relatifs aux prestations offertes à la vente ou à l'achat, à la région d'exercice ou à la nature de la clientèle visitée, au taux de rémunération.

La reconnaissance de ce statut ne nécessite pas l'établissement d'un lien de subordination. Une jurisprudence ancienne et constante reconnaît au VRP la possibilité d'organiser librement son activité et de bénéficier cependant du statut, l'absence d'un lien de subordination n'étant pas à elle seule exclusive du statut (Soc., 18 février 1976, pourvoi n° 74-40.737, *Bull.* 1976, V, n° 104 ; Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 01-40.121). Le présent arrêt réaffirme qu'il appartient au juge d'apprécier les conditions effectives d'exercice de l'activité pour décider du bénéfice du statut de VRP, alors même qu'aucun lien de subordination n'est établi.

Inversement, l'existence d'un contrôle de l'activité par l'employeur, obligeant l'intéressé à rendre compte, ne le prive pas non plus du bénéfice du statut (Soc., 4 janvier 1979, pourvoi n° 77-41.163, *Bull.* 1979, V, n° 9, et Soc., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-898).

B. – Durée du travail et rémunérations

1. Durée du travail, repos et congés

* Congé parental d'éducation

N° 34

Selon l'article L. 1225-55 du code du travail, à l'issue d'un congé parental d'éducation, le salarié

retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente. Selon l'article L. 1225-59, alinéa premier, du même code, le salarié reprenant son activité bénéficie d'un droit à une action de formation professionnelle, notamment en cas de changement de techniques ou de méthodes de travail. Cette formation doit être adaptée à l'emploi dans lequel le salarié est réintégré.

Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et encourt la cassation l'arrêt qui, en ayant constaté, d'une part, qu'à l'issue d'un congé parental, le salarié n'avait pas été réintégré dans son précédent emploi de conseiller financier chargé d'agence ou dans un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente, et, d'autre part, que la formation imposée à ce salarié sous la forme d'un parcours de remise à niveau, dont la durée n'était pas précisée, comportant l'exercice de diverses tâches d'une agence, ne répondait pas à ses demandes et n'était pas adaptée à l'emploi repris, décide que le refus du salarié de reprendre son emploi dans ces circonstances constitue une faute grave.

Soc. – 11 mars 2009.

Cassation

N° 07-41.821. – CA Aix-en-Provence, 30 novembre 2006.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – M. Flores, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Une salariée, conseiller financier, de retour de congé parental d'éducation, lequel avait succédé à un congé de maladie et un congé de maternité, soutenait que l'emploi qui lui était proposé n'était pas similaire à celui qu'elle occupait avant son congé et refusait de suivre la formation qui lui était proposée, considérant que celle-ci ne correspondait pas à ses demandes. L'employeur l'avait alors licenciée pour faute grave.

La cour d'appel, saisie par la salariée, a décidé qu'après onze ans d'absence, il était normal que la salariée ne réintègre pas directement son poste et qu'un parcours de remise à niveau comportant l'exercice de divers tâches d'une agence lui soit imposé.

La Cour de cassation applique strictement la lettre de l'article L. 1225-55 du code du travail : la salariée est réintégréée comme guichetier, et non comme conseiller financier, l'emploi de guichetier n'est pas un emploi similaire à celui de conseiller financier, donc les dispositions de l'article L. 1225-55 du code du travail ne sont pas respectées, même si cette fonction n'était que temporaire.

Elle avait déjà dit que l'emploi de lingère n'était pas similaire à celui de garde-malade (Soc., 26 mars 2002, pourvoi n° 98-45.176, *Bull.* 2002, V, n° 109), ni celui de gondolière à celui de caissière (Soc., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-43.138, *Bull.* 2002, V, n° 92).

Par ailleurs, la chambre sociale précise le contenu du droit à formation que pose, pour le salarié de retour de congé parental d'éducation, l'article L. 1225-59, alinéa premier, du code du travail : la formation proposée doit être adaptée à l'emploi dans lequel le salarié doit être réintégré, donc adaptée à un emploi similaire à celui qu'il occupait avant le congé.

Ainsi, quels que soient les motifs du choix de l'employeur, il a manqué aux obligations que lui impose le code du travail en la matière ; la salariée n'a donc pas commis de faute grave en refusant ses propositions.

** Caisse de congés payés*

N° 35

Les caisses de congés payés, qui remplissent une fonction exclusivement sociale et n'exercent pas d'activité économique, ne sont pas des entreprises au sens des articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne.

Doit dès lors être approuvé, et sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, l'arrêt qui, d'une part, relevant que les articles susvisés du Traité CE prohibant les abus de position dominante d'une entreprise ne sont pas applicables à la caisse de congés payés du bâtiment et, d'autre part, retenant qu'en l'espèce, l'activité de la société concernée relevait au moins pour partie de la profession du bâtiment, la condamne à s'affilier à ladite caisse, en application des articles L. 731-1 et D. 732-1 du code du travail (ancien).

Soc. – 21 janvier 2009.

Rejet

N° 07-12.411. – CA Montpellier, 19 décembre 2006.

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

Note

L'arrêt commenté est l'occasion pour la chambre sociale de répondre solennellement, par un arrêt publié (P+B), à deux questions auxquelles elle avait déjà répondu, mais par des décisions non publiées.

Un employeur contestait l'obligation qui lui était faite, en application des articles L. 731-1 et D. 732-1 du code du travail, alors applicable, de s'affilier à la caisse des congés payés du bâtiment.

Il fondait son refus de s'affilier à cette caisse sur deux motifs.

Il considérait, d'une part, que la caisse des congés payés du bâtiment, en exigeant son affiliation, abusait de sa position dominante dans l'exercice de son activité de prestataire de service en matière de gestion des congés payés dans le secteur du bâtiment en France. Il soulignait qu'en effet, les professionnels du bâtiment étaient contraints d'adhérer à cette caisse sans possibilité de faire appel à un organisme privé pour la gestion des congés de leurs salariés,

et ce, alors que le Traité instituant la Communauté européenne impose aux Etats membres de s'abstenir de prendre ou de maintenir des mesures, mêmes de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet des règles de concurrence applicables aux entreprises.

L'employeur affirmait, d'autre part, que l'obligation pour une entreprise de s'affilier à une caisse des congés payés déterminée dépendait de l'activité réelle de l'entreprise ; or, faisait-il remarquer, son activité principale n'avait rien à voir avec le secteur du bâtiment, il n'avait donc pas à s'affilier à la caisse des congés payés de ce secteur.

La cour d'appel lui a donné tort en tout point. D'abord, en disant que la caisse des congés payés n'étant pas une entreprise au sens de l'article 81 et 82 du Traité CE, il ne pouvait pas lui être reproché un abus de position dominante. Ensuite, en affirmant que l'entreprise relevait bien de la profession du bâtiment.

L'employeur s'est donc pourvu en cassation. Il demandait à la chambre sociale, au préalable, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, afin de déterminer, notamment, si une caisse de congés payés est une entreprise au sens des articles 81 et 82 du Traité CE.

La Cour de cassation refuse de poser la question préjudicielle soulevée, comme inutile, et rejette le pourvoi. Elle rappelle que les caisses de congés payés, qui remplissent une fonction exclusivement sociale et n'exercent pas d'activité économique, ne sont pas des entreprises au sens des articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté économique européenne. Elle l'avait déjà dit par le passé, mais par des arrêts non publiés (Soc., 4 juillet 2001, pourvoi n° 99-14.981, et Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 05-18.897). Elle en déduit logiquement que les dispositions du Traité CE prohibant les abus de position dominante ne sont pas applicables aux caisses de congés payés.

On peut rapprocher cette solution de celle donnée par un arrêt du 22 juin 2000 (pourvoi n° 98-22.495, *Bull.* 2000, V, n° 241), qui avait décidé que la caisse autonome de retraite des médecins français, qui « gère un régime légal obligatoire de sécurité sociale fonctionnant sur la répartition et non sur la capitalisation, et fondé, tant en ce qui concerne le régime de base que les régimes complémentaires, sur la solidarité, (...) ne constituait pas une entreprise au sens du Traité instituant la Communauté européenne » et qu'en conséquence, « les régimes qu'elle gère n'entrent pas dans le champ d'application des directives concernant la concurrence en matière d'assurance ».

Par ailleurs, la Cour de cassation décide que, dès lors que l'activité d'une société relève au moins pour partie de la profession du bâtiment, la société doit s'affilier à la caisse des congés payés de ce secteur. Elle avait déjà dit que « les articles L. 223-16 et D. 732-1 code du travail ne subordonnent pas l'obligation d'affiliation à une caisse de congés payés du bâtiment d'une société exerçant à titre accessoire une activité

relevant du bâtiment à la condition que cette activité soit exercée dans le cadre d'une entreprise distincte » (Soc., 11 décembre 1990, pourvoi n° 88-15.707), et que « l'employeur exerçant une activité, même à titre secondaire, visée au groupe 33 de la nomenclature établie par l'INSEE doit, pour cette activité, être affilié à la caisse de congés payés ».

* Durée du travail des cadres

N° 36

1° Lorsqu'un contrat de travail stipule une rémunération variable, fonction des résultats obtenus par rapport aux objectifs, il incombe au juge qui constate que ces objectifs sont irréalistes et qu'il existe un désaccord entre employeur et salarié sur le montant de cette rémunération de la déterminer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes, et, à défaut, des données de la cause.

2° Selon l'article L. 212-15-1, devenu L. 3111-2, du code du travail, est considéré comme cadre dirigeant celui à qui sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, qui est habilité à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoit une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou son établissement.

Les critères ainsi définis sont cumulatifs, et le juge doit vérifier précisément les conditions réelles d'emploi du salarié concerné, peu important que l'accord collectif applicable retienne, pour la fonction occupée par le salarié, la qualité de cadre dirigeant.

Soc. – 13 janvier 2009. Cassation partielle

N° 06-46.208. – CA Paris, 17 octobre 2006.

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

Note

1° Les clauses de rémunération variables sont autorisées. La rémunération variable est même parfois une composante essentielle de la rémunération du salarié. Dans la pratique, certaines de ces clauses renvoient, quant à leurs modalités d'exécution, à un accord ultérieur entre l'employeur et le salarié.

En l'espèce, le contrat du salarié, ingénieur commercial senior, stipulait une rémunération comportant une partie fixe et une partie variable, dont le montant était fonction des résultats obtenus par rapport aux objectifs, selon des modalités définies par lettre au début de chaque année. Or, à l'occasion du licenciement du salarié, est survenu un désaccord, entre celui-ci et son employeur, sur la fixation de cette rémunération variable. La cour d'appel a rejeté la demande de paiement de la rémunération variable présentée par le salarié, alors

même qu'elle avait constaté que les objectifs étaient irréalistes et qu'il n'y avait pas eu d'accord entre les parties.

La Cour de cassation casse l'arrêt et rappelle que c'était à la cour d'appel, dans une telle situation, de déterminer le montant de la rémunération.

Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence de la chambre sociale, laquelle avait déjà décidé que « lorsque le contrat de travail prévoit que la rémunération du salarié comporte une partie variable, il incombe au juge, en cas de désaccord entre l'employeur et le salarié sur le montant de cette rémunération, de la déterminer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes » (Soc., 20 octobre 1998, pourvoi n° 96-40.908, *Bull.* 1998, V, n° 436), puis avait ajouté : « par suite, si l'objectif de résultats, dont le contrat de travail fait dépendre la rémunération variable, n'a pas été déterminé, il appartient au juge de le fixer par référence aux années antérieures » (Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-14.140, *Bull.* 2004, V, n° 208). L'arrêt commenté vient encore préciser que, lorsque les objectifs, dont le contrat de travail fait dépendre la rémunération, sont irréalistes, il appartient au juge du fond de déterminer cette rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes, et, à défaut, des données de la cause.

2° L'article L. 3111-2 du code du travail (anciennement article L. 212-15-1) exclut les cadres dirigeants du bénéfice des dispositions des titres II et III du livre premier de la troisième partie du code du travail, c'est-à-dire des dispositions relatives à la durée du travail, la répartition et l'aménagement des horaires (titre II), et celles relatives aux repos et jours fériés.

Ce même article donne une définition des cadres dirigeants : il s'agit des « cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ».

Le présent arrêt est l'occasion pour la Cour de cassation de dire solennellement que les critères ainsi définis par l'article L. 3111-2 du code du travail sont cumulatifs, mais aussi d'ordre public. Ainsi, une convention collective ne peut retenir que le poste occupé est un poste de cadre dirigeant si lesdits critères ne sont pas réunis, et le juge doit vérifier précisément les conditions réelles d'emploi du salarié concerné.

La chambre sociale avait déjà précédemment adopté cette solution, mais seulement dans un arrêt diffusé et rendu en formation restreinte (Soc., 14 décembre 2006, pourvoi n° 04-43.694).

2. Rémunérations

* « A travail égal, salaire égal »

N° 37

Il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale que si elles reposent sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui, pour accorder les rappels de salaires demandés, relève qu'aucune explication objective n'est fournie par Radio France propre à justifier les différences de traitement résultant d'abattements sur salaires selon des zones géographiques constatées entre les salariés, alors qu'ils sont placés dans une situation identique.

Soc. – 21 janvier 2009.

Rejet

N° 07-43.452 à 07-43.464. – CA Montpellier, 6 juin 2007.

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

Note

La chambre sociale de la Cour de cassation a développé ces dernières années une abondante jurisprudence sur l'application du principe « à travail égal, salaire égal ». Ce principe, qui n'est pas énoncé de manière générale par le code du travail, s'est vu conférer la valeur de règle impérative par l'arrêt X... en date du 29 octobre 1996 (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, *Bull.* 1996, V, n° 359).

L'exigence d'égalité s'étendant au-delà de la simple égalité des salaires, la Cour de cassation a choisi, dans un arrêt récent (Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-46.000, *Bull.* 2008, V, n° 130), de viser, à la place du principe « à travail égal, salaire égal », le principe d'égalité de traitement. Mais les règles dégagées pour le premier sont valables pour l'application du second.

Dans l'arrêt commenté, la Cour fait d'ailleurs usage du vocable « différence de traitement », et non des termes « violation du principe à travail égal, salaire égal ».

En l'espèce, des salariés de Radio France Hérault contestaient l'application sur leurs salaires bruts d'un « abattement de zone » de 0,70 %, alors que les salariés d'autres établissements ne subissaient aucun abattement. La cour d'appel, partageant leur analyse, a considéré qu'un tel « abattement de zone » portait atteinte au principe « à travail égal, salaire égal ».

L'employeur s'est alors pourvu en cassation. Il soutenait que l'égalité de traitement en matière de rémunération ne s'appréciait qu'entre salariés rele-

vant d'un même établissement et, subsidiairement, que la cour d'appel n'avait pas caractérisé la méconnaissance du principe.

La question qui se posait donc principalement à la Cour de cassation était de savoir quel était le périmètre d'application du principe de l'égalité de traitement des salariés fournissant un travail égal ou de valeur égale, et placés dans une même situation.

La Cour de cassation avait précédemment dit que le principe « à travail égal, salaire égal » n'avait vocation à s'appliquer qu'entre salariés d'une même entreprise. Elle avait admis cependant qu'une comparaison était possible entre salariés appartenant à l'une des personnes juridiques comprises dans une unité économique et sociale avec des salariés d'une autre d'entre elles, mais seulement dans des conditions fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ou dans les cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement (Soc., 1^{er} juin 2005, pourvoi n° 04-42.143, *Bull.* V, n° 185).

C'est donc dans la ligne de cette jurisprudence que la chambre sociale, dans le présent arrêt, décide que l'exigence d'une égalité de traitement s'applique aux salariés d'établissements différents d'une même entreprise.

Conformément à la jurisprudence fixée depuis un arrêt du 15 mai 2007 (Soc., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-42.894, *Bull.* 2007, V, n° 75), elle rappelle que l'appréciation de l'égalité de traitement doit se faire « *in concreto* » et que les juges du fond doivent contrôler concrètement la réalité et la pertinence des raisons objectives de la différence de traitement.

Enfin, l'arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de répéter que, en matière de preuve, dès lors que le salarié a soumis au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence. Il est en effet de jurisprudence constante que la seule obligation qui pèse sur le salarié est d'établir la différence de traitement et que, dès lors que cette différence est établie, c'est à l'employeur de rapporter la preuve que cette différence est justifiée par des raisons objectives (voir, par exemple, Soc., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-41.389, *Bull.* 2000, V, n° 317).

Or, en l'espèce, l'employeur n'avait fourni aucune explication objective propre à justifier la différence de traitement résultant d'abattements sur salaire selon des zones géographiques, pour des salariés placés dans une situation identique.

N° 38

1° Au regard de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour

objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif.

2° Lorsque l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu L. 1224-1, du code du travail est applicable, le changement d'employeur s'opère au jour du transfert de l'entité économique dont relève le salarié ; il en résulte que le salarié dont le contrat de travail est repris ne peut prétendre avoir été présent dans l'entreprise exploitée par le cessionnaire avant la date d'effet du transfert.

Justifie en conséquence sa décision de refuser de faire bénéficier des salariés d'une indemnité différentielle, au titre de la réduction du temps de travail et d'une prime d'été, la cour d'appel qui relève que leurs contrats de travail ont été repris après l'entrée en vigueur de l'accord instituant cette indemnité différentielle, et que cette dernière avait pour objet de compenser le préjudice subi à l'occasion d'un changement de statut par les salariés présents à cette date dans l'entreprise.

Soc. – 4 février 2009.

Rejet

N° 07-42.024. – CA Versailles, 18 janvier 2007.

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

Note

Des salariés dont le contrat avait été transféré, en application de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu l'article L. 1224-1, du code du travail, réclamaient à leur nouvel employeur le paiement d'une indemnité compensatrice préjudicielle et d'une prime d'été prévues par un accord collectif signé avant la cession de leur entreprise, et qui en limitait le bénéfice aux seuls salariés engagés avant son entrée en vigueur.

Le pourvoi, formé par les salariés, soutenait que le refus de l'employeur de leur octroyer les indemnités demandées était contraire au principe d'égalité de traitement, puisque ce refus aboutissait à ce que les salariés dont le contrat avait été transféré percevaient un salaire inférieur à celui payé à des salariés placés dans la même situation.

Le pourvoi soutenait par ailleurs que, puisque les contrats en cours au jour de la cession d'entreprise subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise cédée, les salariés de l'entreprise cédée sont réputés avoir été embauchés à la date de la conclusion du contrat de travail avec l'employeur initial. En conséquence, l'accord prévoyant le versement de l'indemnité préjudicielle compensatrice et la prime d'été, conclu certes antérieurement à la cession de l'entreprise mais postérieurement à leur embauche initiale, devait leur être appliqué.

Il se posait donc d'abord la question de savoir si le paiement de l'indemnité compensatrice préjudicielle aux seuls salariés présents dans l'entreprise au moment de la signature de l'accord le prévoyant était contraire au principe « à travail égal, salaire égal ».

La Cour de cassation, reprenant une jurisprudence bien établie, répond que s'il est exact que la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, c'est à la condition que cet accord collectif n'ait pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif. Or, en l'espèce, l'indemnité préjudicielle avait pour but de compenser un préjudice lié au changement de statut des salariés présents dans l'entreprise au moment de la signature de l'accord.

La chambre sociale avait déjà jugé à l'identique à propos d'une indemnité différentielle versée, en application d'un accord collectif de réduction du temps de travail, à des salariés pour compenser une diminution de leur salaire de base consécutive à la réduction du temps de travail (Soc., 1^{er} décembre 2005, pourvoi n° 03-47-.197, *Bull.* 2005, V, n° 347). Et, faisant application du même principe, elle avait approuvé un arrêt de cour d'appel qui avait relevé une violation du principe « à travail égal, salaire égal », car le paiement d'une prime prévu par un accord collectif était effectué ou refusé sans qu'aucun autre motif que la date de recrutement des salariés ne soit invoqué par l'employeur (Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-43.136, *Bull.* 2007, V, n° 27).

La seconde question à laquelle la chambre sociale avait à répondre était de savoir si un salarié dont le contrat est transféré, en application de l'article L. 122-12, devenu l'article L. 1224-1, du code du travail, est supposé avoir été embauché par l'employeur cessionnaire à la date de conclusion du contrat avec l'employeur cédant.

La chambre sociale affirme que le changement d'employeur s'opérant le jour du transfert de l'entité économique, les salariés dont le contrat est repris ne peuvent prétendre avoir été présents dans l'entreprise cessionnaire avant ce transfert. Elle reprend ainsi la solution qu'elle avait adoptée dans un arrêt non publié (Soc., 14 juin 2001, pourvoi n° 99-18.996).

Une telle solution ne peut pas surprendre ; en effet, s'il est exact que la chambre sociale a jugé que, par l'effet de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, le salarié bénéficie du maintien de son ancienneté (Soc., 12 mars 1987, pourvoi n° 83-44.612, *Bull.* 1987, V, n° 139), admettre que le salarié est présumé avoir été embauché par le reprenneur à la date de son contrat de travail initial constituerait une fiction non seulement sans aucun fondement juridique, mais, en outre, qui entraînerait d'importantes conséquences, puisqu'elle conduirait à une véritable reconstruction de carrière.

N° 39

Au regard du respect du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que des salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des

différences de rémunération entre eux, sauf à l'employeur à démontrer que ces différences entre les salariés effectuant un même travail de valeur égale repose sur des raisons objectives et pertinentes, qu'il revient au juge de vérifier.

En conséquence, doit être approuvé l'arrêt qui conclut que l'employeur ne justifiait d'aucune raison objective pertinente justifiant la disparité de traitement, après avoir relevé qu'aucun élément ne distinguait les salariés qui se trouvaient dans une situation identique et que la disparité de revenus ne reposait que sur le mécanisme de revalorisation conventionnel des carrières, au détriment des salariés en poste avant le 1^{er} janvier 1993, date d'entrée en vigueur du protocole d'accord du 14 mai 1992, sans autre raison que leur nomination dans les fonctions avant la réforme.

Soc. – 4 février 2009.

Rejet

N° 07-41.406 à 07-41.410. – CA Paris, 18 janvier 2007.

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

Note

Cet arrêt a permis à la chambre de préciser sa jurisprudence sur le principe « à travail égal, salaire égal » en matière d'accords collectifs, qui doivent assurer son application.

L'égalité de traitement que l'employeur est tenu de respecter à l'égard des salariés qui se trouvent dans des situations comparables, notamment en matière de rémunération, est consacrée depuis l'arrêt X... rendu le 29 octobre 1996 (Soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680, *Bull.* V, n° 359).

Ce principe n'est pas absolu et permet à l'employeur de pratiquer des différences de rémunération entre les salariés, dès lors que celles-ci sont justifiées par des raisons objectives, vérifiables et étrangères à toute discrimination prohibée.

Ont été considérées comme des raisons objectives les différences de traitement liées notamment :

– à l'ancienneté, dès lors qu'elle ne donne pas lieu au versement d'une prime distincte du salaire (Soc., 20 juin 2001, pourvoi n° 99-43.905) ;

– à la date d'embauche, lorsque celle-ci conditionne l'application de statuts collectifs différents (Soc., 11 décembre 2002, pourvoi n° 00-46.800), d'un accord de réduction du temps de travail (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 346).

Il en est de même des différences liées à la qualité du travail fourni (Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 354), à l'exécution de tâches différentes (Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 00-42.536), aux spécificités techniques du poste de travail (Soc., 8 janvier 2003, pourvoi n° 00-41.228), aux responsabilités assumées par le salarié (Soc., 11 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.258), à l'expérience professionnelle qu'il a acquise (Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 04-47.156, *Bull.* 2006, V, n° 340), à l'appartenance

des intéressés à des établissements ou des entreprises distincts (Soc., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 235 ; Soc., 18 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 17).

Un arrêt a également retenu qu'une différence de statut juridique pouvait autoriser l'employeur à consentir un salaire plus élevé au bénéfice d'une catégorie particulière de salariés (intermittents en l'espèce : Soc., 28 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 152).

Cette même solution a été consacrée à propos du personnel d'une même entreprise relevant, dans un cas, de contrats de droit privé et, dans l'autre, du statut de fonctionnaire (Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-43.026 et autres, *RJS* 12/05, n° 1208 ; Soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-41.919).

La chambre sociale, dans trois décisions des 15 et 16 mai 2007 (pourvois n° 05-42.894, n° 05-42.893 et n° 05-44.033), a apporté toutefois un tempérament aux causes de dérogation au principe « à travail égal, salaire égal ».

Ainsi, le fait pour des salariées effectuant le même travail de relever de statuts juridiques différents (pourvois n° 05-42.893 et n° 05-42.894, à propos de formateurs rémunérés à la vacation et formateurs permanents) ou de posséder ou non un diplôme (pourvoi n° 05-44.033, à propos de médecins du travail) ne suffit pas en soi à constituer une différence de situation excluant l'égalité de traitement.

En outre, notre chambre énonce qu'une inégalité de rémunération doit être justifiée par des raisons objectives et matériellement vérifiables, dont il appartient au juge de contrôler concrètement la réalité et la pertinence, sans pouvoir se contenter, comme l'avaient fait les cours d'appel (pourvois n° 05-42.893 et n° 05-42.894), de considérations d'ordre général.

Un arrêt du 21 février 2007 (pourvoi n° 05-43.136) a souligné qu'« au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif ».

Dans une série d'arrêts du 3 mai 2006 concernant un protocole d'accord du 14 mai 1992, relatif à une nouvelle classification des emplois des organismes de sécurité sociale et de leurs établissements à compter du 1^{er} janvier 1993, dont l'application avait entraîné une disparité de rémunération entre des salariés de même qualification exerçant le même emploi, la chambre sociale a considéré que le parcours professionnel spécifique entre des salariés promus, pris en considération par les accords collectifs dans le but de favoriser la promotion professionnelle, constituait une justification objective de la différence de rémunération par rapport à leurs collègues, qui n'étaient pas ainsi dans une situation juridique identique, de sorte que le principe « à travail égal, salaire égal » n'avait pas été méconnu.

Revenant sur cette jurisprudence, l'arrêt du 4 février 2009, concernant le même protocole d'accord, approuve, au contraire, une cour d'appel d'avoir décidé que des salariées pouvaient revendiquer le bénéfice de la rémunération, supérieure à la leur, de l'une de leurs collègues exerçant le même travail qu'elles, dès lors que l'avancement plus rapide (le parcours professionnel) de cette dernière, qui avait été promue assistante sociale après le 1^{er} janvier 1993, date d'entrée en vigueur du protocole d'accord du 14 mai 1992, n'était que la conséquence des modalités d'application du reclassement des emplois, défavorables aux salariées nommées dans ces fonctions avant l'entrée en vigueur du protocole.

En prononçant un rejet, la chambre sociale a donc considéré que la prise en compte d'un parcours professionnel spécifique ne pouvait, en soi, justifier la différence de rémunération entre des salariés effectuant un travail de même valeur.

* Garantie de l'AGS

N° 40

Il résulte de l'article L. 143-11-1, alinéa 2, du code du travail, en sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, devenu L. 3253-8 du code du travail, qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde de l'entreprise, laquelle n'est pas en état de cessation des paiements, seules sont garanties les créances résultant de ruptures intervenues pendant la période d'observation et dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde.

Viole ce texte la cour d'appel qui, pour décider que l'AGS doit garantir la condamnation de l'employeur, objet d'une procédure de sauvegarde ouverte par jugement du 2 juillet 2007, à payer au salarié des sommes à titre notamment de dommages-intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse d'un licenciement intervenu le 25 août 2005, retient l'application combinée des articles L. 625-7 du code de commerce et L. 143-11-7 du code du travail.

Soc. – 10 mars 2009.

Cassation partielle sans renvoi

N° 07-45.326. – CA Montpellier, 7 novembre 2007.

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

Note

Cet arrêt permet à la chambre sociale de préciser celles des créances du salarié qui sont couvertes par la garantie de l'assurance de garantie des salaires (AGS) mentionnée à l'article L. 3253-6 du code du travail, lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure de sauvegarde prévue par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

En l'espèce, l'employeur, débiteur de dommages-intérêts résultant de la rupture du contrat de travail intervenue avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde, demandait que ces sommes soient

couvertes par l'AGS. La chambre sociale casse l'arrêt qui avait fait droit à sa demande, en énonçant qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde seules sont garanties les créances résultant de ruptures intervenues pendant la période d'observation et dans le mois suivant le jugement qui a arrêté le plan de sauvegarde.

Les créances couvertes par l'AGS sont définies par l'article L. 143-11-1, alinéa 2, devenu L. 3253-8, du code du travail. Si le 2^o de ce texte envisage l'intervention de l'AGS pour les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation et dans le mois qui suit le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, son 1^o limite sa couverture aux créances salariales dues à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, sans faire référence à la procédure de sauvegarde.

Il en résulte qu'à l'occasion des procédures de sauvegarde, l'AGS ne couvre pas, comme elle le fait dans le cadre des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, les créances salariales dues au jour du jugement d'ouverture. Cette solution est logique puisque, par hypothèse et comme l'explique l'arrêt commenté, l'employeur n'étant pas à ce stade en situation de cessation de paiement, il n'existe pas d'arriérés de salaires impayés. Seules sont garanties les créances résultant de ruptures intervenues pendant la période d'observation et dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, les problèmes financiers de l'entreprise étant, de ce fait, avérés.

* Primes

N^o 41

La privation d'une prime de fin d'année, en cas de faute grave, constitue une sanction pécuniaire prohibée, qui ne peut faire l'objet d'une disposition conventionnelle.

Une cour d'appel ne peut donc, pour débouter le salarié de sa demande de prime de fin d'année, retenir qu'il résulte d'un accord collectif que cette prime n'est pas due en cas de faute grave sans violer l'article L. 122-42, devenu L. 1331-2, du code du travail.

Soc. – 11 février 2009. Cassation partielle

N^o 07-42.584. – CA Aix-en-Provence, 10 octobre 2006.

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

Note

En l'espèce, la cour d'appel avait jugé que la prime de fin d'année n'était pas due au salarié licencié disciplinairement, par application d'un accord d'entreprise prévoyant son exclusion en cas de licenciement pour faute grave.

Sachant que l'article L. 122-40, devenu L. 1331-1, du code du travail définit notamment comme sanction toute mesure « ... de nature à affecter la rémunéra-

tion », ne constitue une sanction pécuniaire illicite, au sens de l'article L. 122-42, devenu L. 1331-2, du code du travail, que celle qui remet en cause un avantage de rémunération acquis ou qui impose au salarié en faute le versement d'une somme d'argent, c'est-à-dire, selon la circulaire du 15 mars 1983, la sanction « qui se traduit par une retenue sur salaire à l'encontre d'une personne qui a normalement fourni sa prestation de travail ».

Le principe est souvent rappelé par la jurisprudence (Soc., 7 mai 1991, pourvoi n^o 87-43.350, *Bull.* 1991, V, n^o 219 ; Soc., 16 février 1994, pourvoi n^o 90-45.915, *Bull.* 1994, V, n^o 56 ; Soc., 2 avril 1997, pourvoi n^o 94-43.352, *Bull.* 1997, V, n^o 136 ; Soc., 4 juin 1998, pourvoi n^o 95-45.167, *Bull.* 1998, V, n^o 296 ; Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n^o 05-45.365, *Bull.* 2006, V, n^o 392 : « La suppression d'une prime en raison de faits considérés comme fautifs par l'employeur constitue une sanction pécuniaire illicite »).

Mais, dans les hypothèses visées par la jurisprudence, la suppression de l'élément de rémunération résultait soit directement d'une mesure disciplinaire unilatérale, soit de l'application d'une note de service (non soumise au contrôle de l'inspecteur du travail, comme le règlement intérieur), ou, plus généralement, de la politique d'attribution des primes d'objectifs dans l'entreprise, soit encore d'une stipulation contractuelle (Soc., 23 janvier 2001, pourvoi n^o 98-42.162 ; Soc., 12 décembre 2000, pourvoi n^o 98-44.760, *Bull.* 2000, V, n^o 416). Or on sait que l'alinéa 2 de l'article L. 122-42 répute non écrite toute disposition ou stipulation contraire à l'interdiction des sanctions pécuniaires, si bien que règlements intérieurs (CE, 12 juin 1987, *Droit social* 1987, p. 651, note Savatier) ou contrats de travail y sont nécessairement soumis.

En est-il de même quand la privation de l'élément de rémunération résulte de l'application de dispositions conventionnelles obligatoires pour l'employeur ? Par l'arrêt du 11 février 2009, pourvoi n^o 07-42.584, la chambre sociale a décidé que rien ne permet d'exclure du champ d'application de l'alinéa 2 de l'article L. 1331-2 les dispositions conventionnelles prévoyant la suppression du paiement d'un élément de rémunération en cas de faute du salarié, puisque les accords collectifs sont soumis à la loi d'ordre public.

* Réserve spéciale de participation

N^o 42

Le montant du bénéfice net pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation est celui qui résulte d'une attestation établie par l'inspecteur des impôts ou le commissaire aux comptes.

Dès lors, viole les articles L. 442-2 et L. 443-13 du code du travail, devenus L. 3324-1 et L. 3226-1, la cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande tendant à la liquidation de ses droits à

la participation, retient que les documents fiscaux produits par l'employeur révèlent un bénéfice fiscal nul.

Soc. – 11 mars 2009. Cassation partielle

N° 08-41.140. – CA Toulouse, 16 janvier 2008.

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

Note

Un salarié demandait la liquidation de ses droits à participation au titre de l'année de son licenciement, soutenant que l'exercice avait dégagé un résultat suffisant pour permettre la constitution d'une réserve spéciale de participation et sa répartition entre les salariés de l'entreprise. Mais l'employeur lui opposait un refus au motif qu'aucune réserve de participation n'avait été constituée cette année-là, puisque l'entreprise n'avait pas réalisé de bénéfice.

L'employeur a produit devant la cour d'appel des « documents fiscaux » faisant apparaître un bénéfice nul pour l'année en question. La cour d'appel en a déduit que l'employeur n'avait pas à constituer une réserve spéciale de participation pour cet exercice. Le salarié reprochait à la juridiction de fond d'avoir fondé l'évaluation des bénéfices sur des documents fiscaux divers, et non spécialement sur « une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes ».

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir si l'employeur pouvait se référer à d'autres documents fiscaux pertinents que l'attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes pour établir le montant des bénéfices nets.

Dans les entreprises employant habituellement au moins cinquante salariés, une réserve spéciale de participation doit, en principe, être constituée. L'article 442-2, devenu l'article L. 3324-1, du code du travail expose les règles selon lesquelles le montant de cette réserve est déterminé : l'assiette de la réserve spéciale est fixée à partir du bénéfice réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'Outre-mer, tel qu'il est retenu pour être imposé au taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu ; ce bénéfice est diminué de l'impôt correspondant pour donner le bénéfice net, et ce dernier est réduit à concurrence de la rémunération, à hauteur de 5 %, des capitaux propres de l'entreprise, augmenté de la provision pour investissement, à moins que celle-ci ne soit rapportée au bénéfice imposable d'un exercice déterminé.

Ce n'est donc que si le bénéfice net diminué de la rémunération des capitaux propres est supérieur à zéro qu'il y a lieu de constituer, et donc calculer, la réserve spéciale de participation. Le soin de déterminer tant le bénéfice net que les capitaux propres ne pouvant être laissé à l'employeur, l'article L. 442-13, devenu l'article L. 3226-1, du code du travail précise

que le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise sont établis par une attestation des impôts ou du commissaire au compte.

En présence de ces dispositions spéciales, la Cour de cassation ne pouvait que décider que seuls ces documents, attestation des impôts ou du commissaire au compte, peuvent établir le montant du bénéfice, elle casse donc l'arrêt qui lui est soumis.

*** Rémunération variable**

Soc. – 13 janvier 2009. Cassation partielle

N° 06-46.208. – CA Paris, 17 octobre 2006.

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

Voir n° 36, sommaire n° 1.

C. – Santé et sécurité au travail

1. Obligation de sécurité pesant sur l'employeur

*** Obligation d'en assurer l'effectivité**

N° 43

Il résulte de l'article L. 230-2 I, devenu L. 4121-1, du code du travail, interprété à la lumière de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, ainsi que de l'article R. 241-51, alinéa premier, devenu R. 4624-21, du code du travail que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité.

Il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier, lors de la reprise du travail ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail, destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation, ou éventuellement de l'une et de l'autre de ces mesures.

A défaut, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité dans le travail a ainsi été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat.

Justifie sa décision la cour d'appel qui a décidé qu'il ne pouvait être reproché une faute grave au salarié victime d'un accident du travail qui n'avait pas été soumis à la visite de reprise à l'issue d'un arrêt de travail de plus de huit jours, alors que les

faits qui lui étaient reprochés consistaient à ne pas avoir repris le travail à une date à laquelle il n'y avait pas tenu.

Soc. – 25 mars 2009.

Rejet

N° 07-44.408. – CA Toulouse, 6 juillet 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.). – Mme Capitaine, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt est une confirmation de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur et la portée de cette obligation. C'est un arrêt du 28 février 2006 (Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87) qui, pour la première fois, donne pour fondement à l'obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur, et à la nécessité de son effectivité, les textes nationaux interprétés à la lumière de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs. Dans cet arrêt, la chambre sociale en avait déjà déduit que l'employeur ne peut laisser le travailleur, absent depuis plus de huit jours en raison d'un accident du travail, reprendre son travail sans avoir passé de visite de reprise et qu'à défaut, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité dans le travail a ainsi été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat.

Le présent arrêt précise qu'il ne peut être reproché à un salarié, placé dans une telle situation, de ne pas avoir repris le travail. Cette précision est logique, puisqu'en l'absence de toute visite de reprise, le salarié n'est pas obligé de reprendre le travail (voir le commentaire de Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87, au *rapport annuel* 2006, quatrième partie : jurisprudence de la Cour – Le droit du travail et de la sécurité sociale, Droit du travail, Santé et sécurité au travail, Obligation de sécurité pesant sur l'employeur, disponible sur le site internet de la Cour de cassation)

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

* Délai courant à compter du second examen par le médecin du travail

N° 44

Le délai d'un mois fixé par l'article L. 122-24-4, devenu L. 1226-4, du code du travail, qui court à compter du second examen du médecin du travail constatant l'inaptitude, avant que l'employeur ne soit tenu de reprendre le paiement du salaire au salarié ni licencié ni reclassé, ne peut être ni prorogé

ni suspendu, peu important que le médecin du travail soit conduit à préciser son avis après la seconde visite.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui condamne un employeur au paiement d'un rappel de salaire pour la période du 21 au 27 octobre 2004, le salarié n'ayant été licencié que le 27 octobre alors que la deuxième visite était intervenue le 21 septembre 2004, même si le médecin du travail avait été conduit à émettre, le 14 octobre, une réserve supplémentaire sur la nature des postes que le salarié pouvait occuper.

Soc. – 25 mars 2009.

Cassation partielle

N° 07-44.748. – CA Grenoble, 10 septembre 2007.

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

Note

Il résulte de l'article L. 122-24-4, devenu L. 1226-4, du code du travail que, si le salarié, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail (Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 94-43.606, *Bull.* 1996, V, n° 223).

En l'espèce, un salarié ayant passé le 21 septembre 2004 l'examen médical de reprise, c'est-à-dire le second examen médical exigé par l'article R. 4624-31, a été déclaré inapte à son poste par le médecin du travail. En fonction de cet avis, l'employeur lui a proposé un reclassement. Mais, le 14 octobre 2004, le médecin du travail a été conduit à préciser les termes de son avis initial, empêchant ainsi le reclassement proposé. Le salarié a finalement été licencié pour inaptitude physique, le 27 octobre 2004.

Pour écarter l'argumentation de l'employeur, qui faisait valoir que, dans une telle hypothèse, le délai d'un mois prévu par l'article L. 1226-4 du code du travail ne devait courir qu'à compter de « l'ultime avis » du médecin du travail (du 14 octobre 2004), lorsque l'employeur connaît réellement l'aptitude de son salarié, et qu'en tout état de cause, ce délai devait être suspendu entre la date d'émission de la proposition de reclassement et celle de l'ultime avis médical précisant que la proposition n'était pas envisageable, la chambre sociale juge que le délai d'un mois court à compter de la deuxième visite médicale et qu'il ne peut être ni prorogé ni suspendu, peu important que le médecin du travail ait été conduit à préciser ultérieurement son avis.

L'employeur était dès lors, en l'espèce, bien tenu au paiement du salaire à l'expiration du délai d'un mois à compter de la date du second examen médical de reprise (Soc., 10 novembre 1998, pourvoi

n° 96-44.067, *Bull.* 1998, V, n° 482), c'est-à-dire à compter du 21 octobre 2004, et jusqu'à la date du licenciement.

*** Indemnité spéciale de licenciement**

N° 45

L'indemnité spéciale de licenciement prévue par l'article L. 122-32-6, devenu L. 1226-14, du code du travail est, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, égale au double de l'indemnité légale prévue par l'article L. 122-9, devenu L. 234-9, de ce code.

Viola l'article L. 1226-14 susvisé la cour d'appel qui, sans relever l'existence de telles dispositions conventionnelles, condamne l'employeur à payer au salarié, licencié pour inaptitude à la suite d'un accident du travail, une somme correspondant au double d'une indemnité conventionnelle.

Soc. – 25 mars 2009.

Cassation partielle

N° 07-41.708. – CA Lyon, 7 février 2007.

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

Note

Un salarié déclaré inapte à son emploi suite à un accident du travail est licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement. Il saisit la juridiction prud'homale en contestation de son licenciement. La cour d'appel, après avoir dit que le licenciement avait une cause réelle et sérieuse, condamne l'employeur à payer, notamment, une indemnité spéciale de licenciement égale au double de l'indemnité conventionnelle de licenciement, au motif que celle-ci était plus favorable que l'indemnité légale de licenciement.

Dans son pourvoi, l'employeur soutient qu'en l'absence de disposition conventionnelle concernant l'indemnité spéciale de licenciement, c'est l'indemnité légale de licenciement qui doit être doublée, et non l'indemnité conventionnelle de licenciement.

La question qui était posé à la Cour de cassation était donc de savoir si, dans l'hypothèse où l'indemnité conventionnelle de licenciement est plus favorable que l'indemnité légale de licenciement, c'est sur cette indemnité plus favorable qu'il convient de calculer l'indemnité spéciale.

Faisant application littérale de l'article L. 1226-14, lequel dispose que « la rupture du contrat de travail dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article L. 1226-12 [licenciement suite à une inaptitude consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle et impossibilité de reclassement] ouvre droit (...) à une indemnité spéciale de licenciement qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9 [indemnité de licenciement] », la chambre sociale confirme que c'est l'indemnité légale qu'il convient de doubler, sauf s'il existe des dispositions conventionnelles propres à l'indemnité spéciale

de licenciement plus favorables au salarié. Ainsi, « Viola l'article L. 1226-14 susvisé la cour d'appel qui, sans relever l'existence de telles dispositions conventionnelles, condamne l'employeur à payer au salarié, licencié pour inaptitude à la suite d'un accident du travail, une somme correspondant au double d'une indemnité conventionnelle. »

La chambre sociale avait d'ailleurs déjà énoncé cette solution en 1992 : « La règle du doublement de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 122-32-6 du code du travail ne vise, selon ce texte, et à défaut de dispositions conventionnelles plus favorables, que l'indemnité légale prévue par l'article L. 122-9 du même code, et non l'indemnité conventionnelle de licenciement » (Soc., 22 janvier 1992, pourvoi n° 89-40.147, *Bull.* 1992, V, n° 28).

*** Indemnité compensatrice en cas de licenciement**

N° 46

1° Il résulte des articles 624, 631, 632 et 633 du code de procédure civile que la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister, quel que soit le moyen qui a déterminé la cassation ; que, par l'effet de la cassation partielle intervenue, aucun des motifs de fait ou de droit ayant justifié la disposition annulée ne subsiste, de sorte que la cause et les parties sont remises de ce chef dans le même état où elles se trouvaient avant l'arrêt précédemment déféré et qu'elles peuvent, devant la cour de renvoi, invoquer de nouveaux moyens ou former des prétentions nouvelles, qui sont soumises aux règles qui s'appliquent devant la juridiction dont la décision a été annulée.

2° Il résulte de l'article L. 122-32-6, devenu L. 1226-14, du code du travail que l'employeur est tenu de verser au salarié déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi occupé précédemment et dont le contrat a été rompu une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 122-8, devenu L. 1234-5, dudit code ; que l'article L. 323-7, devenu L. 5213-9, du code du travail, qui a pour but de doubler la durée du délai-congé en faveur des salariés handicapés, n'est pas applicable à l'indemnité compensatrice prévue à l'article L. 1226-14.

Soc. – 10 mars 2009.

Cassation partielle sans renvoi

N° 08-42.249. – CA Paris, 13 mars 2008.

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

Note

1° L'arrêt confirme la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'étendue d'un arrêt de cassation partielle (Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 07-41.520), adoptant ainsi la jurisprudence de la deuxième chambre civile (2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-12.293, *Bull.* 2006, II, n° 362). Il en résulte que

la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister, quel que soit le moyen qui a déterminé la cassation. Aucun des motifs de fait ou de droit ayant justifié la disposition annulée ne subsistant, la cause et les parties sont remises de ce chef dans le même état où elles se trouvaient avant l'arrêt précédemment déféré.

Les parties peuvent donc, devant la cour de renvoi, invoquer de nouveaux moyens ou former des prétentions nouvelles, qui sont soumises aux règles qui s'appliquent devant la juridiction dont la décision a été annulée. Tel était le cas en l'espèce, puisque la cour d'appel de renvoi, saisie de la connaissance de l'entier litige sur la régularité du licenciement par l'effet de la cassation, a statué sur la régularité du procès-verbal de carence pour apprécier l'impossibilité alléguée par l'employeur de consulter les délégués du personnel, alors que la décision censurée l'avait été au motif de l'absence de prise en compte de l'existence éventuelle d'un groupe pour apprécier les possibilités de reclassement du salarié.

De même, la cour d'appel de renvoi ne peut limiter sa saisine à l'examen des seuls moyens invoqués à l'appui du pourvoi et accueillis par la cour de cassation, et déclarer irrecevable une demande formée par la partie qui ne s'était pas pourvue en cassation et qui était l'accessoire, la conséquence ou le complément d'une demande initiale sur laquelle il avait été statué par un chef de l'arrêt atteint par la cassation (2^e Civ., 21 décembre 2006, précité).

2^o L'arrêt confirme ensuite la solution adoptée par la chambre sociale dans un arrêt de revirement non publié (Soc., 11 juillet 2001, pourvoi n^o 99-41.946), concernant l'application combinée des articles L. 1226-14 et L. 5213-9 du code travail.

L'article L. 1226-14 du code du travail prévoit que le salarié licencié parce qu'il a été déclaré inapte par le médecin du travail et que son reclassement est impossible ou qu'il a refusé la proposition de reclassement de son employeur a droit, notamment, à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis, c'est-à-dire égale aux salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait exécuté le préavis. L'article L. 5213-9 du code du travail double la durée du délai-congé en faveur des salariés handicapés classés par la COTOREP. La question se posait donc de savoir si le doublement de l'indemnité de préavis concerne exclusivement ou non les salariés handicapés, ou s'il s'applique également en cas de rupture du contrat de travail du salarié déclaré inapte à un emploi en conséquence d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail.

La question est désormais tranchée : il résulte de l'arrêt que l'article L. 4213-9, qui a pour but de doubler la durée du délai-congé en faveur des salariés handicapés, n'est pas applicable à l'indemnité compensatrice prévue par l'article L. 1226-14. Le doublement ne concerne que les salariés reconnus handicapés par la COTOREP au moment de leur embauche.

On rappellera que la chambre sociale juge que l'indemnité compensatrice de l'article L. 1226-14 a une nature indemnitaire (Soc., 18 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n^o 217 ; 15 juin 1999, *Bull.* 1999, V, n^o 283 ; 4 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n^o 370).

* Report des congés payés annuels

N^o 47

Eu égard à la finalité qu'assigne aux congés annuels la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail.

C'est donc à bon droit qu'un conseil de prud'hommes a ordonné le report en 2007 de 12,5 jours de congés payés non pris en 2005 à la suite d'un arrêt de travail pour maladie du 17 novembre 2005 au 1^{er} mars 2007.

Soc. – 24 février 2009.

Rejet

N^o 07-44.488. – CPH Creil, 7 août 2007.

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

Note

Le présent arrêt s'inscrit dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, qui, s'alignant sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et interprétant les textes nationaux à la lumière des textes européens, a admis la possibilité pour un salarié de reporter les congés payés non pris pour cause d'absence légitime.

La Cour de justice a en effet jugé à plusieurs reprises qu'un « congé garanti par le droit communautaire ne peut pas affecter le droit de prendre un autre congé garanti par ce droit » (cf. notamment arrêt du 6 avril 2006, n^o C-124/05, et arrêt du 14 avril 2005, n^o C-519/03). Par ailleurs, l'arrêt du 6 avril 2006, n^o C-124/05, a dit pour droit que l'article 7 de la Directive du 23 novembre 1993 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une disposition nationale permette, pendant la durée du contrat de travail, que les jours d'un congé annuel, au sens du paragraphe premier de cet article 7, qui ne sont pas pris au cours d'une année donnée soient remplacés par une indemnité financière au cours d'une année ultérieure.

En matière d'absence pour maladie professionnelle et accident du travail, la Cour de cassation, dans un arrêt de revirement (Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n^o 05-42.293, *Bull.* 2007, V, n^o 147), a décidé que « Eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la Directive 93/104/CE du Conseil

de l'Union européenne, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le code du travail ou une convention collective, en raison d'absences liées à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail. C'est donc à bon droit qu'un conseil des prud'hommes a alloué au salarié des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui a causé le refus de l'employeur de le faire bénéficier du report des congés payés non pris en raison de l'accident du travail dont il a été victime. »

L'arrêt commenté poursuit ce revirement. Il étend la possibilité du report des congés en cas d'absence pour maladie, alors que l'arrêt du 27 septembre 2007 ne visait que les cas d'absence pour accident du travail ou maladie professionnelle. Il n'y avait cependant pas de raison d'apporter une solution différente en cas d'absence pour maladie non professionnelle, s'agissant d'une absence légitime. L'arrêt est l'occasion pour la Cour de cassation de le dire.

Il est aussi l'occasion pour la chambre sociale d'affirmer que ce droit au report ne donne pas seulement droit à des dommages-intérêts correspondant au jours de congé non pris, mais qu'il permet au salarié de prendre effectivement ces jours de congés.

Il est à noter que si l'arrêt du 24 février 2009 vise la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, alors que celui du 27 septembre 2007 visait la Directive 93/104/CE du Conseil de l'Union européenne, du 23 novembre 1993, c'est parce que cette dernière a été abrogée le 2 août 2004 et ses dispositions sur les congés payés reprises par la Directive du 4 novembre 2003. C'est donc bien à la lumière des mêmes dispositions que les deux arrêts sont rendus (à lire également le commentaire sous Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 05-42.293, Bull. 2007, V, n° 147, publié au Bulletin trimestriel de droit du travail de la Cour de cassation, n° 79, jurisprudence de la Cour de cassation, n° 141).

N° 48

Eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail ou, en cas de rupture, être indemnisés au titre de l'article L. 223-14, devenu L. 3141-26, du code du travail.

Soc. – 25 mars 2009.

Cassation partielle

N° 07-43.767. – CA Aix-en-Provence, 12 juin 2007.

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

Note

Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence amorcée par la chambre sociale dans un arrêt de revirement en date du 27 septembre 2007 (Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 05-42.293, Bull. 2007, V, n° 147), qui, interprétant les textes nationaux sur les congés payés à la lumière des textes communautaires, a admis la possibilité, pour un salarié, de reporter les congés payés non pris en raison d'une absence faisant suite à un accident du travail et, en conséquence, condamné un employeur à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice que ce refus avait causé au salarié.

Cette solution a été confirmée et poursuivie par un arrêt du 24 février 2009 (Soc., 24 février 2009, pourvoi n° 07-44.488, Bull. 2009, V, n° 49), lequel l'a étendue à un salarié absent pour maladie non professionnelle et en a tiré pour conséquence que ce droit au report ne se résolvait pas seulement par le paiement de dommages-intérêt, mais aussi par l'exercice réel et effectif du report (« C'est donc à bon droit qu'un conseil de prud'hommes a ordonné le report en 2007 de 12,5 jours de congés payés non pris en 2005 à la suite d'un arrêt de travail pour maladie du 17 novembre 2005 au 1^{er} mars 2007 »).

Le présent arrêt confirme l'application de cette interprétation des textes nationaux à des congés non pris en raison d'une maladie et précise qu'en cas de rupture, les congés payés non pris doivent être indemnisés au titre de l'article L. 223-14, devenu L. 3141-26, du code du travail, c'est-à-dire que le salarié doit recevoir une indemnité compensatrice calculée comme celle versée pour tout congé non pris par salarié au moment de la rupture (à lire également le commentaire sous Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 05-42.293, Bull. 2007, V, n° 147, publié au Bulletin trimestriel de droit du travail de la Cour de cassation, n° 79, jurisprudence de la Cour de cassation, n° 141, et le commentaire sous Soc., 24 février 2009, pourvoi n° 007-44.488, n° 47, ci-dessus).

* Visite de reprise

N° 49

La cour d'appel qui constate que le salarié, sans se présenter à son travail afin que l'employeur organise la visite de reprise, a pris l'initiative de se rendre chez un médecin du travail sans en avertir ledit employeur décide exactement que cette visite ne remplit pas les conditions de l'article R. 241-51, alinéas 1 et 3, devenu R. 4624-21 et R. 4624-22, du code du travail pour être qualifiée de visite de reprise.

Soc. – 4 février 2009.

Rejet

N° 07-44.498. – CA Nîmes, 25 juillet 2007.

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

Note

Par le présent arrêt, la Cour de cassation réaffirme la jurisprudence constante selon laquelle le salarié qui prend l'initiative d'une visite de reprise doit en aviser préalablement son employeur, faute de quoi la visite ne peut être qualifiée de visite de reprise.

En l'espèce, un salarié en congé de maladie saisit lui-même le médecin du travail le dernier jour de son congé, sans en aviser son employeur. Le médecin du travail émet un avis d'inaptitude, avec mention de « danger immédiat », sur une fiche de « reprise après maladie ».

Par la suite, le salarié ne défère pas aux convocations du médecin du travail faites sur demande de l'employeur et prend acte de la rupture de son contrat, en reprochant à l'employeur de ne pas avoir fait procéder à la visite médicale dans les huit jours de la fin de son congé de maladie, de ne pas avoir repris le paiement des salaires et de ne pas avoir fait de recherches aux fins de reclassement.

L'article R. 241-51, alinéa premier, devenu article R. 4624-21, du code du travail énumère les cas de suspension du contrat rendant obligatoire la visite de reprise, après un congé pour maternité, maladie ou accident, d'origine professionnelle ou non.

En principe, la visite de reprise est sollicitée par l'employeur, puisque c'est sur lui que pèse une obligation de sécurité de résultat et que cet examen a pour but d'apprécier l'aptitude du salarié à reprendre son emploi (Soc., 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-44.580, *Bull.* 2006, V, n° 373).

La visite de reprise est importante par ses effets : elle met fin à la période de suspension du contrat et a pour effet de déterminer les obligations à la charge de l'employeur (obligation de reclassement, licenciement ou, à défaut, reprise du versement des salaires : Soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 94-43.389, *Bull.* 1997, V, n° 365).

Le salarié peut lui-même prendre l'initiative d'une telle visite, soit auprès de son employeur, soit auprès du médecin du travail, mais à la condition d'avertir l'employeur de sa demande (Soc., 12 novembre 1997, pourvois n° 94-40.912 et 95-40.632, *Bull.* 1997, V, n° 366 ; Soc., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-43.871, *Bull.* 1998, V, n° 133 ; Soc., 12 octobre 1999, pourvoi n° 97-40.835, *Bull.* 1999, V, n° 376), le défaut d'avertissement de l'employeur privant la visite de sa qualification de visite de reprise et donc de tout effet inhérent à cette qualification, même si, comme en l'espèce, les conclusions d'inaptitude avaient été portées postérieurement par courrier à la connaissance de l'employeur par le médecin du travail.

3. Maternité

* Protection contre le licenciement

N° 50

En vertu de l'article L. 122-14-2, alinéa premier, devenu L. 1232-6, du code du travail, l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement et, en application de l'article L. 122-25-2, alinéa premier, devenu L. 225-4, du même code, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée que s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée non liée à cet état ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir le contrat.

La cour d'appel ayant constaté que la lettre de licenciement ne mentionnait pas l'un des motifs exigés par le second de ces textes en a exactement déduit que le licenciement était nul.

Soc. – 21 janvier 2009.

Rejet

N° 07-41.841. – CA Lyon, 21 février 2007.

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

Note

Cet arrêt s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence exigeante de la Cour de cassation à l'égard de l'employeur, s'agissant de son obligation de motivation de la lettre de licenciement, et protectrice des salariées en état de grossesse.

Aux termes de l'article L. 122-25-2, alinéa premier, devenu L. 1225-4, du code du travail, aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité.

Cet article précise toutefois qu'en période de protection de la maternité, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement.

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 122-14-2, alinéa premier, devenu L. 1232-6 et L. 122-25-2, alinéa premier, devenu L. 1225-4, du code du travail que l'employeur qui se prévaut de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, de maintenir le contrat de travail de la salariée est tenu d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement (Soc., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-41.937, *Bull.* 2000, V, n° 343 ; Soc., 21 mai 2008, pourvoi n° 07-41.179, *Bull.* 2008, V, n° 110).

En l'espèce, la chambre sociale approuve les juges du fond qui ont décidé que le licenciement d'une salariée en état de grossesse était nul dès lors que la

lettre de licenciement ne mentionnait pas l'un des motifs exigés par l'article L. 122-25-2, alinéa premier, devenu L. 1225-4, du code du travail. En effet, est insuffisamment motivée la lettre de licenciement qui mentionne uniquement que la rupture du contrat intervient pour motif économique et vise le jugement du tribunal de commerce arrêtant le plan de cession totale de l'entreprise et autorisant le licenciement, et n'expose pas l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat.

4. Situation de travail présentant un danger imminent pour la santé du travailleur

* Droit de retrait

N° 51

Le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger est nul.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui rejette une demande de nullité du licenciement et dit celui-ci sans cause réelle et sérieuse après avoir retenu que le salarié avait exercé régulièrement le droit de retrait prévu par l'article L. 4131-3 du code du travail et que les griefs formulés dans la lettre de licenciement tenaient aux circonstances de son exercice, contesté par l'employeur.

Soc. – 28 janvier 2009. Cassation partielle partiellement sans renvoi

N° 07-44.556. – CA Nancy, 2 février 2007.

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

Note

Cet arrêt tranche pour la première fois la question de la validité d'un licenciement prononcé pour motif disciplinaire après un exercice régulier du droit de retrait prévu par l'article L. 4131-3 du code du travail. Il décide qu'un tel licenciement est nul, et non pas seulement sans cause réelle et sérieuse.

En l'espèce, l'employeur avait décidé qu'un poste de travail (une cabine de peinture au-dessus d'une chaîne de montage de voitures avançant en continu), tenu auparavant par deux personnes, ne le serait plus que par une seule à compter d'une certaine date. Le salarié avait informé l'employeur qu'il exercerait son droit de retrait en raison de risques de chute nécessitant un arrêt de la chaîne, chute dont personne dans l'atelier ne pouvait immédiatement se rendre compte en l'absence du second opérateur. Malgré les ordres de sa hiérarchie, il avait refusé de rejoindre son poste pendant deux heures, divers incidents s'en étaient suivis. Le salarié avait repris son poste deux heures plus tard à l'issue de la réunion du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) consulté sur le sujet,

l'employeur ayant alors accepté la présence provisoire de deux opérateurs sur ce poste jusqu'à ce que les aménagements nécessaires soient réalisés, ce qui avait été fait après l'engagement de la procédure de licenciement. Le licenciement avait été prononcé pour refus des ordres de la hiérarchie et « abandon de poste ». Sur la contestation du salarié, la cour d'appel, tout en admettant que le droit de retrait avait été exercé légitimement et que les griefs de la lettre de licenciement étaient liés aux circonstances de cet exercice, avait néanmoins décidé que le licenciement était, non pas annulable, mais dénué de cause réelle et sérieuse.

La cassation est prononcée au visa de l'article L. 4131-1 du code du travail, ensemble l'article 8 § 4 de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 et l'article L. 1221-1 du code du travail.

L'article L. 4131-3 du code du travail stipule qu'« aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleur qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour la vie et la santé de chacun d'eux ».

Ce texte constitue l'application en droit interne de l'article 8 § 4 de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, qui précise qu'« un travailleur qui, en cas de danger grave et immédiat qui ne peut être évité, s'éloigne de son poste de travail et/ou d'une zone dangereuse ne peut subir aucun préjudice et doit être protégé contre toutes les conséquences dommageables et injustifiées, conformément aux législations nationales et aux pratiques nationales ».

Le texte de l'article L. 4131-3 du code du travail ne prévoit pas explicitement la nullité des sanctions prononcées à la suite de l'exercice régulier du droit de retrait. La question posée était donc celle de savoir si le régime d'une telle sanction relève du droit commun des sanctions disciplinaires, et en particulier si, s'agissant d'un licenciement pour faute, celui-ci, en application de l'article L. 1333-3 du code du travail, peut seulement être déclaré sans cause réelle et sérieuse ou si un tel licenciement, comme toute autre sanction prononcée pour ce motif, est nul en raison de la nécessaire protection du salarié, qui se rattache à la protection du droit à la santé des travailleurs que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, doit assurer de façon effective.

En effet, en l'absence de texte prévoyant la nullité du licenciement, la jurisprudence, sur le fondement de l'article L. 1221-1 du code du travail, considère que le licenciement fondé sur l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale est nul lorsqu'il n'est pas justifié par la tâche à accomplir et proportionné au but recherché (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-42.099, *Bull.* 2005, V, n° 227 ; Soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-41.695, *Bull.* 2006, V, n° 127).

L'arrêt rapporté fait donc application de cette solution pour décider que le licenciement prononcé

à la suite de l'exercice régulier du droit de retrait, comme toute autre sanction prononcée à raison de l'exercice de ce droit, est nul.

5. Travailleur de l'amiante

* Cessation anticipée d'activité

N° 52

Les dispositions conventionnelles plus favorables auxquelles renvoie l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale sont celles qui déterminent le montant de l'indemnité, et non celles qui définissent les conditions de son attribution.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui condamne l'employeur à verser au travailleur ayant été exposé à l'amiante et remplissant les conditions fixées par les articles 41 de la loi précitée et premier du décret n° 99-247 du 29 mars 1999, relatif à l'allocation de cessation anticipée d'activité prévue audit article 41, l'indemnité de départ à la retraite fixée par l'avenant du 19 décembre 2003 à l'accord national du 10 juillet 1970 sur la mensualisation applicable au secteur de la métallurgie, même s'il ne remplit pas les conditions d'âge et de liquidation de retraite complémentaire prévues par cet avenant.

Soc. – 13 janvier 2009.

Rejet

N° 07-42.346. – CPH Cherbourg, 13 mars 2007.

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

Note

Le régime général de la cessation anticipée d'activité est fixé par l'article L. 122-14-13, alinéa premier, devenu article L. 1237-9, du code du travail, qui dispose : « *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, 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.* »

L'article 6 précité précise les conditions d'âge des bénéficiaires, ainsi que les modalités de calcul de l'indemnité.

Par dérogation à ce dispositif de droit commun, il existe un dispositif spécial pour les « travailleurs de l'amiante ». Sous certaines conditions, l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, portant financement de la sécurité sociale pour 1999, prévoit le versement d'une allocation de cessation anticipée d'activité aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante. L'alinéa V de cet article 41 prévoit que « *cette rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié ouvre droit, au bénéfice du salarié, au versement par l'employeur d'une indemnité de cessation d'activité d'un montant égal à celui de l'indemnité de départ en retraite*

prévue par le premier alinéa de l'article L. 122-14-13 du code du travail (...), sans préjudice de l'application des dispositions plus favorables prévues par une convention ou un accord collectif de travail ou par le contrat de travail. »

Or la société employeur, demanderesse au pourvoi, était soumise aux dispositions de l'accord national du 10 juillet 1970 sur la mensualisation applicable au secteur de la métallurgie et modifié par l'avenant du 19 décembre 2003, qui, dans son article 11, prévoit un régime plus favorable que le dispositif légal s'agissant du montant de l'indemnité de départ en retraite, mais conditionne l'allocation de cette indemnité. En l'espèce, le salarié ne remplissait aucune de ces conditions.

La demanderesse au pourvoi en déduisait que, puisque le salarié ne remplissait pas les conditions de l'article 11 de l'avenant du 19 décembre 2003, il ne pouvait prétendre au bénéfice de cette indemnité conventionnelle, même si le montant de celle-ci était supérieur à celui prévu par l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, portant financement de la sécurité sociale pour 1999.

Le conseil de prud'hommes, au contraire, avait jugé que le principe de faveur évoqué dans l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 renvoie bien aux cessations anticipées d'activité « classique », et qu'en l'absence, dans la convention du 19 décembre 2003, de dispositions propres aux activités « amiante », le principe de faveur doit s'appliquer pour la seule comparaison du montant de l'indemnité prévue en cas de départ anticipé « classique », sans examen des conditions d'attribution des indemnités en concours.

La Cour de cassation approuve ce raisonnement, en jugeant que « *les dispositions conventionnelles plus favorables auxquelles renvoie l'article 41 (...) sont celles qui déterminent le montant de l'indemnité, et non celles qui définissent les conditions de son attribution* ». Cette solution est conforme à l'esprit de la loi du 23 décembre 1998, qui veut éviter que les travailleurs de l'amiante contraints, pour des raisons de santé, à quitter la vie professionnelle avant le terme normal ne souffrent d'une indemnisation moindre.

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. Accords collectifs et conventions collectives

* Accords collectifs et conventions collectives divers

N° 53

En l'état d'un accord collectif portant refonte de la grille de classification et revalorisation des rémunérations versées au personnel des caisses d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés non agricoles, la circonstance que les salariés aient

été engagés avant ou après l'entrée en vigueur de cet accord ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux.

Doit donc être approuvé l'arrêt de la cour d'appel qui, après avoir constaté que, par l'effet du dispositif mis en place par le protocole d'accord de transposition dans la nouvelle grille de classification, les salariés recrutés postérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord percevaient un salaire supérieur à celui de ceux engagés antérieurement qui, à classification égale, voyaient limiter, par l'article 3-3 du protocole, leur augmentation de salaire lorsque celle-ci atteignait un certain seuil, décide que cet article qui méconnaît le principe « à travail égal, salaire égal » doit être annulé, les contraintes budgétaires imposées par l'autorité de tutelle qu'invoquait l'employeur ne constituant pas une raison objective et pertinente à la différence des rémunérations.

Soc. – 4 février 2009.

Rejet

N° 07-11.884. – CA Paris, 11 janvier 2007.

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

Note

Un avenant à la convention collective régissant le statut social collectif des personnels des caisses d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés non agricoles, accompagné notamment d'un protocole d'accord de transposition dans la nouvelle grille de classification, a prévu de reclasser ces personnels selon des critères de niveau de qualification et d'emplois, tout en revalorisant leurs rémunérations. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

Il est toutefois résulté de l'application des dispositions de l'article 3-3 du protocole d'accord, qui limitait les augmentations individuelles du personnel en place au 1^{er} janvier 2002, une différenciation dans le montant des rémunérations versées, qui aboutissait à « pénaliser » ces salariés percevant un salaire moindre que leurs collègues recrutés après le 1^{er} janvier 2002.

C'est dans ces conditions que la FNPOS-CGT, invoquant une différence injustifiée des rémunérations et une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal », a saisi le tribunal de grande instance pour solliciter l'annulation de cet article 3-3.

Pour ce faire, l'arrêt confirmatif a retenu que le dispositif mis en place, qui prévoyait un écrêtement de la rémunération de salariés selon leur date d'engagement, avait pour conséquence de rompre l'égalité entre des salariés pourtant placés dans une situation identique.

C'est cette solution qui a été entérinée par la chambre sociale, qui consolide ainsi le domaine imparti au principe « à travail égal, salaire égal ».

N° 54

Les stipulations de l'article 209 de l'accord collectif du 22 mars 1982, portant statut du personnel

des associations chargées de la gestion des centres de formation d'apprentis du bâtiment relevant du comité central de coordination de l'apprentissage du BTP, qui prévoient une durée de congés payés de soixante-dix jours ouvrables ou non, ce qui inclut dans cette durée les repos hebdomadaires et les jours fériés, obligent l'employeur, pour permettre à chaque salarié de bénéficier de l'indemnisation la plus favorable prévue à l'article L. 3141-22 du code du travail, à calculer l'indemnité de congés payés qui lui est due sur la base du rapport 60/30^e, sans qu'il y ait lieu de déduire de cette indemnité la rémunération des jours fériés inclus dans la durée des congés payés.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour rejeter la demande de rappel d'indemnité de congés payés des salariés, considère que les jours fériés ne sont pas compris dans le décompte, qui est à faire en jours ouvrables.

Soc. – 24 février 2009.

Cassation

N° 07-44.749. – CA Besançon, 11 septembre 2007.

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

Note

L'interprétation de l'article 209 de l'accord collectif du 22 mars 1982, portant statut du personnel des associations chargées de la gestion des centres de formation d'apprentis du bâtiment relevant du comité central de coordination de l'apprentissage du BTP, a suscité déjà un abondant contentieux. Le présent arrêt s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, tout en apportant une précision supplémentaire.

L'article 209 de l'accord accorde aux salariés qui remplissent les conditions soixante-dix jours de congés payés « ouvrables ou non ».

L'article L. 3141-3 du code du travail prévoit une durée de congés payés calculée en « jours ouvrables » d'une durée de trente jours maximum. L'article L. 3141-22 dispose que l'indemnité de congés payés doit être égale à 10 % de la rémunération brute totale perçue par le salarié pendant la période de référence, sans pouvoir être inférieure à ce que le salarié aurait perçu s'il avait continué à travailler, et que, si la durée du congé prévue est supérieure aux trente jours accordés par l'article L. 3141-3, l'indemnité de congés payés doit être augmentée « proportionnellement à la durée du congé effectivement dû ».

En l'espèce, l'employeur interprétait l'article 209 de l'accord, en ce qui concerne plus particulièrement la prise en compte des jours fériés dans le calcul de l'indemnité de congés payés, comme conduisant à déduire « l'indemnité de jours fériés » de l'indemnité de congés payés, les jours fériés étant des jours ouvrés déjà compris dans l'indemnisation des soixante-dix jours de congé payés. La cour d'appel ayant adopté cette même analyse, les salariés se sont pourvus en cassation, soutenant que l'indemnité de

congés payés doit être établie sur la base du rapport 60/30°, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les jours fériés inclus dans les soixante-dix jours tombent un jour ouvrable ou non, et donc qu'il n'y avait pas lieu à effectuer la déduction opérée par l'employeur.

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir si le montant du salaire auxquels les jours fériés peuvent ouvrir droit peut se déduire du montant de l'indemnité de congés payés.

La chambre sociale rappelle d'abord que si le calcul des jours de congés payés se fait en jours « ouvrables ou non », c'est-à-dire en jours calendaires, le nombre de jours prévus comprend nécessairement les jours de repos hebdomadaire et les jours fériés. Elle rappelle ensuite que, pour permettre à chaque salarié de bénéficier de l'indemnisation la plus favorable prévue à l'article L. 3141-22 du code du travail, lorsqu'une convention ou un accord collectif prévoit une durée de soixante-dix jours de congés payés « ouvrés ou non », il convient de calculer l'indemnité de congés payés sur la base de 60/30° des 10 % de la rémunération totale perçue pendant la période de référence, sans qu'il y ait lieu de déduire de cette indemnité la rémunération des jours fériés inclus dans la durée des congés payés.

Cette décision vient dans le prolongement d'un certain nombre d'arrêts non publiés (par exemple, Soc., 3 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.595), mais aussi de l'arrêt publié du 5 juin 2008 (pourvoi n° 06-46.366, Bull. 2008, V, n° 125), dans lequel la Cour avait déjà dit que « *selon l'article 209 de l'accord collectif du 22 mars 1982, portant statut du personnel des associations chargées de la gestion des CFA du bâtiment, pour une année de travail effectif ou assimilé réalisé au cours de la période de référence légale, le personnel enseignant, d'éducation et d'animation bénéficie au total de soixante-dix jours, ouvrables ou non, de congés qui se composent, d'une part, des congés légaux, d'autre part, de congés supplémentaires accordés à chaque membre du personnel enseignant d'éducation et d'animation en raison de sa participation à la mission d'enseignement assumée par le CFA. Il s'ensuit que, pour permettre aux salariés de bénéficier de l'indemnisation la plus favorable au sens des articles L. 223-11 et L. 223-2, alinéa premier, respectivement devenus L. 3141-22 et L. 3141-3 du code du travail [ancien], l'employeur doit calculer l'indemnité de congés payés qui leur est due sur la base du rapport 60/30°* », et en avait déduit que l'employeur n'avait pas à rechercher si « *les jours fériés inclus dans le congé conventionnel de soixante-dix jours tombaient un jour ouvrable ou non* » (Soc., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-46.366, Bull. 2008, V, n° 125, précité).

N° 55

Il résulte de l'article L. 122-45 du code du travail et de l'article L. 122-14-4, devenu L. 1235-2 et suivants, d'une part, que l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou qui le considère comme rompu du fait du salarié doit mettre en œuvre la procédure de licenciement et qu'à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'autre part, qu'aucun salarié ne

peut être licencié en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, et qu'en l'absence de constatation par le médecin du travail de l'inaptitude du salarié à reprendre l'emploi précédemment occupé ou tout emploi dans l'entreprise, le licenciement est nul.

Dès lors, la radiation des cadres instituée par l'article 44 de la convention collective nationale du personnel des organismes de sécurité sociale s'analyse en un licenciement fondé exclusivement sur l'état de santé et est donc nul.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui décide que la radiation des cadres d'une salariée de la sécurité sociale ne peut s'analyser en un licenciement.

Soc. – 25 février 2009.

Cassation

N° 07-41.724. – CA Paris, 1^{er} février 2007.

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

Note

Une employée de la caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France a été radiée des effectifs des cadres à la suite de prolongations ininterrompues d'arrêt de travail pour maladie et d'une mise en congé sans solde d'une durée de cinq ans.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale afin de voir requalifier la radiation en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et voir condamner la CRAMIF au paiement des indemnités de licenciement.

La cour d'appel a infirmé le jugement en retenant, d'une part, que la salariée n'avait pas été licenciée mais radiée des effectifs des cadres, et, d'autre part, que cette radiation était intervenue régulièrement, conformément à l'article 44 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 des organismes de sécurité sociale, laquelle régissait la situation de travail en cause.

En effet, aux termes de l'article 44 de cette convention collective, la situation des agents n'étant pas en mesure de reprendre leur poste après neuf mois consécutifs de maladie est examinée par la direction, qui peut, après avis du médecin de la caisse, les mettre en congé sans solde pendant une période qui ne pourra excéder cinq ans. A l'issue de ce délai et en l'absence de guérison constatée par le médecin de la caisse, les agents seront rayés des cadres.

La question posée à la chambre sociale était donc de savoir si la radiation des cadres de la salariée à l'issue du délai de mise en congé sans solde de cinq ans devait s'analyser en un licenciement.

Par le présent arrêt, la chambre énonce que la radiation des cadres en application de l'article 44 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale s'analyse en un licenciement, dans la mesure où il y a rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Dès lors, ce dernier est tenu

de mettre en œuvre la procédure de licenciement prévue à l'article L. 122-14-4, devenu L. 1235-2, du code du travail, à défaut de quoi la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par ailleurs, la chambre sociale réaffirme sa jurisprudence constante selon laquelle le licenciement fondé sur l'état de santé ou le handicap du salarié est nul, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 98-43.403, *Bull.* 2001, V, n° 88, et Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-40.241, *Bull.* 2006, V, n° 275). En l'espèce, relevant que la radiation des cadres de l'article 44 était fondée exclusivement sur l'état de santé, la chambre en tire donc les conséquences et décide que le licenciement est nul.

N° 56

1^o La convention collective nationale des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et sociétés de conseils dispose en son article 7 que, sauf accord entre les parties précisé dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail, tout ingénieur ou cadre est soumis à une période d'essai de trois mois qui pourra être prolongée exceptionnellement d'une période de même durée, après accord écrit du salarié.

Il en résulte que le contrat de travail ne pouvait contenir une disposition moins favorable que celle de la convention collective et que le renouvellement de la période d'essai, que le contrat de travail ne pouvait prévoir dès l'origine, ne pouvait résulter que d'un accord exprès des parties intervenu au cours de la période initiale, et non d'une décision unilatérale de l'employeur.

2^o Viole les articles 4 et 12 du code de procédure civile la cour d'appel qui, pour débouter un salarié d'une demande de prime de vacances, se borne à énoncer que celui-ci ne la chiffre pas, alors qu'elle ne pouvait, sans méconnaître son office, s'abstenir de statuer sur la demande dont elle était saisie.

Soc. – 11 mars 2009. Cassation partielle

N° 07-44.090. – CA Paris, 22 juin 2007.

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

Note

1^o Un salarié est embauché le 1^{er} juin 2004, par un contrat prévoyant une période d'essai de trois mois et le renouvellement de cette période pour une même durée en cas d'objectif non atteint. Le 1^{er} septembre 2004, la période d'essai est renouvelée à compter de cette date ; le 24 novembre, l'employeur informe le salarié que la relation contractuelle prendra fin le 27 novembre suivant.

L'employeur était soumis à la convention collective des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et sociétés de conseil, dont l'article 7 dispose que « *Sauf accord entre les parties précisé dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail, tout ingénieur ou cadre est soumis à une période d'essai de*

trois mois qui pourra être prolongée exceptionnellement d'une période de même durée, après accord écrit du salarié. »

La cour d'appel a jugé que le salarié ayant donné son accord verbal pour le renouvellement de la période d'essai, le contrat avait bien été rompu au cours de cette période, qui venait à expiration le 30 novembre 2004.

En décidant que la rupture du contrat de travail était bien intervenue à l'intérieur de la période d'essai, donc en considérant que le renouvellement de la période d'essai était valable, la cour d'appel interprétait la clause du contrat de travail prévoyant le renouvellement de la période de trois mois dès l'origine comme constitutive de « *l'accord entre les parties précisé dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail* », visé par l'article 7 de la convention collective. Selon cette interprétation, le renouvellement, prévu dès l'origine par le contrat de travail, ne nécessitait pas l'accord écrit du salarié, l'accord verbal donné était suffisant.

Or, en vertu de l'article L. 2254-1 du code du travail, « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ».

En conséquence, sous couvert d'« *accord entre les parties* » au sens de l'article 7 de la convention applicable, les parties ne pouvaient poser des conditions plus défavorables pour le salarié que ce que prévoyait la convention elle-même, c'est-à-dire « *une période d'essai de trois mois qui pourra être prolongée exceptionnellement d'une période de même durée, après accord écrit du salarié* ».

En présence d'une disposition conventionnelle telle que l'article 7 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, la mise en œuvre du principe de faveur exprimé par l'article L. 2254-1 précité conduit à interdire toute prévision de renouvellement dès le contrat d'origine. Le renouvellement éventuel de la période d'essai doit résulter d'un accord entre les parties intervenant au cours de l'essai. La condition de l'accord écrit du salarié, exigée en l'espèce par la convention collective, prend alors toute sa signification.

La présente décision s'inscrit dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation appliquant le principe de faveur en ce sens. Elle a ainsi décidé que « *l'article 4 de l'annexe "ingénieurs et cadres" à la convention collective des entreprises de pompage, traitement et distribution d'eau à usage public ou particulier énonçant que la durée de la période d'essai est fixée à six mois renouvelable pour les cadres positions I et II, un employeur ne peut stipuler que la durée de la période d'essai d'un cadre position I et II sera, dès l'origine, renouvelée* » (Soc., 31 octobre 1989, pourvoi n° 86-42.508, *Bull.* 1989, V, n° 632), ou bien qu'« *aux termes de l'article 3 de l'avenant "mensuels" à la convention collective de l'industrie des métaux du Haut-Rhin, la durée de la période d'essai, renouvelable une fois, est fixée à un mois pour certains "mensuels", cette durée pouvant être prolongée par accord écrit entre les intéressés. Viole*

ce texte la cour d'appel qui, pour débouter la salariée des demandes en dommages-intérêts pour licenciement abusif et non-respect de la procédure de licenciement, énonce que le contrat de travail, qui prévoyait une période d'essai de deux mois, a été rompu au cours du deuxième mois. En effet, d'une part, la durée de la période d'essai initialement fixée ne pouvait excéder un mois et, d'autre part, la faculté de prolongation par accord des deux parties ne peut jouer qu'au cours de l'essai » (Soc., 19 juillet 1994, pourvoi n° 91-44.335, *Bull.* 1994, V, n° 245).

2° Le salarié reprochait également à l'arrêt de cour d'appel de l'avoir débouté de sa demande de prime de vacances, au motif qu'elle n'était pas chiffrée, et invoquait la violation des articles 4 et 1315 du code civil. L'arrêt est cassé dans ses dispositions critiquées par ce moyen, mais au visa des articles 4 et 12 du code de procédure civile.

Précédemment, la Cour a déjà eu l'occasion d'affirmer qu'une demande en justice non chiffrée n'est pas de ce seul fait irrecevable (Soc., 7 octobre 1997, pourvoi n° 95-44.162, *Bull.* 1997, V, n° 302). Il s'agissait alors d'une demande en justice comportant plusieurs chefs de demande qui n'avaient pas été évalués par le demandeur poste par poste, mais globalement. Dans le cas de l'espèce, la demande ne se décomposait pas en plusieurs postes, mais portait uniquement sur une prime de vacances. Mais, même dans le cas d'une demande en justice ne comportant qu'un chef de demande, la règle s'applique (2^e Civ., 14 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.304, *Bull.* 2006, II, n° 350). En effet, même s'il n'est pas chiffré, le montant de la demande peut être déterminable, à partir d'éléments en possession des parties et accessibles au juge. C'était le cas du présent arrêt, puisque la prime de vacances résultait d'une disposition de la convention collective qui précisait que son montant était « au moins égal à 10 % de la masse globale des indemnités de congés payés (...) de l'ensemble des salariés ». Le montant de cette prime était donc parfaitement déterminable, à charge pour le juge de solliciter les informations précises détenues par l'employeur ou de nommer un expert pour ce calcul (en ce sens, cf. Soc., 24 novembre 1998, pourvoi n° 97-43.670, *Bull.* 1998, V, n° 518, sommaire n° 3).

N° 57

La convention collective des agences de voyage et de tourisme n'est applicable qu'aux salariés sédentaires qui travaillent de façon permanente en agence et qui peuvent, le cas échéant, être temporairement détachés pour exercer la fonction de guide-accompagnateur ou accompagnateur.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui, se fondant sur l'examen des conditions effectives de travail des salariés concernés, rejette leur demande de bénéficier des stipulations de cette convention collective plutôt que de celles de la convention collective des guides-accompagnateurs, en relevant qu'il n'est pas démontré que leur situation correspond à celle visée par la convention collective des agences de voyage et de tourisme.

Soc. – 25 mars 2009.

Cassation partielle

N° 08-41.229. – CA Versailles, 15 janvier 2008.

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

Note

Cet arrêt, rendu après une première cassation avec renvoi, précise le champ d'application respectif de la convention collective nationale de travail du personnel des agences de voyages et du tourisme du 12 mars 1993 et de la convention collective nationale des guides-accompagnateurs et accompagnateurs au service des agences de voyage et de tourisme du 10 mars 1966.

Des salariés, employés par une agence de voyage en qualité d'agents d'accueil afin d'assurer le transfert de touristes étrangers entre les aéroports, les gares et les hôtels, ont saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à obtenir le rappel de salaires en application de la convention collective nationale du 12 mars 1993. L'employeur leur refusait ce rappel de salaires, considérant que ces salariés ne relevaient pas de cette convention, mais de la convention collective du 10 mars 1966.

Après avoir examiné, comme l'y incitait l'arrêt de cassation, les conditions effectives de travail des salariés concernés, la cour d'appel de renvoi a, elle aussi, refusé d'appliquer la convention collective du personnel des agences de voyages et du tourisme du 12 mars 1993, retenant qu'il n'était pas démontré que les salariés demandeurs n'exerçaient les fonctions d'accompagnateur ou de guide-accompagnateur que de manière occasionnelle, tout en étant habituellement des salariés sédentaires de l'agence de voyage.

Cette solution résulte de l'article premier de la convention du 12 mars 1993, lequel prévoit qu'elle régit les relations entre les agences de voyage et leurs salariés employés tant sur le territoire français que placés en situation de mission à l'étranger, mais qu'elle « ne s'applique pas aux guides-interprètes et aux guides-accompagnateurs à la vacation, qui sont régis par des conventions collectives particulières ». En conséquence, la chambre sociale approuve la cour d'appel de renvoi d'avoir exactement décidé « que la convention revendiquée n'est applicable qu'aux salariés sédentaires qui travaillent de façon permanente en agence et qui peuvent, le cas échéant, être temporairement détachés pour exercer la fonction de guide-accompagnateur ou accompagnateur ».

Ce n'est pas le fait que les salariés sont en permanence employés d'une agence de voyage qui est déterminant, mais le contenu de leur activité habituelle : accompagnateur ou sédentaire.

N° 58

Les modalités de calcul du sursalaire familial prévu par la convention collective des praticiens de la mutualité sociale agricole pour les méde-

cins-conseils ayant des enfants à charge ne résultent pas du contrat de travail, mais de la convention elle-même.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui accorde un rappel de sursalaire à des médecins qui n'avaient pas de droit ouvert au bénéfice du sursalaire, au moment où les dispositions nouvelles de la convention collective modifiant son mode de calcul sont entrées en vigueur.

Soc. – 25 mars 2009. Cassation

N° 07-42.318 et 07-42.319. – CA Paris, 14 mars 2007.

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

Note

L'article L. 135-2, devenu L. 2254-1, du code du travail dispose que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ».

Dans la présente espèce, le contrat de travail de médecins-conseils engagés par la mutualité sociale agricole précisait que la convention collective des praticiens de la mutualité sociale agricole s'appliquait aux médecins-conseils de l'entreprise et stipulait que, sous réserve que leurs enfants soient effectivement à leur charge et que leur conjoint ne bénéficie pas d'un avantage de même nature, un sursalaire familial s'ajouterait à leur salaire mensuel brut à compter de leur titularisation. Mais, peu de temps avant cette titularisation, était entrée en vigueur une nouvelle convention collective du personnel de la mutualité, aux termes de laquelle un complément familial se substituait au sursalaire familial. Les médecins-conseils qui, à compter de leur titularisation, n'avaient perçu que le complément familial prévu par les nouvelles dispositions conventionnelles avaient saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappel de sursalaire familial.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si une clause contractuelle, de nature salariale, relative au sursalaire familial mais résultant d'une convention collective, doit, en cas de modification ultérieure de la convention collective, subsister dans ses termes initiaux ou bien être automatiquement modifiée.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la mention dans le contrat de travail de normes applicables dans l'entreprise telles que le règlement intérieur ou les conventions collectives n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits (Soc., 10 mars 2004, pourvoi n° 03-40.515, Bull. 2004, V, n° 76, et Soc., 11 janvier 2000, pourvoi n° 97-44.148, Bull. 2000, V, n° 17).

La chambre sociale juge également que, lorsque la structure de la rémunération résulte d'une convention collective, le changement de structure salariale s'impose aux salariés sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leurs contrats de travail (Soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 99-41.136,

Bull. 2000, V, n° 247). De même, « la seule modification de la structure de la rémunération résultant d'un accord de réduction du temps de travail consistant, sans changer le taux horaire, à compenser la perte consécutive à la réduction du nombre d'heures travaillées par l'octroi d'une indemnité différentielle, dès lors que le montant de la rémunération est maintenue, ne constitue pas une modification du contrat de travail » (Soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 04-45.537, Bull. 2006, V, n° 138).

Par le présent arrêt, la chambre sociale précise que le mode de calcul du sursalaire familial résulte de la convention collective, et non du contrat de travail. En conséquence, les dispositions nouvelles de la convention collective qui modifie le mode de calcul du sursalaire familial s'imposent aux salariés sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leurs contrats de travail.

2. Usage

* Critères

N° 59

C'est sans dénaturation des documents de souscription annuelle aux chèques-vacances par les salariés intéressés que le conseil de prud'hommes retient, par une appréciation souveraine des éléments soumis à son examen, qu'il existait un usage au sein de l'entreprise répondant aux critères de généralité, de constance et de fixité, fixant le montant maximum de cotisation de chaque salarié et donc le montant de l'abondement de l'employeur.

C'est à bon droit que le conseil de prud'hommes décide ensuite, en l'absence de dénonciation régulière de l'usage, que sa modification n'était pas opposable aux salariés et de leur allouer des dommages-intérêts.

Soc. – 25 février 2009. Rejet

N° 07-45.447 à 07-45.455, 07-45.458 et 07-45.459. – CPH Paris, 16 octobre 2007.

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

Note

Un employeur a décidé de modifier le montant maximum des cotisations que ses salariés versent pour l'acquisition de chèques-vacances et, en conséquence, de modifier son abondement au dispositif, puisque celui-ci est proportionnel à la cotisation payée par le salarié.

Des salariés, considérant que cette modification leur était inopposable dès lors qu'elle était contraire à un usage qui n'avait pas été régulièrement dénoncé, ont saisi la juridiction prud'homale, qui leur a donné raison.

L'employeur s'est alors pourvu en cassation. Il soutenait que le montant de sa contribution, à hauteur de l'épargne salariale, était déterminé

chaque année par un contrat, signé avec chacun des salariés, faisant l'objet d'un écrit spécifique, qu'il était donc libre de conclure un contrat différent chaque année et que la signature d'un contrat excluait l'existence d'un usage. L'employeur soutenait également que l'article L. 411-18 du code du tourisme, qui prévoit le régime des chèques-vacances, ne formule pas les exigences propres à la dénonciation des usages pour la modification des modalités d'attribution des chèques-vacances, de sorte que c'était ajouter à la loi que d'exiger le respect des formes de la dénonciation d'un usage en ce cas.

La question qui se posait donc à la chambre sociale était double : il s'agissait d'abord de savoir si l'application par l'employeur du système des chèques-vacances et la détermination de ses modalités de mise en œuvre peut générer l'existence d'un usage et ensuite si, le cas échéant, un tel usage devait être dénoncé après l'information préalable des salariés et des institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations, conformément aux formalités requises pour dénoncer un usage d'entreprise.

La Cour de cassation décide que dès lors que la juridiction de fond, par une appréciation souveraine, constate que les critères de généralité, constance et fixité sont réunis, la règle de fixation du montant maximum des cotisations de chaque salarié, et donc du montant de l'abondement de l'employeur, constitue un usage.

Cette solution découle de l'article L. 411-8 du code du tourisme. En effet, celui-ci dispose que « l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou de toute autre instance de concertation ayant compétence en matière d'œuvres sociales, définit, sous réserve des dispositions du 2^o de l'article L. 411-10, les modalités de l'attribution éventuelle de chèques-vacances à ses salariés qui répondent aux conditions fixées à l'article L. 411-4 ». Ainsi, la décision d'instituer, au sein de l'entreprise, le système des chèques-vacances, pour les salariés répondant aux conditions de ressources, appartient au seul employeur, qui en fixe les modalités d'attribution. Le chèque-vacances est un avantage attribué selon des règles prédéterminées par l'employeur seul, même s'il est possible de prévoir de laisser aux salariés qui décident de bénéficier de cet avantage la possibilité d'arrêter la souscription. Le fait que l'article L. 411-8 du code du tourisme exige que l'employeur consulte, et non pas seulement informe, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel renforce l'idée que la fixation de ces modalités relève bien d'un engagement unilatéral susceptible de devenir un usage si les critères en sont remplis, et non de rapports contractuels entre chaque salarié souscripteur et l'employeur.

L'introduction d'éléments contractuels par l'article L. 411-10 du code du tourisme, lequel dispose que « le montant de la contribution de l'employeur et les modalités de son attribution (...) font l'objet soit d'un accord collectif de branche au niveau national, régional ou local prévoyant des modalités de mise en œuvre dans

les entreprises de moins de cinquante salariés, soit d'un accord conclu dans les conditions prévues à l'article L. 132-30 du code du travail, soit d'un accord d'entreprise conclu avec un ou plusieurs délégués du personnel désignés comme délégués syndicaux ou, en l'absence d'une telle représentation syndicale et d'un accord collectif de branche, d'une proposition du chef d'entreprise soumise à l'ensemble des salariés », n'intervenant que pour permettre des exonérations fiscales et sociales, leur inobservation n'entache pas la validité du système. Ces dispositions ne sont donc pas suffisantes pour donner un caractère contractuel au dispositif.

La chambre sociale décide ensuite que l'employeur, pour modifier le montant de son engagement, qualifié en l'espèce d'usage, doit respecter les formalités de dénonciation ou de modification des usages d'entreprise. Il ne saurait en être autrement dès lors que le code du tourisme ne fixe pas de régime particulier de remise en cause du dispositif et que l'engagement unilatéral est devenu un usage.

3. Conflits collectifs du travail

3.1. Grève

* Retenue sur salaire

N° 60

L'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu, de la part de l'employeur, à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux, et la retenue sur le salaire doit être proportionnelle à la durée du travail. Lorsque l'absence pour fait de grève d'un salarié cadre soumis à une convention de forfait en jours sur l'année est d'une durée non comptabilisable en journée et en demi-journée, la retenue opérée sur le salaire doit être identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée.

Dès lors, il y a lieu à cassation de l'arrêt qui, pour débouter des salariés, cadres soumis à une convention de forfait défini en jours, de leur demande en paiement d'un rappel de salaire correspondant à la retenue opérée par l'employeur d'une demi-journée d'absence après qu'ils ont cessé le travail pendant une heure et demie pour participer à un mouvement de grève, retient que comptabiliser les heures aurait remis en cause l'équilibre du forfait-jours mis en place, toute référence légale à la notion d'heures étant interdite, alors qu'il résultait de l'article 14.3, alinéa 3, de l'accord national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie modifié par avenant du 29 janvier 2000 que, pour les cadres soumis à une convention de forfait défini en jours, aucune retenue ne peut être effectuée pour une absence inférieure à une demi-journée de travail.

Soc. – 4 mars 2009.

Cassation

N° 07-45.291 à 07-45.295. – CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2007.

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

Note

Cet arrêt précise les principes qui doivent présider au calcul de la retenue sur salaire d'un cadre soumis à une convention de forfait en jours sur l'année et qui a participé à un mouvement de grève pendant une durée inférieure à une journée ou une demi-journée.

Le régime de la convention de forfait en jours sur l'année, qui permet de fixer la durée de travail d'un cadre sur la base d'un nombre de jours travaillés fixé pour l'année, a été introduit par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite loi « Aubry II ») puis modifié, en ce qui concerne les cadres, par la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (dite loi « Fillon II »).

En application des articles L. 3121-40 et L. 3121-45 du code du travail, une convention de forfait en jours sur l'année peut être conclue pour les cadres bénéficiant d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps lorsqu'elle est prévue par une convention ou un accord collectif étendu ou, à défaut, un accord d'entreprise ou d'établissement. Une décision unilatérale de l'employeur ne permet pas de conclure une telle convention (Soc., 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-14.685, *Bull.* 2006, V, n° 382). La convention ou l'accord collectif prévoit les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées, et de prise des journées ou demi-journée de repos.

Comment alors calculer la retenue sur salaire d'un cadre soumis à une convention de forfait en jours sur l'année, qui a participé à une grève durant un temps inférieur à une journée ou une demi-journée, alors que « l'exercice du droit de grève ne pouvant donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération, la rémunération des salariés grévistes ne doit subir qu'un abattement proportionnel à l'arrêt de travail » (Soc., 8 juillet 1995, pourvoi n° 89-42.563, *Bull.* 1992, V, n° 445) et que « pour être proportionnel à l'interruption de travail, l'abattement du salaire pour fait de grève doit être calculé sur l'horaire mensuel des salariés » (Soc., 27 juin 1999, pourvoi n° 88-42.591, *Bull.* 1999, n° 469) ?

Un précédent arrêt de la chambre sociale (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-44.608, *Bull.* 2008, V, n° 211) a apporté une première réponse à la question, en rappelant les deux principes suivants : d'une part, « l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux », et « il ne peut donner lieu de la part de l'employeur qu'à un abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail » ; d'autre part, qu'en cas d'« absence pour fait de grève d'un salarié cadre soumis à une convention

de forfait en jours sur l'année, d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, la retenue opérée doit être identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée ». Précisant la méthode applicable en l'absence de dispositions de l'accord collectif sur les retenues à opérer sur les absences non comptabilisables en journée ou en demi-journée, l'arrêt énonce que, dans ce cas, « la retenue opérée résulte de la durée de l'absence et de la détermination, à partir du salaire mensuel ou annuel, d'un salaire horaire tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base soit la durée légale du travail si la durée de travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit la durée du travail applicable à ces cadres si elle est supérieure à la durée légale ».

A la différence de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 novembre 2008, l'accord collectif applicable à la présente espèce, à savoir l'accord national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie modifié par avenant du 29 janvier 2000, prévoyait, en son l'article 14.3, alinéa 3, que, pour les cadres soumis à une convention de forfait défini en jours, aucune retenue ne peut être effectuée pour une absence inférieure à une demi-journée de travail. Cette disposition visant toute absence, elle visait nécessairement les absences pour cause de participation à un mouvement de grève. L'employeur ne pouvait donc retenir l'équivalent d'une demi-journée d'absence sur la rémunération des salariés qui avaient cessé le travail une heure et demie.

Ainsi, après avoir réaffirmé à l'identique les deux principes rappelés par l'arrêt du 13 novembre 2008, l'arrêt commenté censure le refus de la cour d'appel déboutant les salariés de leur demande en paiement d'un rappel de salaire correspondant à la retenue opérée par l'employeur.

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Elections professionnelles

*** Contestation de la désignation d'un délégué syndical**

N° 61

Si l'absence de contestation, dans les délais prévus par l'article L. 2143-8 du code du travail, de la désignation d'un délégué syndical dans le périmètre d'une unité économique et sociale interdit la remise en cause du mandat du délégué syndical et constitue un élément que le juge doit prendre en considération dans l'action en reconnaissance de cette unité, elle n'établit pas à elle seule son existence.

Soc. – 4 mars 2009.

Cassation

N° 08-60.497. – TI Aubagne, 2 septembre 2008.

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

Note

L'article L. 2143-8 du code du travail prévoit que l'absence de contestation, dans le délai de quinze jours, de la désignation d'un délégué syndical purge la désignation de tout vice. Il en résulte qu'en l'absence de contestation de la désignation dans le délai légal, le mandat ne peut être remis en cause.

La question posée par le pourvoi était de savoir si l'absence de contestation, dans les délais prévus par l'article L. 2143-8 du code du travail, de la désignation d'un délégué syndical sur le périmètre d'une prétendue unité économique et sociale (UES) suffit à conférer une existence à cette UES, avec tous les effets de droit qui s'y attachent quant à l'exercice du droit syndical et à la mise en place des institutions représentatives correspondantes.

Le présent litige revenait pour la deuxième fois devant la Cour de cassation. Dans un arrêt de cassation du 13 février 2008 (diffusé, pourvoi n° 07-60.182), la chambre sociale invitait la juridiction de renvoi à s'expliquer sur les motifs qui pouvaient justifier, à la date de la demande d'organisation des élections du comité d'entreprise et des délégués du personnel, le refus de la reconnaissance d'une unité économique et sociale, qui n'avait pourtant pas été contestée lors de la désignation antérieure du délégué syndical.

S'abstenant de s'expliquer sur ce point, la juridiction de renvoi a affirmé que l'initiative unilatérale du syndicat de désigner un délégué syndical d'UES, même si cette désignation n'avait pas été contestée dans les délais, ne pouvait être assimilée à la convention de reconnaissance d'UES prévue par la loi et que, par ailleurs, les éléments constitutifs d'une unité économique et sociale n'étaient pas réunis.

L'arrêt commenté, qui fait suite à plusieurs arrêts non publiés de la chambre, fixe de façon claire les règles relative à la reconnaissance d'une UES.

Il résulte de l'article L. 2322-4 du code du travail qu'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés ne peut être reconnue que de deux façons, soit par convention entre employeurs et organisations syndicales, soit par décision judiciaire (Soc., 23 juin 1988, pourvoi n° 87-60.245, *Bull.* 1988, V, n° 392, sommaire n° 1 ; Soc., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-60.424, *Bull.* 2002, V, n° 150), et sur le fondement de critères précis.

Dès lors, l'absence de contestation de la désignation d'un délégué syndical dans les délais légaux ne peut entraîner *ipso facto* la reconnaissance d'une unité économique et sociale et des effets de droits qui y sont attachés.

En revanche, la désignation, non contestée, d'un délégué syndical au niveau de l'UES revendiquée doit être un élément pris en compte par le juge dans l'action en reconnaissance de cette UES.

*** Dépôt des candidatures****N° 62**

Aucune disposition légale ne fixant un délai devant s'écouler entre le dépôt des candidatures et la date du scrutin, l'employeur, en l'absence d'accord préélectoral prévoyant une date limite de dépôt des candidatures, ne peut refuser une candidature déposée après la date qu'il a lui-même fixée qu'en justifiant sa décision au regard des nécessités d'organisation du vote.

Doit dès lors être cassé le jugement qui déboute un salarié de sa demande tendant à ce que soit ordonnée l'organisation d'un second tour de scrutin au seul motif que l'intéressé avait la possibilité de se porter candidat dans le délai ainsi fixé.

Soc. – 4 mars 2009.

Cassation

N° 08-60.476. – TI Saint-Germain-en-Laye, 3 juillet 2008.

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

Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de rappeler une jurisprudence ancienne.

Un salarié s'étant porté candidat au second tour de l'élection aux fonctions de délégué du personnel postérieurement à la date limitée fixée par l'employeur, ce dernier avait refusé sa candidature comme tardive et, faute d'autres candidats, avait établi un procès-verbal de carence. Le salarié avait saisi le tribunal d'instance, en demandant notamment que soit ordonnée l'organisation d'un second tour de scrutin. Le tribunal d'instance l'a débouté de ses demandes, au motif qu'il avait eu la possibilité de se porter candidat dans le délai fixé. Le salarié s'est alors pourvu en cassation.

La question qui se posait à la chambre sociale était de savoir si l'employeur pouvait refuser la candidature du salarié après l'expiration du délai qu'il avait lui-même fixé.

En jugeant que l'employeur qui a décidé unilatéralement de la date limite du dépôt des candidatures ne peut refuser une candidature postérieure à cette date qu'en justifiant sa décision au regard des nécessités d'organisation, la chambre sociale reprend la jurisprudence qu'elle avait fixée dans un arrêt du 1^{er} juin 1983 (Soc., 1^{er} juin 1983, pourvoi n° 82-60.609, *Bull.* 1983, V, n° 302) : « *Aucune disposition légale ne fixe un délai minimal pour le dépôt des candidatures et un délai limite ne peut être imposé par une décision unilatérale de l'employeur. En conséquence, ne justifie pas sa décision le juge qui refuse les candidatures d'un syndicat sans constater que leur dépôt tardif a nui à la préparation et à l'organisation du scrutin.* »

Cette jurisprudence trouve sa justification dans le fait qu'aucune disposition légale ne fixe de délai devant s'écouler entre le dépôt des candidatures et la date du scrutin. Le droit de se porter candidat à une

élection est un droit fondamental, que l'employeur ne saurait unilatéralement limiter sans autre justification que l'existence même de sa décision.

La solution, le présent arrêt le rappelle, aurait été différente si la date limite de dépôt des candidatures avait été fixée par un accord préélectoral. En effet, dans un arrêt du 16 mai 1990, la chambre sociale a décidé que « l'employeur était en droit de refuser la candidature [du salarié] présentée après la date limite de dépôt fixée non par lui-même mais par le protocole préélectoral, dont les dispositions s'imposaient à toutes les parties » (Soc., 16 mai 1990, pourvoi n° 89-60.002, Bull. 1990, V, n° 229).

*** Désignation des représentants
du personnel au comité d'hygiène,
de sécurité et des conditions de travail**

N° 63

1° Peut être désigné en qualité de représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail tout salarié travaillant dans le cadre où le comité est mis en place, peu important qu'il exerce ses fonctions à l'extérieur de l'établissement.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir relevé qu'un seul comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail avait été constitué au sein d'une société et que sa compétence s'étendait à l'ensemble de ses salariés, retient qu'un ingénieur commercial pouvait être candidat même s'il exerçait des fonctions itinérantes à l'extérieur de l'établissement.

2° Un salarié engagé et travaillant en qualité d'ingénieur commercial remplit les conditions pour être désigné au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sur un siège réservé aux cadres et agents de maîtrise.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche au juge du fond de n'avoir pas recherché si ce salarié disposait d'un pouvoir d'initiative et de réelles responsabilités.

Soc. – 4 mars 2009.

Rejet

N° 08-60.468. – TI Metz, 4 juillet 2008.

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

Note

1° Le demandeur au pourvoi soutenait que seuls peuvent être désignés, en qualité de représentants du personnel au sein du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), les salariés travaillant effectivement dans l'établissement accueillant cette institution et qu'en conséquence, un salarié qui exerce des fonctions itinérantes à l'extérieur de l'établissement ne peut être valablement candidat à un tel poste. L'idée qui sous-tend une telle position est que seuls les salariés réellement

en contact avec les problèmes et les risques relatifs à l'hygiène et la sécurité pourraient utilement siéger au sein du CHSCT.

Mais les textes ne prévoient pas une telle restriction et la Cour de cassation avait déjà décidé, dans un arrêt non publié (Soc., 12 octobre 2005, pourvoi n° 05-60.054), « que, sauf accord collectif ou usage entrant dans les prévisions de l'article L. 236-13 du code du travail, tout salarié d'un établissement d'une entreprise peut être désigné membre d'un CHSCT correspondant, au sein de l'établissement, à un secteur d'activité dans lequel il ne travaille pas » et qu'ainsi, « les salariés de l'établissement » peuvent « se porter candidats à l'élection de membres d'un CHSCT d'une agence à laquelle ils n'appartenaient pas ».

C'est donc dans le respect des textes, lesquels ne prévoient pas comme condition la présence effective de salariés dans l'établissement où est établi un CHSCT, et dans la continuation de la jurisprudence amorcée par l'arrêt du 12 octobre 2005 (précité) que la Cour de cassation, dans le présent arrêt, décide qu'un salarié, même s'il exerce ses fonctions à l'extérieur de l'établissement, dès lors qu'il travaille dans le cadre de cet établissement, peut être désigné en qualité de représentant du personnel au CHSCT de cet établissement.

2° Le demandeur au pourvoi soutenait par ailleurs que seuls les salariés disposant d'une réelle autonomie et d'un pouvoir d'initiative ainsi que de réelles responsabilités peuvent être désignés sur un siège réservé aux agents de maîtrises et aux cadres. Or, un ingénieur commercial ne disposant pas nécessairement d'une certaine autonomie ni de réelles responsabilités, les juges du fond auraient donc dû, selon lui, vérifier que le candidat remplissait ces conditions avant de dire qu'il pouvait être désigné sur un siège réservé aux cadres et agents de maîtrise.

La Cour de cassation estime cependant que la qualité d'ingénieur commercial est suffisante pour pouvoir être désigné au CHSCT sur un siège réservé aux cadres et agents de maîtrise.

Cette solution découle des textes. En effet, s'il est vrai que le code du travail est silencieux sur la définition du « cadre » auquel un ou plusieurs sièges est réservé au CHSCT, il prévoit, pour les délégués du personnel, que les ingénieurs appartiennent, en tant que tels, au deuxième collège, collège comprenant les ingénieurs, chefs de service, techniciens, agent de maîtrise et assimilés, à côté du collège des ouvrier et employés (article L. 2314-8 du code du travail). Il en est de même pour les élections au comité d'entreprise. Pour le comité d'entreprise, ils sont même inscrits dans le troisième collège (collège des « ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur la plan de la classification ») lorsqu'il y a lieu à la mise en place d'un collège spécifique aux cadres, alors même que les agents de maîtrise ne le sont pas (article L. 2324-11 du code du travail).

Cette spécificité légale concernant les ingénieurs a toujours été justifiée par le fait que nombre d'entre eux n'exercent pas de fonction d'encadrement et

n'ont pas de responsabilités organisationnelles de l'entreprise ou d'un service, de sorte qu'il convient de s'en tenir à leur seule position hiérarchique dans la classification des emplois.

Il n'y a pas d'argument pour qu'il en soit autrement pour le CHSCT. En effet, l'assimilation de l'ingénieur au cadre, faite par le code du travail s'agissant des délégués du personnel et du comité d'entreprise, ne doit pas être comprise comme une disposition exceptionnelle d'application stricte, mais plutôt comme la traduction d'une règle générale rendant l'assimilation nécessaire, quelle que soit l'institution.

*** Désignation des représentants du personnel au comité d'entreprise**

N° 64

En application de l'article L. 2333-2 du code du travail, les représentants du personnel au comité d'entreprise de groupe sont désignés par les organisations syndicales représentatives, parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des sociétés du groupe.

Il en résulte qu'un syndicat ne peut désigner au comité de groupe qu'un représentant du personnel ayant été élu sur sa propre liste.

Soc. – 31 mars 2009.

Rejet

N° 08-60.482. – TI Paris 9, 27 juin 2008.

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

Note

Un syndicat a désigné comme représentant du personnel au sein du comité d'entreprise de groupe un représentant qui, s'il comptait bien au nombre des élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des sociétés du groupe, appartenait à une autre organisation syndicale que celle l'ayant désigné.

Le tribunal d'instance, saisi par un autre syndicat, a invalidé cette désignation, au motif qu'à la date de désignation fixée par le protocole électoral, le représentant ainsi désigné était élu au titre d'une autre organisation syndicale.

Ecartant la thèse du demandeur au pourvoi, qui soutenait que la présence de l'intéressé sur telle ou telle liste syndicale aux élections primaires était indifférente, le présent arrêt exige que le représentant figure sur la liste de l'organisation syndicale qui le désigne.

Cette solution est conforme au texte de l'article L. 2333-2 du code du travail. En effet, celui-ci dispose que « les représentants du personnel sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des sociétés du groupe et à partir des résultats des dernières élections ».

La chambre sociale avait déjà décidé qu'un représentant du personnel élu au sein d'un collège dans un comité d'entreprise d'une des sociétés du groupe ne pouvait pas être désigné représentant au comité de groupe pour un autre collège, sauf accord unanime postérieur aux élections (Soc., 15 février 2006, pourvoi n° 05-60.055, Bull. 2006, V, n° 76).

*** Désignation d'un délégué syndical**

N° 65

1° Le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure ne constitue qu'un vice de forme, et la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour la partie qui l'invoque de prouver l'existence d'un grief.

2° Viole l'article 121 du code de procédure civile et les articles L. 2327-8 et R. 2327-6 du code du travail le tribunal d'instance qui, pour déclarer irrecevable la demande d'annulation de la désignation d'un délégué syndical, présentée par une société et le directeur d'un de ses établissements, et valider la désignation de ce délégué, énonce que l'irrégularité de fond affectant l'acte n'a pas été régularisée dans les quinze jours suivant cette désignation, le pouvoir délivré par le président-directeur général au directeur n'ayant été produit qu'à l'audience, alors qu'il n'était tenu que de vérifier que le pouvoir de représenter la personne morale avait bien été donné avant l'expiration de ce délai.

Soc. – 31 mars 2009.

Cassation partiellement sans renvoi

N° 08-60.517. – TI Nantes, 8 octobre 2008.

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

Note

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation retient :

– d'une part, que le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme. Ce faisant, elle ne fait qu'appliquer la jurisprudence constante de la Cour de cassation (chambre mixte, 22 février 2002, pourvois n° 00-19.742 et 00-19.639, Bull. 2002, Ch. mixte, n° 1) ;

– d'autre part, que le pouvoir donné par le représentant d'une personne morale à un salarié pour la représenter en justice peut être produit jusqu'à l'audience, le juge devant se borner à vérifier qu'il a été donné avant l'expiration du délai de forclusion. Elle poursuit là le revirement amorcé par l'arrêt du 2 décembre 2008 (Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-44.097, Bull. 2008, V, n° 236), car, jusqu'alors, notre chambre retenait que le pouvoir ne pouvait être produit qu'avant l'expiration du délai de forclusion ou dans le délai du recours (par exemple : Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 06-60.017,

Bull. 2006, V, n° 400) et qu'à défaut, la demande était irrecevable. Cette position était contraire à celle de la deuxième chambre civile, qui a toujours affirmé qu'il suffisait à la juridiction de vérifier que le pouvoir avait été donné avant l'expiration du délai d'appel (par exemple : 2^e Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-11.333, *Bull.* 2007, II, n° 85).

*** Désignation du délégué syndical –
périmètre de la désignation**

N° 66

1° En matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants syndicaux, seules les parties intéressées qui n'ont pas été convoquées à l'audience peuvent se prévaloir de cette omission pour faire annuler le jugement.

2° Le périmètre de désignation des délégués syndicaux précédemment reconnu par une décision de justice ne peut être remis en cause qu'au vu d'éléments nouveaux. Ne donne pas de base légale à sa décision le tribunal d'instance qui, alors qu'une précédente décision judiciaire, rendue à l'occasion de la désignation d'un délégué syndical par un syndicat, avait fixé à un seul établissement distinct le périmètre de désignation, énonce, à l'occasion de la désignation ultérieure d'un délégué syndical par un autre syndicat, que le périmètre inclut plusieurs établissements distincts, sans rechercher si des évolutions étaient survenues depuis le précédent jugement.

Soc. – 21 janvier 2009.

Cassation

N° 08-60.452. – TI Caen, 19 juin 2008.

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

Note

La Cour de cassation intervenait après une succession de décisions judiciaires fixant, de manière différente, le périmètre de désignation de délégués syndicaux en fonction de la reconnaissance d'un ou plusieurs établissements distincts.

Une société exploitait en région caennaise trois activités (« brasserie », « frais/fruits » et « épicerie ») sur deux sites différents. Jusqu'en 2003, ces trois activités constituaient chacune un établissement distinct, sur le périmètre duquel chaque syndicat représentatif pouvait donc désigner un délégué syndical. En 2003, le syndicat CGT, estimant que les trois activités ne constituaient qu'un établissement distinct unique, avait désigné un délégué syndical pour l'ensemble des activités. Cette désignation avait été contestée par l'employeur mais validée par un jugement du 7 novembre 2005, rendu par le tribunal d'instance de Bayeux.

En 2006, le syndicat CFDT, faisant valoir qu'il existait en réalité deux établissements distincts, l'un pour l'activité « brasserie », le second pour les deux autres activités, désignait un second délégué syndical pour l'ensemble des activités, en sus de celui

déjà en fonction sur les sites caennais. Un jugement du tribunal d'instance de Caen ayant validé cette nomination, la Cour de cassation, par un arrêt du 23 mai 2007, censurait la décision, en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas tenu compte de la régularité de la désignation au regard des énonciations du précédent jugement du 7 novembre 2005.

Le syndicat CFDT, après avoir révoqué le mandat du second délégué syndical, procédait à une nouvelle désignation en avril 2008, pour l'établissement denrées périssables. Saisi par l'employeur de la validité de cette nouvelle désignation, le tribunal d'instance de Caen écartait explicitement toute référence à la précédente décision judiciaire du 7 novembre 2005, en affirmant que celle-ci n'était pas revêtue de l'autorité de la chose jugée, puisqu'elle avait été rendue à l'occasion d'un litige différent, opposant des parties différentes. Le tribunal relevait ensuite que les éléments fournis par les parties caractérisaient l'existence de deux établissements distincts.

L'employeur a formé un pourvoi, reprochant au tribunal d'instance, d'une part, de ne pas avoir convoqué tous les syndicats intéressés par la définition du périmètre de désignation des représentants syndicaux et, d'autre part, d'avoir refusé de tenir compte de la précédente décision judiciaire fixant différemment le périmètre de désignation.

La question à laquelle la Cour de cassation devait répondre était donc de savoir si, lorsqu'un tribunal a statué sur la définition du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel dans le cadre d'un litige opposant l'employeur à un syndicat, il doit être tenu compte de cette décision dans des litiges pouvant survenir ultérieurement avec d'autres syndicats.

La Cour de cassation répond clairement par l'affirmative : en présence d'une décision judiciaire ayant fixé le périmètre de désignation d'une institution représentative du personnel dans une entreprise, une autre décision judiciaire ne peut fixer un périmètre différent, pour la même institution représentative, que si des évolutions intervenues depuis la dernière décision justifient une modification du périmètre.

Le fait que les litiges ultérieurs puissent concerner un autre syndicat que celui qui avait été à l'origine de la précédente décision importe peu. En effet, s'agissant de la définition du périmètre de représentation, tous les syndicats représentatifs sont parties intéressées, puisque la désignation critiquée par l'employeur leur est opposable, à compter de son affichage, et qu'ils peuvent d'ailleurs eux-mêmes la contester. Par conséquent, il y a identité de parties.

Dès lors, le périmètre de représentation ne peut être modifié, s'agissant de la même institution représentative, que si des éléments nouveaux sont intervenus depuis la précédente décision.

Cette jurisprudence, qui vise à éviter que les conditions de la représentation du personnel dans l'entreprise puissent varier constamment par l'effet

de la multiplication des saisines judiciaires et d'appréciations éventuellement différentes portées sur une même situation, se rapproche de celle relative à la reconnaissance d'une unité économique et sociale (Soc., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-60.284).

La Cour de cassation rappelle par ailleurs que les syndicats représentatifs qui n'ont pas été convoqués à la première instance ont la possibilité – qui n'est ouverte qu'à leur seul profit, comme le rappelle la Cour de cassation en réponse au premier moyen – de se prévaloir de cette omission devant la Cour de cassation pour voir annuler la décision (jurisprudence ancienne : Soc, 5 mai 1983, pourvoi n° 82-60.369, *Bull.* 1983, V, n° 240).

** Election au comité d'entreprise –
unité économique et sociale*

N° 67

Il se déduit de l'article L. 2322-4 du code du travail qu'il appartient aux parties de définir lors de chaque scrutin la composition et le périmètre de l'unité économique et sociale.

Doit donc être cassé le jugement du tribunal d'instance qui rejette la demande d'annulation des élections au comité d'entreprise d'une unité économique et sociale dont il était allégué que le périmètre avait changé depuis les dernières élections, alors que cette modification n'avait fait l'objet ni d'un protocole préélectoral unanime, ni d'une décision de justice préalablement à ces élections.

Soc. – 31 mars 2009.

Cassation

N° 08-60.494. – TI Marseille, 24 juillet 2008.

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

Note

Le présent arrêt tranche une question inédite, relative à l'application de l'article L. 2322-4 du code du travail dans l'hypothèse d'un changement de la composition et du périmètre d'une unité économique et sociale (UES) entre deux scrutins au comité d'entreprise commun.

L'article L. 2322-4 dispose que « lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire ».

Faisant valoir que la composition et le périmètre d'une UES avaient été modifiés entre deux scrutins électoraux au comité d'entreprise commun, un syndicat a demandé l'annulation des dernières élections et l'organisation de nouvelles élections avec négociation d'un nouvel accord préélectoral pour déterminer le périmètre de l'UES. Le tribunal, après avoir constaté l'existence de cette modification, a estimé, s'agissant du périmètre de l'élection, que

ces réorganisations n'avaient pas affecté les salariés des établissements concernés ni influencé les élections en cause.

La chambre sociale censure cette solution, au motif que le périmètre de l'unité économique et sociale, dans lequel devaient être organisées les élections au comité d'entreprise, n'avait fait l'objet ni d'une décision de justice ni d'un protocole d'accord préélectoral unanime. Sur ce dernier point, on rappellera que la chambre avait déjà déduit de l'article L. 431-1, alinéa 6, devenu L. 2322-4, que l'accord de reconnaissance d'une UES devait être unanime entre les parties intéressées (Soc., 23 juin 1988, pourvoi n° 87-60.245, *Bull.* 1988, V, n° 254).

Il en résulte que, quelle que soit la nature de la modification, et quelles que soient ses conséquences sur les éléments constitutifs de l'UES, le nouveau périmètre et la nouvelle composition doivent, lors de chaque scrutin, faire l'objet d'un accord de toutes les organisations syndicales ou, à défaut, d'une décision de justice préalable.

2. Représentation du personnel

Institutions représentatives du personnel

** Comité d'entreprise – attributions*

N° 68

Il résulte des articles L. 434-6, alinéa 6, et R. 442-19, alinéa 5, recodifiés sous les articles L. 2325-40 et D. 323-14 du code du travail, que l'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise en vue de l'assister pour l'examen du rapport annuel relatif à la réserve spéciale de participation est rémunéré par l'employeur.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui retient que le paiement des honoraires de l'expert-comptable incombe au comité d'entreprise.

Soc. – 28 janvier 2009.

Cassation partielle

N° 07-18.284. – CA Douai, 31 mai 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Darret-Courgeon, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

Un comité d'entreprise a fait appel à un expert-comptable pour l'assister dans l'examen du rapport annuel relatif à la réserve spéciale de participation. En effet, l'article D. 3323-13 du code du travail (article R. 442-19, alinéa 1 à 4, ancien) dispose que « l'employeur présente, dans les six mois qui suivent la clôture de chaque exercice, un rapport au comité d'entreprise ou à la commission spécialisée éventuellement créée par ce comité (...) [comportant] notamment : 1° Les éléments servant de base au calcul du montant de la réserve spéciale de participation des salariés pour l'exercice écoulé ; 2° Des indications précises sur la gestion et l'utilisation des sommes affectées à cette réserve ». Et l'article D. 3323-14 du code du travail (article R. 442-19 ancien) prévoit

que « lorsque le comité d'entreprise est appelé à siéger pour examiner le rapport relatif à l'accord de participation (...), il peut se faire assister par l'expert-comptable prévu à l'article L. 2325-35 ».

L'expert comptable, à la fin de sa mission, a demandé à l'employeur de lui payer ses honoraires, mais celui-ci a refusé, considérant que l'assistance pour l'examen du rapport annuel relatif à la réserve spéciale de participation ne faisait pas partie des missions de l'expert-comptable devant être rémunérées par l'employeur.

La cour d'appel ayant donné raison à l'employeur, au motif que « l'article R. 442-19 du code du travail, alors applicable, ne prévoit pas que le comité d'entreprise puisse être assisté par un expert-comptable rémunéré par l'entreprise pour l'examen du rapport de participation », l'expert comptable s'est pourvu en cassation.

Se posait donc à la chambre sociale la question inédite de savoir si l'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise pour l'assister lors de l'examen du rapport annuel relatif à la réserve de participation est rémunéré par l'employeur ou par le comité d'entreprise.

La chambre sociale dit clairement qu'en ce cas, l'expert-comptable doit être rémunéré par l'employeur. Cette décision découle de la simple application des textes.

En effet, s'il est vrai que l'article D. 3323-14 du code du travail ne prévoit pas explicitement que l'assistance à l'examen du rapport de participation est une mission de l'expert-comptable rémunérée par l'employeur, il prévoit, on l'a vu, que le comité d'entreprise peut, pour cette analyse, se faire assister de l'expert-comptable prévu à l'article L. 2325-35 du code du travail (ancien article L. 434-6). Or ce dernier article est celui qui prévoit les attributions pour l'exécution desquelles le comité d'entreprise peut se faire assister par un expert-comptable rémunéré par l'employeur. Il se déduit de ce renvoi exprès à l'article L. 2325-35, qui vise à la fois les experts légaux et les experts dits libres, que, pour l'examen du rapport relatif à la réserve de participation, l'expert-comptable qui assiste le comité d'entreprise doit être rémunéré par l'employeur. Cette analyse est confortée par l'examen de la refonte à droit constant du code du travail à compter du 1^{er} mai 2008, et la construction du code qui en résulte. En effet, l'article L. 2325-35, auquel l'article D. 3323-14 renvoie donc expressément, est inséré dans une sous-section 1 intitulée « Experts rémunérés par l'entreprise », alors que les dispositions de l'article L. 2325-41 (article L. 434-6, alinéa 8), relatives aux experts dits libres, ont été recodifiées sous l'article L. 2325-41, qui s'inscrit dans une sous-section 2 intitulée « Experts rémunérés par le comité d'entreprise », et, pourtant, c'est bien à l'article L. 2325-35 que l'article D. 3323-14 renvoie.

En outre, la lecture de la circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale (JO, 1^{er} novembre 2005) conduit à la même analyse. Elle indique en effet que « les accords doivent normalement organiser les modalités de cette informa-

tion collective (information sur la réserve de participation) dont l'article R. 442-19 du code du travail précise le contenu minimum (...) le même article R. 442-19 du code du travail (...) précise que le comité d'entreprise et les délégués du personnel peuvent se faire assister par un expert-comptable dont la rémunération est assurée par l'entreprise dans les conditions prévues à l'article L. 434-6 du code du travail ».

* Comité d'entreprise européen

N° 69

En application de l'article 1 f de l'annexe de la Directive 94/45/CE, du 22 septembre 1994, et des articles L. 2344-2 et L. 2343-18 du code du travail, les membres du comité d'entreprise européen sont désignés pour quatre ans par les organisations syndicales représentatives parmi leurs élus ou représentants syndicaux, en fonction des résultats aux dernières élections.

Il en résulte que la composition du comité d'entreprise européen ne peut pas être modifiée en fonction d'élections postérieures à sa mise en place.

Soc. – 21 janvier 2009. Cassation partielle par voie de retranchement sans renvoi

N° 08-60.426. – CA Montpellier, 21 février 2008.

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

Note

Le 22 septembre 1994, en application de l'Accord sur la politique sociale prévu dans le Traité d'Union européenne de Maastricht du 7 février 1992, était adopté, par le Conseil des ministres des affaires sociales de l'Union européenne, une Directive concernant « l'institution d'un comité d'entreprise européen ou dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire d'une procédure en vue d'informer et de consulter les travailleurs » (Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994).

La loi n° 96-985 du 12 novembre 1996, qui assure la transposition en droit interne de cette Directive, dispose que ces entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire doivent mettre en place un groupe spécial de négociation, habilité à signer un accord créant un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation. A défaut d'un tel accord, le comité d'entreprise européen légal s'impose dans les conditions fixées par la loi.

En vertu de l'article L. 2344-2, alinéa premier, du code du travail, « les membres du groupe spécial de négociation et les représentants des salariés des établissements ou des entreprises implantés en France au comité d'entreprise européen sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'en-

treprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux dans l'entreprise ou le groupe, à partir des résultats des dernières élections ».

Mais ni la Directive ni la loi française ne fixent explicitement la durée du mandat des membres du comité d'entreprise européen. Tout au plus, ils précisent l'obligation, quatre ans après la mise en place du comité, de le renouveler ou d'engager des négociations en vue de la conclusion d'un accord d'application (article 1 f de l'annexe de la Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, et article L. 1243-18 du code du travail).

Dans la présente affaire, la cour d'appel avait estimé que la composition du comité d'entreprise européen devant refléter l'influence d'un syndicat en temps réel, la durée du mandat des membres du comité dépendait donc des échéances électorales, dont les résultats conditionnaient le droit des organisations syndicales à désigner leurs représentants.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était de savoir si les dispositions de l'article L. 2344-2 du code du travail permettent de modifier la composition du comité d'entreprise européen en fonction des résultats des scrutins intervenus dans l'entreprise postérieurement à sa mise en place ou à son renouvellement.

Le 21 octobre 2005, la Cour de cassation avait rendu un avis sur la même question, mais concernant la composition du groupe spécial de négociation (avis de la Cour de cassation, 21 octobre 2005, pourvoi n° 05-000.24, *Bull.* 2005, Avis, n° 8). Elle avait considéré que « les dispositions de l'article L. 439-19 [devenu L. 2344-2] du code du travail ne permettent pas de modifier la composition du groupe spécial de négociation en fonction des résultats des scrutins intervenus postérieurement à sa mise en place ».

Or les dispositions de l'article L. 2344-2 du code du travail sont communes aux membres du groupe spécial de négociation et aux représentants des salariés au comité d'entreprise européen.

C'est donc logiquement que, par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation assure la même stabilité au comité d'entreprise européen que celle qu'elle avait octroyée au groupe spécial de négociation, en décidant que les résultats des élections intervenus au niveau national postérieurement à la désignation des membres du comité au niveau européen ne permettent pas d'écourter les mandats de ces derniers. Elle précise que ce mandat est d'une durée de quatre ans.

* Comité d'établissement

N° 70

Aux termes de l'article L. 433-2 du code du travail, alors applicable, la perte de la qualité d'établissement distinct, reconnue par décision administrative, emporte suppression du comité de l'établissement considéré, sauf accord contraire conclu entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales

représentatives dans l'entreprise, permettant aux membres du comité d'établissement d'achever leur mandat.

Il en résulte que l'accord ayant pour objet d'assurer la continuité du comité d'établissement et la permanence du mandat de ses membres, et qui ne peut intervenir qu'après la décision administrative rendue et connue, produit nécessairement un effet remontant au jour de cette décision.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel qui, retenant que des accords successivement conclus entre l'employeur et l'ensemble des syndicats représentatifs avaient pour objet de prolonger les mandats des membres de trois comités d'établissement jusqu'à la date des élections à intervenir en application d'une décision ministérielle réduisant leur nombre à deux, rejette l'exception de nullité d'une assignation faite par l'un des trois comités entre le jour de la décision administrative et la mise en place des nouveaux comités.

Soc. – 13 janvier 2009.

Rejet

N° 07-16.969. – CA Paris, 26 avril 2007.

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

Note

L'article L. 433-2, devenu L. 2322-5, du code du travail prévoit que « la perte de la qualité d'établissement distinct, reconnue par la décision administrative, emporte suppression du comité de l'établissement considéré ».

Ainsi, « la décision administrative » prononcée « est d'application immédiate et s'impose au juge judiciaire tant qu'elle n'a pas été annulée », le recours formé contre cette décision n'étant pas suspensif (Soc., 8 décembre 2004, pourvoi n° 03-60.508, *Bull.* 2004, V, n° 325).

Cependant l'article L. 433-2 (devenu L. 2322-5) du code du travail précise que la perte d'établissement distinct reconnue par la décision administrative emporte suppression du comité d'établissement considéré, sauf si un accord conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise prévoit que les membres du comité d'établissement achèvent leur mandat. Cette perte de la qualité d'établissement entraîne donc de plein droit la suppression de l'établissement et, sauf accord particulier entre employeur et syndicats, l'interruption des mandats des membres des comités d'établissement, et oblige dès lors l'employeur à organiser des élections des membres du comité d'établissement reconnus par la décision administrative (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 04-60.446, *Bull.* 2005, V, n° 338).

En l'espèce, à la suite d'une restructuration, le directeur départemental du travail a décidé que l'entreprise comprenait trois établissements distincts, dont celui de la « direction des ressources et service clients » (DRSC). Les élections se sont déroulées sur

la base de cette décision. Mais, sur recours hiérarchique formé par l'employeur, le ministre du travail a réduit le nombre d'établissements distincts de trois à deux. Alors qu'il n'avait pas encore été procédé à de nouvelles élections, le comité d'établissement DRSC a assigné l'employeur devant les juges du fond, pour faire juger qu'il n'avait pas été régulièrement consulté à propos de la création d'une nouvelle structure.

En appel, l'employeur a soulevé notamment la nullité de l'assignation, au motif qu'à la date de sa délivrance, le comité d'établissement DRSC n'avait plus d'existence juridique, puisque supprimé par la décision ministérielle.

En réplique, l'intimé estimait que le comité DRSC n'avait pas été supprimé immédiatement par l'effet de l'exécution de la décision administrative, dès lors qu'un accord collectif était intervenu pour prolonger les mandats des membres du DRSC « jusqu'à la date du premier tour des prochaines élections ».

La cour d'appel a rejeté l'exception de nullité soulevée par l'employeur et a retenu qu'il était établi par une succession d'accords que, « de manière claire, non équivoque », les parties avaient « unanimement entendu proroger le mandat des membres du comité central et des comités d'établissement, DRSC compris. L'existence et le fonctionnement des trois comités d'établissement et du comité central d'entreprise ont donc perduré » jusqu'aux nouvelles élections.

Le pourvoi posait la question de savoir si un accord maintenant les mandats des membres d'un comité d'établissement conclu un an et demi après la décision administrative reconnaissant la perte de la qualité d'établissement distinct pouvait avoir un effet rétroactif au jour de cette décision administrative et valider les actes qui auraient été accomplis par ce comité d'établissement au cours de la période.

La Cour de cassation répond positivement en considérant, par application de l'article L. 433-2, devenu L. 2322-5, du code du travail, que « l'accord ayant pour objet d'assurer la continuité du comité d'établissement et la permanence du mandat de ses membres, et qui ne peut intervenir qu'après la décision administrative rendue et connue, produit nécessairement un effet remontant au jour de cette décision ». Dès lors, l'employeur ne pouvait soutenir que le comité d'établissement DRSC n'avait pas d'existence juridique au jour de l'assignation, compte tenu de l'effet rétroactif de l'accord au jour de la décision administrative.

* Délégué syndical

N° 71

Lorsqu'une entreprise est divisée en établissements distincts pour l'élection des comités d'établissement, la désignation d'un délégué syndical supplémentaire prévue par l'article L. 2143-4 du code du travail étant subordonnée aux résultats des élections, la condition d'effectif prévue par ce texte s'apprécie par établissement.

Soc. – 14 janvier 2009.

Rejet

N° 08-60.449. – TI Paris 13, 11 juin 2008.

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

Note

L'article L. 2143-4 du code du travail autorise la désignation d'un délégué syndical supplémentaire dans les entreprises de plus de cinq cents salariés, lorsque le syndicat a obtenu plusieurs élus dans le collège des ouvriers et employés lors de l'élection du comité d'entreprise, et s'il compte au moins un élu dans l'un des deux autres collèges.

Cet arrêt confirme une jurisprudence ancienne selon laquelle, d'une part, lorsque l'entreprise est divisée en établissements distincts pour l'élection des comités d'établissement, la désignation d'un délégué syndical ne peut intervenir que dans le cadre de l'établissement (Soc., 9 février 1984, pourvoi n° 83-60.962, Bull. 1984, V, n° 54) et, d'autre part, la condition d'effectif doit s'apprécier par établissement, peu important que l'entreprise emploie plus de cinq cents salariés (Soc., 30 janvier 1985, pourvoi n° 84-60.437, Bull. 1985, V, n° 73).

Il complète l'arrêt du 18 novembre 2008 (Soc., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-60.397, Bull. 2008, V, n° 227), selon lequel les résultats aux élections du comité d'établissement déterminant la possibilité de désigner un délégué syndical supplémentaire, le mandat de ce dernier cesse de produire ses effets lors des élections suivantes.

N° 72

Un syndicat ne peut désigner un délégué syndical que dans le champ d'application géographique et professionnel déterminé par ses statuts, peu important son adhésion à une organisation reconnue représentative au plan national et interprofessionnel.

Doit en conséquence être cassé le jugement qui rejette la demande d'annulation de la désignation d'un délégué syndical par un syndicat au motif que ce syndicat, affilié à une organisation nationale interprofessionnelle reconnue représentative, bénéficie d'une présomption irréfragable de représentativité qui ne saurait être limitée par la branche professionnelle ou le secteur géographique déterminant son objet en application des statuts.

Soc. – 11 février 2009.

Cassation

N° 08-60.440. – TI Gonesse, 15 mai 2008.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Perony, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

La question que posait le pourvoi à la chambre sociale de la Cour de cassation était de savoir si l'affiliation à une organisation syndicale représentative sur le plan national confère à un syndicat une représentativité irréfragable, et ce, indépendamment des

limitations apportées par ses statuts aux catégories de salariés dont il est chargé d'assurer la défense ou le champ d'action territorial que ceux-ci lui fixent.

L'arrêt tire les conséquences du principe de spécialité des syndicats qui résulte de l'article L. 2131-1 du code du travail. Il affirme pour la première fois de façon claire qu'un syndicat représentatif ne peut, en vertu de ce principe, exercer les prérogatives que la loi attache à la qualité représentative que dans le champ statutaire et professionnel déterminé par ses statuts. Il en résulte que, si l'affiliation à une organisation syndicale nationale reconnue représentative lui permet de bénéficier de la présomption de représentativité, elle ne le fait que dans la limite de son objet, tel que déterminé par ses statuts. En l'espèce, les statuts du syndicat délimitaient son champ professionnel par référence à une liste de conventions collectives qui n'étaient pas applicables à l'entreprise dans laquelle il avait désigné un délégué syndical ; par conséquent, les salariés de cette entreprise ne faisaient pas partie des personnes mentionnées par ses statuts au sens du texte précité.

** Représentants syndicaux
au comité d'entreprise*

N° 73

Il résulte de l'article L. 433-1, alinéa 3, recodifié sous l'article L. 2324-1 du code du travail, que si le nombre de représentants syndicaux au comité d'entreprise tel qu'il est fixé par la loi peut être augmenté par accord collectif, ni un usage de l'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales correspondantes. Il s'ensuit que l'employeur qui décide unilatéralement d'une telle augmentation peut unilatéralement décider de revenir à l'application des textes légaux qui n'ont cessé d'être applicables, sous réserve de ne pas méconnaître le principe d'égalité entre tous les syndicats concernés et, pour répondre à l'exigence de loyauté qui s'impose en la matière, de les en informer préalablement.

Doit dès lors être approuvé le jugement qui, ayant constaté qu'un employeur avait admis pendant plusieurs années la possibilité pour chaque organisation syndicale de désigner un nombre de représentants au comité d'entreprise supérieur au nombre légal, retient qu'il ne pouvait demander l'annulation de la désignation d'un représentant par un syndicat en remplacement de son second représentant, faute d'avoir préalablement informé les organisations syndicales concernées de sa décision de revenir à l'application des textes légaux (arrêt n° 1, pourvoi n° 08-60.411).

De même, doit être rejeté le pourvoi reprochant à un tribunal de ne pas avoir annulé la désignation par un syndicat d'un second délégué syndical, dès lors que l'employeur n'avait pas contesté de telles désignations antérieurement opérées par d'autres syndicats et n'alléguait pas avoir préalablement

informé les organisations concernées d'une décision de revenir à l'application des textes légaux (arrêt n° 2, pourvoi n° 08-60.401).

En revanche, l'employeur qui a demandé aux syndicats de ramener le nombre de leurs délégués dans les limites prévues par la loi après diminution de l'effectif de son entreprise, passé en dessous du seuil de mille depuis trois ans, est en droit de demander ensuite l'annulation de la désignation par un syndicat d'un second délégué (arrêt n° 3, pourvoi n° 08-60.436).

Soc. – 4 mars 2009.

Rejet

Arrêt n° 1 :

N° 08-60.411. – TI Aulnay-sous-Bois, 18 avril 2008.

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

Arrêt n° 2 :

N° 08-60.401. – TI Rouen, 7 avril 2008.

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

Arrêt n° 3 :

N° 08-60.436. – TI Paris 16, 19 mai 2008.

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

Note

Le nombre des délégués ou représentants syndicaux fixé par la loi ne peut être augmenté que par accord collectif, et non par usage ou engagement unilatéral (Soc., 20 mars 2001, pourvoi n° 99-60.496, *Bull.* 2001, n° 101 ; Soc., 30 mai 2001, pourvoi n° 00-60.150, *Bull.* 2001, V, n° 199 ; Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 01-60.641 ; Soc., 20 mars 2002, pourvoi n° 01-60.029). Par suite de décisions unilatérales expresses de l'employeur admettant la désignation de délégués surnuméraires, ou par défaut de contestation des désignations de tels délégués, se constituent donc en marge de la loi des situations qui reposent sur une tolérance précaire, à laquelle l'employeur doit pouvoir mettre fin. Cette faculté de remise en cause et ses modalités tenant à l'exigence d'égalité entre les syndicats intéressés avaient été posées dans un arrêt Corsair (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-60.305, *Bull.* 2008, V, n° 52). Ce sont ces mêmes règles qui sont reprises et appliquées dans les trois arrêts ci-dessus, mais avec cette exigence supplémentaire, qui n'était pas en cause dans l'arrêt Corsair, que, pour répondre à l'exigence de loyauté, l'employeur doit informer préalablement les syndicats de sa décision de revenir à l'application des textes légaux.

Ainsi, l'arrêt Flexi France (arrêt n° 1, ci-dessus) rejette le pourvoi formé contre un jugement qui, après avoir constaté qu'un employeur avait admis pendant plusieurs années que le nombre de représentants syndicaux auprès du comité d'entreprise désignés par chaque organisation syndicale soit plus important que le nombre légal, déboute l'em-

ployeur de sa demande d'annulation de la désignation d'un délégué en remplacement d'un précédent, au motif que l'employeur n'avait pas informé préalablement les syndicats de sa décision de revenir à l'application des textes légaux. La même solution est retenue dans l'arrêt ISS Sécurité (arrêt n° 2, ci-dessus) pour la désignation de délégués syndicaux surnuméraires, l'employeur n'ayant pas allégué avoir préalablement informé les syndicats intéressés d'une décision de revenir à l'application des textes légaux, alors qu'il avait antérieurement accepté de telles désignations par d'autres syndicats. En revanche, dans la situation particulière de l'arrêt *Connecting bag services* (arrêt n° 3, ci-dessus), où l'effectif de l'entreprise était descendu en dessous du seuil permettant légalement la désignation de deux délégués par syndicat, l'employeur avait bien préalablement invité les organisations concernées à ramener le nombre de leurs délégués dans les limites prévues par la loi. Dans ces conditions, l'arrêt admet qu'il pouvait demander l'annulation de la désignation par un syndicat d'un second délégué.

* *Syndicat – liberté syndicale*

N° 74

L'article 2 de la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical, ratifiée par la France, prévoit que les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix, l'article 5, que ces organisations ont le droit de former d'autres groupements, et l'article L. 411-2, devenu L. 2131-2, du code du travail, qui suppose l'existence d'activités rémunérées à l'exclusion des activités désintéressées ou philanthropiques, ne distingue pas selon que ces activités sont exercées à titre exclusif, accessoire ou occasionnel, ni selon que les revenus qui en sont tirés constituent un revenu principal ou accessoire.

C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel décide que peuvent constituer un syndicat tous les producteurs de miel, que doit être considéré comme tel tout apiculteur qui commercialise ses produits et qui rejette, en conséquence, la demande d'une organisation professionnelle tendant à faire interdiction à d'autres organisations de se présenter sous la dénomination de syndicat ou d'union de syndicats, faute de réunir exclusivement des personnes exerçant habituellement l'activité professionnelle d'apiculteur au sens du droit fiscal.

Soc. – 13 janvier 2009.

Rejet

N° 07-17.692. – CA Paris, 29 mai 2007.

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

Note

Cet arrêt a été rendu dans un conflit opposant des organisations professionnelles d'apiculteurs,

dont l'une prétendait faire interdiction à d'autres de se présenter sous la dénomination de syndicat ou union de syndicats, faute de réunir exclusivement des personnes exerçant habituellement l'activité professionnelle d'apiculteur au sens du droit fiscal. Mais l'arrêt situe le débat en amont de l'objet immédiat du litige, dès lors que la demande faite au juge du fond et le pourvoi dirigé contre sa décision posaient nécessairement la question de savoir quelles sont les personnes qui ont le droit de constituer entre elles un syndicat. Il juge que si la liberté syndicale suppose l'exercice d'activités rémunérées et non désintéressées ou philanthropiques, aucune distinction n'est à opérer selon que ces activités rémunérées sont exercées à titre exclusif, accessoire ou occasionnel, ni selon que les revenus qui en sont tirés constituent un revenu principal ou accessoire. L'arrêt définit donc pour la première fois les titulaires de la liberté syndicale. Il fonde cette définition, d'une part, sur l'article L. 411-2, devenu l'article L. 2131-2, du code du travail, qui vise les personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés, ou la même profession libérale, d'autre part, et alors même qu'il n'était pas invoqué en l'espèce, sur le droit international contenu dans la Convention n° 87 de l'Organisation Internationale du travail, ratifié par la France, selon laquelle les travailleurs et employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix, ces dernières ayant elles-mêmes le droit de former d'autres groupements. La solution présente un intérêt relatif pour les organisations d'employeurs, car le code du travail ne lie pas leurs prérogatives à la qualité de syndicat. En pratique, ces organisations sont d'ailleurs, dans leur grande majorité, constituées sous forme d'associations. Son intérêt est en revanche beaucoup plus grand pour les organisations de travailleurs salariés, puisque le code du travail réserve les droits qu'il instaure à leur profit aux seuls groupements qui revêtent la forme de syndicats ou d'organisations syndicales.

3. *Protection des représentant du personnel*

Protection contre le licenciement

* *Annulation de la décision administrative autorisant le licenciement*

N° 75

En cas d'annulation d'une décision autorisant le licenciement d'un délégué du personnel ou d'un membre du comité d'entreprise, celui-ci est réintégré dans son mandat si l'institution n'a pas été renouvelée. Dans le cas contraire, il bénéficie, pendant une durée de six mois à compter du jour où il retrouve sa place dans l'entreprise, de la protection prévue aux articles L. 425-1, alinéa 2, phrase 1, et L. 436-1, alinéa 2, phrase 1, recodifiés

sous les articles L. 2411-5 et L. 2411-8 du code du travail. Cette protection doit également bénéficier au salarié protégé dont l'autorisation de transfert a été annulée.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, après avoir constaté qu'un salarié dont l'autorisation de transfert avait été annulée avait perdu l'ensemble de ses mandats électifs du fait du renouvellement des institutions en son absence, refuse d'annuler son licenciement, intervenu sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail un mois après sa réintégration dans l'entreprise.

Soc. – 13 janvier 2009. Cassation partielle

N° 06-46.364. – CA Paris, 24 octobre 2006.

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

Note

Aucune disposition du code du travail n'organise les conséquences de l'annulation d'une décision administrative autorisant le transfert d'un salarié protégé.

La jurisprudence est par ailleurs peu fournie en cette matière, qui ne suscite pas un contentieux abondant.

La chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rendre quelques décisions dans ce domaine. Il a ainsi été jugé que « *la décision d'annulation par la juridiction administrative de l'autorisation administrative de transfert produit les mêmes effets que le refus d'autorisation de transfert* » (Soc., 12 janvier 1999, Bull. 1999, V, n° 16). « *A défaut d'avoir été préalablement autorisée par l'inspecteur du travail, la mesure de transfert d'un salarié auprès d'une autre société que la sienne est nulle* » (Soc., 5 mai 1998, Bull. 1998, V, n° 222). « *Si le salarié protégé dont le contrat est irrégulièrement transféré doit être réintégré dans l'entreprise d'origine s'il le demande, avec versement des salaires perdus depuis son transfert jusqu'à sa réintégration, il ne peut cumuler la somme correspondant aux salaires dont il a été privé avec celle qu'il a pu recevoir du reprenneur* » (Soc., 28 mai 2003, Bull. 2003, V, n° 181).

Dans l'affaire qui nous occupe aujourd'hui, un salarié, dont le transfert avait été autorisé par une décision du ministre du travail annulée par le tribunal administratif, avait été réintégré dans son entreprise d'origine puis licencié un mois après, sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Les institutions ayant été renouvelées avant sa réintégration, l'intéressé avait perdu l'ensemble de ses mandats électifs. La cour d'appel avait refusé de lui appliquer la protection spéciale de six mois prévue en cas d'annulation d'une autorisation administrative de licenciement, au motif qu'aucun texte n'instituait une telle mesure.

Cette décision a été censurée par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui poursuit ici son œuvre prétorienne en jugeant que la protection spéciale de six mois prévue aux articles L. 425-1, alinéa 3, et L. 436-1, alinéa 3, recodifiés sous l'article L. 2422-2

du code du travail, applicable en cas d'annulation d'une autorisation de licenciement, doit également bénéficier au salarié protégé dont l'autorisation de transfert a été annulée, ces deux situations étant en effet voisines.

** Bénéfice du statut protecteur – moment*

N° 76

Pour l'application des articles L. 2326-1, L. 2411-5 et L. 2411-7 du code du travail, c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de la candidature d'un salarié aux élections professionnelles.

Dès lors, lorsque l'employeur engage la procédure de licenciement avant d'avoir connaissance d'une candidature ou de son imminence, le salarié, même s'il est ultérieurement élu, ne bénéficie pas, au titre de la procédure en cours, du statut protecteur.

Soc. – 28 janvier 2009. Cassation sans renvoi

N° 08-41.633. – CA Paris, 7 février 2008.

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

Note

Dans la présente espèce, un salarié avait été convoqué à un entretien préalable au licenciement par courrier du 9 mars 2007. Ce salarié s'était ultérieurement présenté au second tour des élections à la délégation du personnel, au cours desquelles il avait été élu le 23 mars 2007. Licencié par courrier du 28 mars 2007, il avait saisi la juridiction prud'homale en référé, pour voir constater que son licenciement, prononcé sans observation des formalités protectrices alors qu'il avait la qualité d'élu lors de l'envoi du courrier de licenciement, devait être considéré comme nul.

La cour d'appel avait fait droit aux demandes du salarié et considéré que son licenciement constituait un trouble manifestement illicite.

La question posée à la Cour de cassation par l'employeur était de savoir si, lorsqu'un salarié est élu postérieurement à l'engagement, par l'employeur, d'une procédure de licenciement à son égard, le licenciement est soumis aux formalités attachées au statut protecteur du salarié élu.

Il convient de préciser que la question ne se pose que dans la mesure où l'employeur ignorait, au jour de la convocation à l'entretien préalable au licenciement, la candidature ou l'imminence de la candidature du salarié aux futures élections. En effet, il est de jurisprudence constante que, lorsque l'employeur a connaissance, lors de l'envoi du courrier de convocation, de la candidature ou l'imminence de la candidature du salarié, le licenciement prononcé sans respect des formalités protectrices est nul (Soc., 3 décembre 1996, pourvoi n° 94-82.953, Bull. 1996, V, n° 444).

Mais qu'en est-il lorsque la candidature du salarié – et son élection ultérieure – ne sont connues de l'employeur que postérieurement à l'envoi du courrier de convocation ?

La chambre sociale avait déjà apporté des éléments de réponse à cette question, dans une situation où un salarié avait été désigné, postérieurement à sa convocation à l'entretien préalable au licenciement, comme délégué syndical, en affirmant que « *la procédure de droit commun du licenciement s'applique lorsque la désignation en qualité de délégué syndical parvient à l'employeur, qui n'avait pas connaissance de son imminence, postérieurement à la convocation du salarié à un entretien préalable au licenciement* » (Soc., 1^{er} mars 2005, pourvoi n° 03-40.048, Bull. 2005, V, n° 75).

Dans un arrêt du 2 décembre 2008 (pourvoi n° 07-45.540, Bull. 2008, V, n° 240), la chambre sociale a réaffirmé cette solution en indiquant que « *c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de la désignation du salarié en qualité de délégué syndical* ».

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la chambre sociale décide que « *c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de la candidature d'un salarié* », ou de son imminence, pour que s'applique le statut protecteur lié à cette candidature et à l'élection postérieure du salarié en tant que représentant du personnel.

Dans la mesure où la procédure de licenciement en cours n'empêche pas le salarié d'exercer son mandat d'élu jusqu'à son départ effectif de l'entreprise, la Cour de cassation précise que c'est seulement au titre de la procédure engagée antérieurement à la candidature du salarié que ce dernier ne bénéficie pas du statut protecteur attaché à ses fonctions.

* *Durée de la protection*

N° 77

Un conseiller prud'homme n'est pas déchu de son mandat du seul fait qu'il a perdu la qualité requise pour être élu dans un collège tant que l'une des procédures prévues par l'article D. 1442-18 du code du travail n'a pas été mise en œuvre.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un salarié de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans autorisation de l'inspecteur du travail, au motif que son mandat de conseiller prud'homme dans le collège employeur a pris fin avec la cessation de ses fonctions de gérant et qu'il n'était donc plus protégé au jour de son licenciement, intervenu postérieurement.

Soc. – 3 mars 2009. Cassation partielle

N° 07-43.173. – CA Paris, 3 mai 2007.

M. Bailly, Pt (f.f.). – M. Béraud, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Cet arrêt confirme la portée de l'article L. 514-2, devenu l'article D. 1442-28, du code du travail, déjà énoncée par la chambre sociale dans une précédente décision (Soc., 26 octobre 2005, pourvoi n° 03-46.766, Bull. 2005, V, n° 305) : la perte de la qualité en laquelle le conseiller prud'homme a été élu n'entraîne pas la déchéance de son mandat tant que l'une des procédures prévues par l'article D. 1442-28 n'a pas été mise en œuvre.

Les articles D. 1442-16 et suivants du code du travail organisent la fin du mandat du conseiller prud'homme, selon l'événement qui en est à l'origine : non-renouvellement de mandat, renonciation au mandat, perte de qualité en cours de mandat. L'article D. 1442-18 envisage précisément ce dernier cas et prévoit deux procédures aux termes desquelles la démission du conseiller est acquise.

En l'espèce, le gérant d'une société, devenu salarié de cette société rachetée par un tiers, avait été licencié par la société pour faute grave, le 27 juin 2002. En tant que gérant, il avait la qualité de conseiller prud'homme et appartenait au collège employeur. A la suite de son licenciement, il a saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir diverses indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour violation des règles relatives au licenciement des salariés protégés.

La cour d'appel l'a débouté de toutes ses demandes, en retenant que ses fonctions de conseiller prud'homme avaient pris fin avec la cessation de ses fonctions de gérant et qu'il n'était donc plus protégé au jour de son licenciement. Ce sont ces énonciations que la chambre sociale censure, énonçant que le conseiller prud'homme n'est pas déchu de son mandat du seul fait qu'il a perdu la qualité requise pour être élu dans un collège tant que l'une des procédures prévues par l'article D. 1442-18 du code du travail n'a pas été mise en œuvre.

N° 78

L'annulation par un syndicat du mandat d'un représentant syndical n'a pas d'effet rétroactif sur la qualité de salarié protégé.

Doit être cassée en conséquence la décision qui dénie à un salarié le bénéfice du statut protecteur pour la période antérieure à l'annulation de son mandat, au motif que le syndicat désignataire avait fait savoir à l'employeur que la désignation du salarié devait être considérée comme nulle et non avenue.

Soc. – 4 mars 2009. Cassation partielle

N° 08-41.408. – CA Rennes, 22 janvier 2008.

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

Note

Un syndicat qui avait désigné un salarié comme représentant syndical au comité d'entreprise a par la suite fait savoir à l'employeur que cette désignation devait être considérée comme nulle et non avenue.

La question qui se posait à la chambre sociale était de déterminer si l'annulation par un syndicat de la désignation de ce salarié avait un effet rétroactif, privant l'intéressé de la protection contre le licenciement prévue par l'article L. 2411-8 du code du travail, selon lequel « *le licenciement d'un membre élu du comité d'entreprise, titulaire ou suppléant, ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise, ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail* ».

Ecartant l'argumentation du salarié, qui soutenait que son licenciement était nul, la cour d'appel a considéré que sa nomination en qualité de représentant syndical ayant été déclarée nulle et non avenue par le syndicat, l'intéressé ne pouvait se prévaloir du statut de salarié protégé et bénéficier de la protection attachée à une fonction qu'il n'avait jamais exercée.

L'arrêt commenté censure cette décision et énonce que l'annulation par un syndicat du mandat accordé à un représentant syndical n'a aucun effet rétroactif susceptible de priver le salarié protégé du bénéfice de son statut.

Cette arrêt s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de la chambre.

Des décisions antérieures ont précisé que la qualité de salarié protégé s'appréciant à la date de la rupture ou du licenciement, la rupture à l'initiative de l'employeur est soumise à la procédure administrative d'autorisation (Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-48.351, *Bull.* 2006, V, n° 248).

En cas d'annulation du mandat, la perte de la qualité de salarié protégé intervient à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé. Il en résulte que l'envoi de la lettre de licenciement postérieurement à la décision d'annulation de la désignation ne viole nullement le statut protecteur, qui a été anéanti, et l'employeur est en droit de licencier le salarié sans autorisation administrative (Soc., 3 décembre 2002, pourvoi n° 99-44.583, *Bull.* 2002, V, n° 363).

En revanche, le licenciement du salarié intervenu sans autorisation administrative, alors que sa candidature ou son mandatement (dans le cadre de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998) a été annulé postérieurement au licenciement, est effectué en violation du statut protecteur du salarié (Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-42.019, *Bull.* 2000, V, n° 396 ; Soc., 28 février 2007, pourvoi n° 05-42.553, *Bull.* 2007, V, n° 36, commenté au *Bulletin trimestriel de droit du travail de la Cour de cassation*, n° 77, p. 54). Même un mandatement sans objet, mais qui n'a pas été préalablement annulé par le juge du fond, ne prive pas le salarié licencié de son statut protecteur (Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 04-47.682, *Bull.* 2007, V, n° 28).

*** Résiliation judiciaire demandée par le salarié protégé**

N° 79

Le salarié protégé dont la demande de résiliation judiciaire est accueillie a droit, au titre de la violation de son statut protecteur, au paiement d'une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours au jour de sa demande.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour fixer l'indemnité due à un salarié délégué du personnel en raison de la résiliation judiciaire de son contrat de travail devant produire les effets d'un licenciement nul, prend en compte la période de protection résultant d'un nouveau mandat de délégué du personnel acquis en cours de procédure.

Soc. – 4 mars 2009.**Cassation partielle**

N° 07-45.344. – CA Rennes, 9 octobre 2007.

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

Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de trancher une question née de l'application de la nouvelle jurisprudence selon laquelle, en cas de résiliation judiciaire, la date de la rupture du contrat est la date à laquelle le juge prononce la résiliation judiciaire quand, à cette date, le salarié est toujours au service de l'employeur (Soc., 11 janvier 2007, pourvoi n° 05-40.626, *Bull.* 2007, V, n° 6), et qui est de savoir quelle est la date de fin de mandat à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité versée pour violation du statut protecteur des représentants du personnel, quand le salarié, resté au service de l'employeur après sa demande de résiliation judiciaire, a été réélu comme représentant du personnel.

Un salarié élu délégué du personnel saisit la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur. Le conseil de prud'hommes fait droit à cette demande et prononce la résiliation judiciaire, laquelle produit les effets d'un licenciement nul. En effet, si « *la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse* » (Soc., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-41.884, *Bull.* 1998, V, n° 149), celle prononcée au bénéfice d'un représentant du personnel ne peut que produire les effets d'un licenciement nul, puisque la procédure protectrice n'a pas pu, l'employeur n'étant pas à l'initiative de la rupture, être respectée et que le « *licenciement [d'un représentant du personnel] prononcé sans le respect des formalités protectrices est nul* » (Soc., 4 avril 1974, pourvoi n° 73-40.223, *Bull.* 1974, V, n° 203).

Ce salarié, en attendant le résultat de la procédure, était resté au service de son employeur jusqu'au

prononcé de la résiliation judiciaire. Pendant ce délai, son mandat était arrivé à son terme, et il avait été réélu.

La cour d'appel a calculé l'indemnité versée au salarié pour violation de son statut protecteur, laquelle doit être égale à la rémunération que le salarié protégé aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection, en tenant compte de la réélection intervenue après la demande de résiliation judiciaire, et donc en retenant la date de la fin du deuxième mandat.

Cette solution, de toute évidence inspirée de l'arrêt précité du 11 janvier 2007 et d'un arrêt antérieur du 2 mai 2001 (pourvoi n° 98-46.319, *Bull.* 2001, V, n° 147) selon lequel la période de protection à prendre en compte, pour le calcul de l'indemnité versée pour violation du statut protecteur du salarié protégé, est déterminée par le mandat en cours au jour de la rupture, a plusieurs inconvénients. D'une part, elle fait dépendre le calcul de l'indemnité de la durée de la procédure judiciaire. D'autre part, elle autorise la prise en considération de circonstances qui n'existaient pas au moment où le salarié a introduit sa demande de résiliation. Enfin, elle est peu cohérente avec la solution apportée au cas du salarié qui, n'étant pas représentant du personnel au moment où il demande la résiliation de son contrat de travail mais qui le devient en cours de procédure, ne voit pas la résiliation judiciaire produire les effets d'un licenciement nul, mais bien ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, la Cour de cassation juge régulièrement que, si le salarié objet d'une procédure de licenciement devient représentant du personnel en cours de procédure, il ne bénéficie pas du statut protecteur des représentants du personnel, car « *c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de la désignation du salarié en qualité de représentant du personnel* » (voir, par exemple, Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-45.540, *Bull.* 2008, V, n° 240).

Faisant droit au moyen de l'employeur, la chambre sociale décide donc que « *le salarié protégé dont la demande de résiliation judiciaire est accueillie a droit, au titre de la violation de son statut protecteur, au paiement d'une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours au jour de sa demande* ».

F. – Rupture du contrat de travail

1. Prise d'acte de la rupture

* *Prise d'acte par un salarié déclaré inapte*

N° 80

Les dispositions législatives protectrices des victimes d'accident du travail ne faisant pas obstacle à ce qu'un salarié déclaré inapte prenne acte de la rupture du contrat de travail en raison des

faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit soit les effets d'un licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-32-5, alinéas 1 et 4, devenu L. 1226-10, L. 1226-11 et L. 1226-12, du code du travail lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission.

Soc. – 21 janvier 2009.

Rejet

N° 07-41.822. – CA Montpellier, 28 juin 2006.

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

Note

Une salariée, employée à temps plein, est mise en arrêt de travail à la suite d'un accident du travail. Elle reprend ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique, puis est à nouveau en arrêt de travail à la suite d'une rechute. A la suite de deux examens de reprise, le médecin du travail la déclare inapte à son poste. L'employeur lui verse alors un salaire correspondant au mi-temps thérapeutique, puis la convoque à un entretien préalable au licenciement.

La salariée, par lettre du même jour, prend acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur. La cour d'appel ayant analysé la prise d'acte comme une démission, la salariée a formé pourvoi contre cette décision. Le pourvoi posait la question de savoir si un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail peut prendre acte de la rupture de son contrat.

Les articles L. 1226-10 à L. 1226-12 du code du travail prévoient qu'à la suite d'une période de suspension du contrat de travail après un accident du travail ou une maladie professionnelle, si le salarié est déclaré inapte à reprendre son emploi, l'employeur doit le reclasser. En cas d'impossibilité de reclassement, il le licencie. Si le salarié inapte n'est pas reclassé après un délai d'un mois ou n'est pas licencié, l'employeur est tenu de reprendre le versement de son salaire.

Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 29 juin 1999 (Soc., 29 juin 1999, pourvoi n° 96-44.160, *Bull.* 1999, V, n° 304) en a déduit que, dans de telles circonstances, les parties ne pouvaient pas rompre d'un commun accord le contrat de travail. La possibilité d'une telle rupture constituerait, en effet, le moyen d'éviter ces dispositions, qui représentent une protection pour le salarié.

Concernant un salarié protégé qui, comme le salarié déclaré inapte, bénéficie d'un dispositif de protection contre le licenciement, la jurisprudence décide que le contrat de travail peut être rompu par la prise d'acte, qui produit alors soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié justifient cette prise d'acte, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission (Soc., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-46.009, *Bull.* 2006, V, n° 237).

Par le présent arrêt, la Cour de cassation juge que la rupture du contrat de travail par la prise d'acte – qui produit par ailleurs un effet immédiat (Soc., 4 juin 2008, pourvoi n° 06-45.757, *Bull.* 2008, V, n° 122) – n'est pas incompatible avec le régime de protection du salarié déclaré inapte après un accident du travail ou une maladie professionnelle.

2. Licenciement

2.1. Mise en œuvre

* Formalités conventionnelles préalables

N° 81

L'avis au délégué du personnel ou au président de la commission nationale de conciliation, mis à la charge de l'employeur par l'article 9.3 de la convention collective nationale des personnels de formation de l'enseignement agricole privé, en cas de faute grave ou lourde susceptible d'entraîner le licenciement, constitue pour le salarié une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Soc. – 21 janvier 2009. Cassation partielle partiellement sans renvoi

N° 07-41.788. – CA Amiens, 13 février 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Sommé, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

Depuis 1999 (Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 97-40.412, *Bull.* 1999, V, n° 134), la chambre sociale décide que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou d'un règlement intérieur, de donner son avis sur un licenciement envisagé par un employeur constitue une garantie de fond, en sorte que le licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté selon une procédure régulière ne peut avoir de cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une jurisprudence constante, réaffirmée depuis lors à de nombreuses reprises (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-43.411, *Bull.* 2000, V, n° 136 ; Soc., 11 juillet 2000, pourvoi n° 97-45.781, *Bull.* 2000, V, n° 272).

La Cour de cassation énonce également que l'avis de l'organisme consulté doit être donné selon une procédure régulière, et que le licenciement prononcé sans que le conseil ait rendu son avis selon une procédure conforme aux exigences conventionnelles n'a pas de cause réelle et sérieuse (Soc., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-43.189, *Bull.* 2001, V, n° 9 ; Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.376, *Bull.* 2005, V, n° 221).

La même solution est retenue lorsque le salarié n'a pas été informé de son droit de saisir le conseil de discipline (Soc., 31 janvier 2006, pourvoi n° 03-43.300, *Bull.* 2006, V, n° 45), de demander la réunion du conseil paritaire (Soc., 18 octobre 2006,

pourvoi n° 03-48.370, *Bull.* 2006, V, n° 310), ou n'a pas été informé de sa faculté d'exercer un recours suspensif devant une commission paritaire pour qu'elle donne son avis sur le licenciement (Soc., 21 octobre 2008, *Bull.* 2006, pourvoi n° 07-42.170, *Bull.* 2008, V, n° 195).

L'arrêt rendu le 21 janvier 2009 étend cette jurisprudence à l'information qui doit être donnée par l'employeur à un organisme, alors même que l'avis de celui-ci sur le licenciement n'est pas exigé par le texte conventionnel.

En l'espèce, le licenciement d'un salarié avait été prononcé sans que l'employeur n'en avise au préalable le délégué du personnel ou, à défaut, le président de la commission de conciliation, et la cour d'appel avait considéré que le non-respect de ces dispositions formelles n'était pas de nature à affecter la légitimité de la rupture.

La Cour de cassation censure l'arrêt en énonçant que l'avis au délégué du personnel ou au président de la commission de conciliation, mis à la charge de l'employeur par les dispositions conventionnelles, constitue une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Par cet arrêt, la chambre sociale renforce sa jurisprudence dont il résulte que l'inobservation de toute formalité conventionnelle permettant de garantir les droits du salarié, et en particulier les droits de la défense, lors de la mise en œuvre par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, doit recevoir une sanction rigoureuse affectant le fond du licenciement.

N° 82

Un règlement intérieur qui prévoit qu'une sanction ne pourra intervenir qu'après que le personnel intéressé aura été appelé à prendre connaissance du dossier disciplinaire concernant la sanction et à fournir des explications institue une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi et constitue donc une garantie de fond.

Une cour d'appel ayant constaté que le salarié n'avait pas été mis en situation de prendre connaissance de son dossier disciplinaire en déduit exactement que son licenciement ne pouvait avoir de cause réelle et sérieuse.

Soc. – 11 mars 2009. Rejet

N° 08-40.453. – CA Colmar, 27 novembre 2007.

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

Note

L'arrêt étend à la règle prévue par un règlement intérieur, selon laquelle une sanction ne peut intervenir qu'après que le personnel intéressé a été appelé à prendre connaissance du dossier disciplinaire concernant la sanction, la jurisprudence constante de la chambre sociale selon laquelle « la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou d'un règlement intérieur d'une

entreprise, de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond, de sorte que le licenciement prononcé sans consultation préalable de cet organisme ne peut avoir de cause réelle et sérieuse » (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-43.411, Bull. 2000, V, n° 136).

Dans le même sens, la chambre sociale a également jugé que constitue une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse :

– « *la formalité (...) selon laquelle le licenciement du salarié, dont l'absence pour maladie impose le remplacement définitif, doit être précédée de la mise en demeure de l'intéressé de reprendre son travail à une date déterminée par lettre recommandée avec accusé de réception* » (Soc., 8 mars 2006, pourvoi n° 04-43.668, Bull. 2006, V, n° 95) ;

– le simple « *avis au délégué du personnel ou au président de la commission nationale de conciliation, mis à la charge de l'employeur par l'article 9.3 de la convention collective nationale des personnels de formation de l'enseignement agricole privé, en cas de faute grave ou lourde susceptible d'entraîner le licenciement* » (Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-41.788, Bull. 2009, V, n° 17).

En revanche, la chambre juge que les dispositions conventionnelles relatives à la procédure disciplinaire ne sont pas nécessairement des règles de fond. Il en est ainsi du délai de huit jours, prévu par l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole, entre la date de réception de la lettre de convocation devant le conseil de discipline et la date de réunion pour la formulation d'un avis sur les sanctions à donner aux fautes professionnelles, considéré comme une règle de forme (Soc., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-43.202), de l'information d'un représentant du personnel, qui constitue une garantie de procédure, n'entachant pas la « validité » du licenciement (Soc., 2 juillet 2008, pourvoi n° 06- 44.895) ou du non-respect du délai d'une semaine à compter de saisine d'une commission paritaire, pendant lequel l'accord d'entreprise prévoit que la décision est suspendue (Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-43.767, Bull. 2006, V, n° 309).

En l'espèce, l'arrêt de la cour d'appel frappé de pourvoi avait qualifié de « garantie de fond » la disposition du règlement intérieur prévoyant qu'une sanction ne pourra intervenir qu'après que le personnel intéressé aura été appelé à prendre connaissance du dossier disciplinaire concernant la sanction, et en avait déduit que leur méconnaissance privait le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Pour approuver la qualification retenue par le juge d'appel, la chambre sociale énonce que la disposition du règlement intérieur en cause « *insti-tue une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi* ». Cette solution est dans l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui juge qu'il incombe à l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, d'apprécier, sous le contrôle du juge

administratif, si les règles de procédure d'origine conventionnelle préalables à sa saisine sont observées (CE, 21 mai 2008, n° 304394).

* Lettre de licenciement

N° 83

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-14, deuxième alinéa, et D. 122-3, troisième alinéa, devenus L. 1233-13 et D. 1232-5 du code du travail, que la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement doit mentionner la faculté pour le salarié, lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, de se faire assister par un conseiller de son choix, inscrit sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département, et préciser l'adresse de l'inspection du travail et de la mairie où cette liste est tenue à la disposition des salariés.

L'omission de l'une de ces adresses constitue une irrégularité de procédure, qui cause un préjudice au salarié qui doit être réparé.

Soc. – 21 janvier 2009.

**Cassation partielle
partiellement sans renvoi**

N° 07-42.985. – CA Montpellier, 22 novembre 2006.

M. Trédez, Pt (f.f.). – Mme Capitaine, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement doit, « *d'une part, mentionner la faculté pour le salarié de se faire assister par un conseiller de son choix, inscrit sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département, et, d'autre part, préciser l'adresse de l'inspection du travail et de la mairie où cette liste est tenue à la disposition des salariés ; l'omission de l'une de ces adresses constitue une irrégularité de procédure, et le préjudice qui peut en résulter pour le salarié doit être indemnisé par l'attribution d'une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* » (Soc., 29 avril 2003, pourvoi n° 01-41.364, Bull. 2003, V, n° 145).

Dans le présent arrêt, la chambre sociale confirme cette jurisprudence. La convocation à l'entretien préalable doit impérativement mentionner les deux adresses où la liste des conseillers susceptibles d'assister le salarié peut être consultée : celle de la mairie et celle de l'inspection du travail. L'inobservation de ces règles conduit à l'irrégularité de la procédure, causant au salarié un préjudice qui doit être réparé.

La chambre sociale censure la cour d'appel, au visa des articles L. 122-14, deuxième alinéa, et D. 122-3, troisième alinéa, devenus L. 1233-13 et D. 1232-5 du code du travail, qui, alors qu'elle avait retenu que la lettre de convocation à l'entretien préalable n'indiquait pas l'adresse de la mairie où la liste était tenue à disposition, a débouté le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité pour irrégularité de procédure. En effet, cette omission d'adresse constitue une irrégularité de procédure qui cause un

préjudice au salarié, peu important au final que le salarié ait été assisté par un conseiller lors de l'entretien préalable au licenciement.

Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de cassation sur la sanction des vices de procédure en matière de licenciement. Elle a en effet décidé, s'agissant de la convocation à un entretien préalable à la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée pour faute grave, que l'inobservation des règles de forme cause nécessairement au salarié un préjudice, qu'il appartient au juge de réparer (Soc., 27 juin 2001, pourvoi n° 99-42.216, *Bull.* 2001, V, n° 236). De même, elle a jugé que le non-respect de la procédure de licenciement collectif pour motif économique constitue une irrégularité de forme ayant nécessairement causé un préjudice au salarié (Soc., 29 avril 1998, pourvoi n° 95-44.236, *Bull.* 1998, V, n° 214).

2.2. Imputabilité et motifs de la rupture

* *Retrait par l'administration de l'agrément nécessaire*

N° 84

Eu égard à l'effet rétroactif que comporte une décision de l'autorité administrative rapportant un acte antérieur, la décision du préfet de revenir sur sa précédente décision de retrait d'agrément et d'autoriser le salarié à exercer sa profession dans le domaine de la sécurité privée a conféré à ce dernier un droit définitivement acquis à être réputé n'avoir jamais perdu l'agrément nécessaire à l'exercice des fonctions d'agent de sécurité.

Fait une exacte application de la loi la cour d'appel qui, se plaçant au jour du licenciement, a constaté que, sur recours exercé par le salarié, la décision de retrait ayant été annulée, le licenciement ne reposait sur aucune cause réelle et sérieuse

Soc. – 25 mars 2009.

Rejet

N° 07-45.686. – CA Douai, 26 octobre 2007.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – M. Flores, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

En application de l'article 6 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983, pour exercer son activité professionnelle, un agent de sécurité salarié doit être titulaire d'un agrément délivré par l'autorité administrative. En cas de retrait de celui-ci, le contrat de travail est rompu de plein droit, en application de l'article 6-2 de la même loi. L'employeur doit toutefois respecter la procédure de licenciement (Soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-45.219).

En l'espèce, le préfet avait, au résultat d'une enquête administrative, retiré au salarié l'agrément dont il disposait pour exercer son activité professionnelle. L'employeur en avait tiré les conséquences et avait procédé à son licenciement. Le conseil

de prud'hommes, saisi d'une contestation de ce licenciement, avait retenu que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse. Mais, suite au recours exercé par le salarié, le préfet a décidé de rapporter sa décision de retrait d'agrément et de l'autoriser à exercer son activité dans le domaine de la sécurité privée. La cour d'appel a alors jugé qu'en raison de l'effet rétroactif attaché à la décision du préfet, le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. La question posée portait donc sur les effets attachés à l'acte de l'autorité administrative qui revient sur sa précédente décision de retrait de l'agrément pour exercer les fonctions d'agents de sécurité, alors que, suite à ce retrait, qui, selon la loi, entraîne la rupture du contrat de travail, l'employeur a procédé au licenciement du salarié.

La doctrine considère que la décision de retrait d'un acte administratif a des effets analogues à une annulation contentieuse, en sorte que l'acte administratif retiré est anéanti rétroactivement, comme l'est un acte annulé (J.-Y. Vincent, *Juris-Classeur administratif*, Acte administratif, Application dans le temps, n° 52). De son côté, le Conseil d'Etat considère que l'effet rétroactif que comporte une décision de l'autorité administrative rapportant un acte antérieur donne à l'intéressé un droit acquis à être réputé n'avoir jamais fait l'objet de l'acte rapporté (CE, 18 décembre 1954, X..., *Rec. Lebon*, 564). Eu égard à l'effet rétroactif attaché à l'acte par lequel l'autorité administrative avait rapporté sa précédente décision de retrait de l'agrément pour exercer sa profession d'agent de sécurité, le salarié était donc présumé n'avoir jamais perdu cet agrément. Dès lors, dans la mesure où le juge doit se placer au jour du licenciement pour apprécier son bien-fondé (Soc., 6 juillet 1994, pourvoi n° 93-42.017 ; Soc., 5 avril 2005, pourvoi n° 02-45.374), la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui a constaté que le licenciement ne reposait sur aucune cause réelle et sérieuse.

2.3. Licenciement disciplinaire

* *Faute grave - indemnités*

N° 85

Sauf volonté contraire des parties, le licenciement pour faute grave exclut le versement d'une indemnité de licenciement.

Soc. – 31 mars 2009.

Cassation partielle sans renvoi

N° 07-44.564. – CA Lyon, 29 août 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Divialle, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

L'arrêt réaffirme une position jurisprudentielle bien arrêtée, aux termes de laquelle le versement

d'une indemnité de licenciement est exclu en cas de licenciement pour faute grave, sauf volonté contraire des parties.

Ce rappel s'avérait nécessaire suite à un arrêt récent de la chambre sociale, non publié (Soc., 7 novembre 2007, pourvoi n° 06-43.539), qui a pu laisser penser que, dès lors que la clause contractuelle ou conventionnelle prévoyant le versement d'une indemnité de licenciement n'excluait pas expressément le versement d'une telle indemnité en cas de licenciement pour faute grave, cette indemnité était due au salarié licencié pour faute grave.

Le code du travail prévoit, en son article L. 1234-9, que « le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement ».

Dès 1981, la Cour de cassation a dit que la faute dolosive du salarié est de nature à exonérer l'employeur du versement de l'indemnité contractuelle de licenciement (Soc., 5 mars 1981, pourvoi n° 79-40.127, *Bull.* 1981, V, n° 188). Par la suite, la chambre sociale a précisé qu'« il n'est pas interdit aux parties d'adopter une position plus favorable au salarié en matière de licenciement et d'accorder au salarié le bénéfice de l'indemnité de licenciement prévu à son contrat en cas de licenciement pour quelque cause que ce soit » (Soc., 4 juillet 1990, pourvoi n° 87-40.433, *Bull.* 1990, V, n° 347).

En l'espèce, une cour d'appel avait fait droit à la demande de versement d'une indemnité de licenciement formée par un salarié licencié pour faute grave, au motif que la clause du contrat de travail de l'intéressé, qui prévoyait les modalités de versement de l'indemnité de licenciement, n'excluait pas le versement de cette indemnité en cas de faute grave.

La chambre sociale censure cette décision pour dénaturation des termes clairs et précis de la clause contractuelle, en relevant, dans le droit fil de la jurisprudence sus-rappelée, que le contrat s'était borné à se référer aux règles générales du licenciement, ce dont il se déduisait que les parties n'avaient pas entendu maintenir le bénéfice de l'indemnité de licenciement.

* *Mise à pied conservatoire*

N° 86

La mise à pied prononcée par l'employeur dans l'attente de sa décision dans la procédure de licenciement engagée dans le même temps a un caractère conservatoire.

Dès lors, viole l'article L. 122-41, devenu L. 1332-3, du code du travail la cour d'appel qui retient qu'une mise à pied conservatoire étant nécessairement à durée indéterminée, le salarié qui, par la lettre le convoquant à un entretien préalable à un éventuel licenciement, a été mis à pied à titre conservatoire

pour un temps déterminé, puis licencié disciplinairement, a été sanctionné deux fois pour les mêmes faits.

Soc. – 18 mars 2009.

Cassation

N° 07-44.185. – CA Metz, 21 mai 2007.

M. Bailly, Pt (f.f.). – Mme Grivel, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

Note

Le principe « *non bis in idem* », selon lequel une même faute ne peut faire l'objet de deux sanctions successives, trouve une application en droit du travail, avec la distinction de la mise à pied disciplinaire d'avec la mise à pied conservatoire (Soc., 3 mai 2001, pourvoi n° 99-40.936, *Bull.* 2001, V, n° 150).

La mise à pied disciplinaire est l'une des formes que peut revêtir la sanction disciplinaire, à côté de l'avertissement, de la rétrogradation disciplinaire ou d'autres sanctions. La mise à pied disciplinaire constitue la sanction définitive d'un agissement fautif, à la différence de la mise à pied conservatoire, qui est prononcée provisoirement en attendant le licenciement du salarié, la faute commise par ce dernier ayant été si grave qu'elle nécessite son éviction immédiate de l'entreprise.

Traditionnellement, la jurisprudence considère qu'une mise à pied conservatoire est nécessairement à durée indéterminée : en effet, la mise à pied est concomitante de la mise en œuvre de la procédure de licenciement, et l'exclusion du salarié doit être effective jusqu'au prononcé du licenciement, dont on ne peut pas connaître la date par avance avec certitude.

La jurisprudence affirmait ainsi qu'« une mise à pied conservatoire qui ne peut être justifiée que par une faute grave est nécessairement à durée indéterminée... » (Soc., 6 novembre 2001, pourvoi n° 99-43.012, *Bull.* 2001, V, n° 338).

Le présent arrêt marque une évolution dans cette jurisprudence.

C'est la portée de ce cas de figure que précise le présent arrêt. Un salarié est convoqué le 9 décembre 2003 à un entretien préalable à son licenciement, entretien fixé au 12 décembre, avec mise à pied conservatoire immédiate de trois jours. Il est licencié le 9 janvier 2004 pour faute grave. La cour d'appel a estimé que la faute commise par le salarié avait été deux fois sanctionnée, la mise à pied prononcée présentant, eu égard à sa durée limitée, un caractère disciplinaire épuisant le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

La Cour de cassation censure intégralement cette décision, par un attendu général selon lequel « la mise à pied prononcée par l'employeur dans l'attente de sa décision dans la procédure de licenciement engagée dans le même temps a un caractère conservatoire ». La Cour de cassation ne se réfère pas à la durée déterminée ou non de la mise à pied, mais déduit son caractère conservatoire du lien qui peut être établi avec

la mise en œuvre de la procédure de licenciement. Une décision précédente (Soc., 30 septembre 2004, pourvoi n° 02-44.065, *Bull.* 2004, V, n° 241) avait déjà admis qu'une mise à pied à durée déterminée, mais dont le terme était postérieur à la notification du licenciement, avait un caractère conservatoire dès qu'elle était prononcée dans la lettre de convocation à l'entretien préalable. La présente décision achève cette évolution de la détermination du caractère conservatoire de la mise à pied, liée non à sa durée, mais à la proximité dans le temps de la mise en œuvre du licenciement.

* Nullité

N° 87

Aux termes de l'article L. 1152-2 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. Selon l'article L. 1152-3 du code du travail, toute rupture de contrat de travail intervenue en méconnaissance des articles L. 1152-1 et L. 1152-2 du même code, toute disposition ou tout acte contraire est nul. Il s'en déduit que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis.

Viole les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail la cour d'appel qui retient que le fait pour un salarié d'imputer à son employeur des irrégularités graves dont la réalité n'est pas établie et de reprocher des faits de harcèlement à un supérieur hiérarchique sans les prouver caractérise un abus dans l'exercice de la liberté d'expression et constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, alors que le grief tiré de la relation d'agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas alléguée, emportait à lui seul la nullité de plein droit du licenciement.

Soc. – 10 mars 2009.

Cassation

N° 07-44.092. – CA Dijon, 28 septembre 2006.

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

Note

Le présent arrêt met en œuvre pour la première fois l'immunité prévue par les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail, qui a pour objet de protéger les salariés qui ont témoigné des agissements de harcèlement moral ou les ont relatés. Ces textes s'inscrivent dans un mouvement législatif plus large, qui tend à protéger le droit d'expression

des salariés, lorsque celui-ci est exercé aux dépens d'autres salariés ou de supérieurs hiérarchiques, mais pour la défense d'un intérêt public (v. en ce sens J. Savatier, note sous Soc., 30 octobre 2007 : *Droit social* 2008, p. 125). C'est ainsi que le droit communautaire prévoit une protection contre les mesures de rétorsion que pourrait prendre l'employeur en réaction à une plainte ou une action en justice visant à faire respecter le principe d'égalité de traitement (Directive 76/207/CEE du 9 février 1976, article 7 ; Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, article 9 ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, article 11), et que le législateur français a prévu la protection du salarié révélant des mauvais traitements dans les établissements sanitaires (code de l'action sociale et des familles, article L. 313-24 ; Soc., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-44.757, *Bull.* 2007, V, n° 178), des agissements de harcèlement sexuel (code du travail, article L. 1153-2 et L. 1153-3) ou des faits de corruption (code du travail, article L. 1161-1). Cette immunité doit également être mise en relation avec les obligations qui pèsent sur l'employeur pour prévenir et traiter les agissements de harcèlement moral, et l'intérêt pour ce dernier d'être informé au plus tôt, la chambre sociale retenant en la matière une obligation de sécurité de résultat (Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-43.914, *Bull.* 2006, V, n° 223 ; C. Leborgne-Ingelaere, « La responsabilité civile de l'employeur en cas de harcèlement moral entre salariés », *La Semaine juridique, édition social* 2006, 1513 ; P. Adam, « Harcèlement moral : pleins feux sur l'obligation patronale de prévention », *Droit ouvrier* 2007, 1). L'immunité ainsi accordée au salarié constitue un élément important dans la lutte contre le harcèlement moral au travail, puisqu'il facilite sa prise en compte dans les meilleurs délais, permet à l'employeur informé de vérifier si les faits portés à sa connaissance constituent ou non un harcèlement moral, ou, s'ils ne sont pas fondés, s'ils traduisent ou non un élément de souffrance du salarié tel que, par exemple, le stress (v. accord national interprofessionnel sur le stress au travail, ANI 2 juillet 2008, *La Semaine juridique, édition social* 2008, 1515).

En l'espèce, un salarié avait écrit à son employeur pour formuler un certain nombre de griefs (défaut de paiement de salaire, d'obtention d'une promotion, présentation d'accidents du travail comme des situations de maladie) et se plaindre de faits de harcèlement moral imputés à un supérieur hiérarchique. A la suite de cette lettre, l'employeur a procédé à son licenciement pour faute grave. La cour d'appel a reconnu que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse, car les faits dénoncés n'étaient pas établis. Si le moyen se fondait sur les principes de la liberté d'expression du salarié, la Cour de cassation a choisi, au travers d'un moyen relevé d'office, d'évoquer les conséquences d'un licenciement fondé partiellement sur la dénonciation de faits de harcèlement moral imputés à un supérieur hiérarchique. La question posée portait non seulement sur le principe de l'immunité, mais également sur sa portée, dans la mesure où le licen-

ciement n'était pas uniquement fondé sur la dénonciation de faits de harcèlement moral et où l'employeur avait articulé d'autres griefs. La chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà jugé, dans une espèce où un salarié avait été licencié, notamment au motif de la révélation de mauvais traitements dans un établissement sanitaire, que le licenciement était nul, sans qu'il y ait lieu à examiner les autres griefs invoqués (Soc., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-40.039, *Bull.* 2007, V, n° 136). La chambre sociale applique le même principe pour l'article L. 1152-3 du code du travail. Le salarié ne pouvait pas être licencié au motif de ce qu'il avait relaté des faits de harcèlement moral et ce grief emportait à lui seul la nullité du licenciement, même si ce dernier était également fondé sur d'autres reproches. La nullité affecte le licenciement dans son ensemble.

Cette immunité n'est toutefois accordée qu'aux salariés de bonne foi, laquelle est présumée. En conséquence, la mauvaise foi du salarié ne peut pas résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis. La solution ainsi retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation est conforme à celle adoptée expressément par le législateur en matière de dénonciation de faits de corruption (article L. 1161-1 du code du travail) et par l'article 3 de la loi n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, où l'immunité est réservée au salarié de bonne foi.

2.4. Licenciement économique

* *Plan de sauvegarde de l'emploi*

N° 88

Les conditions d'effectif et de nombre des salariés qui imposent l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécient au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur.

Manque en conséquence de base légale au regard de l'article L. 233-61 du code du travail l'arrêt d'une cour d'appel qui retient que les membres d'un GIE, constituant une unité économique et sociale, doivent être considérés comme formant une seule entreprise, pour la vérification des conditions déterminant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, sans rechercher si l'ensemble des personnes morales qui composent ce groupement avaient la qualité d'employeur.

Soc. – 28 janvier 2009.

Cassation

N° 07-45.481. – CA Rouen, 16 octobre 2007.

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

Note

Le premier alinéa de l'article L. 321-4-1 du code du travail, devenu l'article L. 1233-61 de ce code, impose à l'employeur d'établir et de mettre en

œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, dès lors que l'entreprise emploie au moins cinquante salariés et que le nombre des licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours. En l'espèce, pour retenir qu'un plan de sauvegarde de l'emploi devait être établi et pour en déduire qu'en son absence le licenciement économique était atteint de nullité, la cour d'appel s'était placée au niveau de l'ensemble des entités relevant, avec l'employeur, d'une unité économique et sociale. Ce niveau d'appréciation n'était pas approprié, au regard du code du travail, dès lors que l'entreprise à laquelle fait référence l'article L. 1233-63 du code du travail est celle que dirige l'employeur. Les autres membres de l'unité économique et sociale dont relève cet employeur ne peuvent donc être pris en compte, pour évaluer les effectifs de l'entreprise et le nombre des licenciements, qu'à la condition qu'ils aient eux-même la qualité d'employeur.

Cette solution avait déjà été énoncée, de manière moins directe, par un arrêt du 30 juin 2004 (pourvoi n° 02-42.672, *Bull.* 2004, V, n° 186), cassant une décision qui avait inclus dans le périmètre d'évaluation un groupement d'intérêt économique distinct de l'employeur, et par un arrêt du 26 février 2003 (pourvoi n° 01-41.030, *Bull.* 2003, V, n° 70), écartant un moyen qui reprochait à une cour d'appel de n'avoir pas vérifié l'effectif du groupe auquel appartenait l'employeur. Un arrêt plus récent (Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-46.313, *Bull.* 2008, V, n° 8) avait aussi rappelé que c'est au niveau de l'entreprise (ou de l'établissement) concerné par les mesures de licenciement envisagées que s'apprécient les conditions déterminant l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, en cassant une décision qui avait annulé des licenciements économiques parce qu'il n'avait pas été tenu compte de l'existence d'une unité économique et sociale. Cependant, la portée de cet arrêt pouvait prêter à interprétation, dès lors qu'il y était relevé que les conditions imposant la consultation des représentants du personnel sur le plan doivent être appréciées au moment où la procédure de licenciement collectif est engagée, qui se situait, dans cette affaire, avant la demande tendant à faire reconnaître l'existence d'une UES. L'arrêt du 28 janvier 2008 lève cette incertitude : le niveau d'appréciation des conditions dont la réunion impose l'établissement d'un plan social est celui de l'entreprise, légalement identifiée à l'employeur, qui, seul, peut décider des licenciements. Naturellement, cette règle ne remet pas en cause celle qui impose de vérifier ces conditions au niveau de l'établissement lorsque c'est à ce niveau qu'est prise la décision de licencier, les articles L. 1233-29 et L. 1233-30, relatifs à la consultation des représentants du personnel, envisageant ce double niveau de consultation sur le projet de licenciement. Mais ce n'est pas le cas pour l'unité économique et sociale, qui n'a pas en elle-même la qualité d'employeur, étant d'ailleurs dépourvue de personnalité juridique (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.875). Et d'autres entités qui en font partie ne peuvent donc être comprises dans le calcul des

effectifs et du nombre des licenciements qui entraînent l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi qu'à la condition d'avoir aussi la qualité d'employeur.

* *Obligation de reclassement*

N° 89

L'employeur est tenu, avant tout licenciement économique, d'une part, de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, d'autre part, de proposer ensuite aux salariés dont le licenciement est envisagé tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure. Il en résulte qu'il ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté de ses salariés, exprimée à sa demande et par avance, en dehors de toute proposition concrète.

Dès lors, une cour d'appel qui a relevé que l'employeur s'était borné à solliciter de ses salariés qu'ils précisent, dans un questionnaire renseigné avant toute recherche et sans qu'ils aient été préalablement instruits des possibilités concrètes de reclassement susceptibles de leur être proposées, leurs vœux de mobilité géographique, en fonction desquels il avait ensuite limité ses recherches et propositions de reclassement, a exactement décidé qu'il n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement.

Soc. – 4 mars 2009.

Rejet

N° 07-42.381. – CA Bourges, 16 mars 2007.

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

Note

Il résulte de l'article L. 321-1, alinéa 3, du code du travail, désormais codifié à l'article L. 1233-4, que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque le reclassement de l'intéressé dans un emploi de même catégorie que celui qu'il occupe ou dans un emploi équivalent, ou, à défaut, et sous réserve de l'accord de l'intéressé, dans un emploi de catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.

Le salarié peut-il renoncer à l'obligation de reclassement ou accepter d'en restreindre l'étendue ? En d'autres termes, cette obligation d'origine légale est-elle à la disposition des parties au contrat de travail ?

Il existe des arguments en faveur d'une réponse négative. D'abord, les dispositions de l'article L. 321-1 du code du travail, en faisant de l'impossibilité du reclassement l'un des éléments nécessaires à la justification du licenciement économique, ne viseraient pas seulement à assurer l'exécution de

bonne foi du contrat de travail, mais aussi à faire du reclassement un instrument de la politique de l'emploi en permettant le maintien des salariés en activité, objectif de protection d'un intérêt général. L'obligation de reclassement pourrait donc relever de l'ordre public de direction plutôt que de l'ordre public de protection. Ensuite, l'alinéa 3 de l'article L. 122-14-7 du code du travail, qui énonçait que les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement à la section relative à la résiliation du contrat à durée indéterminée, laquelle ne concernait pas le licenciement pour motif économique sauf exceptions⁽¹⁾, est devenu l'article L. 1231-4 du code du travail, aux termes duquel l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le titre traitant de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, lequel inclut le licenciement pour motif économique, et notamment l'article L. 1233-4, relatif à l'obligation de reclassement.

Toutefois, l'article L. 321-1 du code du travail autorise le salarié à refuser une proposition de reclassement dans un emploi de catégorie inférieure, et la jurisprudence a admis que le salarié pouvait refuser une offre de reclassement sans distinguer selon que cette offre emportait ou non modification du contrat de travail (Soc., 29 janvier 2003, pourvois n° 06-46.322 et 00-46.323, *Bull.* 2003, V, n° 28 ; Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-43019 ; Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-43.020). Ceci exclut que le reclassement relève, du moins en son intégralité, de l'ordre public de direction.

En réalité, le reclassement comporte deux phases. Dans la première, l'employeur doit rechercher les possibilités de reclassement. Dans la seconde, il lui appartient de faire au salarié des propositions précises et individualisées de reclassement. Si la première paraît relever de l'ordre public de direction, dans la mesure où il s'agit d'augmenter les chances de maintien de l'activité professionnelle du salarié en élargissant le plus possible l'offre de reclassement, la seconde laisse place à une renonciation par le salarié à des possibilités de reclassement avant même qu'elles ne lui aient été proposées, à la condition qu'elle intervienne à l'occasion d'une offre de reclassement, après que l'employeur a recherché les emplois disponibles susceptibles d'être proposés, et que l'intéressé exprime une volonté non équivoque et éclairée.

C'est ainsi qu'il a été décidé qu'une cour d'appel qui avait constaté, d'une part, que, dans le cadre de son obligation de reclassement, l'employeur avait proposé un poste à la salariée que celle-ci avait refusé en invoquant son souhait, pour des raisons familiales, de ne pas s'éloigner de son domicile pour l'exercice de son activité professionnelle, et, d'autre part, que l'employeur, qui avait fait des

(1) Ainsy, l'article L. 122-14-2, sur le contenu de la lettre de licenciement, l'article L. 122-14-3, sur l'obligation pour l'employeur de communiquer certains éléments, et l'article L. 122-14-4, sur les sanctions du licenciement économique.

recherches dans ce périmètre géographique, justifiait de l'absence de poste disponible en rapport avec les compétences de l'intéressée, avait pu en déduire que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de reclassement (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-46.227).

En revanche, l'employeur ne peut limiter ses offres en fonction de la volonté présumée des intéressés de les refuser (Soc., 24 juin 2008, pourvoi n° 06-45.870 et autres, *Bull.* 2008, V, n° 138). Et, ainsi que le précise l'arrêt du 4 mars 2009 à l'origine de ce commentaire, l'employeur ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté de ses salariés, exprimée à sa demande et par avance, en dehors de toute proposition concrète ; en particulier, l'employeur qui se borne à solliciter de ses salariés qu'ils précisent, dans un questionnaire renseigné avant toute recherche et sans qu'ils aient été préalablement instruits des possibilités concrètes de reclassement susceptibles de leur être proposées, leurs vœux de mobilité géographique, en fonction desquels il limite ensuite ses recherches et propositions de reclassement, ne satisfait pas à son obligation de reclassement.

N° 90

Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne pouvant être prononcé que si son reclassement dans l'entreprise, ou dans le groupe auquel elle appartient, est impossible, seuls les emplois salariés doivent être proposés dans le cadre du reclassement.

Viole dès lors les articles L. 1235-1 et L. 1233-4 du code du travail l'arrêt qui retient que l'employeur manque à son obligation de reclassement en ne proposant pas au salarié un des postes de commerciaux qu'il avait l'intention de créer pour assurer la prospection et la commercialisation de ses produits, sans constater que les agents commerciaux occupaient des emplois salariés au service de l'entreprise.

Soc. – 31 mars 2009. Cassation
N° 07-44.480. – CA Nîmes, 25 juillet 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bobin-Bertrand, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

L'article L. 1233-4 du code du travail précise que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que si son reclassement dans l'entreprise, ou dans le groupe auquel elle appartient, est impossible. Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe, ou sur un emploi équivalent. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

En l'espèce, un salarié contestait le bien-fondé de son licenciement pour motif économique en soutenant qu'à défaut de lui avoir proposé un des postes

de commerciaux qu'il avait l'intention de créer pour assurer la prospection et la commercialisation de ses produits, l'employeur avait manqué à son obligation de reclassement.

La question de droit posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'obligation de reclassement se limite à la proposition d'un nouvel emploi salarié ou bien si elle doit s'étendre à l'offre d'une activité non salariée.

La chambre sociale avait jugé, dans un arrêt du 6 juin 2000 (Soc., 6 juin 2000, pourvoi n° 98-41.457, *Bull.* 2000, V, n° 214), que lorsqu'un agent commercial indépendant reprend le secteur de prospection auparavant confié à un salarié licencié, l'absence d'offre de travail salarié de la part de l'agent commercial ne caractérise pas un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement.

Dans le présent arrêt du 31 mars 2009, la Cour de cassation pose clairement le principe que l'obligation de reclassement de l'employeur qui envisage de licencier un salarié pour motif économique ne porte que sur des emplois salariés disponibles dans l'entreprise ou dans le groupe. Si l'employeur peut encourager les créations ou reprises d'activités par les salariés, cela ne relève pas de son obligation de reclassement au sens strict.

* *Ordre des licenciements*

N° 91

Dès lors que l'employeur lui notifie un licenciement pour motif économique, le salarié est recevable à invoquer une violation de l'ordre des licenciements, peu important qu'il ait accepté de bénéficier du revenu de substitution mis en place par l'employeur, jusqu'à la liquidation des droits à la retraite.

Soc. – 13 janvier 2009. Rejet
N° 07-44.398. – CA Paris, 5 juillet 2007.

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

Note

En vertu de l'article L. 321-1-1, devenu L. 1233-5, du code du travail, « lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou d'accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ».

Dans la présente affaire, la question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était la suivante : un salarié licencié pour motif économique qui a adhéré à une convention de préretraite d'entreprise, prévue par un plan de sauvegarde de l'emploi, est-il recevable à contester l'ordre des licenciements ?

La convention de préretraite d'entreprise est un dispositif totalement financé par l'employeur,

permettant au salarié de percevoir un substitut de salaire compensant en partie la baisse de ses revenus, pendant la période comprise entre son licenciement et la date à laquelle il pourra faire liquider sa retraite à taux plein. En contrepartie, le salarié s'engage à ne pas reprendre d'activité, salariée ou non, à ne pas s'inscrire comme demandeur d'emploi et à ne pas percevoir d'indemnité de chômage.

L'employeur soutenait que ce dispositif était similaire à la convention de préretraite du Fonds national de l'emploi, qui s'adresse aux salariés considérés comme non reclassables en leur garantissant le maintien d'un niveau de ressources élevé jusqu'à l'âge de la retraite et dont la mise en œuvre est soumise, en raison de son financement en partie par l'Etat, à un contrôle extérieur portant sur le respect par l'employeur de ses engagements en matière d'emploi et sur les embauches postérieures, soumises à autorisation. Les conditions posées au versement de cette rente sont les mêmes que celles de la convention de préretraite d'entreprise.

L'employeur faisait valoir que cette similitude permettait d'appliquer à la présente espèce une jurisprudence constante relative au Fonds national de l'emploi, en vertu de laquelle les salariés licenciés pour motif économique ayant personnellement adhéré à la convention d'allocation spéciale du Fonds national de l'emploi passée entre leur employeur et l'Etat ne sont pas fondés à remettre en discussion la régularité et la légitimité de la rupture de leur contrat de travail ni l'ordre des licenciements, à moins d'établir une fraude de leur employeur ou l'existence d'un vice du consentement (Soc., 27 janvier 1994, pourvoi n° 90-46.034, *Bull.* 1994, V, n° 33 ; Soc., 8 juin 1999, pourvoi n° 97-41.285, et Soc., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-42.636, *Bull.* 2002, V, n° 276).

L'employeur en déduisait que le fait pour le salarié d'avoir opté pour la convention de préretraite d'entreprise rendait irrecevable son action en contestation du respect des critères de l'ordre des licenciements.

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel ayant alloué des dommages-intérêts au salarié pour non-respect de l'ordre des licenciements.

Elle décide que cette action est recevable dès lors qu'il y a eu notification, au salarié, de son licenciement économique. Le fait qu'il ait accepté de bénéficier du revenu de substitution mis en place par l'employeur jusqu'à la liquidation de ses droits à la retraite n'a aucune incidence sur cette recevabilité.

Elle confirme ainsi sa jurisprudence du 3 décembre 1996 : « *l'employeur n'est tenu de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 321-1 du code du travail, relatif à l'établissement et à l'application des critères fixant l'ordre des licenciements, que lorsqu'un licenciement pour motif économique est décidé* » (Soc., 3 décembre 1996, pourvoi n° 94-22.163, *Bull.* 1996, V, n° 410, sommaire n° 1), et précise que la seule condition pour que le

salarié puisse contester l'ordre des licenciements est qu'il y ait eu notification du licenciement économique.

2.5. Nullité du licenciement

* Effets sur l'allocation d'assurance versée par l'ASSEDIC

N° 92

La nullité du licenciement n'a pas pour effet de priver rétroactivement un travailleur de l'allocation d'assurance que l'ASSEDIC lui a servie pendant la période comprise entre son licenciement et sa réintégration, pendant laquelle il était involontairement privé d'emploi, apte au travail et à la recherche d'un emploi.

Dès lors, viole l'article 1376 du code civil, ensemble l'article L. 351-3, alinéa premier, devenu L. 5422-1 du code du travail, la cour d'appel qui, pour faire droit à la tierce opposition d'une ASSEDIC et condamner un salarié dont le licenciement avait été jugé nul à lui rembourser le montant de l'allocation d'assurance perçue entre son éviction et sa réintégration, retient que l'intéressé ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier de l'allocation d'assurance pendant cette période.

Soc. – 11 mars 2009.

Cassation sans renvoi

N° 07-43.336. – CA Metz, 16 avril 2007.

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

Note

Cet arrêt tranche la question du sort des allocations d'assurance versées, en application de l'article L. 5422-1 du code du travail, à un salarié licencié et dont le licenciement est par la suite déclaré nul.

L'article L. 5422-1 du code du travail dispose : « *Ont droit à l'allocation d'assurance les travailleurs involontairement privés d'emploi (...), aptes au travail et recherchant un emploi qui satisfont à des conditions d'âge et d'activité.* »

En l'espèce, un salarié, licencié par son employeur alors qu'il est en arrêt de travail pour maladie, obtient l'annulation de ce licenciement et sa réintégration avec règlement des salaires depuis le licenciement, sous déduction de toutes les sommes perçues entre le licenciement et la réintégration (indemnités journalières, salaires, indemnité de licenciement, allocations de chômage). L'ASSEDIC ayant formé tierce opposition contre cet arrêt confirmatif, la cour d'appel, saisie sur renvoi après cassation, déclare recevable l'ASSEDIC en sa tierce opposition, condamne le salarié à rembourser à cet organisme les allocations de chômage versées entre le licenciement et la réintégration, et l'employeur à verser au salarié la même somme avec intérêts au taux légal.

L'employeur forme un pourvoi, reprochant à l'arrêt de l'avoir condamné à verser au salarié un

rappel de salaires correspondant aux indemnités de chômage perçues entre le licenciement et la réintégration, et d'avoir ainsi violé les articles L. 1132-1, L. 1132-4 (article L. 122-45 ancien) du code du travail et 1376 du code civil.

Il est établi que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période allant du licenciement à la réintégration, dans la limite des salaires dont il a été privé. Les revenus que le salarié a pu tirer d'une autre activité professionnelle pendant cette période doivent être déduits de cette réparation (Soc., 3 juillet 2003, pourvois n° 01-44.717, 01-44.718 et 01-44.522, *Bull.* 2003, V, n° 214, et Soc., 12 février 2008, pourvoi n° 07-40.413, *Bull.* 2008, V, n° 34 sommaire n° 1).

L'action de l'ASSEDIC se fondant sur l'article 1376 du code civil, relatif à la répétition de l'indu, il convenait donc d'apprécier si le salarié dont le licenciement est nul entre ou non dans la catégorie des « *travailleurs involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi (...)* » visée par l'article L. 5422-1 du code du travail. Pour ce faire, il était possible de se référer soit à la persistance du contrat de travail, réputé n'avoir jamais cessé d'exister une fois la nullité du licenciement prononcée, soit à la situation de fait résultant de l'inexécution du contrat par l'employeur n'ayant pas satisfait à son obligation de fournir du travail au salarié entre le licenciement et la réintégration. C'est ce second critère que retient la chambre : entre son licenciement et sa réintégration, le salarié est un travailleur involontairement privé d'emploi, qui a droit aux allocations de chômage de l'ASSEDIC. C'est donc au visa des articles 1376 du code civil et L. 5422-1 du code du travail que la Cour de cassation casse la décision attaquée.

5. Retraite et préretraite

* Dispositif de cessation anticipée d'activité

N° 93

En l'état d'un accord d'entreprise prévoyant que le salaire de référence, servant de base à la détermination de l'allocation de remplacement servie à des salariés quittant l'entreprise dans le cadre d'un dispositif de cessation anticipée d'activité des travailleurs salariés (CATS), sera fixé « *d'après les rémunérations brutes au titre des douze derniers mois précédant le dernier jour de travail, sans limite de plafond* », il n'y a pas lieu d'intégrer dans ce salaire de référence des primes perçues pendant les douze derniers mois, mais se rapportant à une période antérieure.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui intègre dans ce salaire de référence la totalité des primes de treizième mois, prime annuelle, indemnité statutaire et prime individuelle versées pendant la période de

référence, alors qu'elles sont dues, pour partie au moins, au titre de la période antérieure aux douze derniers mois précédant le dernier jour de travail.

Soc. – 18 février 2009. Cassation sans renvoi

N° 07-15.703. – CA Paris, 26 avril 2007.

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

Note

Le litige, objet du présent arrêt, est né d'une opposition entre la société Nestlé France et certains syndicats présents dans ladite société, sur la définition de l'assiette de calcul de l'allocation de remplacement prévue par l'article 2-6 de l'accord d'entreprise du 18 novembre 2002, dont bénéficient les salariés quittant l'entreprise dans le cadre d'un « dispositif de cessation anticipée d'activité des travailleurs salariés ».

L'article R. 322-7-2 du code du travail, devenu R. 5123-22 à R. 5123-24, a ouvert la possibilité, pour les salariés âgés d'au moins 57 ans qui connaissent des difficultés d'adaptation à l'évolution de leur emploi liées à des conditions spécifiques d'exercice de leur activité, de suspendre leur contrat de travail tout en bénéficiant, jusqu'à ce qu'ils puissent obtenir une retraite à taux plein, d'une allocation de remplacement financée par l'Etat et, sous certaines conditions, par l'entreprise. Le texte exige, pour la mise en œuvre de ce dispositif, la conclusion d'un accord national et d'un accord d'entreprise.

Dans le secteur de l'agro-alimentaire, un accord national a été signé le 21 décembre 2000, et un accord d'entreprise a été signé au sein de la société Nestlé France le 18 novembre 2002.

L'article 2-6 de cet accord d'entreprise, plus favorable que l'accord de branche, stipule que « *le salaire de référence servant de base à la détermination de l'allocation sera fixé d'après les rémunérations brutes, au titre des douze derniers mois précédant le dernier jour de travail, sans limite de plafond* ». L'accord de branche, lui, prévoit que le salaire de référence à prendre en compte est limité au double du plafond institué par l'article L. 241-3 du code de la sécurité sociale.

La société Nestlé, contrairement à ce que réclamaient les syndicats, refusait d'inclure, dans le salaire de référence à prendre en compte pour le calcul de l'allocation de remplacement, les primes versées durant les douze derniers mois de travail, mais payées au titre d'exercices antérieurs.

Les syndicats ont alors saisi la juridiction prud'homale qui, en première instance comme en appel, leur a donné raison.

La question qui se posait donc à la chambre sociale était de savoir s'il convenait de prendre en compte, dans le salaire de référence, les rémunérations, et notamment les primes versées pendant les douze derniers mois de travail, mais au titre des exercices antérieurs.

La Cour de cassation donne raison à la société Nestlé, interprétant le texte, déjà plus favorable que

le décret et que l'accord de branche, de manière littérale. L'accord d'entreprise énonce en effet qu'il s'agit « des rémunérations brutes versées au titre des douze derniers mois ». La formule « au titre » est sans ambiguïté, elle exclut les sommes versées « au titre » de périodes antérieures.

6. Rupture amiable

* *Convention de rupture amiable*

N° 94

Dès lors qu'au jour de la conclusion de la convention de rupture amiable d'un contrat de travail un différend existait entre les parties sur l'exécution et la rupture du contrat, cette convention constitue une transaction.

Soc. – 11 février 2009. Cassation partielle

N° 08-40.095. – CA Aix-en-Provence, 16 octobre 2007.

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

Note

Alors qu'un salarié avait fait l'objet d'une mise à pied à titre conservatoire et d'une convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement, les parties ont signé, avant même que cet entretien préalable n'ait lieu, une convention stipulant qu'il était mis fin d'un commun accord au contrat de travail, moyennant le versement par l'employeur de diverses sommes.

Mais, par la suite, le salarié a demandé l'annulation de ladite convention, au motif qu'elle contenait une clause selon laquelle les parties renonçaient, sous réserve de l'accord, à toute action ou instance de quelque nature que ce soit qui pourrait résulter de l'exécution ou de la rupture du contrat.

La cour d'appel a débouté le salarié, retenant qu'une rupture amiable du contrat de travail reste possible dès lors qu'elle ne cache pas une transaction destinée à régler les conséquences d'un litige et que si, en l'espèce, il existait un litige, celui-ci était resté à l'état de discussion.

La question qui se posait à la chambre sociale était donc de savoir si la convention qui lui était soumise était bien une convention de rupture amiable du contrat de travail.

Il est de jurisprudence constante que l'absence de litige entre les parties est une condition de la rupture d'un commun accord; la rupture doit intervenir « en dehors de tout litige » (Soc., 31 mars 1998, pourvoi n° 96-43.016, Bull. 1998, V, n° 189), la convention, qualifiée de « protocole d'accord », ne peut constituer une rupture d'un commun accord « en l'état d'un litige existant entre les parties » (Soc., 29 octobre 1999, pourvoi n° 97-42.846, Bull. 1999, V, n° 411).

Or, en l'espèce, la cour d'appel a constaté qu'il existait bien, au jour de la conclusion de la convention,

un différend entre les parties. Dès lors, la convention qu'elles avaient signée ne pouvait être qualifiée de convention de rupture amiable du contrat de travail. Cette convention était donc, en réalité, une transaction, laquelle est un « accord mettant fin à une contestation née ou à naître ».

Mais cette transaction n'est pas valable. En effet, la chambre mixte a affirmé solennellement, par un arrêt du 12 février 1999 (pourvoi n° 96-17.468, Bull. 1999, Ch. mixte, n° 1), que « dès lors qu'un acte a pour double objet de rompre un contrat de travail et de transiger, la transaction n'a pu être valablement conclue », et la chambre sociale a précisé : « dès lors qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement, la transaction est entachée d'une nullité relative dont l'action se prescrit par cinq ans » (Soc., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-43.427, Bull. 2004, V, n° 291).

Il est vrai que la Cour de cassation, dans le présent arrêt, ne dit pas explicitement que la transaction est nulle, mais elle prend sa décision au visa de l'article L. 122-14-7, alinéa 3, devenu l'article L. 1231-4, du code du travail, qui est l'article qu'elle vise habituellement lorsqu'elle annule une transaction.

G. – Actions en justice

* *Autorité de la chose jugée*

N° 95

N'a pas autorité de chose jugée au pénal sur le civil l'ordonnance aux fins de validation de la composition pénale rendue par le président du tribunal en application de l'article 41-2 du code de procédure pénale, sans débat contradictoire à seule fin de réparer le dommage et l'action publique étant seulement suspendue.

Soc. – 13 janvier 2009. Rejet

N° 07-44.718 – C.A Montpellier, 22 novembre 2006

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

Note

L'autorité de chose jugée au pénal sur le civil qui découle de l'article 4 du code de procédure pénale interdit au juge civil de remettre en question ce qui a été définitivement, irrévocablement, nécessairement et certainement jugé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action publique et civile, sur la qualification et sur la culpabilité de celui auquel ce fait est imputé. Il résulte de ces conditions restrictives que l'autorité de chose jugée ne s'applique qu'aux dispositions des sentences pénales de jugement ayant statué au fond de manière irrévocable et qui ont été le soutien nécessaire de la décision sur l'action publique, de sorte que les décisions des juridictions d'instruction ou de classement sans suite, qui sont des décisions essentiellement révocables ne mettant pas fin au

procès pénal et ne préjugant pas au fond, ne sont dotées d'aucune autorité de chose jugée au pénal sur le civil.

La question posée à la chambre sociale était celle de savoir si la composition pénale validée par ordonnance du président du tribunal a autorité de chose jugée au pénal sur le civil.

La chambre sociale avait déjà jugé, dans son précédent du 21 mai 2008 (pourvoi n° 06-44.948, *Bull.* 2008, V, n° 107) que le rappel à la loi, qui figure parmi les mesures alternatives réparatrices auxquelles peut recourir le procureur de la République en application de l'article 41-1 du code de procédure pénale, est dépourvu de l'autorité de la chose jugée et n'emporte pas, par lui-même, preuve du fait imputé à un auteur de sa culpabilité.

La chambre décide qu'il en est de même s'agissant de la mesure de la composition pénale, prévue par l'article 41-2 du code de procédure pénale, qui, si elle présente un caractère « punitif » plus marqué que les mesures alternatives de l'article 41-1, puisqu'elle peut emporter le versement d'une amende de composition pénale au Trésor public, demeure une mesure réparatrice et alternative à la mise en œuvre de l'action publique, et ne peut être considérée comme une sentence pénale de jugement.

Il convient de rappeler que la décision du président du tribunal de validation de la proposition acceptée de composition pénale a lieu en l'absence de tout débat, sans que ne puisse être ajouté ou retranché quoi que ce soit, qu'elle ne présente pas de caractère exécutoire comme une condamnation pénale, n'est pas susceptible de recours et n'est pas irréversible, puisque le procureur de la République recouvre son droit de mettre en mouvement l'action publique lorsque l'auteur des faits n'exécute pas totalement les mesures décidées. Ainsi, l'action publique se trouve seulement suspendue pendant le temps de la mise en œuvre de la procédure de composition pénale, et la juridiction pénale éventuellement saisie ensuite dispose d'une totale liberté d'appréciation, s'agissant notamment de la culpabilité de l'auteur présumé.

Il importe peu, dès lors, que des emprunts limités existent au régime des décisions juridictionnelles répressives, s'agissant de l'existence même d'une ordonnance de validation du président du tribunal, intervenant de surcroît sur la base de l'aveu des faits par leur auteur et de l'inscription de la mesure de composition pénale sur le bulletin n° 1 de son casier judiciaire.

La chambre criminelle, qui n'a pas, à ce jour, expressément statué sur cette question, a néanmoins déjà implicitement dénié tout caractère juridictionnel et, partant, toute autorité de chose jugée à la composition pénale dans son arrêt du 24 juin 2008 (pourvoi n° 07-87.511, *Bull. crim.* 2008, n° 162), décidant que celle-ci, si elle éteint l'action publique, ne fait pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel statuant sur les seuls intérêts civils.

* Cassation (pourvoi – recevabilité)

N° 96

Le délai d'un mois prévu pour le dépôt du mémoire ampliatif par l'article 1004 du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité, ne peut commencer à courir que du jour de la remise ou de l'envoi du récépissé prévu par l'article 1001 du même code tel qu'il ressort du dossier du secrétariat-greffe.

Soc. – 11 février 2009.

Cassation

N° 08-60.490. – TI Orléans, 30 juillet 2008.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Darret-Courgeon, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

Au contraire de l'article 989 du code de procédure civile, qui dispose, en matière de procédure sans représentation obligatoire, que le délai de trois mois prévu pour le dépôt du mémoire en demande court à compter de la remise ou de la réception du récépissé de la déclaration, l'article 1004 du même code, applicable en matière d'élections professionnelles, fait courir ce délai à compter de la déclaration de pourvoi.

La rigueur de la règle est cependant assouplie par la jurisprudence qui, de façon ancienne et contre les textes, fait courir ce délai non du jour de la déclaration de pourvoi, mais du jour de la remise ou de l'envoi au demandeur du récépissé de la déclaration de pourvoi (*Soc.*, 26 juillet 1984, pourvoi n° 84-60.149, *Bull.* 1984, V, n° 329).

Dès lors en effet que l'article 1001 du code de procédure civile impose de mentionner, dans le récépissé, la teneur des articles 1004 et 1005 et qu'il a été jugé, en matière de procédure sans représentation obligatoire, transposable aux élections professionnelles, qu'en l'absence de mention de ces textes, le délai susvisé ne pouvait commencer à courir (1^{re} Civ., 4 novembre 1987, pourvoi n° 85-03.039, *Bull.* 1987, V, n° 277), la remise ou l'envoi du récépissé, qui assure l'information du demandeur au pourvoi, marque bien le point de départ de ce délai.

Les dispositions de l'article 1004 du code de procédure civile suscitant des difficultés d'interprétation en doctrine, la chambre sociale a décidé de publier cet arrêt, qui n'est que le rappel d'une jurisprudence ancienne. Une réforme de ce texte serait néanmoins souhaitable.

* Cassation – Effets

Soc. – 10 mars 2009.

Cassation partielle sans renvoi

N° 08-42.249. – CA Paris, 13 mars 2008.

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

Voir n° 46, sommaire n° 1.

*** Compétence judiciaire****N° 97**

Selon l'article premier de la loi n° 86-845 du 17 juillet 1986, relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française, modifié par la loi du 21 juillet 2003, ladite loi ne s'applique pas, sauf dispositions contraires, aux personnes relevant d'un statut de droit public, y compris les fonctionnaires et les agents non titulaires relevant du statut de droit public adopté par délibération de l'assemblée de la Polynésie française.

La qualité de directeur d'un établissement public à caractère industriel et commercial de l'intéressé n'ayant pas pour effet de le soumettre à un statut de droit public au sens de ce texte, doit être cassé l'arrêt qui retient que le litige l'opposant à cet établissement relève de la compétence du juge administratif.

Soc. – 28 janvier 2009. Cassation partiellement sans renvoi

N° 07-42.809. – CA Papeete, 15 mars 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bobin-Bertrand, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

En application de la loi de 1986, prévoyant en son article premier : « *la présente loi est applicable dans le territoire de la Polynésie française. Elle s'applique à tous les salariés exerçant leur activité dans le territoire. Elle s'applique également à toute personne physique ou morale qui emploie lesdits salariés. Sauf disposition contraire, elle ne s'applique pas aux personnes relevant d'un statut de droit public* », le Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont jugé que la réserve de droit public instituée par ce texte ne concernait que des personnes régies par le titre premier du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales.

La loi de programme pour l'Outre-mer du 21 juillet 2003 ayant ratifié l'ordonnance n° 2000-285 du 30 mars 2000 portant actualisation et adaptation du droit du travail de l'Outre-mer, sous réserve que le dernier alinéa de l'article premier soit complété par les mots : « *y compris les fonctionnaires et les agents non titulaires relevant du statut de droit public adopté par délibération de l'assemblée de la Polynésie française* », la présente affaire, concernant la détermination de l'ordre de juridiction compétent pour connaître du litige individuel opposant un agent contractuel chargé de la direction d'un établissement public à caractère industriel et commercial en Polynésie française à cet établissement, a permis à la chambre sociale de préciser la portée de cet ajout textuel en retenant que la qualité de directeur d'un établissement public à caractère industriel et

commercial de l'intéressé n'avait pas pour effet de le soumettre à un statut de droit public au sens de ce texte.

N° 98

Aux termes de l'article 2 (11°) du décret n° 2004-1466 du 23 décembre 2004, l'Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs se substitue aux entreprises dans les contentieux relatifs aux droits et prestations relevant de sa compétence, ainsi que dans ceux liés à la cessation d'activité des entreprises.

Relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire des litiges relatifs à l'application de contrats de prêt conclus entre des salariés et leur employeur, de droit privé.

Soc. – 28 janvier 2009. Cassation partiellement sans renvoi

N° 08-40.519 à 08-40.522. – CA Douai, 30 novembre 2007.

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

Note

La loi n° 2004-105 du 3 février 2004 a créé l'établissement public à caractère administratif « Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs » (ANGDM), ayant pour mission, notamment, de garantir, au nom de l'Etat, en cas de cessation définitive d'activité d'une entreprise minière ou ardoisière, l'application des droits sociaux des anciens agents de cette entreprise relevant du régime spécial de la sécurité sociale dans les mines. L'ANGDM verse l'ensemble des prestations dues aux anciens agents des entreprises minières ou ardoisières ayant définitivement cessé leur activité.

Selon le décret n° 2004-1466 du 23 décembre 2004, l'ANGDM vient aux droits des entreprises pour garantir des droits et prestations déterminés : ainsi, elle verse les prestations de chauffage et de logement prévues par le statut du mineur ; elle se substitue aux entreprises dans les contentieux relatifs aux droits et prestations relevant de sa compétence, ainsi que dans ceux liés à la cessation d'activité des entreprises et relevant de sa compétence, notamment les contentieux relatifs au droit du travail.

D'anciens salariés des Houillères du bassin du Centre et du Midi avaient droit, comme retraités, au versement d'une indemnité de logement et d'une indemnité de chauffage. Le jour de leur départ en retraite, ils ont conclu avec leur employeur un contrat par lequel ils recevaient un certain capital qu'ils remboursaient leur vie durant au moyen de l'indemnité de logement à laquelle ils avaient droit, ce capital leur permettant de se porter acquéreurs de la maison qu'ils occupaient. Faisant valoir que le montant du capital avait été intégralement remboursé, ils ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande à l'encontre de l'ANGDM, pour obtenir la restitution de l'indemnité de logement que

cet organisme avait continué à percevoir. L'ANGDM a soulevé l'incompétence de la juridiction judiciaire au profit de la juridiction administrative.

La chambre sociale était ainsi saisie pour la première fois d'une question de compétence concernant les litiges entre d'anciens mineurs et l'ANGDM. Sur cette question, les cours d'appel étaient divisées.

Par décision du 16 octobre 2006 (Tribunal des conflits, 16 octobre 2006, *Bull.* 2006, T. conflits, n° 29, p. 38, *Bull. jur. contrats publics* 2006, p. 419, conclusions J.-H. Stahl), le Tribunal des conflits avait jugé que, sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ; il avait ainsi estimé que la transformation de la Caisse centrale de réassurance en société anonyme, postérieurement à la signature de la convention litigieuse, était sans incidence sur l'appréciation de la nature juridique de cette convention.

Cette règle avait été reprise par la première chambre civile (1^{re} Civ., 14 novembre 2007, pourvoi n° 06-16.177, *Bull.* 2007, I, n° 359), qui, en présence d'un contrat conclu avant la modification du statut d'EDF, entre une société et EDF, alors établissement public industriel et commercial, contrat soumis à un régime exorbitant du droit commun et présentant le caractère d'un contrat administratif, avait jugé que le litige qui portait sur une obligation découlant de ce contrat ne relevait pas de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

L'arrêt du 28 janvier 2009, après avoir rappelé que l'ANGDM se substitue aux entreprises dans les contentieux relatifs aux droits et prestations relevant de sa compétence ainsi que dans ceux liés à la cessation d'activité des entreprises, applique la même règle et en déduit que les contrats conclus entre les salariés et leur employeur étant des contrats de droit privé, les litiges relatifs à leur application relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

* *Conflits de juridiction*

N° 99

Il résulte de l'article 19 § 2 a du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qu'un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un Etat membre peut être attrait dans un autre Etat membre devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail ; que le lieu de travail habituel est l'endroit où le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail pour le compte de son employeur, en tenant compte de l'intégralité de la période d'activité du travailleur ; qu'en cas de périodes stables de travail dans des lieux successifs différents, le dernier lieu d'activité

devrait être retenu dès lors que, selon la volonté claire des parties, il a été décidé que le travailleur y exerçait de façon stable et durable ses activités.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, s'agissant d'un litige opposant un armateur à son matelot, engagé, par une société ayant son siège social à Luxembourg, pour naviguer sur un bateau battant pavillon luxembourgeois, retient la compétence de la juridiction du lieu du port où le bateau était amarré au moment de son licenciement au seul motif que l'intéressé y travaillait depuis cinq mois, un tel motif étant impropre à caractériser le dernier lieu de travail habituel au sens de l'article 19 du Règlement.

Soc. – 31 mars 2009.

Cassation

N° 08-40.367. – CA Aix-en-Provence, 12 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Mazard Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

Un marin, engagé par une société de droit luxembourgeois pour travailler sur un bateau battant pavillon luxembourgeois et navigant plusieurs mois dans l'année entre la France, l'Italie, la Croatie, la Grèce, la Tunisie, l'Espagne, Gibraltar et le Portugal, est licencié par son employeur. Il saisit la juridiction prud'homale française de la ville où le bateau était amarré de demandes en paiement d'indemnités de congés payés et de rupture.

Son employeur soulève alors l'incompétence de la juridiction française au profit de la juridiction luxembourgeoise. La cour d'appel juge que la juridiction française est compétente, aux motifs qu'au moment du licenciement, le salarié travaillait depuis cinq mois au port d'attache du bateau.

En matière de partage des compétences entre les juridictions des Etats membres de la Communauté européenne, lorsque le litige comporte un élément d'extranéité, la Convention de Bruxelles, jusqu'au 26 mai 1989, ne contenait aucune règle de compétence particulière pour les contrats de travail. Ceux-ci relevaient des règles ordinaires de compétence. Cependant, la Cour de justice des Communautés européennes, dans ses arrêts, prenait en considération, dans le souci de protéger le travailleur, le lieu d'exécution du travail. En 1989, la Convention de Bruxelles a été modifiée et des règles spécifiques au contrat de travail y ont été introduites, mais de manière éparse. C'est le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, qui a réuni ces règles. Il consacre désormais une section 5 spécifique aux contrats de travail.

Ainsi, aujourd'hui, si l'employeur a l'obligation de saisir la juridiction de l'Etat du domicile du travailleur, celui-ci bénéficie d'une option, notamment, comme c'est le cas en l'espèce, si l'employeur a son domicile sur le territoire d'un Etat membre : le salarié peut l'attirer devant les tribunaux de l'Etat membre où il a son domicile ou bien dans un

autre Etat membre, soit « devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, soit devant le tribunal du dernier lieu où le travailleur a accompli habituellement son travail » (article 19-2 a du Règlement (CE) n° 44/2001), soit, « lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve, ou se trouvait, l'établissement qui a embauché le travailleur » (article 19-2 b du Règlement).

C'est à l'interprétation de ces dispositions que se livre la Cour de cassation dans l'arrêt commenté et, plus particulièrement, à l'interprétation des termes « lieu où le salarié accomplit habituellement ou a accompli habituellement son travail », lorsque le salarié exerce ses activités dans plusieurs Etats. Pour répondre à une telle question, la Cour de cassation devait s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

La Cour de justice des Communautés européennes, sous l'empire de la Convention de Bruxelles (qui offrait au salarié une option de compétence similaire à celle du Règlement (CE) n° 44/2001), décidait, de manière constante, que le lieu habituel de travail est « l'endroit où, ou à partir duquel, le travailleur s'acquitte principalement de ses obligations à l'égard de son employeur, et qu'il convient de tenir compte de la circonstance que l'exécution de la mission confiée au salarié a été assurée à partir d'un bureau situé dans un Etat contractant où ce travailleur a établi sa résidence, à partir duquel il exerçait ses activités pour son employeur, où il revenait après chaque déplacement professionnel dans d'autres pays » (par exemple, CJCE, 13 juillet 1993, Mulox IBC, affaire n° C-125/92).

La Cour de justice des Communautés européennes a précisé, dans l'arrêt du 27 février 2002, X..., affaire n° C-37/00, que, lorsqu'un salarié a exercé la même activité au profit de son employeur dans plusieurs Etats membres, mais sans que le travailleur ne dispose, dans un des Etats contractants, d'un bureau qui aurait constitué le centre effectif de ses activités professionnelles et à partir duquel il se serait acquitté de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur, le critère pertinent à prendre en considération pour déterminer le lieu de travail habituel « est en principe l'endroit où le travailleur a accompli la majeure partie de son temps de travail pour le compte de son employeur » (point 50). Dans ce même arrêt, la Cour de justice a ajouté que « ce critère temporel (...) implique logiquement que l'intégralité de la période d'activité du travailleur soit prise en compte pour déterminer l'endroit où le salarié a accompli la partie la plus significative de son emploi et où, dans un tel cas de figure, se situe le centre de gravité de son rapport contractuel avec l'employeur » (point 52).

Les autres critères de rattachement ne doivent jouer que dans l'hypothèse où ce principe ne trouverait pas à s'appliquer. Ainsi, la « période de travail la plus récente devrait être retenue lorsque le travailleur, après avoir accompli son travail pendant une certaine durée à un endroit déterminée, exerce ensuite ses activités de manière durable en un lieu différent, dès lors

que, selon la volonté claire des parties, ce dernier est destiné à devenir un nouveau lieu de travail habituel » (point 54).

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation fait application de cette jurisprudence européenne. Elle juge ainsi que « le lieu de travail habituel est l'endroit où le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail pour le compte de son employeur, en tenant compte de l'intégralité de la période travaillée ». Elle ajoute, conformément au point 54 de l'arrêt CJCE, 27 février 2002, X..., affaire n° C-37/00, précité, que le critère du dernier lieu d'activité ne doit être retenu pour déterminer le lieu de travail habituel que si, « selon la volonté claire des parties, il a été décidé que le travailleur y exerçait de façon stable et durable ses activités ».

Or, la cour d'appel a fondé sa décision sur le seul fait que le marin travaillait depuis cinq mois au port d'attache du bateau. Elle n'a pas recherché si les parties avaient exprimé clairement leur volonté que le salarié exerce de façon stable et durable son activité au sein de ce port d'attache, ou si le temps de cinq mois durant lequel le salarié a travaillé dans ce port d'attache constituait la part la plus significative de son activité pour le compte de l'armateur, en tenant compte de l'intégralité de sa période de travail au service de cet armateur. La cour d'appel n'a ainsi pas permis à la Cour de cassation de contrôler si le lieu de travail retenu par elle pour déterminer la juridiction compétente était conforme aux dispositions du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000. Son arrêt ne pouvait être que cassé pour défaut de base légale.

* Demande non chiffrée – office du juge

Soc. – 11 mars 2009. Cassation partielle

N° 07-44.090. – CA Paris, 22 juin 2007.

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

Voir n° 56, sommaire n° 2.

* Immunité de juridiction

N° 100

La seule référence à la législation française dans la lettre d'engagement du salarié ne vaut pas renonciation à l'immunité de juridiction dont bénéficie l'UNESCO, sur le fondement de l'article 12 de l'Accord de siège du 2 juillet 1954.

La cour d'appel, qui a constaté que l'UNESCO avait institué en son sein, pour régler les litiges pouvant survenir entre elle et ses salariés, une procédure d'arbitrage confiée à une personnalité compétente et indépendante, notamment de l'employeur, devant respecter le principe de la contradiction et celui d'impartialité, et que le salarié pouvait s'y faire assister sans que soit exclue l'assistance par un conseil de son choix, ce dont il résultait que les intéressés disposant, pour le règlement de leurs conflits du travail, d'un recours juridictionnel comportant

des garanties d'impartialité et d'équité, cette procédure répondait aux exigences de la conception française de l'ordre public international, a exactement décidé que l'organisation internationale, non adhérente à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, était fondée à revendiquer le bénéfice de son immunité juridictionnelle.

Doit donc être approuvé l'arrêt qui déclare irrecevable l'action prud'homale d'un directeur de l'économat de l'UNESCO à raison du privilège de juridiction dont jouit cette organisation internationale.

Soc. – 11 février 2009.

Rejet

N° 07-44.240. – CA Paris, 4 juillet 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Moignard, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

L'application des principes régissant les immunités de juridiction pose parfois problème, l'immunité dont une partie bénéficie ne devant pas engendrer un déni de justice pour son contradicteur. Contrairement aux Etats étrangers, les organisations internationales jouissent d'une immunité absolue, sauf renonciation par le bénéficiaire.

Le cas d'espèce concerne un salarié contractuel de l'UNESCO, directeur de l'économat de cette organisation internationale ayant son siège à Paris. L'intéressé avait été engagé par une lettre prévoyant un contrat à durée indéterminée régi par le règlement du personnel de l'économat, complété par la législation française du travail. A la suite de son licenciement, une procédure prud'homale a été engagée par ce cadre et l'UNESCO, employeur, a revendiqué son privilège de juridiction tel qu'il résulte de l'accord de siège du 2 juillet 1954. La cour d'appel de Paris a fait droit à cette exception et a dit la juridiction prud'homale française incompétente.

Deux questions étaient posées :

– l'Unesco avait-elle renoncé à son privilège de juridiction ?

– la procédure mise en place par cette organisation internationale présentait-elle des garanties suffisantes ?

La réponse à la première question relevait de l'appréciation des juges du fond interprétant les documents contractuels et, la renonciation devant être expresse, la simple référence à la législation française pour compléter le règlement de l'économat était insuffisante, d'autant que la lettre d'embauche prévoyait que s'appliquaient les dispositions du règlement du personnel de l'UNESCO en ce qui concerne les privilèges. La cour d'appel avait par ailleurs constaté que l'UNESCO avait toujours revendiqué ce privilège.

Plus pertinente, la seconde question oblige à considérer le système mis en place en l'espèce par le règlement de l'économat pour connaître des litiges entre l'organisation internationale et cette catégorie de salariés, et à vérifier s'il est compatible avec la

conception française de l'ordre public international, l'UNESCO n'ayant pas adhéré à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il résulte de l'article 25 du règlement définissant les conditions d'emploi du personnel de l'économat de l'UNESCO qu'après contestation devant le conseil d'administration, toute décision de celui-ci peut faire l'objet d'un arbitrage devant le président ou le président suppléant du conseil d'appel de l'Organisation.

Cet arbitre présente-t-il toutes garanties d'indépendance et d'impartialité ?

Il s'agit de personnalités compétentes et indépendantes, nommées pour un mandat de six ans par le conseil exécutif, organe composé de représentants des états membres de l'UNESCO.

La procédure devant cet arbitre présente-t-elle des garanties suffisantes ?

Il est prévu une convocation puis un échange d'arguments et de conclusions, la possibilité d'investigations telles que l'audition de témoins, l'expertise, la demande de pièces...

La question de l'assistance par un avocat était posée, le règlement prévoyant la possibilité de se faire assister par un délégué du personnel ou un membre de son choix du personnel de l'économat ou de l'Organisation. La cour d'appel a constaté que cette formulation n'excluait pas l'assistance de l'intéressé par un conseil de son choix, dont rien ne permet de dire que l'UNESCO l'aurait refusé. Il s'agit d'ailleurs d'une formulation classique, en matière disciplinaire notamment, et qui ne prohibe pas l'assistance par un avocat.

Enfin, la décision doit être rendue, sauf exception, dans un délai de trente jours ouvrables et par écrit, ce qui sous-tend qu'elle doit être motivée. Elle est définitive et sans appel.

L'arrêt approuve donc la cour d'appel d'avoir retenu le privilège de juridiction de l'UNESCO dans un litige avec un salarié, solution identique aux décisions concernant l'UEO (1^{re} Civ., 14 novembre 1995, pourvoi n° 90-43.633, *Bull.* 1995, I, n° 413), l'OCDE (1^{re} Civ., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-43.052, *Bull.* 2000, I, n° 265) ou Eutelsat (Soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 98-44.996, *Bull.* 2001, V, n° 204), alors qu'une solution inverse avait été retenue pour l'Union latine (Soc., 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-40.763, *Bull.* 2003, V, n° 245) ou la Banque africaine de développement (Soc., 25 janvier 2005, pourvoi n° 04-41.012, *Bull.* 2005, V, n° 16), dans ce dernier cas, au constat de l'impossibilité pour le salarié d'exercer son droit à un tribunal pour connaître de sa cause.

N° 101

Si un Etat est en droit de revendiquer l'immunité de juridiction quant à l'appréciation des motifs de la décision de fermeture d'une délégation consulaire, le juge français garde le pouvoir de vérifier la réalité de la fermeture invoquée et les conséquences du licenciement d'un salarié motivé par cette déci-

sion, dès lors que celui-ci n'occupe pas des fonctions lui conférant une responsabilité particulière dans l'exercice du service public consulaire.

Encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour faire droit à la fin de non-recevoir tirée du principe de l'immunité de juridiction soulevée par les Etats-Unis d'Amérique, retient que la décision prise par cet Etat de fermer des délégations à l'étranger, dont le consulat de la Martinique, constitue un acte de souveraineté ne pouvant s'analyser comme un simple acte de gestion et que l'analyse des conditions dans lesquelles un salarié, licencié à la suite de la fermeture de ce consulat, exerçait ou non des fonctions en rapport avec la mission de service public consulaire est sans intérêt pour le litige.

Soc. – 31 mars 2009.

Cassation

N° 07-45.618. – CA Fort-de-France, 27 septembre 2007.

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

Note

Cet arrêt est conforme à la jurisprudence de la chambre mixte du 20 juin 2003 (pourvoi n° 00-45.629, *Bull.* 2003, Ch. mixte, n° 4) et à l'application qui en a été faite par la jurisprudence de la chambre sociale, lorsqu'il s'agit de statuer sur la fin de non-recevoir tirée du principe de l'immunité de juridiction soulevée par un Etat dans les litiges qui l'opposent aux salariés travaillant dans ses ambassades, consulats ou ses délégations à l'étranger.

La chambre sociale juge en effet de façon constante que le juge français n'est privé de son pouvoir de juger que si la personne employée par l'Etat au sein de ces représentations occupe des fonctions qui lui confèrent une responsabilité particulière dans l'exercice du service public et que, si ce n'est pas le cas, son licenciement ne constitue qu'un simple acte de gestion, qui exclut l'application du principe de l'immunité de juridiction.

Il en ira de même si le licenciement du personnel de ces représentations à l'étranger d'un Etat est prononcé à la suite de la décision prise par cet Etat de fermer des consulats : dans ce cas, si le juge français est dépourvu du pouvoir d'apprécier les motifs de cette décision, qui relève de l'exercice de la souveraineté de l'Etat, en revanche, s'il apparaît que le salarié licencié pour ce motif n'exerce pas des fonctions lui conférant une responsabilité particulière dans l'exercice du service public du consulat, le juge français aura le pouvoir de vérifier la réalité de la fermeture de la représentation de l'Etat et de statuer sur les conséquences de ce licenciement.

* *Impartialité*

N° 102

Selon l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial.

Viola ce texte la cour d'appel qui rejette la demande de renvoi de l'affaire devant une autre formation, dont elle est saisie en application de l'article 359 du code de procédure civile, dès lors que les conseillers prud'hommes membres de la formation de jugement, précédemment chargés de réunir des éléments d'information dans l'affaire en cause, avaient, dans leur rapport écrit, conclu au mal fondé de la demande du salarié.

Soc. – 3 mars 2009.

Cassation sans renvoi

N° 07-15.581. – CA Versailles, 6 mars 2007.

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

Note

Cet arrêt est pour la chambre sociale l'occasion de rappeler l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction, en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette exigence va au-delà des motifs de récusation énoncés par l'article 341 du code de procédure civile (2^e Civ., 27 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 245). Il ne peut qu'en être de même pour les motifs de récusation de l'article L. 1457-1 du code du travail (Soc., 18 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 506).

Ainsi, l'opinion, émise en l'espèce par deux rapporteurs sur le caractère mal fondé de la demande du salarié, exprimée dans le rapport établi suite à la mission d'information à eux confiée en application de l'article R. 1454-1 du code du travail, faisait naître un doute légitime sur leur impartialité et celle de la juridiction à laquelle ils appartiennent. En conséquence, la cour d'appel qui rejette la demande de renvoi de l'affaire devant une autre formation pour cause de suspicion légitime viole l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et selon une démarche objective, amenant à s'assurer que le juge offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (CEDH, 1^{er} octobre 1982, X... c. Belgique, requête n° 8692/79 ; CEDH, 24 mai 1989, X... c. Danemark, requête n° 10486/83 ; CEDH, 26 octobre 1984, X... c. Belgique, requête n° 9186/80). C'est d'impartialité subjective dont il s'agissait en l'espèce.

** Mesures d'instruction***Soc. – 4 février 2009.****Rejet**

N° 07-42.697. – CA Versailles, 5 avril 2007.

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

Voir n° 14, sommaire n° 2.

** Oralité des débats en matière prud'homale***N° 103**

En matière de procédure orale, une demande ne peut être considérée comme nouvelle en appel lorsque, formée initialement devant la juridiction de première instance, il n'a pas été mentionné dans le jugement que le demandeur y a expressément renoncé.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour considérer comme nouvelle la demande de résiliation judiciaire formulée par le salarié, a relevé que cette demande n'était pas reprise dans le dernier état des demandes mentionnées dans le jugement, sans constater qu'il y avait été expressément renoncé.

Soc. – 13 janvier 2009.**Cassation**

N° 07-42.465. – CA Versailles, 13 février 2007.

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

Note

Dans la présente affaire, un salarié avait saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail. Postérieurement, il avait été licencié pour faute grave et le conseil de prud'hommes avait rendu son jugement, dans lequel la demande de résiliation judiciaire n'était pas mentionnée.

De cette absence de mention, la cour d'appel en avait déduit que la demande de résiliation judiciaire n'avait pas été soutenue devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes et qu'il s'agissait donc, en appel, d'une demande « nouvelle ».

Cette qualification avait conduit la cour d'appel à juger qu'elle ne pouvait se prononcer sur cette demande tardive, car formulée après le licenciement. En effet, il est de jurisprudence constante que la demande de résiliation judiciaire formée par le salarié postérieurement à la notification du licenciement est sans objet (Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 05-42.539, *Bull.* 2006, V, n° 397).

Le salarié soutenait que la cour d'appel aurait dû statuer sur la demande de résiliation judiciaire avant d'examiner le licenciement prononcé par l'employeur.

La question de droit qui était posée à la Cour de cassation était donc la suivante : faut-il considérer qu'une demande formée devant la juridiction de première instance, en l'espèce le conseil de prud'hommes, mais ne figurant pas dans le

jugement vaut renonciation à cette demande, qui doit donc être qualifiée de « nouvelle » si elle est à nouveau présentée devant la cour d'appel ?

La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle qu'en matière prud'homale, la procédure est orale (article R. 516-6, devenu R. 1453-3, du code du travail).

Dans le cadre d'une procédure orale, la juridiction n'est saisie que par la comparution des parties, auxquelles il appartient de formuler et justifier leurs prétentions, et le juge doit se prononcer sur les demandes formulées contradictoirement devant lui à l'audience des débats (Soc., 10 juillet 1990, pourvoi n° 87-40.677, *Bull.* 1990, V, n° 359, et 2^e Civ., 4 mars 2004, pourvoi n° 02-11.423, *Bull.* 2004, II, n° 93). Le juge est également tenu de répondre aux moyens exposés dans la requête introductive d'instance, sauf renonciation expresse à l'audience (Soc., 18 décembre 1991, pourvoi n° 90-60.535, *Bull.* 1991, V, n° 599, sommaire n° 2).

La chambre sociale casse l'arrêt de la cour d'appel, en énonçant qu'en matière de procédure orale, seule la mention dans le jugement de première instance de la renonciation expresse du demandeur à ses prétentions peut permettre à la juridiction d'appel de considérer comme nouvelle la même demande présentée devant elle.

En l'espèce, le fait que la demande de résiliation judiciaire ne figure pas dans le jugement du conseil de prud'hommes ne permettait pas à la cour d'appel d'en déduire que le salarié n'avait pas maintenu sa demande en première instance. Seule la mention, dans le jugement du conseil de prud'hommes, que le demandeur avait renoncé à sa demande aurait pu permettre à la cour d'appel de la considérer comme nouvelle.

Elle confirme ainsi sa jurisprudence en vertu de laquelle « en matière de procédure orale, un moyen n'est pas irrecevable comme nouveau lorsqu'il a été invoqué dans des écritures régulièrement déposées et qu'il n'est pas mentionné dans la décision qu'il a été renoncé à ce moyen » (Soc., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-40.085, *Bull.* 2000, V, n° 210, sommaire n° 1).

** Récusation***N° 104**

En vertu des articles 346 et 349 du code de procédure civile, le juge qui s'oppose à sa récusation par une partie doit s'abstenir jusqu'à ce que la cour d'appel, qui seule a qualité pour apprécier la recevabilité et le bien-fondé de la demande de récusation, ait statué.

Doit dès lors être cassé le jugement qui déclare une telle demande irrecevable et statue sur le fond du litige.

Soc. – 21 janvier 2009.**Cassation sans renvoi**

N° 08-60.400. – TI Avignon, 4 avril 2008.

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

Note

La question qui se posait à la chambre sociale dans l'arrêt commenté était de savoir si le juge qui fait l'objet d'une demande de récusation a lui-même la qualité pour apprécier la recevabilité de la requête.

C'est la simple application des textes qui conduit la Cour de cassation à répondre, dans la ligne habituelle de sa jurisprudence, par la négative, jugeant que seule la cour d'appel avait qualité pour apprécier la recevabilité et le bien-fondé de la demande de récusation formée contre un juge d'instance.

En effet, l'article 349 du code de procédure civile dispose que « si le juge s'oppose à la récusation ou ne répond pas, la demande de récusation est jugée sans délai par la cour d'appel ». Ce texte ne fait pas de différence entre l'examen de la recevabilité et celui du bien-fondé de la demande de récusation.

La deuxième chambre civile a d'ailleurs déjà décidé (2^e Civ., 28 juin 2001, pourvoi n° 97-20.729, *Bull.* 2001, V, n° 126) que la cour d'appel était compétente pour apprécier la recevabilité d'une demande de récusation lorsque la demande est dirigée contre un juge dépendant d'une juridiction du premier degré ou un conseiller de cour d'appel. Elle a également jugé que si le renvoi est demandé pour cause de récusation de la personne de plusieurs juges et que le président de la formation s'oppose à cette demande, il transmet l'affaire, avec les motifs de son refus, au président de la juridiction immédiatement supérieure (2^e Civ., 18 novembre 2004, pourvoi n° 03-14.784). Dans cet arrêt, la cour d'appel avait elle-même déclaré la demande de récusation irrecevable et l'arrêt a été cassé au motif qu'il « appartenait au président seul de prendre une décision et procédant, conformément aux dispositions [des articles 355, 358 et 359 du code de procédure civile], de transmettre, le cas échéant, l'affaire, avec les motifs de son refus, au premier président la Cour de cassation ».

La chambre sociale, de son côté, a déjà jugé, par un arrêt du 24 septembre 1997 (pourvoi n° 97-42.811, *Bull.* 1997, II, n° 237), qu'« Excède ses pouvoirs le conseil de prud'hommes qui, par jugement, déclare irrecevable la demande de récusation formée contre un conseiller prud'homme alors que cette demande de récusation devait, si le conseiller prud'homme s'y opposait ou ne répondait pas, être jugée sans délai par la cour d'appel. »

Un juge ne peut donc jamais statuer lui-même, fût-ce pour constater son irrecevabilité, sur une demande de récusation qui le concerne.

*** Unicité de l'instance****N° 105**

Lorsque, dans une procédure prud'homale soumise à la règle de l'unicité de l'instance, une partie demande, dans le délai de deux ans prévu par l'article 386 du code de procédure civile, l'aide juridictionnelle pour accomplir la diligence mise à

sa charge par la juridiction, le délai de péremption s'arrête de courir tant qu'il n'a pas été définitivement statué sur cette demande.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt qui décide que la péremption de l'instance est acquise au terme des deux années suivant l'ordonnance prescrivant la diligence, alors qu'il résultait de ses constatations qu'une demande d'aide juridictionnelle avait été formée par l'intéressé, à l'intérieur de ce délai, pour accomplir cette diligence.

Soc. – 28 janvier 2009.

Cassation

N° 07-42.287. – CA Paris, 3 octobre 2006.

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

Note

La décision adoptée par la chambre sociale se justifie par les règles spécifiques à la procédure prud'homale.

D'abord, cette procédure est soumise à la règle de l'unicité l'instance, qui interdit aux parties d'agir une seconde fois en justice si elles avaient eu l'occasion de formuler leurs demandes à l'occasion d'une précédente instance, quand bien même celle-ci se serait achevée par l'effet de la péremption.

En cette matière, la péremption d'instance a donc un effet beaucoup plus rigoureux qu'en droit commun, où l'introduction d'une nouvelle instance est toujours possible tant que l'action n'est pas éteinte. C'est la raison pour laquelle les dispositions de l'article R. 1452-8 du code du travail limitent le jeu de la péremption de l'instance prud'homale au seul cas où les parties se sont abstenues d'accomplir les diligences qui ont été expressément mises à leur charge par la juridiction.

La chambre sociale a progressivement étendu la notion de diligence, en considérant qu'en dépit du caractère oral de la procédure, la formulation par écrit des prétentions et moyens des parties constituait une telle diligence, lorsqu'elle était ordonnée par la juridiction pour mettre l'affaire en l'état d'être jugée (Soc., 11 juin 2002, pourvoi n° 00-42.654, *Bull.* 2002, V, n° 202, et Soc., 9 mars 2005, pourvoi n° 02-46.319, *Bull.* 2005, V, n° 82).

Pour accomplir cette diligence, qui implique le dépôt de véritables conclusions, les parties doivent naturellement pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dans le cadre de l'aide juridictionnelle. Or, la durée de l'instruction des demandes d'aide juridictionnelle excède parfois le délai de péremption.

L'application en pareil cas de la jurisprudence de la deuxième chambre civile, selon laquelle la demande d'aide juridictionnelle n'interrompt pas le délai de péremption (2^e Civ., 19 mai 1998, pourvoi n° 96-17.349, *Bull.* 1998, II, n° 158), aboutirait à priver la partie ayant recours à l'aide juridictionnelle de la possibilité de faire valoir ses prétentions.

C'est pourquoi la chambre sociale a considéré, en ce cas, que, tant qu'il n'a pas été statué sur

la demande d'aide juridictionnelle, le délai de péremption ne court pas. Au demeurant, bien qu'il s'agisse de procédures différentes, la demande d'aide juridictionnelle a quand même un effet sur la demande au fond, puisque la juridiction saisie doit attendre que le bureau d'aide juridictionnelle se soit prononcé définitivement pour statuer sur le litige (2^e Civ., 18 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.294, *Bull.* 2007, II, n° 9, et Soc., 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-17.792, *Bull.* 2000, V, n° 305).

** Vice de forme*

Soc. – 31 mars 2009.

**Cassation
partiellement sans renvoi**

N° 08-60.517. – TI Nantes, 8 octobre 2008.

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

Voir n° 65, sommaire n° 1.

COURS ET TRIBUNAUX

Contrat de travail, organisation, et exécution du travail

Droits et obligations des parties au contrat de travail

** Pouvoir de direction*

La sélection d'arrêts ici présentée illustre le fait que l'employeur ne peut pas faire un usage discrétionnaire de son pouvoir de direction, dès lors que c'est l'équilibre de la vie familiale du salarié qui est remis en cause.

Les solutions s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui retient les critères d'« obligations familiales impérieuses », de « droit du salarié à une vie personnelle et familiale » et d'atteinte « justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (Soc., 9 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 157 ; Soc., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 241(1) ; Soc., 14 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 364 ; Soc., 14 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 192 ; Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 4).

Cette protection du salarié trouve ainsi particulièrement à s'appliquer en cas de modification par l'employeur de ses horaires de travail ou de mise en œuvre d'une clause de mobilité impliquant une mutation géographique d'une distance non négligeable, quand cette décision entraîne un important retentissement sur l'organisation de la vie personnelle du salarié.

Toutefois, certains des arrêts rapportés rappellent que cette protection n'est pas sans limite. D'une part, si le refus du salarié dans de telles hypothèses ne peut jamais constituer une faute grave, il peut tout de même constituer une faute justifiant un licenciement. D'autre part, la mise en avant d'obligations familiales ne doit pas aboutir à paralyser tout pouvoir d'organisation de l'employeur : les juges du fond exigent qu'elles soient précisément justifiées et veillent à ce qu'elles ne permettent pas au salarié de se soustraire à son obligation de loyauté dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

N° 106

L'obligation de reclassement d'un salarié inapte nécessite qu'il soit tenu compte de la situation familiale de l'intéressé, ce qui implique une recherche

effective de reclassement dans les établissements proches de l'établissement dans lequel il a été victime de faits de harcèlement moral.

CA Dijon (ch. sociale), 12 février 2009. – RG n° 08/00144.

M. Drapier, Pt. – Mme Roux et M. Hoyet, conseillers.

N° 107

La modification des horaires à temps partiel d'un salarié doit être considérée comme abusive, non seulement eu égard aux charges de famille du salarié, qui justifiaient son temps partiel et le choix précis de ses horaires, mais aussi dans la mesure où la clause de mobilité contenue dans son contrat de travail ne l'obligeait pas à accepter une modification de ses horaires à temps partiel.

CA Versailles (15^e ch.), 19 mars 2009. – RG n° 07/04374.

M. Limoujoux, Pt. – Mme De Martel et M. Liffra, conseillers.

A rapprocher :

Soc., 9 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 157 (cassation).

N° 108

Si, en principe, la répartition des horaires de travail du salarié sur la semaine relève du pouvoir de direction de l'employeur, il en est autrement si cette modification entraîne un bouleversement de sa vie familiale, constituant une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié.

En substituant à une répartition fixe dans la semaine des jours de travail, du lundi au vendredi, une répartition par roulement et en remplaçant un horaire de travail toujours identique par un horaire alternatif se prolongeant une semaine sur deux jusqu'à 23h30, l'employeur occasionne un bouleversement de la vie familiale d'une salariée toute jeune mère de famille depuis quelques mois.

CA Dijon (ch. sociale), 12 mars 2009. – RG n° 08/00562.

M. Drapier, Pt. – Mme Roux et M. Vignard, conseillers.

A rapprocher :

Soc., 14 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 364 (cassation partiellement sans renvoi) ; Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 4 (cassation partielle), et les arrêts cités.

N° 109

Une modification des horaires de travail d'un salarié, qui n'affecte ni la durée du travail ni la rémunération, de telle sorte qu'il s'agit d'un simple changement des conditions de travail, peut être imposée par l'employeur, sauf au salarié à établir que ces nouvelles dispositions modifient substantiellement son organisation personnelle ou aggravent ses conditions de vie.

Est dès lors fondée à solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur pour modification de ses horaires la salariée qui, ayant pris en charge la fille de son concubin, fait valoir que cette modification lui occasionnerait des frais supplémentaires de déplacements et de contraintes horaires, devant commencer sa journée certains jours de la semaine à 6 heures du matin ou terminer tard à 19 heures, et se voyant supprimer tout week-end libéré.

CA Rouen (ch. sociale), 24 février 2009 – RG n° 08/03092.

Mme Pams-Tatu, Pte. – Mme Raynal-Bouché et M. Mouchard, conseillers.

N° 110

Constitue un manquement à ses obligations contractuelles le refus réitéré d'un salarié, malgré la demande expresse de son employeur, d'exécuter deux missions qui reentraient dans le cadre de ses obligations contractuelles, au motif qu'il s'agissait d'un travail de nuit incompatible avec ses obligations familiales, les missions devant se faire de 5h à 13h et de 13h à 21h, dès lors que le salarié n'a fourni aucune excuse légitime pour refuser le travail ainsi confié ponctuellement à des horaires dépassant de deux à trois heures les horaires habituels de travail de bureau, qu'il bénéficiait du statut de cadre et qu'il ne justifie d'aucune charge ou obligation familiale particulière.

CA Nancy (ch. sociale), 27 février 2009. – RG n° 07/00351.

Mme Schmeitzky, Pte. – Mmes Mlynarczyk et Zecca-Bischoff, conseillères.

N° 111

L'employeur doit, d'une part, proposer une organisation spécifique de travail pour une mission d'une durée de cinq mois dès lors que les temps de transport d'environ deux heures dans chaque sens ne sont compatibles ni avec les obligations familiales de la salariée, mère de deux enfants de 5 et 7 ans, ni avec le respect de son temps partiel, et il ne laisse pas, d'autre part, à la salariée un temps de préve-

nance suffisant au regard de ses obligations familiales, qu'il connaissait, en l'avisant de la mission en cause quinze jours avant son début.

Partant, si le refus du salarié de la mission ainsi attribuée reste constitutif d'une faute, puisqu'il avait contractuellement l'obligation d'effectuer les missions que son employeur décidait de lui affecter dans la région visée au contrat de travail, cette faute ne revêt pas le caractère d'une faute grave.

CA Grenoble (ch. sociale), 21 janvier 2009. – RG n° 08/01549.

M. Delpuech, Pt. – Mme Jacob et M. Seguy, conseillers.

A rapprocher :

Soc., 15 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 335 (rejet), et Soc., 14 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 192 (cassation).

N° 112

Le refus par un salarié d'accepter une mutation conforme à une clause de mobilité contractuelle est fautif, sauf à lui à établir qu'elle a été mise en œuvre pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise ou dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle.

Tel est le cas lorsque l'employeur connaît la lourde charge familiale d'une salariée de retour d'un congé parental, mère de deux enfants en bas âge qu'elle élève seule et habitant à proximité de sa famille, ce dont il s'induit que celle-ci constitue un recours potentiel en cas de difficultés, et décide de la muter dans des conditions alourdissant considérablement cette charge familiale, rendant prévisible un refus de la mutation proposée, dès lors que celle-ci impliquait, pour la salariée, soit de s'éloigner de sa famille avec ses deux enfants pour s'établir dans une autre ville, soit de parcourir tous les jours de travail 260 kilomètres (aller-retour) de son domicile à son lieu de travail.

CA Metz (ch. sociale), 2 février 2009. – RG n° 06/03657.

Mme Dory, Pte. – Mme Dorsch et M. Schneider, conseillers.

A rapprocher :

Soc., 14 décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 364 (cassation partiellement sans renvoi).

N° 113

En application notamment de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, un employeur ne peut imposer à un salarié un changement de sa résidence familiale, mesure attentatoire au droit de toute personne au respect de son domicile.

Si une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à cette liberté fondamentale, encore faut-il que l'obligation de transfert du domi-

cile du salarié présente pour l'entreprise un caractère indispensable et ne soit pas disproportionnée au but recherché.

Est par conséquent sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié pour refus d'une mutation, accompagnée d'une injonction de l'employeur de changement de domicile, le refus étant motivé dans une lettre du salarié par le fait qu'il ne pouvait faire subir un nouveau déménagement à sa femme et à ses enfants, courrier détaillant les contraintes qui en résulteraient pour sa famille et ne laissant ainsi aucun doute à son employeur sur l'un des motifs de son refus, dès lors que l'employeur ne démontre ni n'allègue du caractère indispensable pour l'entreprise du transfert du domicile personnel du salarié et ne justifie pas plus que l'atteinte à la liberté de choix de son domicile était proportionnée au but recherché.

CA Grenoble (ch. sociale), 2 mars 2009. – RG n° 08/02304.

M. Gallice, Pt. – Mme Jacob et M. Seguy, conseillers.

A rapprocher :

Soc., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 241 (1) (cassation sans renvoi), et l'arrêt cité ; Soc., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 126 (1) (cassation).

N° 114

Manque à son obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi le salarié qui, ayant non seulement proféré des injures à l'encontre d'autres salariés et enregistré des fiches clients sciemment erronées, a, en outre, décidé de plier ses obligations professionnelles à l'idée qu'il se fait de ses obligations familiales, sans considération pour son employeur, tenu de pallier ses défaillances récurrentes, ni pour ses collègues, pourtant obligés comme lui de travailler deux samedis sur trois, dès lors qu'il ne ressort d'aucune pièce du dossier que le salarié, qui s'est trouvé, comme beaucoup de pères, dans la situation de devoir rencontrer son enfant dans le cadre d'un droit de visite fixé par décision de justice, ait tenté à un moment quelconque de rendre les modalités d'exercice de son droit de visite compatibles avec ses obligations professionnelles, soit en engageant une procédure modificative, soit en sollicitant de son épouse un aménagement des jours d'hébergement, qui n'étaient mentionnés dans l'ordonnance qu'à défaut d'accord amiable des parties.

CA Lyon (ch. sociale), 13 février 2008. – RG n° 07/00783.

M. Joly, Pt. – Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillères.

COMMENTAIRES
ET DOCTRINE

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

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

1. *Emploi et formation*

* *Sécurisation des parcours professionnels*

Vincent Xavier, « La théorie prétorienne des périodes de garantie d'emploi, après dix ans de jurisprudence », *Revue de jurisprudence sociale*, février 2009, p. 91 et s.

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

* *Clause de mobilité*

Grégoire Loiseau, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *La Semaine juridique, édition social*, n° 3, 13 janvier 2009, 1013.

B. – Représentation du personnel et élections professionnelles

Représentation du personnel - Institutions représentatives du personnel

Franck Petit, « Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », *Droit ouvrier*, janvier 2009, p. 22.

Bernard Gauriau, « Variations sur le droit syndical », *La Semaine juridique, édition social*, n° 11, 10 mars 2009, 1109.

C. – Action en justice

* *Conciliation*

Daniel Boulmier, « Bureau de conciliation : la nouvelle sanction du demandeur absent pour motif légitime (à propos du décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008) », *Droit ouvrier*, janvier 2009, p. 1.

BULLETIN D'ABONNEMENT

AUX BULLETINS DE LA COUR DE CASSATION

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **librairie de la Documentation française**, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner (1) :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an (référence d'édition 91) : **120,90 €** (2)
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an (référence d'édition 97) : **22,60 €** (2)
- Abonnement annuel D.O.M.-R.O.M.-C.O.M. et Nouvelle-Calédonie uniquement par avion : tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Nom : Prénom :

N° d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) : N° de payeur :

Adresse :

Code postal : Localité :

Date : Signature :

- Ci-joint mon règlement par chèque bancaire ou postal, à l'ordre de la Direction des Journaux officiels.

(1) Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

(2) Tarif d'abonnement pour la France pour l'année 2009, frais de port inclus.

197090850-001209 – Imprimerie de la Direction de l'information légale et administrative,
26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

N° d'ISSN : 0992-6623

N° de CPPAP : en cours

Le directeur de la publication : le président de chambre à la Cour de cassation, directeur du service
de documentation et d'études : Bertrand Louvel

Reproduction sans autorisation interdite – Copyright Service de documentation et d'études

Le bulletin d'information peut être consulté sur le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Direction artistique : PPA ■ PARIS

Prix : 7 €
ISSN 0992-6623



**Direction
des Journaux
officiels**

26, rue Desaix
75727 Paris
cedex 15

renseignements :
01 40 58 79 79

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :

par courrier

par télécopie :

01 45 79 17 84

sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr