

Droit *du travail*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications



*Publication
trimestrielle*

*Avril
Mai
Juin
2009*

N° 86

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 EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Accords collectifs et conflits collectifs du travail

Conflits collectifs du travail

Grève

* Opération escargot 115

II. – COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. *Emploi et formation*

* Travailleurs privés d'emploi 116

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

* Discrimination entre salariés – Discrimination fondée sur l'âge 117

COUR DE CASSATION (*)

SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

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

1. *Emploi et formation*

* Existence du contrat de travail 118

* Période d'essai 119

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

* Clause de non-concurrence 120

* Discriminations entre salariés 121-122

* Harcèlement moral 123

* Modification du contrat de travail 124

* Pouvoir disciplinaire de l'employeur 124

* Refus légitime d'un salarié de reprendre le travail 125

* Respect de la vie personnelle du salarié 126

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

* Respect des libertés individuelles ou collectives des salariés	127
* Responsabilité pécuniaire du salarié à l'égard de son employeur	128
* Travail dissimulé	118
3. <i>Modification dans la situation juridique de l'employeur</i>	
* Changement d'employeur	129
* Contribution du nouvel employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise	130
* Maintien des conventions individuelles négociées	131
* Transfert d'une entité économique – caractérisation	132
* Transfert d'une entité économique autonome	133
4. <i>Contrats particuliers</i>	
* Contrat de chantier	134
* Travail temporaire	135
5. <i>Statuts particuliers</i>	
* Assistant(e) maternel(le)	136
* Fonctionnaires mis à disposition	137
* Personnel d'Air France	138-139
B. – Durée du travail et rémunérations	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Acquisition des jours de RTT	140
* Modulation du temps de travail	141
* Temps partiel – temps complet	142
2. <i>Rémunérations</i>	
* Salaire (« A travail égal, salaire égal »)	143
* Primes	144
* Plan d'épargne d'entreprise	145
C. – Santé et sécurité au travail	
1. <i>Obligation de sécurité pesant sur l'employeur</i>	
* Etendue	146
* Responsabilité pénale	147
2. <i>Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail</i>	
* Obligation de reclassement pesant sur l'employeur	148
* Protection contre le licenciement – avis des délégués du personnel	149
* Salarié dans l'impossibilité physique d'exécuter son préavis	150
D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail	
1. <i>Accords et conventions collectives</i>	
* Accords collectifs et conventions collectives divers	151 à 154
* Principe de faveur	155
2. <i>Conflits collectifs du travail</i>	
2.1. <i>Protocole de fin de conflit</i>	
* Révision	156

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. <i>Elections professionnelles</i>	
* Négociation préélectorale	157
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.1. Institutions représentatives du personnel	
* Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail	158
* Délégué syndical	159-160
* Syndicat – activité syndicale	161
* Syndicat – entrave à l'exercice du droit syndical	162
2.2. Exercice de la fonction de conseiller prud'homme	
* Temps nécessaire	163
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
3.1. Protection contre le licenciement	
* Droit à réintégration en cas de licenciement sans autorisation administrative ..	164
3.2. Protection contre les modifications du contrat de travail	
* Transfert du contrat de travail	165
3.3. Protection contre les discriminations syndicales	
* Preuve	166

F. – Rupture du contrat de travail

1. <i>Licenciement</i>	
1.1. Mise en œuvre	
* Date de la rupture	167
* Formalités conventionnelles préalables	168
* Irrégularité de procédure	169
* Lettre de licenciement	170-171
* Préavis	118
1.2. Licenciement disciplinaire	
* Délai pour engager les poursuites	172
1.3. Licenciement économique	
* Licenciement à l'occasion d'un transfert d'entreprise	173
* Motif économique – caractérisation	174
* Priorité de réembauche	175-176
1.4. Indemnité spéciale de licenciement	177
2. <i>Résiliation judiciaire</i>	
* Manquements reprochés à l'employeur	131

G. – Actions en justice

* Action des ayants droit du salarié décédé – recevabilité	178
* Demande de récusation	179
* Mesures d'instruction	180
* Opposition	181
* Prescription	182

COURS ET TRIBUNAUX

Actions en justice

* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes	183 à 186
* Effet dévolutif de l'appel	187
* Oralité des débats	188

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

Page 61

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

I. – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Accords collectifs et conflits collectifs du travail

Conflits collectifs du travail

Grève

* *Opération escargot*

N° 115

Faits :

Le 25 novembre 2002, le requérant participa à une « opération escargot », dans le cadre d'une journée d'action revendicative nationale organisée ce jour-là à l'appel d'une intersyndicale des transports routiers, suivant un préavis déposé le 15 novembre 2002. Avec deux autres personnes, il fut cité à comparaître devant le tribunal de grande instance de Lyon, pour avoir, le 25 novembre 2002, en vue d'entraver la circulation, placé ou tenté de placer, sur une voie ouverte à la circulation publique, un objet faisant obstacle au passage des véhicules, ou employé ou tenté d'employer un moyen quelconque pour y mettre un obstacle, en l'espèce en s'arrêtant plusieurs fois avec son véhicule.

Par un jugement du 13 novembre 2003, le tribunal de grande instance de Lyon renvoya le requérant des fins de la poursuite.

Par un arrêt du 27 mai 2004, sur appel du ministère public, la cour d'appel de Lyon infirma le jugement. Selon la juridiction d'appel, en plaçant et en immobilisant leurs véhicules de manière à occuper l'ensemble des voies de circulation de l'autoroute, les prévenus avaient délibérément fait obstacle au passage des véhicules dans le dessein d'entraver leur progression, et s'étaient bien rendus coupables du délit poursuivi et prévu à l'article L. 412-1 du code de la route. Elle décida que la commission d'infraction à la loi pénale ne

saurait être justifiée ni par l'exercice du droit de grève ni par les manifestations sur les voies publiques, qui constituent un des modes d'expression de la liberté de réunion et qui sont soumises à une obligation de déclaration préalable. La cour d'appel déclara ainsi les prévenus coupables du délit et condamna chacun d'eux à trois mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à 1 500 euros d'amende.

Par un arrêt du 8 mars 2005, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le requérant et l'un de ses coprévenus.

Griefs :

Le requérant estimait incompatible avec ses libertés d'expression, de réunion et d'association syndicale, protégées par les articles 10 et 11 de la Convention, la condamnation par la cour d'appel de Lyon, pour délit d'entrave à la circulation publique.

Invoquant l'article 6 § 1 et 2 de la Convention, il soutenait également ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, eu égard à la dénaturation des faits opérée par les juridictions internes et à l'insuffisance de motivation de leurs décisions. Il estimait enfin qu'en l'absence de preuve certaine de la réalité des faits, il avait été porté atteinte à sa présomption d'innocence.

Décision :

– Sur le fond : s'agissant d'une manifestation sous la forme de rassemblement et de défilé, la liberté de pensée et la liberté d'expression s'effacent derrière la liberté de réunion pacifique. La Cour n'examine donc le premier grief de requérant que sur le fondement de l'article 11 de la Convention.

– Sur la violation alléguée de l'article 11 de la Convention :

La Cour observe d'emblée que « *le droit à la liberté de réunion est un droit fondamental dans une société démocratique et, à l'instar du droit à la liberté d'expression, l'un des fondements de pareille société. Dès lors, il ne doit pas faire l'objet d'une interpréta-*

tion restrictive » (§ 41). Elle reconnaît « que toute manifestation dans un lieu public est susceptible de causer un certain désordre pour le déroulement de la vie quotidienne, y compris une perturbation de la circulation, et qu'en l'absence d'actes de violence de la part des manifestants, il est important que les pouvoirs publics fassent preuve d'une certaine tolérance pour les rassemblements pacifiques, afin que la liberté de réunion ne soit pas dépourvue de tout contenu » (§ 43).

En l'espèce, les juges de Strasbourg constatent à cet égard que le requérant n'a pas été condamné pour avoir participé à la manifestation du 25 novembre 2002 en tant que telle, mais en raison d'un comportement précis adopté lors de la manifestation, à savoir le blocage d'une autoroute, causant par là même une obstruction plus importante que n'en comporte généralement l'exercice du droit de réunion pacifique. Par ailleurs, les forces de police « n'ont procédé à l'interpellation des trois manifestants que dans le but de mettre fin au blocage complet et après que ceux-ci eurent été à plusieurs reprises prévenus de l'interdiction de s'immobiliser sur l'autoroute et des sanctions qu'ils encouraient » (§ 47).

La Cour européenne considère que le requérant a pu exercer, dans ce contexte, et durant plusieurs heures, son droit à la liberté de réunion pacifique et que les autorités ont fait preuve de la tolérance nécessaire qu'il convient d'adopter envers de tels rassemblements.

« Dans ces conditions, mettant en balance l'intérêt général à la défense de l'ordre et l'intérêt du requérant et des autres manifestants à choisir cette forme particulière de manifestation, et compte tenu du pouvoir d'appréciation reconnu aux Etats en cette matière (...), la condamnation pénale du requérant n'apparaît pas disproportionnée aux buts poursuivis » (décision de la Commission, X... c/ Allemagne, du 6 mars 1989, requête n° 13079/87) (§ 48).

La Cour juge, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 11 de la Convention.

– Sur la violation alléguée de l'article 6 § 1 et 2, de la Convention :

La Cour écarte à l'unanimité ce grief, en rappelant « qu'il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de droit ou de fait prétendument commises par les juridictions internes » (§ 52) et en relevant que les juridictions nationales se sont prononcées à l'issue d'une procédure contradictoire, au cours de laquelle les différents moyens de preuve ont été débattus.

Arrêt du 5 mars 2009, X... c/ France, requête n° 31684/05.

II. – COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. Emploi et formation

* *Travailleurs privés d'emploi*

N° 116

Faits :

Dans ces deux affaires, les requérants, ressortissants grecs, vivent en Allemagne, respectivement depuis les mois de mars et octobre 2006. Ils ont demandé à pouvoir bénéficier de « prestations de base en faveur des demandeurs d'emploi » (ci-après « SGB II »). L'*Arbeitsgemeinschaft* (Centre d'emploi de la ville de Nürnberg, ci-après l'« ARGE ») leur a accordé le bénéfice de ces allocations pendant quelques mois, puis il leur a notifié qu'en vertu des dispositions de l'article 7, paragraphe premier, deuxième phrase, du SGB II, ils n'avaient pas droit à ces allocations, qui ne leur seraient plus attribuées.

En effet, selon les dispositions nationales mises en cause, sont exclus du bénéfice des prestations de base en faveur des demandeurs d'emploi : « (...) 2. les ressortissants étrangers dont le droit de séjour découle exclusivement de l'objectif de recherche d'un emploi, les membres de leurs familles ainsi que les bénéficiaires visés à l'article premier de la loi sur les prestations à accorder aux demandeurs d'asile [Asylbewerberleistungsgesetz] (...) ».

Ces décisions ont été contestées par chacun des requérants devant le *Sozialgericht Nürnberg*. Entre-temps, les requérants ont repris une activité professionnelle leur permettant de ne plus dépendre de l'assistance sociale.

Droit communautaire et questions préjudicielles :

La juridiction de renvoi pose à la Cour trois questions préjudicielles portant sur l'interprétation des articles 12 et 39 du Traité CE ainsi que sur la validité de l'article 24, paragraphe 2, de la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 29 avril 2004 et relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

L'article 24 de la Directive 2004/38/CE dispose :

« 1^o Sous réserve des dispositions spécifiques expressément prévues par le Traité et le droit dérivé, tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'Etat membre d'accueil en vertu de la présente Directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet Etat membre dans le domaine d'application du Traité. Le

bénéfice de ce droit s'étend aux membres de la famille, qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre et qui bénéficient du droit de séjour ou du droit de séjour permanent.

2^o Par dérogation au paragraphe 1, l'Etat membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour ou, le cas échéant, pendant la période plus longue prévue à l'article 14, paragraphe 4, point b, ni tenu, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés, les personnes qui gardent ce statut, et les membres de leur famille ».

Plus précisément, la juridiction de renvoi pose les trois questions suivantes à la Cour de justice :

« 1^o L'article 24, paragraphe 2, de la Directive 2004/38 CE [...] est-il conforme à l'article 12 du Traité CE, lu en combinaison avec l'article 39 du Traité CE ?

2^o Dans l'hypothèse où la première question appelle une réponse négative, l'article 12 du Traité CE, lu en combinaison avec l'article 39 du Traité CE, s'oppose-t-il à une réglementation nationale qui exclut les citoyens de l'Union du bénéfice de l'assistance sociale en cas de dépassement de la durée maximale du séjour visé à l'article 6 de la Directive 2004/38 CE [...], et en l'absence de tout droit de séjour en vertu d'autres dispositions ?

3^o Dans l'hypothèse où la première question appelle une réponse positive, l'article 12 du Traité CE s'oppose-t-il à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne même du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux immigrés clandestins ? ».

Décision :

A titre liminaire, la Cour note qu'il résulte de la décision de renvoi que les questions posées sont fondées sur le fait que, à l'époque des faits, les requérants n'avaient pas la qualité de « travailleur », au sens de l'article 39 du Traité CE. Elle relève en effet que la juridiction de renvoi a constaté que l'activité professionnelle « mineure exercée brièvement » par le premier requérant était « insuffisante aux fins de sa subsistance » et que celle exercée par l'autre requérant « a duré à peine plus d'un mois ». Or, les juges de Luxembourg rappellent que, « selon une jurisprudence constante, la notion de "travailleur" au sens de l'article 39 du Traité CE revêt une portée communautaire et ne doit pas être interprétée de manière restrictive. Doit être considérée comme "travailleur" toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires » (point 26).

Ils précisent que « Le fait que les revenus d'une activité salariée sont inférieurs au minimum d'existence n'empêche pas de considérer la personne qui l'exerce comme « travailleur » au sens de l'article 39 du Traité CE » (point 28), ni même le fait que cette personne demande le bénéfice de prestations finan-

cières à l'Etat en complément de sa propre rémunération. Enfin, la courte durée de l'activité salariée n'est pas non plus, à elle seule, susceptible de l'exclure du champ d'application de l'article 39 du Traité CE.

Après avoir apporté ces précisions, les juges communautaires estiment qu'il incombe aux juridictions nationales d'interpréter les faits et de qualifier au besoin les requérants de « travailleurs » au sens de l'article 39 du Traité CE.

Concernant la première question, portant sur la conformité de l'article 24, paragraphe 2, de la Directive 2004/38/CE à l'article 12, lu en combinaison de l'article 39 du Traité CE :

la Cour luxembourgeoise relève que « l'article 24, paragraphe 2, de la Directive 2004/38/CE établit une dérogation au principe d'égalité de traitement dont bénéficient les citoyens de l'Union autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés, les personnes qui gardent ce statut et les membres de leur famille, qui séjournent sur le territoire d'un Etat membre d'accueil » (point 34). En effet, « Selon cette disposition, l'Etat membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit aux prestations d'assistance sociale, notamment aux demandeurs d'emploi pendant la période plus longue durant laquelle ils ont le droit d'y séjourner » (point 35).

Par ailleurs, elle rappelle que l'article 39 du Traité CE s'applique aux « ressortissants d'un Etat membre à la recherche d'un emploi dans un autre Etat (...) » et que, dans ces conditions, ceux-ci « bénéficient du droit à l'égalité de traitement prévu au paragraphe 2 de cette disposition » (CJCE, X..., 15 septembre 2005, affaire n^o C-258/04, Rec., p. I-8275, point 21) (point 36).

Cependant, les juges communautaires reconnaissent que l'Etat peut subordonner l'attribution de prestations de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi à la condition que le demandeur établisse l'existence d'un lien réel avec le marché national du travail. Ils laissent par ailleurs aux autorités nationales la faculté de déterminer les finalités et conditions d'octroi de ces prestations.

En l'espèce, ils relèvent que l'octroi de la prestation en cause est subordonné à la condition que l'intéressé soit en mesure d'exercer une activité professionnelle. Ils en déduisent qu'il s'agit là d'un « indice que la prestation est destinée à faciliter l'accès à l'emploi » (point 43).

La Cour insiste sur la nécessité d'interpréter « la dérogation prévue à l'article 24, paragraphe 2, de la Directive 2004/38/CE conformément à l'article 39, paragraphe 2, du Traité CE », et elle explique que les prestations financières de nature à faciliter l'accès à l'emploi ne peuvent être considérées comme des prestations d'assistance sociale au sens de l'article 24 de la Directive 2004/38/CE.

Sur ce point, elle dit pour droit (dispositif) : « 1^o En ce qui concerne le droit des ressortissants des Etats membres qui cherchent un emploi dans un autre Etat membre, l'examen de la première question n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité de l'article 24, paragraphe 2, de la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du

Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le Règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les Directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE ».

Concernant la deuxième question :

La Cour, eu égard à la réponse donnée à la première question, n'estime pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Concernant la troisième question :

la Cour formule différemment la question posée par la juridiction de renvoi et considère qu'il « convient (...) de comprendre la question posée en ce sens que la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12 du Traité CE s'oppose à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants des Etats membres du bénéfice de prestations d'assistance sociale, alors que celui-ci est octroyé aux nationaux d'Etats tiers » (point 50).

Les juges de Luxembourg rappellent que « l'article 12, premier alinéa, du Traité CE interdit, dans le domaine d'application du Traité CE et sans préjudice des dispositions qu'il prévoit, toute discrimination en raison de la nationalité » (point 51). Cependant, cet article trouve à s'appliquer lorsqu'un « ressortissant d'un Etat membre subit un traitement discriminatoire par rapport aux nationaux d'un autre Etat membre sur le seul fondement de sa nationalité » (point 52), et non lorsqu'il s'agit d'une différence de traitement entre les ressortissants des Etats membres et ceux des Etats tiers.

La Cour dit pour droit que « l'article 12 du Traité CE ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants des Etats membres du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux nationaux d'Etats tiers » (point 53).

Arrêt du 4 juin 2009, Athanasios X... c/ Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, et Josif Y... c/ Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900 - affaires jointes n° C-22/08 et C-23/08.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

* Discrimination entre salariés – Discrimination fondée sur l'âge

N° 117

Faits :

Le demandeur au principal et sa collègue ont effectué une période d'apprentissage en tant que techniciens de laboratoire auprès de la *Technische universität Graz* (ci-après TUG), un organisme public relevant de la loi fédérale de 2002 relative à l'organisation des universités et à leurs études. Ils ont

ensuite été recrutés pour une durée de trois mois. Plus âgée que le demandeur de vingt-deux mois, sa collègue a obtenu un classement à un échelon plus favorable, ce qui s'est traduit par une différence de traitement mensuel de 23,20 euros. Cette différence tient au fait que la période d'apprentissage accomplie par le demandeur au cours de sa majorité n'a été que de 6,5 mois environ, contre 28,5 mois pour sa collègue.

Le demandeur a introduit un recours devant le *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz*, afin d'obtenir le versement d'une compensation équivalente à la différence de traitement dont il était victime. Il a obtenu gain de cause en première instance et en appel. La TUG a formé un pourvoi devant la juridiction de renvoi, l'*Oberster Gerichtshof*, qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Luxembourg une question préjudicielle.

Question préjudicielle et droit communautaire en cause :

La demande de décision préjudicielle portait sur l'interprétation de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, relative à la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

L'article 2 de la Directive 2000/78/CE, intitulé « Concept de discrimination », prévoit :

« 1^o Aux fins de la présente Directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article premier.

2^o Aux fins du paragraphe premier :

a) Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article premier ;

b) Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires (...). »

L'article 3 de la Directive 2000/78/CE, intitulé « Champ d'application », prévoit, en son paragraphe premier : « (...) la présente Directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne : a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de

promotion ; [...] c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération [...] ».

Enfin, l'article 6 de la Directive prévoit la possibilité de déroger à ces règles lorsque des différences de traitement fondées sur l'âge « *sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.*

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre :

a) *La mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection ;*

b) *La fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi (...) ».*

Précisément, la juridiction de renvoi demandait à la Cour de se prononcer sur le point suivant :

« les articles 1, 2 et 6 de la Directive [2000/78/CE] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale [...] qui exclut, parmi les périodes de service pertinentes aux fins de la détermination de la date de référence pour l'avancement d'échelon, celles qui ont été accomplies avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans ? »

Décision :

La Cour précise qu'il convient en premier lieu « *de vérifier si une réglementation nationale telle que celle en cause au principal relève du champ d'application de la Directive 2000/78/CE et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une mesure discriminatoire fondée sur l'âge, susceptible, le cas échéant, d'être considérée comme justifiée au regard de ladite Directive* » (point 32).

Elle poursuit en indiquant que cette Directive « *tend à établir un cadre général pour assurer à toute personne l'égalité de traitement "en matière d'emploi et de travail", en lui offrant une protection efficace contre les discriminations fondées sur l'un des motifs visés à son article premier, au nombre desquels figure l'âge* » (point 33).

Puis elle relève que l'article 3, paragraphe premier, sous *a* et *c*, de la Directive s'applique « *à toutes les personnes* » et concerne, d'une part, « *les conditions d'accès à l'emploi (...) y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle* » et, d'autre part, « *les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération* » (point 34). Dans ces conditions, elle juge que la Directive 2000/78/CE trouve à s'appliquer en l'espèce.

Les juges de Luxembourg rappellent que l'article 2, paragraphe premier, de la Directive définit le principe de l'égalité de traitement comme « *l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur [l']un des motifs visés à l'article premier* » de cette Directive. L'article 2, paragraphe 2, sous *a*, précise quant à lui que, pour les besoins de l'application de son paragraphe premier, « *une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre se trouvant dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article premier de la même Directive* » (point 37). Ils constatent qu'en l'espèce, la réglementation nationale en cause réserve un traitement moins favorable aux personnes dont l'expérience a été acquise avant l'âge de 18 ans qu'à celles ayant obtenu une expérience de même nature et d'une durée comparable après cet âge. Ces dispositions instaurent, selon eux, « *une différence de traitement directement fondée sur le critère de l'âge au sens de l'article 2, paragraphes 1 et 2, sous a, de la Directive 2000/78/CE* » (point 38).

Toutefois, la Cour indique qu'il ressort de l'article 6, paragraphe premier, de la Directive en cause que de telles différences de traitement fondées sur l'âge « *ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* » (point 39).

La juridiction européenne s'attarde donc ensuite sur le caractère légitime de l'objectif de la réglementation en cause au principal. A cet égard, elle rappelle que les objectifs susceptibles d'être considérés comme tels sont des objectifs relevant de la politique sociale, comme ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle (CJCE, *Age Concern England*, 5 mars 2009, affaire n° C-388/07, point 46).

Elle note que les objectifs mentionnés par la juridiction de renvoi relèvent de cette catégorie, mais qu'il faut cependant vérifier si les moyens mis en œuvre pour parvenir à leurs réalisations sont « *appropriés et nécessaires* » (point 44).

Rappelant que « *les Etats membres disposent incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi* », (CJCE, X..., 22 novembre 2005, affaire n° C-144/04, point 63), la Cour estime cependant que les objectifs mentionnés par la juridiction de renvoi peuvent paraître antinomiques. En effet, l'un de ces objectifs serait d'inciter les élèves à suivre un enseignement secondaire de type général plutôt que de type professionnel. Un autre objectif serait de favoriser l'embauche des personnes ayant suivi un enseignement professionnel plutôt que celle des personnes issues de l'enseignement général.

Concernant l'objectif de ne pas défavoriser l'enseignement secondaire général par rapport à l'en-

seignement professionnel, la Cour note que le critère de l'âge auquel l'expérience antérieure a été acquise s'applique quel que soit le type d'enseignement suivi. Elle souligne ainsi que « *ce critère peut donc conduire à une différence de traitement entre deux personnes issues de l'enseignement professionnel ou entre deux personnes issues de l'enseignement général selon le seul critère de l'âge auquel elles ont acquis leur expérience professionnelle. Dans ces conditions, le critère de l'âge auquel l'expérience professionnelle a été acquise n'apparaît pas approprié à la réalisation de l'objectif visant à ne pas défavoriser l'enseignement général par rapport à l'enseignement professionnel. A cet égard, il y a lieu de relever qu'un critère reposant directement sur le type d'études suivies sans faire appel à l'âge des personnes apparaîtrait, au regard de la Directive 2000/78/CE, mieux adapté à la réalisation de l'objectif visant à ne pas défavoriser l'enseignement général* » (point 48).

Concernant l'objectif tendant à favoriser l'insertion sur le marché de l'emploi des jeunes ayant suivi un enseignement professionnel, les juges de Luxembourg constatent que l'exclusion de la prise en compte de l'expérience acquise avant 18 ans

s'applique indistinctement à tous les agents, quel que soit l'âge auquel ils sont recrutés. Or, ils estiment que, dans la mesure où elle ne prend pas en compte l'âge des personnes au moment du recrutement, la règle en cause n'est pas appropriée pour favoriser l'entrée sur le marché du travail des jeunes. Par conséquent, ils jugent que cette disposition ne saurait être considérée comme appropriée, au sens de l'article 6, paragraphe premier, de la Directive 2000/78/CE.

Ainsi, la Cour dit pour droit (dispositif) : « *il convient de répondre à la juridiction de renvoi que les articles 1, 2 et 6 de la Directive 2000/78/CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui, aux fins de ne pas défavoriser l'enseignement général par rapport à l'enseignement professionnel et de promouvoir l'insertion des jeunes apprentis sur le marché de l'emploi, exclut la prise en compte des périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 18 ans aux fins de la détermination de l'échelon auquel sont placés les agents contractuels de la fonction publique d'un Etat membre* ».

Arrêt du 18 juin 2009, David X... c/ Technische Universität Graz, affaire n° C-88/08, p. 153.

COUR DE CASSATION

SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

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

1. *Emploi et formation*

* *Existence du contrat de travail*

N° 118

1° L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

En relevant que les participants à un programme de télévision avaient l'obligation de prendre part aux différentes activités et réunions, de suivre les règles définies unilatéralement par le producteur, qu'ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que le règlement leur imposait une disponibilité permanente, assortie d'une interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, et stipulait que toute infraction pourrait être sanctionnée par le renvoi, une cour d'appel a caractérisé l'existence d'une prestation de travail, ayant pour objet la production d'une série télévisée, exécutée sous la subordination du producteur, pendant un temps et dans un lieu sans rapport avec le déroulement de la vie habituelle des participants et distincte du seul enregistrement de leur vie quotidienne, et a pu décider que ceux-ci étaient liés par un contrat de travail à la société de production.

2° Le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire du seul recours à un contrat inapproprié.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui alloue à un salarié l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail au seul motif que le producteur avait proposé aux participants la signature d'un « règlement participants » au lieu d'un contrat de travail, un tel motif inopérant équivalant à une absence de motif.

3° Il résulte de l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158, dont, en vertu de l'article premier, l'application peut être assurée par voie de convention collective ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, que si le travailleur qui va faire l'objet d'une mesure de licenciement a droit à un préavis d'une durée raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu, un Etat peut néanmoins, aux termes du *b* du paragraphe 2 de son article 2, exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la Convention notamment les travailleurs n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable.

Respecte un tel délai raisonnable la législation française excluant, par application des dispositions combinées des articles L. 1237-1 et L. 1234-1 du code du travail, un droit à préavis pour les salariés ayant une ancienneté de services continus inférieure à six mois.

Dès lors, est légalement justifiée la décision d'une cour d'appel qui, après avoir constaté que n'était pas établie l'existence d'un délai-congé d'usage dans le secteur de la production audiovisuelle après exécution d'un contrat de travail pendant quatorze jours, a rejeté la demande d'indemnité de préavis.

Soc. – 3 juin 2009.

Cassation partielle

N° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714. – CA Paris, 12 février 2008.

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

Note

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation statue pour la première fois sur la qualification du contrat liant le participant au producteur de l'un des types de programmes de « télé-réalité ».

L'arrêt confirme que le lien de subordination constitue le « critère décisif » du contrat de travail et que dès lors qu'elle est exécutée, non pas à titre d'activité privée mais dans un lien de subordina-

tion, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail.

Intitulée « *l'île de la tentation* », l'émission en cause répondait au concept suivant : « *quatre couples non mariés et non pacés, sans enfant, testent leurs sentiments réciproques lors d'un séjour d'une durée de douze jours sur une île exotique, séjour pendant lequel ils sont filmés dans leur quotidien, notamment pendant les activités (plongée, équitation, ski nautique, voile, etc.) qu'ils partagent avec des célibataires de sexe opposé. A l'issue de ce séjour, les participants font le point de leurs sentiments envers leur partenaire. Il n'y a ni gagnant, ni prix* ».

Trois des participants de la saison 2003 ont, après la diffusion durant l'été 2003 des épisodes de la série, saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification du « règlement participants », qu'ils avaient signé, en contrat de travail.

Le conseil de prud'hommes puis la cour d'appel ont accueilli cette demande.

Pour critiquer cette décision, la société de production invoquait les clauses des documents signés par les participants et soutenait qu'aucun des éléments constitutifs du contrat de travail n'était caractérisé : ni la prestation de travail, ni le lien de subordination, ni la rémunération.

Le code du travail ne donne pas de définition du contrat de travail. Il appartient au juge, en cas de litige sur ce point, de rechercher si les critères du contrat de travail sont réunis.

Répondant à l'argument tiré de la volonté des participants qui, dans l'une des clauses du document signé, garantissaient « *participer au programme à des fins personnelles et non à des fins professionnelles* », la chambre sociale rappelle 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 donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* », ce principe résultant d'un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 4 mars 1983.

Analysant la situation concrète et les conditions du tournage de la saison 3 de « *l'île de la tentation* », la chambre sociale relève que les participants avaient l'obligation de prendre part aux différentes activités et réunions, qu'ils devaient suivre les règles du programme définies unilatéralement par le producteur, qu'ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes étaient répétées pour valoriser des moments essentiels, que les heures de réveil et de sommeil étaient fixées par la production, que le règlement leur imposait une disponibilité permanente, avec interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, et stipulait que toute infraction aux obligations contractuelles pourrait être sanctionnée par le renvoi, et en déduit qu'est ainsi mise en lumière l'existence d'un lien de

subordination, caractérisé par le pouvoir de l'employeur « *de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné* ».

N'ayant pas retenu, comme l'y invitait la société de production, l'argument selon lequel l'activité des participants, limitée à l'exposition de leur personne et de l'intimité de leur vie privée sous l'œil des caméras ainsi qu'à l'expression de leurs sentiments, ne pouvait constituer un travail, la chambre sociale considère que la prestation consistant pour les participants, pendant un temps et dans un lieu sans rapport avec le déroulement habituel de leur vie personnelle, à prendre part à des activités imposées et à exprimer des réactions attendues distingue une telle activité du seul enregistrement de leur vie quotidienne.

La chambre sociale approuve par voie de conséquence la cour d'appel d'avoir considéré que les participants étaient liés par un contrat de travail à la société de production. Elle s'écarte ainsi de l'avis de l'avocat général, qui avait conclu à la cassation, en relevant qu'un divertissement entre adultes consentants n'agissant qu'à des fins purement personnelles et non professionnelles ne pouvait relever de la législation du travail.

L'arrêt approuve également la cour d'appel d'avoir rejeté la demande d'indemnité de préavis des requérants, en énonçant que la durée d'ancienneté de six mois exigée pour avoir droit à un préavis constitue une durée d'ancienneté raisonnable au sens de l'article 2 de la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 158, du 22 juin 1982.

En revanche, la cour d'appel est censurée pour avoir retenu l'existence d'un travail dissimulé sans avoir motivé de manière opérante le caractère intentionnel de la dissimulation.

* Période d'essai

N° 119

Est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, la durée d'un an de stage prévue par la convention collective nationale du Crédit agricole pour les agents de la classe III engagés par contrat à durée indéterminée, avant leur titularisation.

Viole les principes posés par la Convention internationale n° 158 sur le licenciement, adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990, et la dérogation prévue en son article 2, § 2 b, ensemble l'article 10 de la convention collective nationale du Crédit agricole, l'arrêt qui, pour débouter un salarié de ses demandes en paiement de dommages-intérêts et d'indemnités de rupture, retient que la période de stage prévue pour de tels agents ne dépasse pas la durée nécessaire à la démonstration de

leurs capacités, alors que l'article 10 susvisé n'est pas compatible avec les exigences de cette Convention internationale.

Soc. – 4 juin 2009.

Cassation

N° 08-41.359. – CA Paris, 15 janvier 2008.

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

Note

La question posée à la chambre sociale était celle de savoir si une convention collective, en l'espèce celle du Crédit agricole, était conforme à la Convention OIT n° 158, ratifiée par la loi n° 88-1242 du 30 décembre 1998 et entrée en vigueur le 16 mars 1990.

Par un arrêt du 29 mars 2006 (Soc., 29 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 131, *Rapport annuel* 2006, p. 299 et 300), la Cour de cassation avait déjà admis le principe de l'application directe devant les juridictions nationales de dispositions de cette Convention internationale, à savoir les articles 1^o, le *b* du paragraphe 2 de l'article 2 et l'article 11. La solution, dans la ligne d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 19 octobre 2005 (section, n° 283471 et autres) concernant le contrat nouvelles-embauches, a été réaffirmée par la chambre sociale par un arrêt du 1^{er} juillet 2008, relatif à ce même contrat (*Bull.* 2008, V, n° 146, *Rapport annuel* 2008, p. 218 et 219).

La Convention OIT n° 158 permet d'exclure de la protection prévue par celle-ci les travailleurs effectuant une période d'essai, à condition que la durée de cette période soit fixée à l'avance et qu'elle soit raisonnable.

En son arrêt du 4 juin 2009, la Cour de cassation affirme le caractère déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, de la durée d'un an du stage, assimilable à une période d'essai, prévu par la convention collective nationale du Crédit agricole.

Alors que la cour d'appel avait admis que cette durée, prévue par l'article 10 de cette convention collective pour une catégorie élevée de cadres, ne dépassait pas celle nécessaire à la démonstration de leurs capacités, la cassation intervient au visa de cet article et, surtout, des principes posés par la Convention internationale n° 158 et de la dérogation prévue en son article 2, paragraphe 2 *b*.

Cette décision, protectrice des droits des salariés notamment en ce qu'elle limite la durée d'une période d'essai, illustre ainsi une nouvelle fois le principe de primauté du droit international sur les normes de droit national.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

* Clause de non-concurrence

N° 120

Une cour d'appel, ayant constaté que le contrat de travail autorisait l'employeur à dispenser le salarié de l'exécution de la clause de non-concurrence sous condition de le prévenir par lettre recommandée avec avis de réception « dans les quinze jours qui suivent la notification du préavis ou, en cas de non-observation du préavis, dans le mois qui suit la rupture effective du contrat de travail », retient exactement que la rupture du contrat de travail est intervenue à la date du jugement qui en a prononcé la résiliation judiciaire, et que la renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence plus d'un mois après cette date est sans effet.

Soc. – 6 mai 2009.

Rejet

N° 07-44.692. – CA Nancy, 7 septembre 2007.

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

Note

L'arrêt confirme que le point de départ du délai de renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence se situe, en cas de rupture du contrat par résiliation judiciaire, à la date de la décision la prononçant, et non pas, comme le soutenait le demandeur au pourvoi, à la date de notification de la décision.

Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence récente de la chambre sociale, qui juge que la date de prise d'effet de la résiliation du contrat de travail ne peut être que celle de la décision judiciaire la prononçant, dès lors que, le jour de ce prononcé, le salarié est toujours au service de son employeur (Soc., 11 janvier 2007, *Bull.* 2007, V, n° 6 – *Rapport annuel* 2007, quatrième partie).

Dans une espèce où la résiliation du contrat avait été prononcée par un jugement du 15 mai 2003, confirmé par la cour d'appel en son principe mais avec fixation de la date de rupture au 8 avril 2002 (comme résultant d'une lettre de l'employeur enjoignant au salarié de quitter l'entreprise), la chambre sociale, en application d'un accord national interprofessionnel conférant à l'employeur le pouvoir de dispenser le salarié de son obligation de non-concurrence « dans les quinze jours suivant la notification de la rupture », a censuré la cour d'appel qui avait retenu comme valable la dispense de clause de non-concurrence faite dans les quinze jours de la notification du jugement (Soc., 31 janvier 2007, *Bull.* 2007, V, n° 18).

*** Discriminations entre salariés****N° 121**

Une discrimination indirecte en raison de l'âge n'est constituée que dans le cas où une disposition, un critère ou une pratique, apparemment neutre, est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge donné par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui relève l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'âge au détriment du salarié du fait du plafonnement du montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement à partir de douze ans d'ancienneté, alors que le montant versé est supérieur au montant légal et qu'il ne résulte pas de ses constatations que le plafonnement de l'indemnité de licenciement avait pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge.

Soc. – 30 avril 2009. Cassation partielle

N° 07-43.945. – CA Reims, 13 juin 2007.

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

Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la Cour de cassation de trancher une question inédite en matière de discrimination : le plafonnement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, au-delà d'une certaine ancienneté, constitue-t-il une discrimination indirecte en raison de l'âge, au sens de l'article L. 122-45, alinéa premier, devenu l'article L. 1132-5, du code du travail ?

Si la Cour de cassation a déjà jugé à plusieurs reprises qu'une convention collective qui prévoit des dispositions plus favorables que la loi peut éventuellement limiter l'assiette de calcul de l'indemnité qu'elle prévoit (voir, par exemple, Soc., 29 janvier 1997, Bull. 1997, V, n° 43 : « Une convention collective peut déterminer et éventuellement limiter l'assiette de calcul de l'indemnité de licenciement qu'elle prévoit. Cette indemnité conventionnelle s'applique si elle reste supérieure à l'indemnité légale »), elle ne s'était jamais prononcée explicitement sur la licéité d'un plafonnement de l'indemnité de licenciement au-delà d'une certaine ancienneté, notamment au regard de l'existence d'une discrimination en raison de l'âge.

Parmi les discriminations prohibées, la discrimination en raison de l'âge a été introduite plus récemment dans le droit positif. C'est la loi du 16 novembre 2001, transposant en droit interne la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui, en son article 12, a ajouté, à la liste

limitative des motifs illicites de discrimination de l'article L. 122-45, alinéa premier, devenu l'article L. 1132-5, du code du travail, celle relative à l'âge.

Les discriminations fondées sur l'âge, comme celles fondées sur la maternité ou le handicap, sont des discriminations relatives, puisque, à l'inverse de celles fondées sur l'origine, qui ne sont jamais justifiables, l'âge peut, dans certaines hypothèses, justifier des différenciations. C'est ce que l'arrêt commenté exprime, en disant que le désavantage constaté peut être « *objectivement justifié par un objectif légitime* ».

Par ailleurs, si la notion de discrimination indirecte est ancienne en droit communautaire, elle est plus récente en droit interne. Elle a été appliquée pour la première fois par la chambre sociale en 1996 (Soc., 9 avril 1996, Bull. 1996, V, n° 146) en matière de discrimination homme/femme. Mais la chambre sociale ne l'avait encore jamais appliquée à la discrimination en raison de l'âge du salarié. C'est chose faite avec l'arrêt commenté, lequel considère qu'en l'espèce, il n'y a pas discrimination indirecte fondée sur l'âge, puisque le plafonnement de l'indemnité de licenciement n'a pas pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge. En effet, ce plafonnement s'applique à tous les salariés quel que soit leur âge, dès lors qu'ils ont atteint l'ancienneté prévue par la convention collective.

N° 122

La décision de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié peut revêtir, si elle est infondée, le caractère d'une sanction au sens de l'article 225-2 3° du code pénal, relatif aux discriminations.

Crim. – 28 avril 2009. Cassation

N° 07-82.901. – CA Lyon, 8 mars 2007

M. Pelletier, Pt. – Mme Guirimand Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

*** Harcèlement moral****N° 123**

Il résulte de l'article L. 1154-1 du code du travail, applicable à l'article L. 1152-1 du code du travail en matière de harcèlement moral, que, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande en dommages-intérêts pour harcèlement moral, se fonde uniquement sur l'absence de relation entre

l'état de santé et la dégradation des conditions de travail, dans les certificats médicaux et l'avis du médecin du travail.

Soc. – 30 avril 2009. Cassation

N° 07-43.219. – CA Paris, 10 mai 2007.

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

Note

Issu de la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002 et modifié par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, l'article L. 122-52, devenu l'article L. 1154-1, du code du travail édicte que le salarié qui s'estime victime de harcèlement moral ou sexuel doit établir « *des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement* ». Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Il était de jurisprudence constante, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 2004 (Soc., 27 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 267), que l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral relevait du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Mais, par plusieurs arrêts du 24 septembre 2008 (Soc., 24 septembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 175), la chambre sociale, dans un souci d'uniformiser la jurisprudence, a décidé qu'elle exercerait désormais un contrôle de qualification et que devraient donc figurer dans les décisions du juge du fond les motifs nécessaires pour lui permettre de contrôler, d'une part, que le salarié a rapporté la preuve des faits qu'il invoque comme constitutifs de harcèlement moral ou sexuel et, d'autre part, que ces faits, qui devront avoir été appréhendés par le juge dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué.

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme cette jurisprudence.

En effet, une cour d'appel avait débouté un salarié de sa demande en dommages-intérêts à titre de harcèlement moral au motif que, si les certificats médicaux qu'il produisait faisaient mention d'un état dépressif, ils ne précisaient cependant pas leur relation avec les conditions de travail et que l'avis du médecin du travail ne contenait non plus aucun élément établissant une relation entre l'inaptitude et l'existence d'un harcèlement moral.

La chambre sociale casse l'arrêt en énonçant que la cour d'appel ne pouvait rejeter la demande du salarié au seul motif de l'absence de relation entre l'état de santé et la dégradation des conditions de travail, car le salarié n'est tenu que d'apporter des éléments qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral. Elle reproche donc au juge du fond de ne pas avoir pris en compte l'ensemble des faits évoqués par le salarié ainsi que par l'em-

ployeur et recherché si, ainsi appréhendés dans leur globalité, ces faits ne permettaient pas de présumer l'existence d'un harcèlement moral.

** Modification du contrat de travail*

N° 124

1° Une modification du contrat de travail, y compris à titre disciplinaire, ne peut être imposée au salarié.

Tel est le cas d'une rétrogradation mise en œuvre sans l'accord de celui-ci.

2° Aucun fait fautif ne peut donner lieu à une double sanction. L'employeur qui a épuisé son pouvoir disciplinaire en appliquant immédiatement une rétrogradation ne peut prononcer ultérieurement un licenciement pour le même fait.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui dit sans cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé contre un salarié qui avait déjà fait l'objet, pour le même fait fautif, d'une mesure de rétrogradation, laquelle avait été mise en œuvre sans son accord alors qu'elle emportait modification de son contrat de travail.

Soc. – 17 juin 2009.

Rejet

N° 07-44.570. – CA Bordeaux, 4 septembre 2007.

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

Note

En premier lieu, l'arrêt confirme la règle selon laquelle « *une modification du contrat de travail, y compris à titre disciplinaire, ne peut être imposée au salarié* ». Quand une sanction disciplinaire modifie l'un des éléments du contrat de travail, le salarié est donc en droit de la refuser. C'est précisément le cas de la rétrogradation, qui modifie la fonction et le salaire. Cette solution a été affirmée par la Cour de cassation depuis l'arrêt « Hôtel Le Berry » (Soc., 16 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 320). Le domaine disciplinaire ne déroge donc pas à la règle générale selon laquelle toute modification du contrat de travail nécessite l'acceptation expresse du salarié (Soc., 8 octobre 1987, *Bull.* 1987, V, n° 541).

En second lieu, l'arrêt rappelle qu'« *aucun fait fautif ne peut donner lieu à une double sanction* ». En l'espèce, le salarié ayant contesté la rétrogradation dont il avait fait l'objet, l'employeur en avait « effacé » la trace en lui versant le salaire correspondant à sa fonction antérieure et l'avait licencié pour faute grave. Il s'agissait donc de déterminer si l'employeur, décidant dans un premier temps d'une mesure de rétrogradation avec effet immédiat, n'avait pas épuisé son pouvoir disciplinaire.

Un précédent arrêt de la Cour de cassation a décidé qu'en cas de refus par le salarié d'une sanction disciplinaire entraînant la modification de son contrat de travail, « *l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une sanction autre au*

lieu et place de la sanction refusée » (Soc., 16 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 320 ; de même, Soc., 15 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 233, Soc., 7 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 193, et Soc., 11 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 41).

Mais, en l'espèce, la mesure disciplinaire s'était exécutée immédiatement. L'employeur avait donc, ce faisant, épuisé son pouvoir disciplinaire.

* Pouvoir disciplinaire de l'employeur

Soc. – 17 juin 2009. Rejet

N° 07-44.570. – CA Bordeaux, 4 septembre 2007.

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

Voir le n° 124, Soc., 17 juin 2009, ci-dessus.

* Refus légitime d'un salarié de reprendre le travail

N° 125

Le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui, après avoir décidé que la mise à pied disciplinaire était injustifiée, en a justement déduit que le refus du salarié de reprendre le travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires dont il avait été privé pendant cette période n'était pas fautif.

Soc. – 23 juin 2009. Rejet

N° 07-44.844. – CA Chambéry, 18 septembre 2007.

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

Note

Le salarié avait fait l'objet d'une mise à pied conservatoire suivie, après convocation à un entretien préalable, d'une mise à pied disciplinaire. Ayant refusé de reprendre son travail tant qu'il ne serait pas payé des salaires correspondant à cette mise à pied à juste titre contestée, le salarié avait été licencié pour faute grave pour ce motif.

La question est de savoir si le refus du salarié de reprendre son travail était fautif, ou bien pouvait être justifié par un motif légitime résultant d'un manquement de l'employeur à ses obligations, en l'occurrence, le défaut de paiement de salaire.

Après avoir constaté que la mesure de mise à pied prise par l'employeur n'était pas justifiée, les juges du fond en ont déduit que le fait pour le salarié d'exiger, préalablement à son retour dans l'entreprise, l'assurance du paiement du salaire de la période correspondant à la mise à pied disciplinaire était « légitime ».

La notion de « refus légitime » ne présente pas de caractère novateur dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. En effet, si le refus du salarié de reprendre son travail à l'is-

sue d'une mise à pied disciplinaire constitue *a priori* une faute grave s'agissant d'un comportement d'indiscipline, la chambre sociale considère que ce comportement peut être justifié par un motif légitime, même s'il est vrai que, jusque-là, cette terminologie n'a jamais été expressément mentionnée.

C'est ainsi que, dans le cas d'une rétrogradation disciplinaire refusée par le salarié, il est recherché, pour vérifier si le licenciement disciplinaire prononcé en raison du refus de reprendre le travail par le salarié est justifié, si la rétrogradation est elle-même régulière et fondée (Soc., 7 février 1968, *Bull.* 1968, V, n° 87 : dans cet arrêt, la chambre sociale a constaté que la sanction était régulière et donc que le refus de reprendre le travail n'était pas légitime).

Le manquement de l'employeur à son obligation principale de paiement des salaires peut légitimer le refus du salarié d'exécuter sa prestation de travail, sans qu'il s'agisse là d'un détournement des exigences du droit de grève, totalement étranger au problème et non revendiqué par le salarié, mais par le jeu d'une sorte d'exception d'inexécution, comme pour la prise d'acte de la rupture par le salarié (Soc., 25 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 203).

La présente espèce est l'occasion pour la chambre sociale de consacrer le principe que le refus par un salarié de reprendre le travail peut être légitimé par un manquement de l'employeur à ses obligations. La mise en œuvre de cette exception par le salarié, en cas de non-paiement du salaire dû, est de nature à caractériser un refus légitime opposé à l'employeur d'exécuter sa prestation de travail.

* Respect de la vie personnelle du salarié

N° 126

Un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire.

Doit être cassé l'arrêt qui déclare fautif des faits commis au préjudice d'une association ayant son siège dans les locaux de la société et dont la salariée exerçait les fonctions de trésorière, alors que ces faits ne constituaient pas des manquements à ses obligations professionnelles.

Soc. – 23 juin 2009. Cassation partiellement sans renvoi

N° 07-45.256. – CA Aix-en-Provence, 28 décembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt s'inscrit dans la jurisprudence de la chambre sociale sur la délicate question de la délimitation de la frontière entre la vie personnelle, autrefois appelée « vie privée », et la vie professionnelle du salarié.

La question est d'autant plus délicate que la Cour de cassation a reconnu, d'une part, que, même

sur son lieu et au temps de travail, le salarié peut avoir des activités relevant de sa vie personnelle et, d'autre part, que, même en dehors du temps et du lieu de travail, le salarié reste tenu par des obligations professionnelles.

En l'espèce, le salarié, agent administratif, avait commis les faits de détournement de fonds, qui fondaient son licenciement pour faute, sur le lieu et au temps de son travail, mais en qualité de trésorier bénévole d'une association hébergée par son entreprise.

Pour déclarer le licenciement pour faute justifié, la Cour d'appel a retenu que la faute commise à l'égard de l'association était en relation avec l'activité du salarié, en raison des liens étroits existant entre l'employeur et l'association victime, et que ces faits avaient incontestablement causé un trouble grave au sein de l'entreprise.

La chambre sociale censure cette décision, en réaffirmant qu'« *un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire* ».

Elle rappelle ainsi que la notion de trouble objectif caractérisé est désormais réservée à l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement non disciplinaire lorsque les faits reprochés ont été commis par le salarié dans sa vie personnelle (chambre mixte, 18 mai 2007, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 3 ; Soc., 19 septembre 2007, pourvoi n° 05-45.294 ; 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-41.731 ; 5 mars 2008, pourvoi n° 06-42.387, et 31 mars 2009, pourvoi n° 08-40.159).

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

N° 127

Aux termes de l'article L. 2313-2 du code du travail, si un délégué du personnel constate qu'il existe une atteinte aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur et, à défaut de solution trouvée avec lui, il saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte. Par ailleurs, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les messages identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé.

La cour d'appel qui a ordonné à l'employeur d'organiser une enquête avec les délégués du personnel sur les conditions dans lesquelles avaient été consultées et exploitées les messageries de dix-sept salariés après l'envoi de lettres anonymes à la direc-

tion, et notamment de rechercher si des messages qualifiés de personnels avaient été ouverts, n'a pas violé ces dispositions.

Soc. – 17 juin 2009.

Rejet

N° 08-40.274. – CA Aix-en-Provence, 20 novembre 2007.

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

Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de préciser les conditions de mise en œuvre du droit d'agir des délégués du personnel pour la sauvegarde des droits de la personne et des libertés individuelles, souvent qualifié de « droit d'alerte », prévu par l'article L. 2313-2 du code du travail, à l'occasion d'une consultation du poste informatique de salariés ordonnée par l'employeur.

Il résulte de cet article, qui a cherché à concilier la protection des droits du salarié et la prise en compte des intérêts de l'entreprise, que « *si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. [...] L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué du personnel et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés [...]* ».

Dans la présente espèce, des lettres anonymes avaient été adressées à des responsables d'un grand groupe industriel, comportant des renseignements démontrant que leur auteur avait eu accès à des courriers confidentiels et verrouillés de l'entreprise classée SEVESO. En conséquence, la direction avait demandé à l'administrateur chargé du contrôle du service informatique de contrôler les postes informatiques de plusieurs salariés susceptibles d'avoir eu accès auxdites informations, afin de rechercher l'auteur des courriers anonymes. Des délégués du personnel au sein de la société, estimant qu'il y avait là atteinte aux libertés individuelles, avaient saisi la juridiction prud'homale sur le fondement de l'article L. 422-1-1 (devenu L. 2313-2) du code du travail, afin qu'il soit ordonné à l'employeur de procéder avec eux à une enquête relative aux conditions de consultation des messageries électroniques des salariés concernés.

L'employeur avait formé un pourvoi en cassation contre la décision de la cour d'appel lui ayant ordonné d'organiser une enquête avec les délégués du personnel, en application de l'article L. 2313-2 du code du travail.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était donc de savoir si les deux conditions de mise en œuvre de cet article étaient réunies, à savoir, en premier lieu, une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise et, en second lieu, une atteinte non justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché.

Sur la notion d'atteinte aux libertés individuelles en matière de consultation de messageries et de fichiers électroniques, le premier arrêt de principe en la matière est l'arrêt « Nikon » du 2 octobre 2001 (Soc., 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 291), qui a décidé que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances. L'employeur ne peut dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance du contenu des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ce, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur » (arrêt confirmé par Soc., 12 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 245).

Puis la jurisprudence a évolué, afin de faciliter à l'employeur le libre accès à tout ce qui est utilisé, reçu, envoyé et effectué par le salarié avec l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise en tant qu'outil de travail, tout en respectant l'espace de vie personnelle du salarié au travail :

– Soc., 17 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 165 : « *sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier, ou celui-ci dûment appelé* » ;

– Soc., 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 308 (1) : « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence* » ;

– Soc., 23 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 84 : un employeur ayant des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale de la part d'un salarié peut accéder au contenu de certains messages personnels émis ou reçus par le salarié depuis sa messagerie professionnelle, au moyen d'une expertise *in futurum*, ordonnée par un juge, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

Concernant la seconde condition exigée pour la mise en œuvre de l'article L. 2313-2 du code du travail, à savoir une atteinte qui ne doit pas être justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que l'ouverture, par l'employeur, hors de la présence du salarié, de ses courriers ou fichiers informatiques iden-

tifiés comme personnels ne peut se faire qu'en cas de « *risque ou événement particulier* » (arrêt précité, Soc., 17 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 165).

La cour d'appel avait constaté « *un incident de sécurité* », dès lors que la lettre anonyme faisait état du contenu de courriers ultra-confidentiels et verrouillés et de la copie d'un mail libellé « *sécurité-sûreté* ». Mais cet « *incident de sécurité* » pouvait-il, en tant que tel, être assimilé à un événement ou un risque particulier, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, justifiant l'ouverture des messageries personnelles hors la présence des salariés ?

En approuvant la décision de la cour d'appel ayant ordonné à l'employeur d'organiser une enquête avec les délégués du personnel, la chambre sociale de la Cour de cassation décide que les conditions de mise en œuvre de l'article L. 2313-2 du code du travail sont réunies. Elle reconnaît donc qu'il y a bien eu atteinte aux libertés individuelles des salariés dans l'entreprise et que cette atteinte n'était pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché.

La mission, confiée par l'employeur à l'administrateur chargé du contrôle du service informatique, de vérifier intégralement les postes informatiques de dix-sept salariés, sans distinction entre les courriers identifiés comme personnels et les autres, constituait bien une atteinte aux libertés individuelles.

Et l'envoi de lettres anonymes comportant des renseignements démontrant que leur auteur avait eu accès à des courriers confidentiels et verrouillés de l'entreprise classée SEVESO ne pouvait justifier cette atteinte.

* Responsabilité pécuniaire du salarié à l'égard de son employeur

N° 128

La responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde.

Doit, dès lors, être approuvé le jugement qui condamne l'employeur à rembourser au salarié une somme correspondant à trois franchises relatives à des accidents survenus sur le véhicule de fonction mis à disposition, en application d'une clause du contrat de travail prévoyant qu'en cas d'accident responsable ou sans tiers identifié, le salarié paiera une franchise de 250 euros, sans que l'employeur n'ait invoqué à son encontre l'existence d'une faute lourde.

Soc. – 6 mai 2009.

Rejet

N° 07-44.485. – CPH Lyon, 3 septembre 2007.

M. Gosselin, Pt (f.f.) et Rap.

Note

Le présent arrêt constitue une nouvelle illustration du principe posé par l'article L. 3251-1 (ancien

article L. 144-1, alinéa premier) du code du travail, selon lequel la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde.

Précisément, en l'espèce, le contrat de travail du salarié comportait une clause selon laquelle « *en cas d'accident responsable ou sans tiers identifié* », survenu avec le véhicule fourni par la société au salarié et « *assuré pour tout type de déplacement, y compris pendant les week-ends et les jours fériés* », ce dernier paiera une franchise de 250 euros. La société employeur, ayant mis fin aux relations avec son salarié après la période d'essai, a retenu une somme de 750 euros sur son salaire, en application de cette disposition contractuelle.

D'une manière générale, l'application du principe rappelé ci-dessus interdit à l'employeur de pratiquer toute compensation entre le salaire et une somme que lui devrait le salarié à l'occasion du travail (Soc., 20 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 148 ; Soc., 21 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 197, commenté au *Bulletin trimestriel de droit du travail* 2008, 4^e trimestre, n° 250, p. 49), sauf invocation de la faute lourde du salarié. Il en est également ainsi même si une clause du contrat de travail prévoit un dédommagement au profit de l'employeur, notamment lorsqu'un véhicule est mis à disposition du salarié pour les besoins de l'exécution de son contrat. Ces clauses sont fréquentes, qui prévoient une franchise en cas d'accident de la circulation dont le salarié serait responsable (Soc., 11 avril 1996, *Bull.* 1996, V, n° 152), ou des retenues sur salaire pour les contraventions routières encourues par le salarié (Soc., 11 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 7). La présente décision rappelle que la mise en œuvre de telles clauses ne peut se faire que dans le cadre de la commission d'une faute lourde par le salarié.

* *Travail dissimulé*

Voir le n° 118 ci-dessus, sommaire n° 2.

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

* *Changement d'employeur*

N° 129

Le changement d'employeur, qui constitue une novation du contrat de travail, ne peut, sauf dispositions législatives contraires, résulter que d'une acceptation expresse du salarié. Il en résulte que la procédure prévue par l'article L. 321-1-2, devenu L. 1222-6, du code du travail ne s'applique pas au cas de changement d'employeur résultant du transfert d'un service ou de sa gestion à un tiers.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir dit qu'un employé de cuisine dans un centre médical était passé au service d'une entreprise sous-traitante à laquelle avait été confiée la gestion du service hôtellerie, après avoir

constaté que le salarié avait expressément accepté que son contrat de travail soit repris par le prestataire de services, qu'il avait été informé des modalités de l'opération, qui relevait d'une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu L. 1224-1, du code du travail, et qu'il avait bénéficié d'un délai de réflexion suffisant pour faire son choix.

Soc. – 8 avril 2009.

Rejet

N° 08-41.046. – CA Chambéry, 6 février 2007.

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

Note

L'arrêt est l'occasion pour la Cour de cassation de dire qu'un changement d'employeur n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 1222-6 du code du travail et que, dès lors, un tel changement ne relève pas de la procédure prévue par l'article L. 1222-6 du code du travail.

Ce texte dispose : « *Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée* ». Ces dispositions ont pour objet de mettre en place une procédure sécurisant les opérations de restructuration interne, dérogeant au principe affirmé par la chambre sociale selon lequel l'acceptation d'une modification du contrat de travail ne peut résulter de la simple poursuite du travail par le salarié aux conditions nouvelles (Soc., 7 février 1990, *Bull.* 1990, V, n° 45). Un mois après avoir notifié la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, même si le salarié n'a pas répondu, l'employeur est assuré de la pérennité de sa restructuration.

Mais le changement d'employeur constituant une novation du contrat de travail, il ne peut, sauf dispositions législatives contraires, telles que celles de l'article L. 1224-1, résulter que d'une acceptation expresse du salarié.

En l'espèce, la cour d'appel avait bien relevé l'existence de l'accord exprès du salarié de passer au service du nouveau prestataire de services, accord éclairé puisque le salarié avait été informé des modalités de l'opération du transfert des contrats de travail et qu'il avait bénéficié d'un délai de réflexion suffisant pour faire son choix.

* *Contribution du nouvel employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise*

N° 130

En cas de modification dans la situation juridique de l'employeur au sens de l'article L. 1224-1 du

code du travail, le montant de la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise, s'il a été fixé dans l'entreprise d'origine, par un usage ou un accord collectif, à un montant supérieur à la contribution légale, n'est conservé que si l'institution se maintient dans la nouvelle entreprise.

Ne conserve pas son autonomie l'entité faisant l'objet d'un transfert d'activité partiel, laissant subsister, au sein de la société cédante, les institutions représentatives du personnel existantes.

Il s'ensuit que la cour d'appel, qui a constaté que la branche d'activité transférée ne comportait pas d'institutions propres et que le comité d'entreprise de la société d'origine n'avait pas été dissous, en a exactement déduit que le comité d'entreprise de la société au sein de laquelle avait été transférée la branche ne pouvait bénéficier du maintien du montant de la contribution aux œuvres sociales et culturelles en usage au sein de la société d'origine.

Soc. – 13 mai 2009.

Rejet

N° 08-12.514. – CA Paris, 13 décembre 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

Note

En 1994, la société NAVFCO, qui exerçait deux activités, l'une d'enseignement, l'autre de chantier naval, a cédé à la société DCN Log, société du groupe DCN International, son activité de chantier naval, sous le régime juridique de la scission, la société NAVFCO continuant à exercer l'activité d'enseignement.

Fin 1994, la société DCN Log a élu les membres de son propre comité d'entreprise, et l'employeur a fixé le taux de la cotisation patronale à 0,2 % de la masse salariale, alors qu'il était de 1,4 % dans la société NAVFCO. Le litige survenu entre les élus du comité d'entreprise et l'employeur a été conclu le 4 février 2003 par une transaction entre les parties, qui s'accordaient sur le taux de 1 %.

En juin 2005, le comité d'entreprise de la société DCN Log a saisi le tribunal de grande instance aux fins d'annulation de la transaction et de condamnation de l'employeur à financer les œuvres sociales du comité d'entreprise au taux de 1,4 % à compter du 1^{er} janvier 1994. Le tribunal puis la cour d'appel ont débouté le comité d'entreprise de ses demandes. Le comité d'entreprise a formé pourvoi contre cet arrêt.

Le comité d'entreprise de la société DCN Log a fait valoir l'existence d'un usage dans l'entreprise cessionnaire qui portait le taux de la cotisation patronale à 1,4 %, ainsi que le transfert de cet usage lors de la cession au nouvel employeur.

Il se prévalait d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2004 (Soc., 30 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 311), aux termes duquel, « en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur au sens de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 nouveau) du

code du travail, les mandats des membres élus du comité d'entreprise et des représentants syndicaux audit comité subsistent lorsque l'entreprise conserve son autonomie. Il en résulte que l'institution se maintient dans la nouvelle entreprise, même si elle change de dénomination, et que la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles ne peut être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées au cours des trois dernières années précédant la suppression de l'usage ou de l'accord collectif instituant cette contribution... »

Il s'agissait donc d'examiner si le transfert de l'activité de chantier naval de la société NAVFCO à la société DCN Log n'avait pas affecté l'autonomie juridique de cette activité et avait permis le maintien des institutions représentatives du personnel de la société cédante dans la société cessionnaire.

En effet, selon l'article L. 2324-26 (L. 433-14 ancien) du code du travail, « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée à l'article L. 1224-1, le mandat des membres élus du comité d'entreprise et des représentants syndicaux de l'entreprise ayant fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie juridique ». C'est à cette condition (la continuation de l'ancien comité d'entreprise dans la nouvelle entreprise), selon l'arrêt précité, qu'il y a transfert pour l'employeur de l'obligation de contribution patronale à un niveau au moins équivalent.

Était-ce le cas en l'espèce ? Au sein de la société NAVFCO, l'activité logistique ne bénéficiait pas d'une autonomie juridique. Les deux activités de la société cédante n'étaient pas distinguées. Après la scission, le comité d'entreprise de la société NAVFCO n'a pas été dissous. Il apparaissait donc que l'activité de chantier naval exercée au sein de la société NAVFCO ne constituait pas une entité autonome, et qu'on ne pouvait analyser la scission comme opérant le maintien de l'institution représentative dans la nouvelle entreprise.

L'analyse du cas en cause conduisait plutôt à le rapprocher de la décision rendue par la Cour de cassation le 22 février 1995 (Soc., 22 février 1995, *Bull.* 1995, V, n° 64), qui avait jugé que « dès lors que le comité d'entreprise de la société cédante n'a pas été dissous et que le transfert d'activité n'a été que partiel, de sorte que la modification dans la situation juridique de l'employeur résultant de ce transfert ne portait pas sur un établissement distinct ayant conservé ce caractère au sein de l'entreprise cessionnaire d'une part, et que l'entité économique reprise ne comportait pas d'institution propre d'autre part, le transfert d'activité n'a pas emporté continuation du comité d'entreprise de la société cédante dans le cadre d'un établissement distinct de l'entreprise cessionnaire ». Le présent arrêt contribue à préciser les situations : pour qu'il y ait maintien d'un usage relatif à la contribution de l'employeur au profit du comité d'entreprise d'une activité cédée, il est nécessaire que le transfert opéré porte sur une entité économique autonome et sur les institutions représentatives qui lui étaient propres au sein de l'entreprise cédante.

** Maintien des conventions individuelles négociées*

N° 131

1° Lorsque l'article L. 1224-1 du code du travail est applicable, les contrats de travail se poursuivent avec le cessionnaire aux conditions en vigueur au jour du changement d'employeur ; il en résulte que le nouvel employeur, tenu de maintenir les conventions individuelles négociées entre les salariés et le cédant dès lors qu'elles ne font pas échec à l'application de ce texte, ne peut y mettre fin qu'avec l'accord des salariés concernés, ou dans les conditions qu'ils ont convenues avec lui.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir jugé sans cause réelle et sérieuse des licenciements pour faute grave prononcés par le cessionnaire à l'encontre de salariés qui, bénéficiant de conventions prévoyant la suspension de leur contrat de travail en vue de leur reclassement auprès d'entreprises tierces et convenues avec leur employeur ayant décidé la fermeture de son entreprise avant qu'un projet de reprise ne fût apparu, refusent de se mettre au service du cédant pour y exercer leur travail.

2° Le juge, saisi par un représentant du personnel d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, apprécie les manquements reprochés à l'employeur, compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir prononcé une telle résiliation après avoir constaté que, du jour où un élu au comité d'entreprise avait bénéficié d'un congé sans solde, l'employeur l'avait rayé de la liste des membres du comité et ne l'avait plus convoqué aux réunions de cet organisme, le mettant ainsi, par des manquements répétés, dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions représentatives.

Soc. – 27 mai 2009.

Rejet

N° 08-42.555. – CA Rennes, 25 mars 2008.

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

Note

Pour favoriser les départs volontaires, le plan de sauvegarde de l'emploi mis en place dans une société ayant décidé de cesser son activité prévoyait des congés sans solde (CSS) et des congés réflexion-orientation (CRO).

Le CSS emportait suspension du contrat de travail sans maintien de la rémunération, mais permettait au salarié d'exercer une activité rémunérée chez un autre employeur et devait prendre fin, en cas de consolidation de cet emploi, par un licenciement, moyennant le paiement des indemnités prévues par le plan en cas de départ volontaire.

Le CRO dispensait le salarié d'activité au sein de la société, tout en lui maintenant sa rémunération, le salarié ne pouvant en conséquence exercer une activité professionnelle pour un autre employeur. Le CRO devait être obligatoirement transformé en CSS dès lors que le salarié avait effectivement trouvé un nouvel emploi.

La reprise de la société ayant été envisagée alors que ces mesures avaient commencé à être mises en œuvre, l'employeur a adressé plusieurs lettres demandant aux salariés en CRO de reprendre leur travail et informant les salariés en CSS qu'ils devraient prochainement se mettre à la disposition du repreneur. La cession étant intervenue, le cessionnaire, après avoir mis en demeure les salariés de reprendre leur travail à son service, a procédé au licenciement pour faute grave de ceux, non protégés, qui n'avaient pas repris leur travail.

Faisant droit aux demandes des salariés non protégés, la cour d'appel a jugé leur licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, elle a prononcé la résiliation judiciaire des contrats de travail des salariés protégés, aux torts, selon le cas, du cessionnaire ou du cédant.

1. Répondant à l'un des moyens de cassation du cessionnaire, l'arrêt affirme que la mise en œuvre des CSS et des CRO peut parfaitement se faire dans une hypothèse d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail.

L'arrêt énonce tout d'abord que les CSS et les CRO n'ont pas fait obstacle au transfert des contrats de travail des salariés auxquels ils avaient été accordés. Il ne fait que tirer les conséquences d'une jurisprudence constante, d'où il résulte que les contrats de travail suspendus sont considérés comme des contrats en cours au sens de l'article L. 1224-1.

L'arrêt rappelle ensuite que, lorsque l'article L. 1224-1 est applicable, les contrats de travail se poursuivent avec le cessionnaire aux conditions en vigueur au jour du changement d'employeur. Ainsi, le nouvel employeur, tenu de maintenir les conventions individuelles négociées avec le cédant, ne peut y mettre fin qu'avec l'accord des salariés concernés ou dans les conditions convenues avec lui. Il faut différencier le plan social, qui a cessé d'être appliqué dès qu'a été envisagé le projet de cession, des conventions de CSS et CRO individuellement conclues préalablement à la cession, qui doivent être maintenues. Le repreneur ne peut mettre fin à ces conventions qu'avec l'accord des salariés concernés ou dans les conditions convenues avec lui.

L'arrêt précise enfin que la décision du cédant de ne plus accorder de congés après qu'un projet de reprise est apparu n'est pas de nature à affecter les accords antérieurement conclus avec chacun des salariés concernés.

Devait dès lors être rejeté le pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir jugé sans cause réelle et sérieuse des licenciements pour faute grave prononcés par le cessionnaire à l'encontre de salariés qui, bénéficiant de conventions prévoyant la suspen-

sion de leur contrat de travail convenues avec leur employeur avant qu'un projet de reprise ne fût apparu, refusent de se mettre au service du cédant pour y exercer leur travail.

2. Répondant ensuite à un moyen du pourvoi incident du cédant, l'arrêt précise les conditions dans lesquelles le juge, saisi par un représentant du personnel d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, apprécie les manquements reprochés à l'employeur.

En l'espèce, le salarié protégé concerné, représentant du personnel, avait bénéficié du dispositif du CSS à compter du 1^{er} juin 2005, et à partir de cette date, alors que son mandat demeurait, l'employeur l'avait rayé de la liste des membres du comité d'entreprise et ne l'avait plus convoqué aux réunions.

S'attachant à la qualité respective des parties au contrat de travail et pas uniquement à l'examen de la violation de leurs obligations contractuelles, l'arrêt énonce que le juge apprécie les manquements de l'employeur compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail du salarié intéressé et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi. Cette formule est celle qui est employée par les juridictions administratives à l'occasion de l'examen de la légalité des décisions d'autorisation de licenciement des salariés protégés.

Les manquements répétés de l'employeur à son obligation de convocation du salarié au comité d'entreprise mettant ce dernier dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions représentatives, il était justifié que la résiliation judiciaire du contrat de travail soit prononcée aux torts de l'employeur.

*** Transfert d'une entité économique – caractérisation**

N° 132

L'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive 2001/23/CE, du 12 mars 2001, ne s'applique qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise. Constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre. Le transfert d'une telle entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui écarte l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail en retenant qu'une ville n'a jamais cessé d'exploiter son théâtre avec son personnel et ses

moyens, et qu'une association s'était bornée à mettre à sa disposition deux de ses salariés pour participer à son fonctionnement culturel et administratif.

Soc. – 17 juin 2009.

Rejet

N° 08-42.615. – CA Douai, 28 mars 2008.

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

Note

Aux termes de l'article L. 1224-1 du code du travail (anciennement L. 122-12, alinéa 2) « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

Interprétant ces dispositions à la lumière des directives européennes concernées (la dernière en date étant la Directive 2001/23/CE, du 12 mars 2001), la chambre sociale de la Cour de cassation juge, de façon constante depuis dix ans, que cet article s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome (Soc., 18 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n° 285).

Constitue une telle entité une « *entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise* », c'est-à-dire un « *ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* » (voir notamment : Soc., 18 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 423 ; Soc., 3 avril 2002, *Bull.* 2002, V, n° 114 ; Soc., 9 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 313 ; Soc., 23 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 170, et Soc., 19 novembre 2008, pourvoi n° 07-42.455).

Un arrêt du 27 janvier 2009 a précisé que « *le transfert d'une telle entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant* » (Soc., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-44.241). Cette précision, reprise dans une décision du 13 mai 2009 (Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-42.007), est réaffirmée dans l'arrêt du 17 juin 2009 ici commenté.

Dans la présente affaire, la ville de Béthune avait passé un marché avec une association (la Fédération nationale Léo Lagrange) pour l'exploitation de son théâtre municipal. Dans le cadre de cette assistance, l'association mettait à disposition deux de ses salariés, afin qu'ils occupent les fonctions de directeur et directeur adjoint du théâtre. Le marché a été résilié le 31 mars 2005, et les salariés embauchés par la ville au sein de ses services. Cette embauche ayant été annulée par la juridiction administrative, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale de demandes indemnitaires, soutenant avoir fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La cour d'appel a fait droit aux demandes, au motif que l'article L. 1224-1 du code du travail ne trouvait pas à s'appliquer.

La question soulevée était donc de savoir si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail étaient remplies en cas de transfert de l'activité de gestion et de promotion d'un théâtre.

La Cour de cassation approuve pleinement les juges du fond et rejette le pourvoi formé par l'association. Après avoir rappelé les principes susénoncés, elle note que « *la cour d'appel a relevé que la ville de Béthune n'avait jamais cessé d'exploiter son théâtre avec son personnel et ses moyens et que la FNLL s'était bornée à mettre à sa disposition deux de ses salariés pour participer à son fonctionnement culturel et administratif, leur mission consistant à participer à la programmation du théâtre, négocier des contrats de spectacle et informer le public ; qu'à la fin du marché, la situation juridique du théâtre était restée identique, cet établissement continuant d'être exploité par la ville* » ; dès lors, « *elle en a exactement déduit que l'article L. 1224-1 du code du travail n'était pas applicable* ».

En l'espèce, la simple mise à disposition de deux salariés n'était donc pas suffisante pour caractériser l'existence d'une entité économique autonome susceptible de transfert.

* *Transfert d'une entité économique autonome*

N° 133

L'article L. 1224-1 du code du travail, interprété au regard de la Directive n° 2001/23/CE, est applicable en cas de transfert d'une entité économique autonome, dont l'existence est indépendante des règles d'organisation, de fonctionnement et de gestion de service exerçant une activité économique.

Si les établissements de santé constituent en eux-mêmes des entités économiques autonomes ayant pour objet la prise en charge globale des malades, des services de ces établissements peuvent aussi constituer une entité économique autonome et distincte, dès lors qu'ils forment un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre.

Fait en conséquence une exacte application de ce texte la cour d'appel qui, constatant, d'une part, que le service de restauration du personnel et des malades d'un établissement hospitalier privé, qui utilise les moyens d'un autre établissement et du personnel mis à la disposition de ce dernier, constitue une entité économique autonome et, d'autre part, que ce service a été repris par une autre entreprise utilisant les mêmes moyens et poursuivant la

même activité, en vertu d'un marché conclu à cette fin, en déduit qu'une entité économique, dont relevaient les salariés, a été transférée à ce prestataire.

Soc. – 27 mai 2009.

Rejet

N° 08-40.393. – CA Lyon, 26 novembre 2007.

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

Note

En admettant qu'un service d'un établissement de santé puisse constituer une entité économique autonome, distincte de cet établissement, en sorte que son transfert entraîne, pour le personnel qui s'y rattache, un changement d'employeur, la chambre sociale revient sur la position prise le 24 octobre 2000, sur le fondement de dispositions du code de la santé publique (*Bull.* 2000, V, n° 342, *Rapport annuel* 2000, p. 336). Cet arrêt retenait en effet, par référence aux articles L. 710-4 et L. 711-2 du code de la santé publique, alors en vigueur, que ces établissements constituent en eux-mêmes des entités économiques « *dont aucun service participant à la prise en charge globale des malades (...) ne peut constituer une entité économique distincte* », même si leur gestion est confiée à un tiers (en l'occurrence, était en cause l'externalisation du service des repas aux patients, d'aide à la cuisine et de ménage des chambres).

Plusieurs raisons peuvent expliquer cette évolution. Tout d'abord, elle s'inscrit dans le cadre de l'interprétation donnée le 20 novembre 2003 par la Cour de justice des Communautés européennes de la Directive 77/197/CEE, du 14 février 1977, remplacée depuis par la Directive 2001/23/CE, du 12 mars 2001, ici applicable. Dans une situation similaire, qui concernait l'attribution à un nouveau prestataire extérieur de la gestion de la restauration dans un hôpital, la Cour de Luxembourg a retenu que cette Directive devait s'appliquer dès lors que ce prestataire utilise d'importants éléments d'actif corporels précédemment utilisés par un autre et mis à leur disposition par l'établissement de santé. Il n'était donc plus possible, au regard de cette interprétation du texte européen, de continuer à exclure de son champ d'application, qui comprend les transferts d'entreprise ou de partie d'entreprise, le service d'un établissement de santé réunissant les conditions qui caractérisent l'entité économique autonome, pour la seule raison qu'il participe de la prise en charge globale des malades. La chambre sociale avait d'ailleurs apporté quelques atténuations à la règle posée en 2000, en admettant par exemple que l'article L. 122-12, alinéa 2 (L. 1224-1), du code du travail puisse recevoir application en cas de cession du service de radiologie d'une clinique (*Soc.*, 16 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 6). Il avait aussi été admis, de manière implicite, que le changement du titulaire d'un service mobile d'urgence et de réanimation confié par un hôpital à une entreprise privée pouvait relever de l'article L. 122-12 du code du travail (*Soc.*, 25 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 216).

Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 10 octobre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 296), la chambre sociale a jugé que, pour la mise en œuvre de l'article L. 122-12, l'existence d'une entité économique autonome est indépendante des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité. Ce motif de portée générale avait vocation à s'appliquer en tout domaine et ne permettait plus d'écarter les cessions partielles d'établissements de santé en raison des particularités de leur mode de fonctionnement, tel qu'il est déterminé par le code de la santé publique. Au demeurant, la nouvelle rédaction de ce code ne fait apparaître la notion de prise en charge des malades qu'au titre de l'évaluation, de l'accréditation des établissements et de l'analyse de leur activité (article L. 6113-2). On peut donc douter que cette notion impose de considérer que tous les services d'un établissement de santé, fussent-ils autonomes, constituent un ensemble indivisible, au regard du code du travail, alors même que le code de la santé publique autorise la délégation de certaines activités de soins à des intervenants extérieurs.

Enfin, il n'est pas certain que la position prise en 2000 réponde toujours à l'objectif de stabilité de l'emploi que doit assurer la législation sociale des transferts d'entreprises, d'origine nationale ou européenne. Lorsque l'activité en cause concerne un service qui ne nécessite pas l'emploi d'un personnel ayant des compétences médicales, son externalisation peut conduire l'établissement de santé, si les contrats de travail du personnel qui y est attaché ne sont pas transmis au prestataire extérieur, à se séparer de ces salariés, faute de pouvoir leur trouver un emploi approprié.

En l'espèce, la cour d'appel avait constaté que le service de restauration des patients et du personnel de l'établissement réunissait un ensemble organisé de moyens matériels et humains affectés à cette activité spécifique et que la poursuite de cette activité par un prestataire extérieur s'était accompagnée du transfert à ce dernier des moyens d'exploitation nécessaires. Ces constatations étaient de nature à établir l'existence d'un transfert d'entreprise.

4. Contrats particuliers

* *Contrat de chantier*

N° 134

Ayant relevé que le licenciement avait pour cause l'achèvement des tâches pour la réalisation desquelles le salarié avait été engagé, la cour d'appel a pu décider que la rupture du contrat était justifiée, en application de l'article L. 122-32-2, alinéa premier, devenu L. 1226-9, du code du travail, par l'impos-

sibilité dans laquelle s'était trouvé l'employeur de maintenir le contrat de travail, pour un motif non lié à l'accident du travail.

Soc. – 8 avril 2009.

Rejet

N° 07-42.942. – CA Aix-en-Provence, 19 septembre 2006.

M. Trédez, Pt (f.f.). – M. Frouin, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

Un salarié, engagé selon « contrat de chantier », a été licencié, pendant la période de suspension de son contrat suite à un accident du travail, au motif de l'achèvement du chantier.

Le salarié a contesté son licenciement, soutenant que la fin du chantier pour lequel il avait été embauché ne caractérisait pas à elle seule l'impossibilité de maintenir le contrat de travail. Il a été débouté de ses demandes.

En approuvant la cour d'appel d'avoir décidé que la rupture du contrat était justifiée par l'impossibilité dans laquelle s'était trouvé l'employeur de maintenir le contrat de travail pour un motif non lié à l'accident du travail, la chambre sociale confirme sa jurisprudence relative à la validité, au regard des exigences de l'article L. 1226-9 du code du travail, d'un licenciement « pour fin de chantier », en cours de suspension du contrat de travail suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle.

En effet, la chambre sociale a déjà décidé que « l'employeur qui doit arrêter les travaux sur un chantier en raison de la surproduction se trouve dans l'impossibilité de maintenir le contrat de travail d'un salarié engagé sur place pour travailler sur ce chantier, pour un motif non lié à l'accident du travail dont avait été victime ce salarié » (Soc., 20 juin 1990, *Bull.* 1990, V, n° 300), et que « ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui, pour déclarer nulle la résiliation du contrat de travail d'un salarié, énonce que l'employeur ne pouvait licencier le salarié au cours d'une période de suspension du contrat consécutive à un accident du travail, au motif que la survenance de la fin du chantier pour lequel le salarié avait été embauché ne constituait pas une impossibilité de maintenir le contrat, sans préciser dans quelles conditions l'employeur aurait pu maintenir le contrat de travail du salarié » (Soc., 23 novembre 2004, *Bull.* 1994, V, n° 306).

Le seul fait que le chantier pour lequel le salarié a été embauché soit achevé caractérise donc l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat de travail telle qu'exigée par l'article L. 1226-9.

* *Travail temporaire*

N° 135

Les actions en requalification exercées, l'une, contre l'entreprise de travail temporaire sur le fondement des articles L. 124-2, alinéas 1 et 2, à L. 124-4, alinéas 1 à 9, devenus L. 1251-5, L. 1251-6, L. 1251-16 et L. 1251-17 du code de travail, l'autre,

contre l'entreprise utilisatrice sur le fondement de l'article L. 124-7, alinéa 2, devenu L. 1251-40 du même code, ont des fondements différents et peuvent être exercées concurremment.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui a fait droit à la demande de requalification en contrat à durée indéterminée présentée par un salarié à l'encontre d'une société utilisatrice à la disposition de laquelle il avait été mis, alors même qu'il avait obtenu la requalification en un contrat à durée indéterminée des contrats de mission l'ayant lié à l'entreprise de travail temporaire.

Soc. – 20 mai 2009.

Rejet

N° 07-44.755. – CA Chambéry, 18 septembre 2007.

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

Note

L'article L. 1251-1 du nouveau code du travail dispose que « le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission ».

Le non-respect des exigences légales de fond ou de forme relatives au contrat de travail temporaire est sanctionné, sur le plan civil, par la possible requalification de ce contrat en contrat de travail à durée indéterminée.

À l'encontre de l'entreprise utilisatrice, le salarié peut faire valoir les droits afférents à un contrat à durée indéterminée dans deux situations : la continuation de la mission sans conclusion d'un nouveau contrat de travail (article L. 124-7, alinéa premier, devenu L. 1251-39, du code du travail) et « lorsque l'utilisateur a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en violation caractérisée des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4 (devenus L. 1251-5 à L. 1251-7, L. 1251-10 à L. 1251-12, L. 1251-30 à L. 1251-35) » (article L. 124-7, alinéa 2, devenu L. 1251-40, du code du travail).

À l'encontre de l'entreprise de travail temporaire, le code du travail ne comporte aucune disposition prévoyant la possibilité pour le travailleur temporaire d'exercer une action en requalification. C'est la jurisprudence qui lui a reconnu cette faculté (par exemple, Soc., 13 décembre 2006, Bull. 2006, V, n° 385), mais en la soumettant à la condition que l'entreprise de travail temporaire n'ait pas elle-même respecté les obligations que l'article L. 124-4 (devenu L. 1251-16 et L. 1251-17) du code du travail met à sa charge (Soc., 13 avril 2005, Bull. 2005, V, n° 139).

Dans la présente affaire, un salarié avait obtenu un arrêt de cour d'appel faisant droit à sa demande en requalification de ses contrats de mission en un contrat à durée indéterminée, à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire. Par la suite, cette dernière ayant été mise en liquidation, le salarié avait à nouveau saisi la juridiction prud'homale, mais cette fois aux fins d'obtenir, notamment de l'entreprise utilisatrice, le paiement des causes du

précédent arrêt. La cour d'appel avait alors requalifié en contrat à durée indéterminée le contrat du salarié à l'égard de l'entreprise utilisatrice.

Cette dernière faisait grief à l'arrêt d'avoir violé l'article L. 124-7, alinéa 2, (devenu L. 1251-40) du code du travail, au motif que « le salarié qui a obtenu la requalification de son contrat de mission en un contrat à durée indéterminée, dans ses rapports avec l'entreprise de travail temporaire, ne peut plus agir aux mêmes fins à l'encontre de l'entreprise utilisatrice ».

La question qui était posée à la Cour de cassation était donc la suivante : un salarié peut-il intenter une action en requalification de son contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée, à la fois contre l'entreprise utilisatrice et contre l'entreprise de travail temporaire ?

La chambre sociale avait déjà jugé « qu'un salarié intérimaire peut exercer une action en dommages-intérêts pour rupture anticipée du contrat de mission à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire et une action en requalification du contrat de travail temporaire à l'encontre de l'entreprise utilisatrice, les deux actions exercées, l'une contre l'entreprise de travail temporaire, sur le fondement de l'article L. 124-5 du code du travail, l'autre contre l'entreprise utilisatrice, sur le fondement de l'article L. 124-7 du même code, ayant deux fondements différents, et rien n'interdisant qu'elles puissent être exercées concurremment » (Soc., 27 juin 2007, Bull. 2007, V, n° 114).

Mais la chambre sociale n'avait jamais eu à juger du cas de figure de la présente affaire et donc du cumul d'une action tendant aux mêmes fins, en l'espèce, une action en requalification, à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire et de l'entreprise utilisatrice.

Reprenant la motivation de sa décision du 27 juin 2007, la chambre sociale décide que l'action en requalification peut être exercée concurremment contre ces deux entreprises car elle a envers chacune des fondements différents. En effet, l'action contre l'entreprise de travail temporaire est basée sur les articles L. 124-2, alinéas 1 et 2, à L. 124-4, alinéas 1 à 9, (devenus L. 1251-5, L. 1251-6, L. 1251-16 et L. 1251-17) du code du travail, alors que celle dirigée contre l'entreprise utilisatrice a pour fondement l'article L. 124-7, alinéa 2, (devenu L. 1251-40), du code du travail.

Cette possibilité du cumul des actions en requalification permet ainsi au salarié intérimaire, victime de violations commises conjointement par les deux entreprises, de ne pas avoir à faire un choix qui pourrait lui être préjudiciable.

5. Statuts particuliers

* Assistant(e) maternel(le)

N° 136

Encourt la cassation l'arrêt qui décide qu'est dénué de cause réelle et sérieuse le licenciement

« pour cause personnelle » d'une assistante maternelle par le particulier qui l'emploie, alors que les articles L. 1232-6 et L. 1232-5, anciennement L. 122-14-2 et L. 122-14-5, du code du travail ne figurent pas parmi ceux qui sont applicables aux assistants maternels selon l'article L. 423-1 du code de l'action sociale et des familles, anciennement L. 773-2 du code du travail alors en vigueur, et que l'employeur n'a fait qu'exercer son droit de retrait tel que prévu par l'article L. 423-24 de ce code, anciennement L. 773-12 du code du travail alors en vigueur.

Soc. – 8 avril 2009. Cassation partielle

N° 07-43.868. – CPH Nevers, 8 juin 2007.

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

Note

Un particulier, qui avait conclu un contrat à durée indéterminée avec une assistante maternelle, a mis un terme à la convention « pour cause personnelle ». L'assistante maternelle, pour contester la rupture, arguait du caractère abusif du licenciement, en raison de l'absence de motivation de la lettre de licenciement.

Le conseil des prud'hommes lui avait donné raison, au motif que le particulier, employeur, n'avait pas respecté le droit du travail, et en particulier l'obligation de motivation du licenciement prévue à l'article L. 1232-6 du code du travail (anciennement L. 122-14-2).

Par un arrêt qui s'inscrit dans sa jurisprudence en la matière, la Cour de cassation censure cette décision. Elle rappelle ainsi que le droit commun de la rupture du contrat de travail ne s'applique pas aux assistants maternels. En effet, les personnes, sous réserve qu'elles soient titulaires d'un agrément, qui accueillent habituellement à leur domicile, moyennant rémunération, des mineurs qui leur sont confiés par des particuliers ou par des personnes morales de droit privé ne sont pas soumises à toutes les dispositions du code du travail. L'article L. 423-2 du code de l'action sociale et des familles (CASF) énumère les dispositions du code du travail qui sont applicables aux assistants maternels et assistants familiaux employés par des personnes de droit privé. Parmi ces dispositions énumérées, ne figurent pas celles relatives à la rupture du contrat de travail. C'est donc la procédure spécifique à cette profession qui s'applique.

L'article L. 423-24 du CASF (anciennement L. 773-12 du code du travail) dispose que l'employeur doit « notifier à l'intéressé sa décision de rompre le contrat par lettre recommandée avec accusé de réception ». Le texte ne fait pas état des mentions qui doivent être portées sur cette lettre. Si bien que se posait la question de savoir si les motifs de licenciement devaient être mentionnés, comme pour les ruptures des contrats de travail de droit commun.

La Cour de cassation avait déjà dit que « le droit de retrait d'un enfant [...] s'exerce librement et ne peut

être sanctionné par l'application de l'article L. 122-14-5 du code du travail » (Soc, 2 juillet 2002, Bull. 2002, V, n° 231, cassation partielle).

Dans le présent arrêt, elle dispense l'employeur de la mention d'un motif de licenciement dans la lettre de rupture du contrat à durée indéterminée, mettant ainsi en exergue l'inapplicabilité des dispositions de droit commun à cette matière, d'une part, et l'existence d'un libre droit de retrait de l'enfant confié, d'autre part.

Elle avait d'ailleurs déjà dit que l'exercice du droit de retrait par le particulier employeur n'a pas à être motivé, sous réserve de l'illicéité du motif (Soc., 26 mars 2002, Bull. 2002, V, n° 108, Rejet).

** Fonctionnaires mis à disposition*

N° 137

Le fonctionnaire ou l'agent public mis en disponibilité est, dans ses rapports avec l'organisme de droit privé au sein duquel il exerce son activité, régi par les dispositions générales applicables au contrat de travail.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui énonce que la dénonciation de la convention de mise en disponibilité n'équivaut pas à un licenciement, alors qu'il avait constaté que l'organisme, à la disposition duquel avait été placé l'agent public, avait pris l'initiative de la rupture.

Soc. – 6 mai 2009.

Cassation

N° 07-44.449. – CA Fort-de-France, 13 juin 2007.

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

Note

L'espèce concerne un agent statutaire de l'ANPE, placé en disponibilité, dans l'intérêt du service, auprès d'une association pour l'emploi des personnes handicapées.

Le décret n° 90-243 du 29 juin 1990, fixant le statut des agents de l'ANPE, alors en vigueur (abrogé à compter du 1^{er} janvier 2004 et remplacé par le décret n° 2003-1370 du 31 décembre 2003), prévoyait que la mise à disposition peut intervenir soit avec maintien de la qualité d'agent statutaire (article 36, alinéa 2) et de sa rémunération, soit dans le cadre d'une « disponibilité dans l'intérêt du service », pour une durée de cinq ans maximum, renouvelable une fois (article 37, alinéa 2). La mise en disponibilité entraîne la suspension du contrat de travail (article 37, alinéa premier).

Les agents mis à disposition et ceux qui bénéficient d'une dispense totale de service poursuivent leur carrière dans les conditions prévues par l'article 38. Ce texte prévoit que les agents en position de disponibilité dans l'intérêt de l'ANPE « voient leur situation réexaminée lors de leur réintégration. Ils bénéficient d'une reconstitution de carrière dans le cadre de leur emploi d'origine. De plus, après évaluation de

l'expérience acquise dans l'organisme d'accueil et avis de la commission paritaire compétente, le directeur général peut décider de leur attribuer un avancement accéléré ».

Cet arrêt se situe dans la ligne d'une jurisprudence bien établie, selon laquelle « *le fonctionnaire mis à disposition d'un organisme de droit privé et qui accomplit un travail pour le compte de celui-ci dans un rapport de subordination se trouve lié à cet organisme par un contrat de travail* » (assemblée plénière, 20 décembre 1996, *Bull.* 1996, Ass. plén., n° 10). La compétence judiciaire pour connaître des litiges relatifs à ce contrat de travail a été reconnue par le Tribunal des conflits (7 octobre 1996, *Bull.* 1996, Tribunal des conflits n° 16, et 10 mars 1997, *Bull.* 1997, Tribunal des conflits n° 6).

Il en va ainsi quelle que soit la position statutaire de l'agent au regard de la fonction publique qui lui est applicable (Soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-43.007) et « *peu important les conventions liant l'association à l'Etat* » (Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 91).

Lorsque l'employeur de droit privé décide de mettre fin au détachement, la rupture s'analyse en un licenciement (Soc., 12 juin 2007, pourvoi n° 05-45.286) qui, faute de motifs, est sans cause réelle et sérieuse (Soc., 27 juin 2000, *Bull.* 2000, n° 251), et le salarié peut prétendre aux indemnités dues à ce titre (Soc., 12 juin 2007, précité).

En revanche, la rupture intervenant à l'expiration normale de la période de détachement ne constitue pas un licenciement, peu important que l'intéressé ait sollicité le renouvellement de son détachement (Soc., 19 juin 2007, *Bull.* 2007, V, n° 107).

* *Personnel d'Air France*

N° 138

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

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui, pour faire droit à la demande d'un salarié tendant à ce que soit, conformément à l'article 97 de la loi du 13 juillet 1972, reconstituée sa carrière en tenant compte du temps passé sous les drapeaux, retient que la société Air France n'est pas fondée, pour s'y opposer, à invoquer les dispositions, déclarées illégales par le Conseil d'État, de l'article 4.2.3 du règlement du personnel au sol, qui avaient pour effet d'exclure les anciens militaires du bénéfice de l'attribution d'échelons ouvrant droit à une majoration de salaire calculée en fonction de l'ancienneté acquise sous les drapeaux.

Soc. – 8 avril 2009. Déchéance et rejet

N° 07-43.891 et 07-43.892. – CA Paris, 15 décembre 2005 et 7 juin 2007.

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

Note

L'arrêt rappelle le principe maintes fois énoncé par la chambre sociale, selon lequel toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, même décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil (voir notamment Soc., 23 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 173 ; Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-43.133 ; Soc., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 414, et Soc., 17 février 1994, pourvoi n° 90-11.037).

Dans la présente espèce, deux anciens sous-officiers de l'armée française, embauchés en qualité de mécaniciens avion en juin 1985 et février 1986 par la société Air France, alors entreprise publique, avaient vainement demandé à leur employeur de les faire bénéficier de certaines dispositions de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, relatives à la prise en compte, au titre de l'ancienneté, du temps passé sous les drapeaux.

Et après avoir enjoint à la direction d'Air France de procéder à la modification de son règlement du personnel pour y inclure les dispositions de la loi du 13 juillet 1972, le Conseil d'État a constaté l'illégalité de l'article 4.2.3 de ce règlement, qui excluait que la reprise spécifique d'ancienneté des anciens militaires puisse comprendre l'attribution d'échelons correspondant à l'ancienneté définie à l'article 97 susmentionné et ouvrant droit à la majoration de salaire prévue à l'article 1.3.3 dudit règlement.

C'est en cet état qu'ont été rendus les arrêts critiqués par les pourvois, qui ont fait droit aux demandes des deux salariés, en retenant que, quand bien même la société Air France, devenue une entreprise privée, n'avait plus la possibilité de modifier son ancien statut du personnel, elle restait tenue de faire application de la loi du 13 juillet 1972, sans égard pour l'article 4.2.3 déclaré illégal par le Conseil d'État, qu'elle n'avait pas modifié.

N° 139

Le salarié ne peut renoncer par avance au bénéfice des dispositions du statut réglementaire d'ordre public dont il relève.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir retenu que, par une clause de son contrat de travail, un salarié avait pu valablement se désister d'une instance, de sorte qu'étaient irrecevables ses demandes introduites au titre d'un précédent contrat de travail et tendant au bénéfice du statut du personnel Aéroports de Paris, le déboute de ses nouvelles demandes au titre de son nouveau contrat, au motif que, par cette même clause, il avait valablement renoncé par avance au bénéfice du statut dans le cadre de ce nouveau contrat.

Soc. – 8 avril 2009. Cassation partielle

N° 08-40.547. – CA Paris, 4 décembre 2007.

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

Note

Un médecin généraliste est embauché le 1^{er} janvier 1982 par la société Aéroports de Paris (ADP), en qualité de médecin urgentiste. Le 19 juin 1992, il saisit le conseil de prud'hommes aux fins d'obtenir le paiement de rappels de salaires fondés sur le statut du personnel, mais l'affaire est radiée le 9 février 1994. Le 18 avril 1996, les parties concluent un nouveau contrat de travail comportant une clause selon laquelle « le Dr. X... s'engage à se désister de toute demande ou action pendante devant les juridictions prud'homales relative à son intégration au statut d'Aéroports de Paris, et renonce également à exercer toute action ultérieure devant toute juridiction portant sur une revendication d'intégration au statut du personnel d'Aéroports de Paris ».

Le salarié, ayant saisi à nouveau la juridiction prud'homale aux fins de rétablissement de l'instance radiée, a été débouté de ses demandes, fondées sur l'application du statut du personnel, relatives tant au premier contrat de travail qu'au second. Il forme pourvoi et reproche à l'arrêt d'avoir jugé qu'il avait valablement renoncé à toute revendication du bénéfice du statut du personnel d'Aéroports de Paris.

Il est de jurisprudence constante qu'un salarié ne peut pas renoncer par avance, c'est-à-dire pendant l'exécution de son contrat de travail, aux droits qu'il tient de la loi (Soc., 27 février 2001, *Bull.* 2001, V, n° 60 [1] ; Soc., 25 mars 2009, *Bull.* 2005, V, n° 87) ou de la convention collective, ou du statut collectif (Soc., 30 mars 1995, *Bull.* 1995, V, n° 117 [2] ; Soc., 5 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 208 [1], et Soc., 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 314).

Dans le cas présent, il s'agissait non d'un statut collectif, mais d'un statut législatif et réglementaire. Au moment de la conclusion des deux contrats de travail du médecin urgentiste, ADP était un établissement public autonome, dont le personnel était soumis à un statut, issu notamment des articles L. 251-1 et R. 252-12 du code de l'aviation civile et approuvé par les ministres de tutelle après élaboration par le conseil d'administration d'ADP.

Les dispositions générales de ce statut prévoyaient son application, « dans sa totalité, sans distinction de sexe, d'âge, de nationalité ou de lieu d'affectation, au personnel propre de l'établissement public dénommé Aéroports de Paris ». Dans un précédent arrêt, la Cour de cassation avait jugé que les médecins du travail liés par un contrat de travail à ADP entraient dans le champ d'application de ce statut (Soc., 24 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 346).

Dans la ligne de sa précédente jurisprudence, la Cour de cassation juge que le médecin urgentiste, faisant également partie du personnel propre d'ADP, ne pouvait, par la clause contenue dans le second contrat de travail, renoncer par avance, pour les relations nouées postérieurement au 18 avril 1996, au bénéfice du statut du personnel d'ADP. En revanche, pour les droits nés du premier

contrat de travail, la clause contenue dans le second doit s'analyser comme un désistement d'instance, rendant les demandes du salarié irrecevables.

B. – Durée du travail et rémunérations

1. Durée du travail, repos et congés

* Acquisition des jours de RTT

N° 140

Il résulte de l'article L. 122-8, alinéa 3, devenu L. 1234-5, du code du travail que la dispense de l'exécution du préavis par l'employeur n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis.

Il s'en déduit que l'employeur ne peut priver le salarié du bénéfice des jours de RTT auxquels celui-ci aurait pu prétendre s'il avait travaillé durant le préavis. En effet, l'indemnité compensatrice de jours de congé liés à la réduction du temps de travail non pris par le salarié à la date de la rupture de son contrat de travail, prévue par un accord d'entreprise de RTT, correspond à l'acquisition d'heures de travail accomplies entre la 35^e et la 39^e heure de chaque semaine, en sorte qu'elle présente le caractère d'une rémunération habituelle et normale du salarié, et doit être prise en compte pour le calcul de l'indemnité de préavis.

En conséquence, doit être censuré l'arrêt qui retient qu'en application de l'accord d'entreprise, l'acquisition des jours de repos supplémentaires RTT s'effectue progressivement au cours de la période de référence en raison d'un jour franc maximum par mois de travail effectif et en déduit que, le préavis ayant, en l'espèce, été payé mais non effectué, le salarié n'a acquis aucun jour de RTT à compter du premier jour de son préavis.

Soc. – 8 avril 2009.

Cassation partielle

N° 07-44.068. – CA Chambéry, 21 juin 2007.

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

Note

Le présent arrêt tranche la question, inédite jusqu'alors, de la licéité d'une disposition d'un accord d'entreprise de réduction et d'aménagement du temps de travail prévoyant que l'acquisition des jours de repos supplémentaire RTT s'effectue progressivement au cours de la période de référence en raison d'un jour franc maximum par mois de travail effectif, le préavis payé mais non effectué n'étant pas assimilé à un temps de travail effectif.

Cette disposition aboutit à exclure la possibilité d'un rappel de jour de RTT pour une période de préavis payée mais non effectuée.

En jugeant une telle disposition inapplicable, comme contraire à l'article L. 1234-5 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrit dans la logique de sa jurisprudence habituelle.

En effet, celle-ci décide avec constance que la dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant la durée du préavis ne doit entraîner aucune diminution des salaires et avantages, y compris l'indemnité de congés payés, que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail.

Elle a ainsi jugé par exemple que, « selon l'article L. 122-8 du code du travail, la dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant le délai-congé ne doit entraîner jusqu'à l'expiration de ce délai aucune diminution des salaires et avantages, y compris l'indemnité de congés, que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail. Un salarié a donc droit au paiement d'une prime d'intéressement pour la période de préavis même si l'accord d'intéressement, qui ne peut déroger aux dispositions plus favorables de la loi, limite le bénéfice de cette prime au temps effectivement travaillé à l'exclusion des périodes non œuvrées » (Soc., 28 janvier 1998, Bull. 1998, V, n° 42), ou bien encore que « la dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant le délai-congé, que celui-ci fasse suite à une démission ou un licenciement, ne doit entraîner jusqu'à l'expiration de ce délai aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail ; il s'ensuit qu'un salarié dispensé de l'exécution de son préavis n'était pas tenu de restituer l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un usage professionnel et personnel, qui correspondait à l'application normale de son contrat de travail » (Soc., 8 mars 2000, Bull. 2000, V, n° 92).

* Modulation du temps de travail

N° 141

En l'état d'un accord de branche prévoyant que la mise en place de la modulation du temps de travail dans l'entreprise se fera après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et, en cas d'absence de ces instances représentatives, après information des salariés concernés, doit être rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir exactement décidé que le régime de modulation considéré suppose une information préalable de l'ensemble du personnel, et non des seuls chefs d'équipe, en déduit que la modulation mise en œuvre sans une telle information est inopposable au chef d'équipe qui revendique le paiement d'heures supplémentaires, congés payés et repos compensateurs afférents.

Soc. – 6 mai 2009.

Rejet

N° 07-40.235. – CA Rennes, 16 novembre 2006.

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

Note

L'accord de branche étendu du 11 mars 2000 sur la réduction du temps de travail annexé à la convention collective du personnel des prestataires de service du secteur tertiaire du 13 août 1999, en son article 3-1, prévoit la possibilité de recourir à la modulation du temps de travail sous les conditions suivantes : « En l'absence de délégués syndicaux ou de salarié mandaté pour la réduction de la durée du travail, cette modulation peut être mise en place après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. En l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, les entreprises pourront instituer cette modulation après information des salariés concernés ».

Le pourvoi posait essentiellement la question de l'étendue de l'obligation d'information des salariés mise à la charge de l'employeur par un accord de branche, pour leur rendre opposable un accord de modulation mis en place dans une entreprise ne comportant pas d'institutions représentatives du personnel. Plus précisément, la chambre devait se prononcer sur le point de savoir si l'information destinée par le texte aux « salariés concernés » vise l'ensemble du personnel, comme le soutenaient les salariés, défenseurs au pourvoi, ou seulement les salariés de sa catégorie, à savoir les chefs d'équipe, comme le prétendait l'employeur, demandeur au pourvoi.

La chambre sociale approuve l'analyse des juges du fond, qui ont exactement décidé que le régime de modulation considéré supposait une information préalable de l'ensemble du personnel, et non des seuls chefs d'équipe, et en ont déduit que ce régime était inopposable au personnel. Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence habituelle de la Cour de cassation, qui contrôle strictement les conditions d'opposabilité aux salariés de la modulation du temps de travail mise en œuvre dans l'entreprise.

* Temps partiel – temps complet

N° 142

Les jours flottants et le jour de RTT supplémentaire les années bissextiles prévus par l'accord relatif à la réduction du temps de travail de la Caisse d'épargne de Bretagne du 30 mars 2001 ne concernent que les salariés à temps complet, puisqu'ils sont effectivement destinés à compenser, dans le cadre de la RTT, les heures effectuées au-delà de la durée légale hebdomadaire du travail.

Fait une exacte application des dispositions de l'article L. 212-4-5, alinéa premier, devenu L. 3123-11, du code du travail la cour d'appel qui rejette la demande des salariés à temps partiel qui bénéficient conventionnellement de la réduction de la durée du travail selon des modalités adaptées à leur situation tendant au paiement de sommes dues au titre de ces jours.

Soc. – 17 juin 2009. Cassation partielle

N° 08-41.077. – CA Rennes, 15 janvier 2008.

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

Note

Le code du travail institue un principe d'égalité de traitement entre les salariés travaillant à temps complet et ceux travaillant à temps partiel.

L'article L. 3123-10 de ce code dispose : « *Compte tenu de la durée de son travail et de son ancienneté dans l'entreprise, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'établissement ou l'entreprise* ».

L'article L. 3123-11 prévoit quant à lui, plus précisément s'agissant des droits conventionnels : « *Le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi, les conventions et les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif de travail* ».

Ainsi, la Cour de cassation a précisé à plusieurs reprises que « *l'article L. 212-4-2 du code du travail, devenu l'article L. 212-4-5, ne permet de prévoir que des modalités spécifiques d'application des droits conventionnels pour les salariés à temps partiel et qu'il ne peut avoir pour effet d'exclure les salariés à temps partiel du champ d'application d'une convention collective* » (Soc., 24 juin 2003, Bull. 2003, V, n° 203 ; Soc., 8 juillet 2003, Bull. 2003, V, n° 225, et Soc., 16 janvier 2008, Bull. 2008, V, n° 12).

La présente affaire concernait l'application d'un accord collectif relatif à la réduction du temps de travail, à savoir celui de la Caisse d'épargne de Bretagne du 30 mars 2001.

Il fixe une durée annuelle de 1 600 heures de travail effectif, avec maintien de la durée hebdomadaire de 37 h 30 antérieure, soit deux cent treize jours travaillés par an. Pour y parvenir, outre les deux jours de repos hebdomadaires et les congés (légaux et conventionnels), était prévu l'octroi de neuf jours de RTT et de neuf jours fériés ou flottants.

L'article II C I de l'accord précise : « *Chaque début d'année, un calendrier fixe les jours fériés et/ou flottants dans la limite de neuf jours minimum par an. [...] Il est accordé un jour RTT supplémentaire les années bissextiles à l'ensemble des collaborateurs* ».

Des salariées à temps partiel de la Caisse d'épargne de Bretagne ont saisi la juridiction prud'homale pour se voir accorder les jours flottants et le jour RTT supplémentaire les années bissextiles, qui leur étaient refusés par leur employeur.

La cour d'appel les déboute, au motif que ces jours « *ne concernent que les salariés à temps complet, puisqu'ils sont effectivement destinés à compenser, dans le cadre de la RTT, les heures effectuées au-delà de la durée légale hebdomadaire du travail, ce qui n'est pas le cas des salariés travaillant à temps partiel* », et que « *l'accord*

d'entreprise a au demeurant prévu des dispositions spécifiques aux salariés à temps partiel, qui ont ainsi bénéficié de la réduction de la durée du travail selon des modalités adaptées à leur situation ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi en approuvant totalement la motivation des juges du fond : elle estime qu'ils en ont « *exactement déduit que leur revendication [des salariés] n'était pas fondée* ».

En effet, si l'article I de l'accord précise bien que celui-ci « *est applicable à tous les salariés de la Caisse d'épargne de Bretagne, à l'exception des mandataires sociaux* », l'article II E prévoit des modalités spécifiques pour les salariés à temps partiel :

« *Les salariés à temps partiel, à la date de la signature de l'accord, ont la possibilité :*

– *soit de passer à temps plein ;*

– *soit de rester à temps partiel avec une diminution de leur temps de travail, en heures sur le mois, à due proportion de la réduction appliquée à l'ensemble des salariés à temps plein ;*

– *soit de maintenir la durée actuelle de leur temps de travail tel que prévu par leur contrat de travail, avec une adaptation à due proportion du niveau de rémunération* ».

Dès lors, les salariés à temps partiel n'étant pas exclus de l'accord, mais se voyant appliquer des modalités spécifiques tenant compte du fait qu'ils effectuent un nombre d'heures de travail effectif en deçà de la durée légale hebdomadaire, le principe d'égalité de traitement n'est pas violé.

2. Rémunérations

*** Salaire (« A travail égal, salaire égal »)**

N° 143

Ne constitue pas un élément objectif et pertinent susceptible de justifier une différence de rémunération au regard du principe « *à travail égal, salaire égal* » l'exercice de son pouvoir discrétionnaire allégué par l'employeur pour décider, sans autre motif, d'attribuer ou non à ses salariés une prime annuelle variable dont il fixe seul le montant.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui justifie les différences de rémunérations existant entre des salariés effectuant un travail de valeur égale par le seul fait que la prime litigieuse a le caractère d'une gratification laissée à la libre appréciation de l'employeur.

Soc. – 30 avril 2009. Cassation partielle

N° 07-40.527. – CA Paris, 12 décembre 2006.

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

Note

Cet arrêt permet à la chambre sociale de la Cour de cassation de se prononcer pour la première fois sur le principe « *à travail égal, salaire égal* » lorsque

son application se heurte au pouvoir discrétionnaire invoqué par un employeur pour justifier une différence de rémunération entre plusieurs salariés.

On rappellera qu'il résulte de ce principe, selon les termes de l'arrêt du 29 octobre 1996 (*Bull.* 1996, V, n° 359), que « *l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe d'une même entreprise, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* ».

Dans la présente espèce, un salarié, qui percevait depuis plusieurs années une prime annuelle d'un montant équivalent à celle également versée à deux de ses collègues de travail occupant comme lui un poste d'analyste financier, avait constaté qu'au fil des ans, sa prime avait diminué puis avait été supprimée, alors qu'au contraire, les deux autres salariés bénéficiaient d'une prime augmentée.

Pour expliquer cette différence de traitement, l'employeur se bornait à affirmer que cette prime, aussi qualifiée de « bonus », ne répondait à aucune règle mathématique ou automatique d'attribution et était décidée librement par la direction, sans aucun critère fixé, ou précisé. En bref, il s'agissait d'une liberté relevant de son pouvoir discrétionnaire, ce qui l'autorisait à en modifier le montant, voire à la supprimer sans aucun contrôle.

Alors qu'en son temps, la Cour de cassation avait déjà, dans un arrêt du 2 octobre 2001 (pourvoi n° 99-17.577), précisé « *que les augmentations individuelles ne peuvent être accordées de manière purement discrétionnaire et doivent correspondre à des critères objectifs et vérifiables* », la cour d'appel, approuvant la position prise par l'employeur, décide qu'en l'absence de conditions précises et vérifiables assortissant le versement de ce bonus, et faute pour le salarié de démontrer l'existence de dispositions contractuelles, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur le prévoyant, la prime litigieuse avait le caractère d'une gratification laissée à la libre appréciation de l'employeur, auquel il serait vain d'appliquer le principe « *à travail égal, salaire égal* ».

Ainsi que l'y invitait le moyen du salarié, la chambre sociale, après avoir rappelé qu'il appartient à l'employeur, au regard du principe « *à travail égal, salaire égal* », de justifier par des éléments objectifs et pertinents la différence de rémunération constatée entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, sanctionne, pour violation du principe susvisé, le raisonnement des juges du fond, en retenant que l'employeur ne pouvait se soustraire à cette obligation en invoquant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

* Primes

N° 144

Si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les

absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution.

Dès lors, doit être cassé le jugement du conseil de prud'hommes qui condamne l'employeur à payer une prime d'assiduité mensuelle à des salariés alors que les périodes d'absence ouvrant droit au paiement de la prime énumérées par l'accord d'entreprise sont légalement assimilées à un temps de travail effectif et que toutes les autres absences, quelle qu'en soit la cause, donnent lieu à sa suppression, ce dont il résulte que le non-paiement pour absence pour fait de grève ne revêt pas de caractère discriminatoire (arrêt n° 1, pourvoi n° 08-42.154), et doit être approuvée la cour d'appel qui, ayant constaté que les absences pour maladie n'entraînaient pas, dans l'entreprise, d'abattement de la prime d'ancienneté, en a déduit, s'agissant de périodes d'absence qui ne sont pas légalement assimilées à un temps de travail effectif, que le non-paiement de la prime pour absence pour fait de grève revêtait un caractère discriminatoire (arrêt n° 2, pourvoi n° 07-42.677).

Arrêt n° 1 :

Soc. – 23 juin 2009.

Cassation sans renvoi

N° 08-42.154. – CPH Le Mans, 11 mars 2008.

Arrêt n° 2 :

Soc. – 23 juin 2009.

Rejet

N° 07-42.677. – CA Rennes, 29 mars 2007.

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

Note

Il résulte de l'article L. 2511-1 du code du travail que l'exercice du droit de grève ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire, notamment en matière de rémunérations.

Il est de jurisprudence ancienne et constante de la Cour de cassation que « *si l'employeur est en droit d'instituer une prime récompensant une assiduité profitable à l'entreprise, et de la réduire en fonction des absences mêmes dues à la grève, c'est à la condition que toute absence, quelle qu'en soit la cause, entraîne les mêmes conséquences* » (Soc., 25 mars 1982, *Bull.* 1982, V, n° 224 ; Soc., 1 juillet 1982, *Bull.* 1982, V, n° 436 ; Soc., 16 février 1994, *Bull.* 1994, V, n° 55 ; Soc., 10 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 371, et Soc., 15 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 65).

La Cour de cassation considère qu'existe une mesure discriminatoire interdite par l'article L. 2511-1 lorsque les absences dues à des événements familiaux ou celles prévues par accord d'entreprise ne donnent pas lieu à retenue, alors que les absences pour fait de grève entraînent la suppression du versement de la prime d'assiduité (Soc., 15 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 65).

Les deux cas d'espèce permettent à la chambre sociale d'affiner sa jurisprudence sur la question des conditions dans lesquelles le paiement d'une prime peut être supprimé ou réduit pour fait de grève, en opérant une distinction entre les absences légalement assimilées à un temps de travail effectif et les autres.

Dans la première affaire (arrêt n° 1, pourvoi n° 08-42.154), un accord d'entreprise prévoyait le versement d'une prime d'assiduité mensuelle, laquelle n'était pas due en cas d'absence du salarié sur le mois de référence, quelle qu'en soit la cause et que ces absences soient ou non autorisées. Toutefois, les jours RTT, congés payés et congés de formation économique ou syndicale n'étaient pas assimilés à des absences et ouvraient droit de ce fait au paiement de la prime. Le conseil de prud'hommes avait jugé que cette disposition constituait une mesure discriminatoire, car toutes les absences n'étaient pas traitées de la même manière que la grève. La chambre sociale de la Cour de cassation casse ce jugement, en décidant que les trois périodes d'absence énumérées par l'accord d'entreprise et ouvrant droit au paiement de la prime sont légalement assimilées à un temps de travail effectif. Toutes les autres absences, quelle qu'en soit la cause, donnant lieu à sa suppression, il en résulte que le non-paiement pour absence pour fait de grève ne revêt pas de caractère discriminatoire.

Dans la seconde affaire (arrêt n° 2, pourvoi n° 07-42.677), seules les absences pour maladie n'entraînaient pas d'abattement de la prime d'ancienneté. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir décidé que le non-paiement de cette prime revêtait un caractère discriminatoire, car les absences pour maladie ne sont pas légalement assimilées à un temps de travail effectif.

En résumé, la Cour de cassation considère comme discriminatoire la retenue sur le versement d'une prime en raison de l'absence pour fait de grève dans le cas où les absences qui ne donnent pas lieu à retenue sur le versement de cette prime sont des absences non assimilées à du temps de travail effectif (absences pour événements familiaux ou absences pour maladie, par exemple).

Lorsque se sont uniquement des absences légalement assimilées à un temps de travail effectif (les jours RTT, congés payés et congés de formation économique ou syndicale) qui ne donnent pas lieu à retenue sur le versement d'une prime, il n'y a pas de discrimination.

* *Plan d'épargne d'entreprise*

N° 145

L'employeur est, en vertu de l'article L. 3332-7 du code du travail, dès la souscription d'un plan d'épargne d'entreprise, débiteur d'une obligation d'information qui ne porte pas seulement sur l'existence de ce plan, mais doit aussi concerner son contenu.

Il en résulte qu'il lui appartient d'informer en temps utile chacun des salariés des modifications intervenues par rapport au règlement initial portant sur les dates auxquelles les versements des salariés doivent être réalisés.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui rejette la demande de prise en compte des versements d'un salarié pour les années 2005 et 2006 et de versement de l'abondement correspondant de l'employeur, alors qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que l'employeur n'avait pas informé en temps utile le salarié, en arrêt maladie, des modifications apportées aux dates limites de versement des sommes sur le plan d'épargne d'entreprise pour les deux années litigieuses.

Soc. – 17 juin 2009.

Cassation partielle

N° 07-45.560. – CA Aix-en-Provence, 23 octobre 2007.

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

Note

Le plan d'épargne d'entreprise est régi par un règlement qui détermine, en vertu de l'article L. 3332-7 du code du travail, les conditions dans lesquelles le personnel est informé de son existence et de son contenu.

En l'espèce, le salarié, absent de l'entreprise pour maladie, n'avait pas été informé du changement, au plan de règlement initial, des dates fixées pour opérer son versement au plan, ce qui avait conduit à la non-prise en compte de ses versements, considérés comme hors délai, et, par voie de conséquence, à sa perte du bénéfice de l'abondement par l'employeur.

L'information donnée par l'employeur aux salariés ne peut pas se limiter à la simple existence du plan d'épargne d'entreprise et doit également porter sur le contenu du plan. La chambre sociale a jugé que viole les dispositions de l'article L. 443-1, alinéa 7, devenu L. 3332-7, « la cour d'appel qui, ayant constaté qu'un salarié, bien qu'ayant eu connaissance de l'existence d'un plan d'épargne d'entreprise, n'avait été informé de son contenu que dix-huit mois après sa souscription, décide que l'employeur a satisfait à son obligation d'information » (Soc., 5 mars 2008, Bull. 2008, V, n° 45).

Cette exigence légale et jurisprudentielle est confirmée ici par la chambre sociale, qui précise que l'obligation d'information sur l'existence et le contenu du plan d'épargne d'entreprise qui pèse sur l'employeur, résultant de l'article L. 3332-7 du code du travail, impose à ce dernier non seulement d'informer le salarié du contenu du plan, mais aussi de le tenir informé en temps utile des modifications de dates auxquelles les versements sur le plan d'épargne d'entreprise devaient intervenir, tenant d'autant plus compte de la situation du salarié en arrêt maladie.

Dès lors, viole l'article L. 3332-7 du code du travail la cour d'appel qui rejette la demande du salarié tendant à la prise en compte de ses versements et au versement de l'abondement correspondant de l'employeur, alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur n'avait pas informé en temps utile le salarié des modifications apportées aux dates limites de versement des sommes sur le plan d'épargne d'entreprise.

C. – Santé et sécurité au travail

1. Obligation de sécurité pesant sur l'employeur

* *Etendue*

N° 146

Il résulte des articles L. 4121-1 et 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 ; qu'il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une succession d'arrêts de travail pour maladie ni lui proposer une mutation géographique sans lui avoir fait passer une visite de reprise auprès du médecin du travail, afin de s'assurer de son aptitude à l'emploi envisagé.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui fait produire à la prise d'acte du salarié les effets d'une démission, alors que l'employeur avait connaissance de l'état de santé du salarié et qu'il avait ainsi l'obligation de lui faire passer une visite de reprise auprès du médecin du travail.

Soc. – 16 juin 2009.

Cassation

N° 08-41.519. – CA Aix-en-Provence, 18 décembre 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap.

Note

Le présent arrêt s'inscrit dans le mouvement jurisprudentiel initié par les arrêts de la chambre sociale du 28 février 2002, dits « arrêts amiante ».

Dans ces arrêts, la Cour de cassation a énoncé, pour la première fois, que l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur est une obligation de résultat : « *En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise* » (Soc., 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, par exemple). Elle l'a ensuite répété en l'appliquant aux accidents du travail (Soc., 11 avril 2002, *Bull.* 2002, V, n° 127).

Puis, l'assemblée plénière de la Cour de cassation est venue confirmer la solution de la chambre sociale par un arrêt du 24 juin 2005 (assemblée plénière,

24 juin 2005, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7) : « *En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les accidents du travail, et le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ».

Ensuite, par un arrêt du 28 février 2006 (Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87), faisant appel au droit communautaire, la chambre sociale a détaché l'obligation de sécurité du contrat de travail et a exigé que l'employeur en assure l'effectivité. Elle a ainsi décidé qu'« *Il résulte de la combinaison des articles L. 230-2 I du code du travail, interprété à la lumière de la Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, L. 122-32-2 et R. 241-51 du même code 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* ».

Elle en a déduit que l'employeur ne peut laisser un salarié qui a été absent plus de huit jours pour cause d'accident du travail reprendre son travail, sans le faire bénéficier de la visite de reprise prévue par le 3° de l'article R. 4624-21 du code du travail.

Le présent arrêt confirme cette jurisprudence bien assise (Soc., 13 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 373, et Soc., 25 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 82). Rappelant, au seul visa du droit interne, que l'employeur doit assurer l'effectivité de l'obligation de sécurité de résultat, il en déduit que l'employeur doit faire bénéficier son salarié qui a été absent de manière répétée pour raison de santé de la visite de reprise prévue par le 5° de l'article R. 4624-21, avant de le laisser reprendre son travail ou de le muter géographiquement.

Le but de cette visite de reprise est de s'assurer que le salarié est effectivement apte à reprendre son emploi ou un emploi aménagé de façon à ne pas lui faire courir de nouveaux risques pour sa santé et sa sécurité. Admettre que l'employeur puisse reprendre le salarié à son service sans s'assurer qu'il ne court aucun risque priverait son obligation de sécurité d'« effectivité » et donc d'intérêt.

* *Responsabilité pénale*

N° 147

Il résulte des articles 121-2 et 121-3 du code pénal que les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens

de l'article 121-3, alinéa 4, dudit code, la responsabilité pénale de ces derniers, en tant que personnes physiques, ne pourrait être recherchée.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer une société coupable d'homicide involontaire, après avoir relaxé son dirigeant, relève, notamment, que l'accident a eu lieu en raison d'un manquement aux règles de sécurité relatives à l'environnement de travail.

Crim. - 28 avril 2009.

Rejet

N° 08-83.843. – CA Reims, 3 avril 2008.

M. Joly (f.f.) Pt – Mme Anzani, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

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

* Obligation de reclassement pesant sur l'employeur

N° 148

Les possibilités de reclassement d'un salarié déclaré inapte par la médecine du travail doivent être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel.

Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui, ayant relevé que divers éléments démontraient une organisation et des relations de partenariat permettant la permutation du personnel dans une des maisons de retraite gérées par l'employeur, bien que celles-ci soient constituées sous forme de sociétés indépendantes, a constaté que l'employeur ne justifiait pas avoir effectué une recherche effective de reclassement au sein d'un groupe à l'intérieur duquel devait être mis en œuvre le reclassement, ce qui rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Soc. – 24 juin 2009.

Rejet

N° 07-45.656. – CA Aix-en-Provence, 8 octobre 2007.

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

Note

Depuis une loi du 7 janvier 1981, l'employeur a l'obligation de procéder au reclassement de tout salarié déclaré inapte après un accident du travail ou une maladie professionnelle et, depuis une loi du 31 décembre 1992, au reclassement du salarié déclaré inapte à la suite d'un accident ou d'une maladie d'origine non professionnelle. Ainsi, même si le médecin du travail rend un avis d'inaptitude totale à exercer un emploi dans l'entreprise, l'employeur est tenu de chercher à reclasser le salarié dans un emploi « aussi comparable que possible à l'emploi précé-

demment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail », selon les termes de l'article L. 1226-2, alinéa 3, du code du travail. Le maintien de l'obligation de reclassement dans une telle configuration est confirmé par plusieurs arrêts rendus par la chambre sociale (Soc., 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 84 ; Soc., 7 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 196, et Soc., 7 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 197).

Si le texte de l'article L. 1226-2 du code du travail détermine la consistance de l'obligation de l'employeur, il ne définit pas le périmètre dans lequel l'employeur doit mettre en œuvre le reclassement

Les possibilités de reclassement doivent être recherchées dans l'entreprise elle-même. Mais quand celle-ci est partie intégrante d'un groupe de sociétés, les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. Là encore, plusieurs arrêts confirment cette solution déjà ancienne (Soc., 19 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 264 ; Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 354 [2], et Soc., 10 mars 2004, précité), dont le présent arrêt fournit une nouvelle illustration.

En l'espèce, l'employeur gérait plusieurs maisons de retraite sous forme de sociétés indépendantes. Il convenait tout d'abord de délimiter le périmètre de ce groupe, et donc le périmètre de recherche de reclassement du salarié inapte, puis de déterminer quelles sociétés pouvaient permettre d'éventuelles permutations de personnel entre elles. L'effectivité de cette recherche est soumise au contrôle du juge. Dans le cas présent, la Cour de cassation approuve le juge du fond d'avoir déclaré le licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors que ce dernier constatait que l'employeur ne pouvait justifier de la réalité de ses démarches au sein du groupe.

* Protection contre le licenciement – avis des délégués du personnel

N° 149

Il résulte de l'article L. 122-32-5, alinéa premier, devenu L. 1226-10, du code du travail que l'avis des délégués du personnel doit être recueilli avant que la procédure de licenciement d'un salarié déclaré, par le médecin du travail, inapte à son emploi en conséquence d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne soit engagée.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déboute le salarié de sa demande de dommages-intérêts alors qu'il résulte de ses constatations que la consultation des délégués du personnel est intervenue entre les deux examens médicaux de la visite de reprise, de sorte que la procédure est irrégulière, et, s'agissant d'une formalité substantielle, ouvre droit à l'indemnité prévue par l'article L. 122-32-7, devenu L. 1226-15, du code du travail.

Soc. – 8 avril 2009. Cassation partielle

N° 07-44.307. – CA Toulouse, 4 juillet 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.) – Mme Bouvier, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

Note

Un salarié, engagé par un contrat à durée indéterminée dans un abattoir municipal, est victime, le 7 mai 2001, d'un accident du travail. Par deux avis, du 11 et du 25 février 2002, le médecin du travail le déclare inapte à son poste, avec possibilité de reclassement sur un poste adapté à son état de santé. Après avoir consulté les délégués du personnel, le 15 février 2002, l'employeur licencie le salarié, pour inaptitude et impossibilité de reclassement, le 6 mars 2002.

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

Il résulte de cet article que l'obligation de reclassement à la charge de l'employeur naît après la déclaration d'inaptitude faite par le médecin du travail, qui n'est définitivement constatée qu'après le second examen médical (article R. 4624-31 du code du travail). C'est donc à ce moment que l'employeur doit prendre l'avis des délégués du personnel (*Bulletin trimestriel de droit du travail* 2005, premier trimestre, n° 46, p. 72).

Bien que n'étant que consultatif, l'avis des délégués doit répondre à certains critères. Il doit être exhaustif (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 209). Il ne saurait être tardif, c'est-à-dire postérieur à l'engagement de la procédure de licenciement (Soc., 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 295, sommaire n° 1), ni prématuré (Soc., 15 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 310, et 16 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 56, sommaire n° 2).

C'est cette dernière irrégularité de procédure que sanctionne le présent arrêt, qui rappelle en outre que la consultation des délégués du personnel est une formalité substantielle, dont la méconnaissance ouvre droit à l'indemnité prévue par l'article L. 1226-15 du code du travail.

*** Salarié dans l'impossibilité physique d'exécuter son préavis****N° 150**

Si un salarié ne peut en principe prétendre au paiement d'une indemnité pour un préavis qu'il est dans l'impossibilité physique d'exécuter en raison de son inaptitude physique à son emploi, cette indemnité est due en cas de rupture du contrat de travail imputable à l'employeur en raison du manquement

à son obligation de reclassement ou de non-reprise du paiement du salaire à l'issue du délai d'un mois, ce par application des articles L. 1226-2 à L. 1226-4 du code du travail.

En conséquence, doit être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, ayant prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail en raison de la non-reprise du paiement des salaires plus d'un mois après la visite de reprise ayant constaté l'inaptitude du salarié, lui accorde une indemnité compensatrice de préavis.

Soc. – 24 juin 2009.**Rejet**

N° 08-42.618. – CA Versailles, 27 mars 2008.

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

Note

En application de l'article L. 1234-1 du code du travail et à certaines conditions, dans le cas de licenciement pour un motif autre qu'une faute grave, le salarié a droit à « un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ». L'inobservation du préavis par l'employeur ouvre droit, sauf faute grave du salarié, à une indemnité compensatrice (article L. 1234-5 du code du travail).

Cependant, l'employeur est dispensé de verser cette indemnité dans les cas où le salarié est dans l'incapacité d'exécuter son préavis.

La jurisprudence de la chambre sociale n'a admis qu'une seule exception à ce principe. Ainsi, dans un arrêt du 26 novembre 2002 (*Bull.* 2002, V, n° 354), elle a dit que le préavis était dû au salarié qui n'était pas en état de l'exécuter, par l'employeur qui avait manqué à son obligation de reclassement.

Cette solution, que la Cour de cassation a répétée à plusieurs reprises (par exemple, Soc., 23 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 336 ; Soc., 9 juillet 2008, *Bull.* 2008, V, n° 154), est fondée sur l'idée que l'inexécution du préavis a pour cause essentielle ce manquement, que le salarié aurait pu, si l'obligation de reclassement avait été respectée, effectuer son préavis sur un poste de reclassement qui existait. Cette solution renforce la sanction du défaut de reclassement et incite ainsi les employeurs à respecter les textes relatifs au reclassement.

D'ailleurs, si l'employeur établit qu'il s'est livré à une recherche effective de reclassement mais que celle-ci n'a pas abouti en dépit de ses efforts, il n'a pas à verser l'indemnité de préavis (*cf.*, par exemple, Soc., 18 mars 2003, *Bull.* 2003, V, n° 99).

Dans l'espèce de l'arrêt commenté, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la résiliation judiciaire du contrat de travail. Celle-ci avait été prononcée au motif que l'employeur n'avait pas repris le paiement des salaires à l'issue du mois suivant la date de l'examen médical de visite de reprise du travail. La cour d'appel avait en outre condamné l'employeur à verser au salarié

une indemnité de préavis. L'employeur s'est alors pourvu en cassation, soutenant que cette indemnité ne devait pas être accordée au salarié, puisqu'il ne pouvait lui être reproché un manquement à son obligation de reclassement.

La question qui se posait donc à la Cour de cassation était de savoir si un salarié qui ne pouvait pas exécuter son préavis avait cependant droit à l'indemnité de préavis, non seulement dans le cas où l'employeur manque à son obligation de reclassement, mais aussi dans le cas où l'employeur manque à son obligation de reprendre le versement des salaires un mois après la visite de reprise.

La Cour de cassation répond par l'affirmative. Elle étend donc sa jurisprudence sur les manquements à l'obligation de reclassement au cas des manquements à l'obligation de reprendre le versement des salaires un mois après la visite de reprise.

Cependant, cette décision ne doit pas s'analyser comme inversant le principe du non-paiement de l'indemnité de préavis au salarié dans l'incapacité de l'effectuer à tous les cas où l'employeur a eu un comportement fautif, et notamment à tous les licenciements sans cause réelle et sérieuse, car la Cour de cassation prend le soin de préciser qu'elle adopte cette solution en application des articles L. 1226-2 à L. 1226-4 du code du travail.

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. *Accords et conventions collectives*

** Accords collectifs et conventions collectives divers*

N° 151

Il ne résulte d'aucune disposition de la convention collective nationale des journalistes que le maintien du salaire prévu par son article 36 en cas d'absence pour cause de maladie est réservé aux journalistes professionnels titulaires.

Encourt, en conséquence, la cassation, au visa de l'article 36 précité et de l'article R. 516-30, devenu R. 1455-5, du code du travail, l'arrêt qui, pour confirmer l'ordonnance disant n'y avoir lieu à référé sur une demande de complément conventionnel de salaire formée par un stagiaire journaliste engagé sous contrat initiative-emploi à durée indéterminée, a dit qu'aucune des dispositions de la convention collective ne précise expressément que celles consacrées au maintien des appointements pendant une partie de l'absence pour cause de maladie bénéficient non seulement aux journalistes professionnels mais aussi aux journalistes stagiaires, et que la revendication du journaliste stagiaire se heurtait donc à une contestation sérieuse.

Soc. – 8 avril 2009.

Cassation

N° 07-41.345. – CA Grenoble, 12 juin 2006.

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

Note

Selon l'article 36 de la convention collective nationale des journalistes du 1^{er} novembre 1976, refondue le 27 octobre 1987, « en application des articles 22 (*minima garantis*) et 29 (*durée du travail*), les absences pour cause de maladie ou d'accident du travail, couverts par la sécurité sociale, dûment constatés par certificat médical, donnent lieu au paiement des salaires :

a) *Pendant deux mois à plein tarif et deux mois à demi-tarif, si le journaliste compte six mois à un an de présence dans l'entreprise ;*

b) *Pendant trois mois à plein tarif et trois mois à demi-tarif après un an de présence ;*

c)... ».

Un journaliste stagiaire est engagé par un contrat à durée indéterminée et à temps partiel, dans le cadre d'un contrat initiative-emploi, le 14 novembre 2003. Le contrat fait explicitement référence au bénéfice de tous les droits et avantages reconnus aux salariés à temps plein, « résultant du code du travail, de la convention collective de la radio-diffusion ou des usages, au prorata de son temps de travail ».

A la suite d'un arrêt maladie à compter du 16 juin 2005, le journaliste demande à son employeur le versement de l'intégralité de son salaire, sur le fondement de l'article 36 de la convention, bénéfice qui lui est refusé au motif que les dispositions de la convention collective ne lui sont pas opposables en sa qualité de stagiaire.

Les juges du premier et du second degré, saisis selon la procédure de référé, avaient dit n'y avoir lieu à référé au motif qu'une contestation sérieuse existait, aucune disposition de la convention ne précisant expressément que celles consacrées au maintien des appointements pendant une absence pour maladie bénéficient non seulement aux journalistes professionnels, mais aussi aux journalistes stagiaires.

Le présent arrêt s'oppose à une telle interprétation de la convention collective, dont la lettre du texte – en ce qui concerne l'article 36, et contrairement à d'autres articles, comme l'article 19 relatif à la période d'essai – ne distingue pas selon la qualité de stagiaire ou non du journaliste concerné. Il prononce en conséquence la cassation de la décision frappée par le pourvoi.

N° 152

Selon l'article 43 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils, l'employeur doit verser, en cas de maladie ou d'accident, aux ingénieurs et cadres, les sommes nécessaires pour compléter ce que verse la sécurité sociale, dans la limite de trois mois d'appointements.

tements mensuels, jusqu'à concurrence de ce qu'ils auraient perçu s'ils avaient travaillé à temps plein ou à temps partiel, non compris primes et gratifications. Il en résulte que ce texte n'exclut pas la prise en compte de la partie variable de la rémunération du salarié lorsqu'il en perçoit une.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette la demande de rappel de salaire d'un salarié, au titre d'un complément aux prestations versées par la sécurité sociale à l'occasion d'un arrêt maladie, en se fondant sur la seule partie fixe de sa rémunération, alors qu'il bénéficiait également d'une partie variable, liée au chiffre d'affaires réalisé.

Soc. – 19 mai 2009. Cassation partielle

N° 07-45.692. – CA Paris, 26 octobre 2007.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – M. Gosselin, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

L'article 43 de la convention collective nationale applicable au personnel des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987 prévoit qu'en cas de maladie ou d'accident, outre les indemnités reçues au titre de l'assurance maladie, le personnel « employé-technicien-agent de maîtrise » (ETAM) et « ingénieur-conseil » (IC) percevra de l'employeur « les sommes nécessaires pour compléter ce que verse la sécurité sociale, et, le cas échéant, un régime de prévoyance, jusqu'à concurrence de ce qu'aurait perçu, net de toute charge, l'ETAM ou l'IC malade ou accidenté s'il avait travaillé à temps plein ou à temps partiel, non compris primes et gratifications ».

Or le contrat de travail de la salariée, engagée comme consultant juridique et fiscal avec statut de cadre, prévoyait une rémunération fixe forfaitaire sur douze mois (article premier), un système d'intéressement sur la base du chiffre d'affaires réalisé individuellement par chaque salarié et encaissé par la société (article 2) et l'attribution de primes fixes forfaitaires liées soit aux placements permanents faits par la salariée, soit au montant du chiffre d'affaires réalisé (article 3).

Après des arrêts pour cause de maladie et de maternité, la salariée, qui avait réclamé en vain à son employeur le complément de salaire dû, a pris acte de la rupture de son contrat de travail. Les juges du fond ont condamné l'employeur au paiement de divers rappels de salaire et ont jugé que la prise d'acte produisait les effets d'une démission.

La Cour de cassation, saisie par le pourvoi de la salariée, devait se prononcer sur l'interprétation de l'article 43 de la convention collective susvisée, et déterminer notamment si le complément de salaire énoncé comprenait non seulement la part fixe de la rémunération, seule prise en compte par la cour d'appel, mais également la part variable qu'elle avait exclue.

Interprétant strictement la convention collective, le présent arrêt constate que le texte conventionnel

n'exclut pas la prise en compte de la partie variable de la rémunération du salarié lorsqu'il en perçoit une.

N° 153

Le salarié licencié pour un motif personnel non disciplinaire ne peut prétendre, lorsque son licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse, qu'à l'indemnité conventionnelle prévue par les articles 26 et suivants de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, en cas de licenciement pour motif personnel non disciplinaire, et ne peut exciper des dispositions de la convention collective prévoyant une indemnité supérieure en cas de licenciement pour motif économique.

Soc. – 4 juin 2009.

Rejet

N° 07-43.198. – CA Paris, 7 mai 2007.

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

Note

La convention collective de la banque du 10 janvier 2000 distingue entre différents types de licenciements et prévoit une indemnité d'un montant différent selon la nature du licenciement prononcé. Les articles 26 et 26-2 concernent le licenciement pour motif non disciplinaire, l'article 27 concerne le licenciement pour motif disciplinaire, l'article 28, le licenciement en cas de condamnation et l'article 29, le licenciement pour motif économique.

L'assemblée plénière du 30 novembre 2007 (Bull. 2007, Ass. plén., n° 9) a jugé que « selon les articles 26 et 26-2 de la convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000, une indemnité de licenciement est versée au salarié en cas de licenciement pour motif non disciplinaire. Il en résulte qu'un salarié dont le licenciement a été jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse a droit au paiement de cette indemnité conventionnelle, laquelle n'est exclue par la convention collective qu'en cas de licenciement pour motif disciplinaire ou en raison d'une condamnation pour crime ou délit touchant à l'honneur ou à la probité ».

Dans la présente affaire, le salarié d'une banque, licencié pour un motif personnel non disciplinaire et qui avait perçu l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue à l'article 26 de la convention collective, avait saisi la juridiction prud'homale, afin d'obtenir le bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement de l'article 29, d'un montant supérieur. Il soutenait qu'il résultait de la jurisprudence de la Cour de cassation que, lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'indemnité conventionnelle de licenciement la plus favorable doit automatiquement bénéficier au salarié.

La question qui était posée à la Cour de cassation était donc la suivante : le salarié d'une banque, dont le licenciement pour motif non disciplinaire a été jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse, a-t-il droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement

la plus favorable, à savoir celle de l'article 29, plutôt que celle de l'article 26 de la convention collective de la banque ?

La cour d'appel avait répondu par la négative à cette question, jugeant que le salarié ne pouvait percevoir l'indemnité conventionnelle de licenciement pour motif économique, car il ne résultait pas des éléments versés aux débats que le licenciement du salarié, intervenu pour motif personnel, serait en réalité un licenciement pour motif économique.

Par le présent arrêt, la Cour de cassation approuve cette position, en décidant qu'il faut que soit établie la véritable cause économique du licenciement pour que soit accordée au salarié l'indemnité conventionnelle de licenciement pour motif économique. Il n'y a pas donc pas lieu d'accorder au salarié l'indemnité conventionnelle la plus avantageuse, même lorsque le licenciement est déclaré sans cause réelle et sérieuse.

N° 154

Fait une exacte application de l'article 5 de l'annexe V de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité, qui prévoit la possibilité d'une obligation formelle du port de l'uniforme pour les agents de maîtrise affectés à certains postes fixes ou itinérants, la cour d'appel qui énonce que ces dispositions ne concernent que les salariés en contact avec la clientèle.

Soc. – 3 juin 2009.

Rejet

N° 08-40.346. – CA Versailles, 18 septembre 2007.

M. Marzi, Pt (f.f.). – M. Flores, Rap.

Note

L'article 5 de l'annexe V à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985 dispose, en son alinéa premier : « La fonction d'agent de maîtrise entraîne pour certains postes d'emploi fixes ou itinérants l'obligation formelle du port de l'uniforme pendant la durée du service ».

Deux salariés d'une société de sécurité, affectés dans une grande surface en qualité d'agents-vidéos, se sont vus notifier, par le nouveau chef de sécurité du magasin, une lettre leur rappelant l'obligation du port de l'uniforme. Refusant de porter cet uniforme, ces deux salariés ne se sont plus présentés sur leur poste de travail et ont été licenciés pour faute grave. Ils ont saisi la juridiction prud'homale d'une action en contestation de cette mesure.

Les juges d'appel ont dit que les licenciements ne reposaient pas sur une cause réelle et sérieuse, au motif que l'obligation de port de l'uniforme prévue par l'annexe V à la convention collective ne concerne que les salariés en contact avec la clientèle, ce qui n'était pas le cas des deux salariés en cause.

Par cet arrêt du 3 juin 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation approuve pleinement cette analyse : « Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a exactement énoncé que l'article 5 de l'annexe V de la

convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité, qui prévoit la possibilité d'une obligation formelle du port de l'uniforme pour les agents de maîtrise affectés à certains postes fixes ou itinérants, ne concernait que les salariés en contact avec la clientèle ».

Elle adopte donc la même interprétation que celle retenue par les juges du fond, en affirmant que l'obligation de port de l'uniforme prévue par l'annexe V de la convention collective ne concerne que les salariés en contact avec la clientèle, ce qui s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence élaborée par la chambre sociale en matière de contrôle exercé par l'employeur sur la tenue vestimentaire du salarié.

Si la Cour de cassation a affirmé que « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales », elle retient cependant qu'« en vertu de l'article L. 120-2 du code du travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché » (Soc., 28 mai 2003, Bull. 2003, V, n° 178 ; Soc., 6 novembre 2001, Bull. 2001, V, n° 337 ; Soc., 18 février 1998, Bull. 1998, V, n° 90).

Les obligations imposées par l'employeur sont tantôt négatives, visant à interdire au salarié de porter un certain type de tenue, tantôt positives, prescrivant, à l'inverse, le port d'une tenue déterminée.

S'agissant de la première hypothèse, la chambre sociale a ainsi déjà été amenée à dire qu'une cour d'appel qui a retenu que la tenue vestimentaire d'un agent technique, portant un bermuda sous sa blouse au lieu d'un pantalon, comme exigé par son employeur, était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail a pu en déduire que son licenciement ne constituait pas un trouble manifestement illicite qu'il y avait lieu de faire cesser (Soc., 28 mai 2003, précité).

De même, une cour d'appel qui a constaté qu'une salariée d'une agence immobilière était en contact avec la clientèle a pu décider que la décision de l'employeur de lui interdire de se présenter au travail en survêtement était justifiée (Soc., 6 novembre 2001, précité).

Le présent arrêt offre cette fois une illustration du contrôle sur le pouvoir de l'employeur en cas d'obligation positive quant à la tenue vestimentaire.

Il convient de noter que l'article 5 de l'annexe V à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985 ne prévoyait le port obligatoire de l'uniforme que pour « certains postes d'emploi fixes ou itinérants », ce qui laissait une certaine marge d'interprétation.

* Principe de faveur

N° 155

En l'état d'un accord collectif du 17 octobre 1997, dont l'article 7, relatif à l'augmentation automatique de la durée du travail en cas de recours continu aux

heures complémentaires, exclut la réévaluation de l'horaire contractuel si les heures complémentaires ont été attribuées pour remplacer un salarié absent pour cause de maladie, accident du travail, maladie professionnelle ou congés légaux ou conventionnels, il apparaît que les dispositions de l'article L. 212-3-4 du code du travail, en sa rédaction issue de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998, qui ne comportent aucune restriction à l'augmentation de la durée du travail lorsque le salarié effectue pendant douze semaines un horaire moyen qui dépasse de deux heures au moins par semaine l'horaire prévu par le contrat de travail, sont plus avantageuses pour les salariés.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt de la cour d'appel qui, pour faire prévaloir l'accord collectif moins favorable, retient que les dispositions de l'article 12 IX de la loi du 19 janvier 2000 permettent de déroger au principe fondamental en droit du travail selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable.

Soc. – 17 juin 2009. Cassation partielle

N° 07-41.833. – CA Riom, 13 février 2007.

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

Note

Une salariée engagée à temps partiel, invoquant les dispositions de l'article L. 212-4-3 du code du travail, en sa rédaction issue de la loi du 13 juin 1998, qui prévoit que, lorsque, pendant une période de douze semaines consécutives, l'horaire moyen réellement effectué par un salarié a dépassé de deux heures au moins par semaine ou de l'équivalent mensuel de cette durée l'horaire prévu dans son contrat, celui-ci est modifié, sous réserve d'un préavis de sept jours et sauf opposition du salarié, il est ajouté à l'horaire antérieurement fixé la différence entre cet horaire et l'horaire moyen réellement effectué, a saisi la juridiction prud'homale pour demander paiement d'un rappel de salaire sur la base d'un horaire réévalué, motif pris de ce qu'entre le 7 décembre 1998 et le 20 mars 1999, elle avait, pendant une période de douze semaines consécutives, dépassé de deux heures au moins par semaine l'horaire prévu au contrat de travail, sans que l'employeur lui propose de modifier son contrat.

Pour débouter la salariée, la cour d'appel se prévaut d'abord des dispositions de l'article 12 IX de la loi du 19 janvier 2000, selon lequel « *les stipulations ou accords collectifs intervenus sur le fondement de l'article L. 212-4-3 du code du travail applicables à la date de la publication de la présente loi demeurent en vigueur* ».

Retenant ensuite qu'existe un accord collectif du 17 octobre 1997 relatif aux heures complémentaires effectuées par les salariés à temps partiel des entreprises de propreté, dont l'article 7 stipule notamment qu'en application de l'article L. 212-4-3 du code du travail, « *...en cas de recours continu pendant*

deux mois à plus de 10 % d'heures complémentaires par rapport à la durée du travail inscrite au contrat, la durée de travail est automatiquement augmentée du nombre d'heures complémentaires effectuées en moyenne chaque mois, sauf si celles-ci sont attribuées pour remplacer un salarié absent pour cause de maladie, accident du travail, maladie professionnelle ou congés légaux et/ou conventionnels », les juges du fond, constatant que la plupart des heures complémentaires effectuées par la salariée l'ont été en remplacement de salariés absents, disent qu'il n'y a pas lieu à réévaluation de son horaire contractuel.

Ce raisonnement est censuré par la chambre sociale car, en faisant prévaloir l'accord collectif du 17 octobre 1997, qui restreint les droits du salarié à obtenir l'augmentation automatique de la durée du travail en cas de recours continu aux heures complémentaires si celles-ci ont été effectuées pour remplacer des salariés absents, alors que les dispositions légales en vigueur, telles qu'elles résultent de l'article L. 212-4-3 du code du travail, ne comportent aucune restriction, ce qui est plus avantageux, il revient à admettre que l'article 12 IX de la loi du 19 janvier 2000 pourrait déroger au principe fondamental en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable.

2. Conflits collectifs du travail

2.1. Protocole de fin de conflit

* Révision

N° 156

Un protocole de fin de conflit constituant un accord collectif dès lors qu'il est signé par un syndicat représentatif dans l'entreprise, sont seuls habilités à signer un accord emportant sa révision, selon l'article L. 132-7 du code du travail alors applicable, les syndicats signataires de ce protocole, de sorte qu'en l'absence d'une telle signature, l'avenant de révision est nul.

Par suite, doit être annulé l'accord qui a pour objet de définir de nouvelles modalités d'application d'un protocole de fin de conflit, ce dont il résulte qu'il en emporte la révision, en l'absence de la signature du syndicat ayant signé le protocole de fin de conflit, nécessaire à sa validité.

Soc. – 8 avril 2009. Cassation partielle partiellement sans renvoi

N° 08-40.256 et 08-41.045. – CA Rouen, 19 septembre 2007.

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

Note

A l'issue d'une grève, un protocole de fin de conflit a été signé notamment par le représentant

de l'employeur, un syndicat représentatif dans l'entreprise et le secrétaire du représentant du comité d'entreprise.

Quelque temps après, à la suite des retards et difficultés de mise en œuvre de ce protocole, d'autres syndicats que celui qui avait signé le protocole initial ont signé un nouvel accord, pour « mettre un terme aux divergences passées relatives à l'application » du protocole de fin de conflit. Le syndicat qui avait signé le protocole initial a alors saisi le tribunal de grande instance, pour demander la nullité du nouvel accord.

La cour d'appel ayant fait droit à cette demande, l'employeur s'est pourvu en cassation et donne ainsi l'occasion à la chambre sociale de rappeler sa jurisprudence sur la nature du protocole de fin de conflit et d'en tirer les conséquences.

En effet, la Cour de cassation avait précédemment jugé qu'un accord de fin de grève « s'analyse soit en un accord collectif d'entreprise lorsqu'il est signé après négociation avec les délégués syndicaux par l'un d'entre eux, soit en un engagement unilatéral de l'employeur » (Soc., 15 janvier 1996, Bull. 1996, V, n° 20). En l'espèce, la cour d'appel ayant constaté que le protocole de fin de conflit avait été signé par un syndicat représentatif, ce protocole constituait un accord collectif.

Dès lors, il convenait de lui appliquer les dispositions applicables aux accords et conventions collectifs.

Ainsi, une fois qu'il était acquis que le nouveau protocole était bien en réalité une révision du protocole initial, ce qui était le cas puisqu'il avait « pour objet de définir de nouvelles modalités d'application d'un protocole de fin de conflit », il convenait de lui appliquer les dispositions de l'article L. 132-7 du code du travail alors applicable, relatives à la procédure de révision. Or cet article disposait, en son alinéa 2 : « les organisations syndicales de salariés représentatives au sens de l'article L. 132-2 qui sont signataires d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 132-9 du présent code sont seules habilitées à signer les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord ».

La Cour de cassation décide qu'en l'absence d'une telle signature, l'avenant de révision est nulle.

Cette solution est conforme à sa dernière jurisprudence, puisqu'elle avait déjà jugé que la sanction du non-respect de la procédure de révision d'un accord ou d'une convention collective était la nullité. Elle a ainsi dit qu'« en application des dispositions combinées des articles L. 132-7 et L. 132-19 du code du travail, tous les syndicats représentatifs qui ont un délégué syndical dans l'entreprise doivent être appelés à la négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, y compris lorsque la négociation porte sur des accords de révision. Toutefois, ces derniers ne peuvent être conclus qu'avec les organisations syndicales signataires de la convention ou de l'accord initial et, le cas échéant, avec les organisations syndicales non signataires, sous condition qu'elles aient

préalablement adhéré à ladite convention ou audit accord collectif. Il en résulte que l'accord de révision conclu avec les seuls syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif sans que les autres syndicats représentatifs dans l'entreprise aient été convoqués en vue de la négociation est nul » (Soc., 26 mars 2002, Bull. 2002, V, n° 107).

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Elections professionnelles

* Négociation préélectorale

N° 157

L'employeur est tenu, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que le tribunal d'instance, ayant constaté que l'employeur n'avait pas fourni aux organisations syndicales appelées à la négociation l'ensemble des informations utiles à la détermination de l'effectif et des listes électorales, a décidé que l'acte par lequel l'employeur, en l'absence d'accord, avait fixé unilatéralement les modalités du scrutin était nul, et lui a enjoint de négocier un protocole préélectoral.

Soc. – 13 mai 2009.

Rejet

N° 08-60.530. – TI Paris 13, 16 octobre 2008.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

Note

En vue de l'organisation des élections de membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel, l'employeur a appelé les organisations syndicales à négocier un protocole d'accord préélectoral. A la suite de l'échec de ces négociations, l'employeur a unilatéralement fixé les modalités du scrutin, et notamment les effectifs et le corps électoral.

Saisi d'une contestation de la régularité des opérations électorales sur la base de l'acte établi par l'employeur, le juge d'instance a déclaré nul ce document, constatant qu'il n'était pas justifié de l'effectif relatif aux salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, et, par conséquent, a renvoyé les parties à négocier un nouveau protocole d'accord préélectoral et dit que l'entreprise devra, dans le cadre de la négociation, communiquer aux organisations syndicales qui en font la demande les documents nécessaires à la détermination des effectifs.

La chambre sociale approuve la décision du juge du fond, et, en parallèle à l'arrêt du 13 novembre 2008 (Bull. 2008, V, n° 219 – Rapport

annuel 2008, 4^e partie), qui rappelait l'obligation pour l'employeur de communiquer, en cas de contestation, tous les éléments permettant de déterminer les effectifs et la liste électorale, affirme que la même obligation d'information existe à la charge de l'employeur, qui seul détient ces éléments de contrôle de régularité, dès la négociation du protocole préélectoral.

2. Représentation du personnel

2.1. Institutions représentatives du personnel

* *Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*

N° 158

Le comité d'hygiène et de sécurité est institué en application de l'article L. 4611-1 du code du travail dans le cadre de l'établissement, et, le cas échéant, par secteurs d'activité au sein de l'établissement.

Il en résulte que, sauf accord collectif, un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne peut regrouper des salariés dépendant de plusieurs établissements dotés chacun d'un comité d'établissement, en sorte que seuls les salariés de l'établissement concerné peuvent être désignés au sein du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de cet établissement et que le collège désigné ne peut être constitué que des membres élus de ce même établissement.

Doit dès lors être cassé le jugement d'un tribunal d'instance qui a débouté une société de sa demande d'annulation de la désignation, au comité d'hygiène et de sécurité d'un établissement doté d'un comité d'établissement, d'un salarié rattaché à un autre établissement situé sur le même site géographique.

Soc. – 17 juin 2009. Cassation sans renvoi

N° 08-60.438. – TI Dunkerque, 21 mai 2008.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

Note

Cet arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de clarifier la question du périmètre d'implantation des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

L'article L. 4611-1 du code du travail prévoit que : « Un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est constitué dans tout établissement de cinquante salariés et plus ». Tenant compte de la spécificité des attributions du CHSCT et de la nécessité que cet organe de représentation, dont les compétences en matière de santé et de sécurité sont importantes, puisse être directement en lien avec les catégories d'activité pour lesquelles son intervention serait utile, la chambre sociale a, depuis plusieurs années, admis qu'un CHSCT puisse ne couvrir qu'un secteur d'activité au sein de l'établissement

(Soc., 30 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 192). Il est donc tout à fait possible que plusieurs CHSCT coexistent au sein d'un même établissement. C'est ce que la Cour de cassation exprime dans sa formule de principe habituelle : « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est institué dans le cadre de l'établissement et, le cas échéant, par secteurs d'activités », tout en rappelant que, dans ce cas, le collège désigné comprend les membres élus du comité d'établissement et les seuls délégués du personnel élus dans le périmètre d'implantation de ce comité (Soc., 30 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 192).

La chambre sociale a depuis lors précisé que la mise en place de plusieurs CHSCT, par secteur d'activité, pouvait se concevoir soit à l'intérieur des établissements dotés d'un comité d'établissement, soit, à défaut, à l'intérieur de l'entreprise (Soc., 29 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 35), et que la reconnaissance d'une Unité économique et sociale n'avait pas de conséquence sur le cadre de désignation du CHSCT, qui restait celui de l'établissement et, le cas échéant, du secteur d'activité (Soc., 16 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 5).

Dans le cadre de l'affaire soumise à la chambre sociale par le présent pourvoi, des salariés, rattachés à deux établissements différents suite à une décision administrative, exerçaient leur activité sur un même site géographique.

La question posée à la Cour de cassation était de savoir si l'existence d'un secteur d'activité recouvrant plusieurs établissements, ou même l'existence d'un lieu de travail commun, pouvait justifier la mise en place d'un CHSCT pour l'ensemble des salariés travaillant sur le site. Le tribunal d'instance avait considéré que tel était le cas, le site géographique devant, selon lui, « être qualifié d'établissement distinct au sens du CHSCT ».

La décision est censurée par la Cour de cassation : « Attendu que le comité d'hygiène et de sécurité est institué en application de l'article L. 4611-1 du code du travail dans le cadre de l'établissement et, le cas échéant, par secteur d'activités au sein de l'établissement ».

Il en résulte que, sauf accord collectif, un même CHSCT ne peut regrouper des salariés dépendant de plusieurs établissements dotés chacun d'un comité d'établissement.

* *Délégué syndical*

N° 159

L'article L. 2143-6 du code du travail concerne les conditions de désignation des délégués syndicaux dans les entreprises de cinquante salariés ; il en résulte que ce texte, qui n'a pas modifié le champ d'application du dernier alinéa de l'article L. 412-11, qu'il remplace, n'est pas applicable dans les entreprises dont l'effectif global est au moins égal à ce chiffre.

Dès lors, le tribunal d'instance a exactement décidé qu'un salarié, délégué du personnel dans un établissement comptant moins de vingt sala-

riés dépendant d'une entreprise comptant plus de cinquante salariés, ne pouvait être désigné comme délégué syndical de cet établissement.

Soc. – 29 avril 2009. Rejet

N° 08-60.484. – TI Aix-les-Bains, 17 juillet 2008.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Perony, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Cet arrêt règle une difficulté née de la recodification du code du travail : se prévalant de la substitution, dans l'article L. 2143-6 du code du travail, des termes « *dans les établissements* » à ceux qui figuraient dans l'alinéa 3 de l'article L. 412-11, qu'il remplace, « *dans les entreprises* », un syndicat a désigné comme délégué syndical, dans un établissement comptant moins de cinquante salariés, un délégué du personnel, alors que cet établissement dépend d'une entreprise dont l'effectif global est supérieur à cinquante salariés. Le tribunal d'instance a annulé cette désignation, en faisant application de la jurisprudence constante selon laquelle si, dans les entreprises comptant moins de cinquante salariés, chaque syndicat représentatif peut désigner un délégué du personnel comme délégué syndical, il n'en va pas de même dans un établissement de moins de cinquante salariés qui dépend d'une entreprise dont l'effectif global est au moins égal à ce chiffre. La recodification ayant été faite à droit constant, la modification intervenue dans la rédaction de l'article L. 2143-6 par rapport à l'alinéa 3 de l'article L. 412-11 ne pouvait conduire à modifier cette jurisprudence, d'autant que le nouveau texte constitue le paragraphe 2 de la sous-section « conditions d'effectifs » et porte le titre « entreprises de moins de cinquante salariés », ce qui confirme que le champ d'application de ce texte n'a pas été modifié.

N° 160

Aux termes de l'article L. 2143-3 du code du travail, le délégué syndical représente le syndicat auprès de l'employeur.

Il en résulte que la décision judiciaire constatant la caducité d'une désignation de délégué syndical opérée par un syndicat auprès d'un employeur met fin au droit du syndicat d'être représenté dans l'entreprise ou dans un périmètre donné de l'entreprise et, par là même, aux fonctions du délégué, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier ait été appelé à l'instance.

Soc. – 29 avril 2009. Rejet

N° 07-19.880. – CA Paris, 28 juin 2007.

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

Note

Un employeur a saisi le tribunal de grande instance pour voir déclarer caduque la désignation

de délégués syndicaux au sein de ses différentes entreprises, en raison de la reconnaissance d'une unité économique et sociale.

La Cour d'appel a fait droit à cette demande, alors que le syndicat la disait irrecevable, au motif que, si l'employeur avait mis en cause l'organisation syndicale auteur des dites désignations, il n'avait pas mis en cause les délégués syndicaux concernés.

La Cour d'appel a estimé que, puisque les délégués syndicaux ne pouvaient intervenir en la cause qu'en tant que mandataire des syndicats, la présence des syndicats à l'audience suffisait à assurer la régularité de la procédure.

Le demandeur au pourvoi, au contraire, se fondant sur l'article 14 du code de procédure civile, lequel dispose que « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* », soutient que, puisque le litige concernait leur désignation, les délégués syndicaux devaient être mis en cause.

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir si les juges du fond pouvaient constater la caducité des mandats des délégués syndicaux sans que ceux-ci aient été appelés à la cause.

La chambre sociale, après avoir rappelé que le délégué syndical n'est que le représentant du syndicat auprès de l'employeur, répond par l'affirmative.

Ainsi, lorsqu'une instance vise à constater la caducité du mandat d'un délégué syndical, la convocation du syndicat suffit.

A la différence des délégués du personnel, élus, qui représentent les salariés et qui doivent être systématiquement convoqués dès que leur mandat est en cause, les délégués syndicaux sont dans l'entreprise en tant qu'ils représentent leur syndicat. Si, par conséquent, leur mandat est remis en cause pour un motif tenant au droit du syndicat de désigner un délégué syndical, la présence du syndicat suffit à rendre la procédure régulière. Cependant, il en irait autrement si le mandat était remis en cause pour des motifs tenant directement à la personne du délégué syndical.

* *Syndicat – activité syndicale*

N° 161

Il n'appartient qu'aux organisations syndicales, qui utilisent les facultés de désignation offertes par la loi, d'apprécier si un salarié, détaché au sein d'une autre structure, est en mesure d'accomplir sa mission syndicale au sein de son entreprise d'origine.

Dès lors, c'est à bon droit qu'un tribunal d'instance valide la désignation en qualité de délégué syndical dans son entreprise d'origine d'un salarié détaché depuis quelques mois auprès d'un GIE constitué de la société d'origine et d'une autre société du groupe.

Soc. – 27 mai 2009.

Rejet

N° 08-60.569. – TI Courbevoie, 27 novembre 2008.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

L'évolution jurisprudentielle de ces dernières années a consisté, afin d'adapter la représentation des salariés aux nouvelles formes d'organisation des entreprises, à fonder le droit du salarié à participer aux divers modes de représentation du personnel sur son intégration étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil dans laquelle il s'insère.

La présente affaire pose la question inverse.

Un salarié, détaché pour une période indéterminée auprès d'un groupement d'intérêt économique constitué de sa société d'origine et d'une autre société du groupe, a été désigné délégué syndical dans son entreprise d'origine, postérieurement à son détachement.

Cette désignation a fait l'objet d'une contestation de la société d'origine, rejetée par le tribunal d'instance.

La question posée à la Cour de cassation était de savoir si un salarié détaché pour une période indéterminée dans une entreprise tierce peut être désigné délégué syndical dans son entreprise d'origine.

Si la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, non applicable à l'espèce, a modifié le statut des salariés mis à disposition en leur permettant de choisir d'exercer leur droit de vote et d'éligibilité soit dans l'entreprise qui les emploie, soit dans l'entreprise utilisatrice, elle n'a en revanche rien prévu concernant les salariés détachés.

Par le présent arrêt du 27 mai 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation réaffirme le principe de la liberté syndicale, dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure, et tranche le sort particulier du salarié détaché désigné délégué syndical.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer dans plusieurs arrêts, quelque peu anciens, que c'est aux organisations syndicales qu'il appartient, dans l'exercice de leur pouvoir de désignation d'un délégué syndical, d'apprécier l'aptitude du salarié à remplir sa mission syndicale, dès lors qu'il remplit les conditions légales (Soc., 9 janvier 1985, *Bull.* 1985, V, n° 19 ; Soc., 9 avril 1987, *Bull.* 1987, V, n° 225 ; Soc., 4 décembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 555, et Soc., 17 juillet 1996, *Bull.* 1996, V, n° 295).

Après avoir noté que le juge du fond avait « relevé qu'à la date de la désignation, l'intéressé était salarié de la société [d'origine] », remplissant ainsi les conditions légales posées par l'article L. 2143-1 du code du travail, la chambre sociale réaffirme donc le principe de liberté syndicale, pour valider la désignation d'un salarié détaché comme délégué syndical dans son entreprise d'origine.

* *Syndicat – entrave à l'exercice du droit syndical*

N° 162

Ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui alloue à un syndicat, constitué partie civile, des dommages-intérêts sur le fondement du délit d'entrave à l'exercice du droit syndical en retenant qu'un cadre d'entreprise ayant dirigé sa voiture automobile en direction d'un groupe de grévistes et légèrement heurté l'un d'entre eux, un tel fait était de nature à impressionner les salariés en grève pour soutenir le syndicat, alors que ce comportement était, en lui-même, impropre à caractériser l'élément matériel de l'infraction.

Crim. – 28 avril 2009.

Cassation

N° 07-82.901. – CA Lyon, 8 mars 2007.

M. Pelletier, Pt. – Mme Guirimand Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

2.2. Exercice de la fonction de conseiller prud'homme

* *Temps nécessaire*

N° 163

Aux termes du premier alinéa de l'article L. 514-1, devenu L. 1442-5, du code du travail, les employeurs sont tenus de laisser aux salariés de leur entreprise, membres d'un conseil de prud'hommes, le temps nécessaire pour se rendre et participer aux activités prud'homales, et, aux termes du quatrième alinéa, devenu l'article L. 1442-7 du même code, le salarié membre d'un conseil de prud'hommes, travaillant en service continu ou discontinu posté, a droit à un aménagement d'horaires de son travail, de façon à lui garantir un temps de repos minimum.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi reprochant à une cour d'appel d'avoir jugé que le temps nécessaire à un salarié affecté à une équipe de nuit pour se rendre de son domicile au conseil de prud'hommes ne pouvait pas être imputé sur la durée minimale de son repos quotidien.

Soc. – 8 avril 2009.

Rejet

N° 08-40.278. – CA Paris, 20 novembre 2007.

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

Note

Dans la présente affaire, un salarié, affecté à l'équipe de nuit des contrôleurs de la RATP, exerçait également les fonctions de conseiller prud'homme. Il bénéficiait d'un temps de repos de onze heures consécutives entre la fin de son travail et le début d'exercice de ses fonctions de juge. Il avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande de restitution de temps de repos.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était la suivante : le temps de trajet d'un salarié, affecté à une équipe de nuit, pour se rendre au siège de la juridiction où il exerce ses fonctions de conseiller prud'homme, doit-il être inclus ou exclu de la durée minimale de son temps de repos quotidien ?

L'employeur faisait valoir que cette période de repos incluait le temps de trajet pour se rendre au siège de la juridiction. A l'inverse, la cour d'appel avait jugé que ce temps de trajet devait être exclu des heures de repos quotidien.

Pour répondre à cette question, la chambre sociale combine les alinéas 1 et 4 de l'article L. 514-1, devenus respectivement l'article L. 1442-5 et l'article L. 1442-7, du code du travail.

Il résulte en effet de ces textes, d'une part, que les employeurs sont tenus de laisser aux salariés exerçant des fonctions prud'homales le temps nécessaire, non seulement pour participer à leurs activités prud'homales, mais aussi pour se rendre à ces activités et, d'autre part, que l'employeur doit garantir un temps de repos minimum au salarié membre d'un conseil de prud'hommes et travaillant en service continu ou discontinu posté.

La chambre sociale en déduit que le temps nécessaire à un salarié affecté à une équipe de nuit pour se rendre de son domicile au conseil de prud'hommes ne peut pas être imputé sur la durée minimale de son repos quotidien.

3. Protection des représentants du personnel

3.1. Protection contre le licenciement

* *Droit à réintégration en cas de licenciement sans autorisation administrative*

N° 164

Le salarié protégé, licencié sans autorisation, réclamant la poursuite du contrat de travail illégalement rompu avant la cession de l'entreprise dans le cadre d'un redressement judiciaire, a droit au paiement d'une indemnité égale aux salaires qu'il aurait perçus entre son licenciement et sa réintégration.

Toutefois, le cessionnaire, tenu de supporter les obligations incombant à l'ancien employeur, ne doit le paiement de cette indemnité, en application des dispositions de l'article L. 1224-2 du code du travail, qu'à compter de la date d'effet de la cession.

Soc. – 27 mai 2009.

**Cassation partielle
partiellement sans renvoi**

N° 08-41.096. – CA Versailles, 10 janvier 2008.

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

Note

Un salarié protégé, licencié en violation de son statut protecteur et qui avait demandé sa réintégration avant la cession, dans le cadre d'un redressement judiciaire de l'entreprise qui l'employait, sollicitait du cessionnaire qu'il lui paie l'intégralité de l'indemnité égale aux salaires qu'il aurait perçus entre son licenciement frauduleux et sa réintégration.

La cour d'appel a limité la condamnation du repreneur au paiement des salaires qu'il aurait perçus entre le jour où le cessionnaire a eu connaissance de la demande de réintégration, jour bien postérieur à la cession, et le jour de ladite réintégration.

Le salarié s'est alors pourvu en cassation.

La question, inédite, qui se posait donc à la chambre sociale de la Cour de cassation était celle de la charge des dettes salariales fondée sur le licenciement illégal d'un salarié protégé, lorsque le licenciement est intervenu avant le jugement arrêtant le plan de cession, mais que la réintégration a été postérieure à cette cession.

La chambre sociale juge depuis longtemps qu'il résulte de l'article L. 1224-2 du code du travail qu'en cas de redressement judiciaire de l'employeur, le cessionnaire n'est pas tenu des obligations qui incombaient au précédent employeur à la date du transfert. Elle a ainsi décidé, par exemple, que, « lorsque la modification dans la situation juridique de l'employeur est intervenue dans le cadre d'une procédure collective, le nouvel employeur ne peut être tenu au paiement de dommages-intérêts dus au titre d'un manquement aux obligations nées du contrat de travail antérieur à cette modification » (Soc., 2 février 2006, Bull. 2006, V, n° 54).

L'application des dispositions de l'article L. 1224-2 du code du travail, dérogatoires au droit commun, ne permet donc pas, sur leur seul fondement, de faire supporter au cessionnaire la charge du paiement des salaires exigibles avant la date d'effet de la cession et les conséquences d'une rupture des contrats de travail irrégulièrement intervenue avant le changement d'employeur.

A propos d'une demande de réintégration faite au cessionnaire par un salarié protégé, licencié en violation de son statut protecteur, la chambre sociale a déjà décidé que le cessionnaire est obligé de réintégrer le salarié protégé, sous peine d'avoir à supporter les conséquences de la rupture (Soc., 18 juillet 2000, Bull. 2000, V, n° 286 ; Soc., 26 février 2003, Bull. 2003, V, n° 68).

L'arrêt commenté est l'occasion pour la Cour de cassation de compléter sa jurisprudence sur la question : le cessionnaire qui a satisfait à son obligation de réintégration doit le paiement de l'indemnité due au titre de la perte de ses salaires à un salarié protégé licencié en violation de son statut protecteur à compter de la date d'effet de la cession si la demande de réintégration du salarié intervient avant la cession, et à compter de cette demande si celle-ci intervient après la cession.

3.2. Protection contre les modifications du contrat de travail

* *Transfert du contrat de travail*

N° 165

Lorsqu'une autorisation administrative pour le transfert du contrat de travail d'un délégué du personnel a été accordée à l'employeur, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, remettre en cause la décision de l'autorité administrative ayant fait application de l'article L. 1224-1 du code du travail.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour condamner un employeur au paiement d'indemnités au titre de la rupture du contrat de travail, retient que ce texte n'avait pas vocation à s'appliquer et que l'autorisation donnée par l'inspecteur du travail pour le transfert du contrat de travail n'a aucune autorité.

Soc. – 17 juin 2009.

Cassation

N° 08-42.614. – CA Douai, 28 mars 2008.

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

Note

Une municipalité a passé, pour l'exploitation de son théâtre, un marché public avec une association. Dans le cadre de l'exécution de ce marché, l'association a notamment mis à la disposition de la ville un salarié, titulaire d'un mandat de délégué du personnel, exerçant les fonctions de directeur du théâtre municipal. A l'échéance du marché, le contrat de travail de ce salarié s'est poursuivi par application de l'article L. 122-2, devenu L. 1224-1, du code du travail, l'inspecteur du travail ayant autorisé le transfert par décision non frappée de recours.

L'arrêté municipal en vertu duquel le salarié avait été recruté par la commune ayant été annulé, l'intéressé a soutenu avoir fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse de la part de l'association et a saisi la juridiction prud'homale de demandes indemnitaires contre cette dernière.

Pour y faire droit, l'arrêt attaqué retient que l'article L. 122-12, devenu L. 1224-1, du code du travail n'avait pas vocation à s'appliquer, que l'autorisation donnée par l'inspecteur du travail pour le transfert du contrat de travail du salarié protégé n'avait aucune autorité dans le présent procès, la demande d'autorisation n'ayant pas lieu d'être.

L'arrêt censure la décision en rappelant que lorsqu'une autorisation administrative pour le transfert du contrat de travail d'un délégué du personnel a été accordée à l'employeur, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de séparation des pouvoirs, remettre en cause l'application de l'article L. 122-2, devenu L. 1224-1, du code du travail en analysant, comme en l'espèce, la rupture comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette solution est conforme à celle adoptée par le Conseil d'Etat, qui

juge que l'autorité administrative est compétente pour dire si le statut protecteur a bien été respecté, mais également pour vérifier les conditions d'application de l'article L. 122-12, devenu L. 1224-1, du code du travail (CE, 15 juin 2005, n° 250747, publié au *Recueil Lebon*).

3.3. Protection contre les discriminations syndicales

* *Preuve*

N° 166

Présente des éléments laissant supposer une discrimination le salarié qui établit que son coefficient de carrière n'a pas évolué depuis sa désignation comme délégué syndical, ainsi que l'existence de mesures prises à son encontre par l'employeur en raison de son activité syndicale.

Viole donc les articles L. 1132-1, L. 1132-2 et L. 2141-5 du code du travail l'arrêt qui, tout en accordant des dommages-intérêts au salarié pour préjudice moral à raison de ces faits, le déboute de ses demandes en réparation du préjudice matériel et reconstitution de carrière, au motif qu'il ne présente pas d'élément laissant supposer une discrimination de ce chef, dès lors qu'il n'est pas dans une situation identique à celle des salariés avec lesquels il se compare.

Soc. – 30 avril 2009.

Cassation

N° 06-45.939. – CA Paris, 4 octobre 2006.

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

Note

Cet arrêt rappelle les règles applicables en cas de discrimination prohibée par les articles L. 1332-1, L. 1132-2 et L. 2141-5 du code du travail, les distinguant de celles qui régissent la mise en œuvre du principe « à travail égal, salaire égal ».

Le salarié qui allègue une discrimination a seulement la charge de la preuve d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de la prise en compte d'un motif illicite dans les décisions de l'employeur. C'est ensuite à ce dernier d'apporter la preuve que la situation est justifiée par des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée. Pour établir ces éléments, le salarié n'a pas à apporter la preuve, requise en matière d'égalité de traitement, qu'il est dans la même situation que les salariés avec lesquels il se compare. Il a seulement à établir des faits laissant supposer une discrimination, parmi lesquels il peut éventuellement alléguer une différence de situation. S'il y en a une, il appartient alors à l'employeur de la justifier par des raisons étrangères à toute discrimination.

En l'espèce, le salarié alléguait une discrimination dans l'évolution de sa carrière et de sa rémunéra-

tion et demandait la réparation du préjudice matériel subi, la réévaluation de son coefficient et des dommages-intérêts pour préjudice moral.

La cour d'appel a rejeté la demande au titre du préjudice matériel au motif que, faute de se trouver dans une situation identique à celles des salariés avec lesquels il se comparait, le salarié n'apportait pas la preuve d'éléments laissant supposer une discrimination. La cour d'appel lui a cependant accordé des dommages en réparation du préjudice moral, en retenant qu'il avait subi une attitude fautive réitérée de l'employeur, qui l'avait sanctionné et tenté de le licencier en raison de son activité syndicale.

Cette décision est cassée pour violation des articles L. 1332-1, L. 1132-2 et L. 2141-5, au motif que l'ensemble des éléments ainsi relevés par la cour d'appel, à savoir l'absence d'évolution du coefficient de carrière ainsi que l'existence de mesures prises par l'employeur en raison de l'activité syndicale, laissaient supposer l'existence d'une discrimination syndicale sans que, s'agissant de sa progression de carrière, le salarié ait à établir qu'il était dans une situation identique à celle des salariés avec lesquels il se comparait.

La cour d'appel qui avait constaté l'existence de ces éléments ne pouvait donc, sans méconnaître la notion même de discrimination et les règles probatoires qui s'y attachent, faire application des règles applicables à la mise en œuvre du principe « à travail égal, salaire égal » pour juger que le salarié n'établissait pas d'éléments laissant supposer une discrimination dans sa progression de carrière.

F. – Rupture du contrat de travail

1. Licenciement

1.1. Mise en œuvre

* *Date de la rupture*

N° 167

La rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture.

Est dès lors légalement justifié l'arrêt qui décide que le licenciement ne pouvait être qualifié de verbal, le licenciement verbal invoqué étant postérieur à l'expédition de la lettre de licenciement.

Soc. – 6 mai 2009.

Rejet

N° 08-40.395. – CA Pau, 2 avril 2007.

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

Note

En vertu de l'article L. 1232-6 (anciennement L. 122-14-1 et L. 122-14-2) du code du travail, l'employeur qui décide de licencier un salarié doit notifier sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre doit comporter l'énoncé du ou des motifs du licenciement.

Il est de jurisprudence constante qu'à défaut de cet énoncé ou de l'énoncé d'un motif suffisamment précis, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

De plus, la Cour de cassation a jugé que « l'envoi de la lettre de licenciement en recommandé avec demande d'avis de réception ne constitue pas une formalité substantielle, mais un mode de preuve du licenciement » (Soc., 26 octobre 1979, Bull. 1979, V, n° 799), et que la lettre recommandée avec demande d'avis de réception peut être remplacée par un acte d'huissier (Soc., 8 novembre 1978, Bull. 1978, n° 746).

Dans la présente affaire, après un entretien préalable, l'employeur avait notifié au salarié son licenciement par lettre recommandée, laquelle, ayant été retournée à l'expéditeur, lui avait été remise par huissier de justice.

Le salarié faisait valoir qu'il avait fait l'objet d'un licenciement verbal sans cause réelle et sérieuse, car son licenciement lui avait été annoncé avant que la lettre recommandée ne lui soit remise et donc avant qu'il n'en ait eu connaissance.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était donc la suivante : un licenciement peut-il être qualifié de verbal lorsque le salarié a connaissance de la rupture de son contrat de travail entre la date d'expédition de la lettre recommandée et la date de réception de celle-ci ?

La chambre sociale décide que l'acte à prendre en considération pour déterminer si le licenciement est verbal est l'envoi de la lettre recommandée notifiant au salarié son licenciement, et non la présentation de celle-ci. En effet, elle précise que c'est par l'expédition de cette lettre que l'employeur manifeste sa volonté de mettre fin au contrat de travail, et la rupture du contrat se situe donc au moment de l'expédition. L'annonce faite par la suite au salarié de son licenciement ne peut avoir d'effet, puisque le contrat de travail est déjà rompu. Le licenciement ne peut pas, dès lors, être qualifié de verbal.

Par contre, dans le cas de figure où l'expédition de la lettre recommandée se situe après l'annonce du licenciement, la Cour de cassation a, par plusieurs décisions, jugé que ce licenciement devait être qualifié de verbal, car il ne pouvait être régularisé par l'envoi postérieur d'une lettre de rupture (Soc., 6 mars 2002, pourvoi n° 00-40.309 ; Soc., 12 novembre 2002, pourvoi n° 00-45.676, et Soc., 28 mai 2008, pourvoi n° 07-41.735).

** Formalités conventionnelles préalables*N^o 168

1^o Le non-respect par l'employeur du délai minimal de convocation devant un conseil de discipline, prévu par une convention collective, ne constitue pas la violation d'une garantie de fond, sauf si cette irrégularité a eu pour effet de priver le salarié d'assurer utilement sa défense devant cet organisme.

2^o Lorsque les procédures conventionnelles protectrices des droits du salarié ont été mises en œuvre par l'employeur, l'absence d'avis motivé du conseil de discipline qui résulte de ce que ses membres n'ont pu se départager n'a pas pour effet de mettre en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur et de rendre irrégulière la procédure de licenciement.

Soc. – 3 juin 2009.

Cassation

N^o 07-42.432. – CA Montpellier, 21 mars 2007.

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

Note

L'arrêt commenté est l'occasion pour la chambre sociale de la Cour de cassation de préciser sa jurisprudence relative au respect des procédures conventionnelles en matière de sanctions disciplinaires.

Dans le cadre d'une procédure disciplinaire de licenciement, la convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs prévoit que l'agent doit être avisé de sa comparution devant le conseil de discipline huit jours au moins avant la réunion de ce conseil et qu'après délibération, le conseil émet un avis motivé sur la sanction disciplinaire à appliquer.

Dans l'espèce, il n'y a eu qu'un délai de cinq jours entre la convocation et la comparution du salarié devant le conseil de discipline. De plus, les membres du conseil n'ayant pu se départager, leur avis ne fait état que du résultat du scrutin, sans plus de motivation.

Aux motifs que le délai de huit jours, prévu par la convention collective, n'avait pas été respecté et que l'avis du conseil de discipline n'était pas motivé, l'arrêt attaqué a déclaré le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Les juges du fond ont considéré que les formalités particulières imposées par la convention collective préalablement au licenciement constituaient, pour le salarié, une garantie de fond, dont la méconnaissance rendait sans cause réelle et sérieuse la rupture du contrat de travail.

1. La chambre sociale de la Cour de cassation devait se prononcer en premier lieu sur la portée du non-respect d'un délai conventionnel dans une procédure disciplinaire de licenciement.

L'irrégularité de procédure constatée par les juges du fond concernant l'inobservation des délais conventionnels prévus pour la convocation du sala-

rié devant l'instance de discipline constitue-t-elle une irrégularité de fond privant le licenciement de cause réelle et sérieuse ?

La jurisprudence constante de la Cour de cassation fait valoir que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle, de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue, pour le salarié, une garantie de fond (Soc., 11 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n^o 272). Le licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté et rendu son avis selon une procédure régulière est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 16 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n^o 9).

Mais la chambre relève que le non-respect d'un délai légal dans la mise en œuvre d'une procédure de licenciement ne prive pas *ipso facto* le licenciement de cause réelle et sérieuse, et constitue une irrégularité de forme (Soc., 27 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n^o 361). Il en est de même pour le non-respect d'un délai résultant d'un accord d'entreprise (Soc., 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n^o 309).

La chambre sociale complète sa jurisprudence en précisant que l'inobservation d'un délai conventionnel ne constitue pas en soi une garantie de fond et qu'il n'en serait ainsi que si cette inobservation portait atteinte aux droits de l'intéressé quant à sa défense.

Doit dès lors être cassé l'arrêt de cour d'appel qui a uniquement constaté que le délai conventionnel de huit jours n'avait pas été respecté pour déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors qu'il ne résulte pas de ces constatations que l'inobservation du délai avait porté atteinte aux droits de la défense.

2. En second lieu, la chambre devait se prononcer sur les conséquences d'une motivation insuffisante de l'avis du conseil de discipline. Elle devait dire si l'obligation conventionnelle imposant à l'employeur de recueillir l'avis du conseil de discipline pouvait être considérée comme respectée alors que le conseil s'est contenté de rapporter, sans aucune motivation, le résultat du scrutin, ou si l'absence d'avis motivé rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale a déjà jugé que, lorsque les procédures conventionnelles protectrices des droits du salarié ont été mises en œuvre par l'employeur, l'absence d'avis du conseil de discipline, qui résulte de ce que ses membres n'ont pu se départager, n'a pas pour effet de mettre en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur et de rendre irrégulière la procédure de licenciement (Soc., 20 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n^o 39, sommaire n^o 2).

Le conseil de discipline ayant été régulièrement saisi et les garanties de la défense du salarié observées, l'employeur ne peut se voir reprocher la teneur de l'avis rendu par le conseil.

Dans ces conditions, le fait que l'avis de l'instance disciplinaire ne soit pas motivé n'a pas pour effet de mettre en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur et de rendre irrégulière, au regard

des dispositions conventionnelles, la procédure de licenciement. Doit dès lors être cassé l'arrêt de cour d'appel qui retient que l'avis du conseil de discipline rapportant seulement le résultat du scrutin est dépourvu de motivation pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

* Irrégularité de procédure

N° 169

Toute irrégularité de la procédure de licenciement entraîne pour le salarié un préjudice que l'employeur doit réparer et qu'il appartient au juge d'évaluer.

Viole en conséquence les articles L. 1235-5 et R. 1232-1 du code du travail la cour d'appel qui a considéré que le défaut de mention, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, du lieu de l'entretien n'avait causé en l'espèce aucun préjudice au salarié.

Soc. – 13 mai 2009. Cassation partielle

N° 07-44.245. – CA Fort-de-France, 31 mai 2007.

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

Note

Un salarié a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir une indemnité pour licenciement abusif, au motif que le lieu de l'entretien préalable n'avait pas été indiqué dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, contrairement aux prescriptions de l'article R. 1232-1 du code du travail, lequel dispose notamment que « *La lettre de convocation prévue à l'article L. 1232-2 (...) précise la date, l'heure et le lieu de cet entretien* ».

La cour d'appel l'a débouté de sa demande, au motif que le seul fait que le lieu de l'entretien préalable ne figure pas dans la lettre de convocation à l'entretien préalable ne peut en aucun cas avoir causé un préjudice au salarié, dès lors que son employeur n'a qu'un seul établissement où sont concentrées toutes ses activités.

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir quelle était la sanction de l'irrégularité de la convocation à l'entretien préalable au licenciement résultant du défaut de mention du lieu où doit se tenir l'entretien de licenciement, et si le défaut de cette mention n'ouvrait droit à indemnisation que si le salarié prouvait le préjudice subi.

La Cour de cassation a déjà dit, dans des arrêts non publiés, que l'omission de l'heure ou de la date de l'entretien constituait une irrégularité de procédure (Soc., 25 septembre 2007, pourvoi n° 05-45.592 ; Soc., 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-43.121). Aussi, la principale difficulté résidait en ce que, si la Cour de cassation décide depuis longtemps (voir, par exemple, Soc., 23 octobre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 429) que l'inobservation de la procédure de licenciement cause nécessairement un préjudice qui doit être indemnisé, les arrêts rendus en la matière

concernaient l'inobservation de formalités légales, alors que c'est un texte réglementaire qui exige l'indication du lieu de l'entretien préalable sur la convocation.

La précision du lieu de l'entretien pouvait ne pas paraître essentielle, d'autant que la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 9 mai 2000 (*Bull.* 2000, V, n° 171), que « *l'entretien préalable au licenciement doit se dérouler en principe au lieu où s'exécute le travail ou à celui du siège social de l'entreprise. Viole l'article L. 122-14 du code du travail la cour d'appel qui admet que l'entretien préalable se déroule dans un tiers lieu sans justification* ».

Dès lors, malgré l'absence d'indication du lieu de l'entretien, le salarié pouvait connaître ce lieu.

Cependant, la chambre sociale, par le présent arrêt, juge que le défaut de mention du lieu de l'entretien dans la convocation, comme toute autre irrégularité de procédure, cause un préjudice que l'employeur doit réparer et qu'il appartient au juge d'évaluer.

Cette solution est conforme aux textes tels qu'ils résultent de la nouvelle codification du code du travail. En effet, sous l'empire de l'ancien code, l'article L. 122-14-4 du travail disposait : « *si le licenciement survient sans observation de la procédure requise à la présente section, mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* ». Le terme « *présente section* » renvoyait à la section « *résiliation du contrat de travail à durée déterminée* » et donc aux dispositions légales. Mais l'article L. 1235-2 du code du travail, qui reprend ces dispositions, n'a pas repris la mention de « *la présente section* » et dispose simplement : « *si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* ».

* Lettre de licenciement

N° 170

Est insuffisamment motivée la lettre de licenciement qui ne mentionne pas expressément, outre la perturbation du fonctionnement de l'entreprise, la nécessité du remplacement du salarié absent en raison de son état de santé.

Fait une exacte application des dispositions de l'article L. 122-14-2, alinéa premier, devenu L. 1232-6, du code du travail la cour d'appel qui déclare sans cause réelle et sérieuse un licenciement alors que l'employeur ne s'est pas prévalu, dans la lettre de licenciement, de la nécessité de procéder au remplacement du salarié.

Soc. – 8 avril 2009. Rejet

N° 07-43.909. – CA Aix-en-Provence, 4 juin 2007.

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

Note

L'arrêt commenté confirme la récente évolution jurisprudentielle relative à l'exigence de motivation de la lettre de licenciement du salarié dont les absences perturbent le fonctionnement de l'entreprise.

L'article L. 1232-6 du code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié. Toutefois, celui-ci ne peut être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité de procéder à son remplacement.

Après avoir jugé, dans un arrêt du 5 juin 2001 (*Bull.* 2001, V, n° 209), que ce remplacement devait être définitif et que l'employeur devait se prévaloir de la nécessité d'un tel remplacement dans la lettre de licenciement, la chambre sociale a progressivement assoupli l'exigence du caractère définitif du remplacement.

Elle a d'abord affirmé que l'employeur doit se prévaloir, dans la lettre de licenciement, d'une part, de la perturbation du fonctionnement de l'entreprise et, d'autre part, de la nécessité du remplacement du salarié, dont le juge doit vérifier s'il est définitif (*Soc.*, 10 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 284 ; *Soc.*, 21 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 264 ; *Soc.*, 19 octobre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 294).

Elle juge aujourd'hui que l'employeur doit se prévaloir dans la lettre de licenciement, d'une part, de la perturbation de l'entreprise et, d'autre part, de la nécessité du remplacement du salarié. A défaut, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

N° 171

L'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception visée à l'article L. 1232-6 du code du travail n'est qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de notification du licenciement.

Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui a débouté le salarié de sa demande d'indemnité au seul titre de l'irrégularité de procédure fondée sur la remise en main propre contre décharge de sa lettre de licenciement.

Soc. – 16 juin 2009.

Rejet

N° 08-40.722. – CA Paris, 10 mai 2007.

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

Note

Un salarié auquel son licenciement avait été notifié par lettre remise en main propre contre décharge soutenait qu'en l'absence de notification par lettre recommandée avec avis de réception, le licenciement était irrégulier, comme contraire aux dispositions de l'article L. 1232-6 du code du travail, et réclamait en conséquence des dommages-intérêts.

En effet, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que le non-respect de la procédure de licenciement cause nécessairement au salarié un préjudice.

Cependant, la cour d'appel a débouté le salarié de sa demande, au motif que la notification par lettre recommandée prévue par l'article L. 1232-6 du code du travail n'est pas « une formalité substantielle dont l'inobservation entraîne le droit pour le salarié au paiement d'une indemnité ».

La question qui se posait donc à la Cour de cassation était celle de la validité de la notification du licenciement par remise d'une lettre en main propre contre décharge.

La question n'est pas nouvelle et avait été résolue de longue date par la chambre sociale. Celle-ci avait en effet décidé, par un arrêt du 3 mai 1979, arrêt publié (*Soc.*, 3 mai 1979, *Bull.* 1979, V, n° 375), que « la notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception n'est qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur le point de départ du délai-congé. Il ne saurait dès lors être alloué une indemnité pour inobservation de la procédure de licenciement à un salarié auquel la lettre de congé a été remise en main propre contre émargement, étant observé que le salarié qui avait allégué uniquement l'absence de précision par écrit des motifs de rupture ne s'était prévalu, du chef de la remise de la lettre, d'aucun préjudice ».

La solution avait été répétée à plusieurs reprises par des arrêts non publiés (*Soc.*, 15 décembre 1999, pourvoi n° 97-44.431, et *Soc.*, 2 avril 2005, pourvoi n° 02-46.063).

Mais un arrêt du 24 janvier 2007 (*Bull.* 2007, V, n° 10) était venu jeter le trouble. La chambre sociale avait alors décidé qu'« Aux termes de l'article L. 122-14-1 du code du travail, l'employeur qui décide de licencier un salarié doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il en résulte que ne constitue pas la notification d'un licenciement l'envoi d'une feuille blanche et qu'il ne peut être suppléé par la remise au salarié en main propre d'une lettre. Encourt donc la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, retient que le caractère anormal de l'envoi sous un pli recommandé d'une feuille blanche à un salarié dont le licenciement était simultanément décidé, mais encore non notifié, ne privait pas l'employeur de rapporter la preuve des griefs qu'il articulait envers le salarié, lequel reconnaissait la remise d'une autre lettre exposant les reproches exprimés à son encontre et contenant notification de la rupture de la relation de travail ».

Certains avaient déduit de cet arrêt que, pour la chambre sociale, la notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception était une formalité substantielle et que cette notification ne pouvait pas se faire par d'autres moyens.

Mais, en réalité, les circonstances de l'arrêt de 2007 étaient différentes : l'employeur avait fait le choix de notifier le licenciement par lettre recom-

mandée avec demande d'avis de réception, mais l'enveloppe ne contenait qu'une feuille blanche et ce n'est que par la suite qu'il avait voulu régulariser la notification par la remise en main propre de la lettre de licenciement. La chambre sociale a dit que, dès lors que l'employeur notifie le licenciement par lettre recommandée, le courrier doit contenir la lettre motivée.

Par ailleurs, cet arrêt avait été rendu dans un contexte particulier. Il s'agissait d'un licenciement précédant une transaction entre l'employeur et le salarié, sur la rupture. La transaction avait été signée le jour même de la remise en main propre de la lettre de licenciement. Or, il est de jurisprudence constante qu'« une transaction, ayant pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture du contrat de travail, ne peut être valablement conclue qu'après notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception » (cf., par exemple, Soc., 18 février 2003, Bull. 2003, V, n° 6).

Le présent arrêt permet à la chambre sociale, qui utilise quasiment les mêmes termes que ceux de l'arrêt du 3 mai 1979, de rappeler sa jurisprudence traditionnelle : « l'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception visée à l'article L. 1232-6 du code du travail n'est qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de notification du licenciement ». Elle dissipe ainsi les doutes qu'avait pu faire naître la décision du 24 janvier 2007.

* Préavis

Voir le n° 118 ci-dessus, sommaire n° 3.

1.2. Licenciement disciplinaire

* Délai pour engager les poursuites

N° 172

Aux termes de l'article L. 1332-4 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu, dans le même délai, à l'exercice de poursuites pénales. Par ailleurs, lorsque l'article L. 1224-1 du code du travail est applicable, le même contrat de travail se poursuit, à compter de la date du transfert, sous une direction différente.

Il s'ensuit que le nouvel employeur ne peut invoquer, à l'appui du licenciement du salarié, des manquements commis par celui-ci alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur que si le délai de deux mois depuis la connaissance des faits par le cédant n'est pas écoulé.

Viola les textes susvisés la cour d'appel qui, pour écarter la prescription des faits fautifs, retient que celle-ci était inapplicable au nouvel employeur,

cessionnaire de l'entreprise, dès lors qu'il avait eu connaissance des faits postérieurement à la cession.

Soc. – 27 mai 2009.

Cassation partielle

N° 06-46.293. – CA Rennes, 24 octobre 2006.

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

Note

Aux termes de l'article L. 1332-4 du code du travail, « Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ».

L'arrêt rappelle que, dans l'hypothèse du transfert d'une entreprise intervenu en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, le point de départ du délai de la prescription des faits fautifs commis alors que le salarié se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur doit, à l'égard du nouvel employeur, être fixé à la date à laquelle l'ancien employeur en a eu connaissance.

La solution se fonde sur les termes mêmes de l'article L. 1224-1, qui dispose : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». La chambre sociale rappelle à cet égard régulièrement (Soc., 29 mai 1990, Bull. 1990, V, n° 242) que « lorsque l'article L. 1224-1 du code du travail est applicable, le même contrat de travail se poursuit, à compter de la date du transfert, sous une direction différente ».

Dès lors, elle ne pouvait que confirmer le raisonnement qu'elle avait déjà tenu et la solution retenue dans un précédent arrêt du 6 mars 2002, mais non publié : « Attendu, cependant, qu'aux termes de l'article L. 122-44 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ; que lorsque l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail est applicable, le même contrat de travail se poursuit, à compter de la date du transfert, sous une direction différente ; qu'il s'ensuit que le nouvel employeur peut invoquer, à l'appui du licenciement du salarié, des manquements commis par le salarié alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur, dès lors qu'aucun des deux employeurs successifs n'a laissé écouler un délai de deux mois après avoir eu connaissance desdits manquements » (Soc., 6 mars 2002, pourvoi n° 00-41.388).

1.3. Licenciement économique

** Licenciement à l'occasion d'un transfert d'entreprise*N^o 173

Lorsque le salarié, licencié pour motif économique à l'occasion d'un transfert d'entreprise, passe effectivement au service du cessionnaire, ce dernier est seul responsable des modifications qu'il apporte au contrat de travail du salarié repris.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui reconnaît des salariés, repris dans ces conditions, créanciers, à l'égard du cédant, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'indemnités de rupture, alors qu'en l'absence de collusion frauduleuse, il ne peut être reproché au cédant d'avoir manqué à ses obligations au titre de la modification des contrats de travail décidée par le seul cessionnaire.

Soc. – 13 mai 2009.

Cassation

N^o 08-40.447 et 08-40.898. – CA Aix-en-Provence, 27 novembre 2007.

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

Note

Le licenciement économique prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique étant juridiquement dépourvu d'effet, la chambre sociale, dans son arrêt Soc., 20 mars 2002, *Bull.* 2002, V, n^o 94, a reconnu au salarié licencié le droit d'agir contre le cédant qui a pris l'initiative du licenciement, pour obtenir réparation du préjudice résultant de la perte de son emploi, ou contre le cessionnaire, pour exiger la poursuite de son contrat de travail ou, à défaut, une indemnisation.

Ces deux actions ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre, et il est admis que le cédant et le cessionnaire soient condamnés *in solidum*, s'ils ont tous deux contribué à la perte de l'emploi, l'un en prononçant un licenciement dépourvu d'effet, l'autre en s'opposant à la poursuite du contrat de travail sous sa direction, sous réserve du recours éventuel de l'un contre l'autre (Soc., 12 avril 2005, pourvoi n^o 03-41.399). Il en va de même si la rupture du contrat procède d'une concertation frauduleuse entre eux (Soc., 14 février 2007, *Bull.* 2007, V, n^o 22). Cependant, pour concilier les intérêts du personnel avec ceux de l'entreprise cédée, cette action indemnitaire n'est pas ouverte au salarié licencié lorsque le cessionnaire lui propose, avant la fin du contrat de travail, de le conserver à son service, sans modification du contrat (Soc., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n^o 331, et 11 mars 2003, *Bull.* 2003, V, n^o 86). En revanche, si le repreneur subordonne le maintien du contrat à sa modification, le salarié peut alors refuser le changement d'employeur et exercer les actions ouvertes par l'arrêt du 20 mars 2002.

Mais il en va différemment lorsque le salarié passe effectivement au service du cessionnaire, malgré le licenciement économique antérieurement prononcé. Il ne peut alors se prévaloir d'un préjudice lié à la perte de l'emploi qu'il a conservé, puisque la relation contractuelle que ce licenciement voulait interrompre s'est en réalité poursuivie. Si le cessionnaire qui l'a repris modifie alors le contrat de travail, en le privant de son ancienneté ou en réduisant son salaire, le salarié est en droit d'exiger la suppression de ces modifications, puisque c'est le même contrat de travail qui se poursuit sous une autre direction, ou d'imputer la rupture du contrat au cessionnaire, par une prise d'acte ou au moyen d'une action en résiliation judiciaire. Le manquement du nouvel employeur aux obligations que lui impose l'article L. 1224-1 du code du travail justifie de telles actions.

** Motif économique – caractérisation*N^o 174

La spécialisation d'une entreprise dans le groupe ou son implantation dans un pays différent de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe ne suffit pas à exclure son rattachement à un même secteur d'activité, au sein duquel doivent être appréciées les difficultés économiques.

Doit être cassé l'arrêt qui retient que les difficultés économiques devaient être appréciées au niveau de la société opérant sur le marché français en raison de la spécificité de son activité.

Soc. – 23 juin 2009.

Cassation

N^o 07-45.668. – CA Paris, 25 octobre 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

Note

Depuis les arrêts Vidéocolor et TRW du 5 avril 1995 (*Bull.* 1995, V, n^o 123), la chambre sociale de la Cour de cassation décide qu'au sein des groupes de sociétés, les difficultés économiques permettant de justifier un licenciement économique doivent être appréciées par secteur d'activité.

Si la chambre sociale n'a jamais donné de définition de la notion de secteur d'activité, elle a manifesté dans plusieurs décisions qu'elle entendait bien contrôler cette qualification (Soc., 20 juin 2007, pourvoi n^o 06-41.725 ; Soc., 6 mars 2007, pourvoi n^o 05-40.156, et Soc., 9 mai 2006, pourvoi n^o 05-40.554).

Le présent arrêt offre une nouvelle illustration de ce contrôle et réaffirme deux solutions précédemment retenues par la Cour de cassation.

Contestant son licenciement économique, le salarié demandeur a été débouté de ses demandes par la cour d'appel, qui a estimé qu'il reposait sur une cause réelle et sérieuse aux motifs que, d'une part, la société en cause opère sur le marché français, ce qui n'autorisait pas à estimer que son secteur

d'activité était identique à celui des autres filiales installées dans huit autres pays européens, et que, d'autre part, le secteur d'activité de l'entreprise se distingue encore des autres entités exerçant sur le territoire français en raison de la spécificité de son activité. Dès lors, les difficultés économiques ne devaient s'apprécier qu'au niveau de la seule entreprise ayant procédé au licenciement.

L'arrêt est cassé par la Cour de cassation, dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure.

En effet, d'une part, la chambre sociale a déjà affirmé dans plusieurs décisions que le secteur d'activité n'avait pas à être réduit au territoire national (Soc., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 214 ; Soc., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 215 ; Soc., 19 mars 2002, pourvoi n° 00-40.324, et Soc., 4 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 57).

D'autre part, elle a également décidé, dans un arrêt du 8 juillet 2008, que « la spécialisation d'une entreprise au sein d'un groupe ne suffit pas à exclure son rattachement à un secteur d'activité plus étendu, au niveau duquel doivent être appréciées les difficultés économiques » (Soc., 8 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.934).

Par conséquent, c'est fort logiquement que la chambre sociale reprend, dans l'arrêt ici commenté, ces deux solutions, en les formulant dans un même attendu : « la spécialisation d'une entreprise dans le groupe ou son implantation dans un pays différent de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe ne suffit pas à exclure son rattachement à un même secteur d'activité, au sein duquel doivent être appréciées les difficultés économiques ».

* *Priorité de réembauche*

N° 175

L'obligation pour l'employeur, dans le cadre de la priorité de réembauche, d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification n'est pas limitée aux emplois pourvus par des contrats de travail à durée indéterminée.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour condamner un employeur à payer à un salarié, ingénieur du son, une indemnité pour violation de la priorité de réembauche, retient qu'il a régulièrement recouru, pendant la période couvrant cette priorité, à plusieurs ingénieurs du son, ou chefs opérateurs prise de son, correspondant à une fonction identique, sous la forme de contrats à durée déterminée.

Soc. – 8 avril 2009.

Rejet

N° 08-40.125. – CA Paris, 29 novembre 2007.

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

Note

Reprochant à l'employeur, qui l'avait licencié pour un motif économique, de ne pas l'avoir informé des

emplois devenus disponibles, un salarié a saisi la juridiction prud'homale et obtenu le paiement d'une indemnité pour violation de la priorité de réembauche prévue par l'article L. 1233-45 du code du travail.

Ce texte dispose que :

« Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai. »

Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles et affiche la liste de ces postes.

Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauche au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur ».

Le pourvoi formé par l'employeur offre l'occasion à la Cour de cassation de confirmer sa jurisprudence sur la notion d'« emploi devenu disponible ».

La chambre sociale a ainsi jugé que l'emploi d'un salarié en congé annuel n'est pas disponible (Soc., 17 juin 1992, *Bull.* 1992, V, n° 404), ni l'emploi d'un salarié en arrêt de travail pour maladie (Soc., 12 décembre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 343), non plus, les emplois correspondant à des embauches temporaires d'une durée de quinze jours auxquelles il avait été procédé par l'employeur en raison de l'arrêt momentané d'une chaîne de transvasage (Soc., 21 octobre 1998, *Bull.* 1992, V, n° 444).

En revanche, la chambre sociale avait déjà dit que « l'obligation pour l'employeur d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification n'est pas limitée aux emplois pourvus par des contrats de travail à durée indéterminée ». C'est cette solution qu'elle réitère ici.

Cette solution est à mettre en parallèle avec celles rendues sur la violation de la priorité de réembauche par un employeur ayant employé régulièrement des travailleurs intérimaires pour occuper un poste équivalent à celui du salarié licencié. La Cour de cassation a en effet décidé que « Méconnaît son obligation de reclassement et la priorité de réembauche l'employeur qui, avant et après des licenciements pour motif économique, a recouru de manière systématique à des travailleurs intérimaires pour un nombre d'heures correspondant à l'emploi de plusieurs salariés, ce dont il résultait que les postes étaient disponibles » (Soc., 1^{er} mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 82). Elle a précisé, récemment, dans un arrêt non publié (Soc., 11 avril 2008, pourvoi n° 06-45.804), qu'il résultait de ce que l'employeur avait eu recours « de manière habituelle et en nombre » à des travailleurs intérimaires que des emplois étaient disponibles.

N° 176

Selon l'article L. 1233-45 du code du travail, il incombe à l'employeur d'informer le salarié licencié pour motif économique qui a manifesté le désir

d'user de la priorité de réembauche de tous les postes disponibles et compatibles avec sa qualification.

Il en résulte qu'en cas de litige, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation soit en établissant qu'il a proposé les postes disponibles, soit en justifiant de l'absence de tels postes.

Soc. – 23 juin 2009. Cassation partielle partiellement sans renvoi

N° 07-44.640. – CA Paris, 11 septembre 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

Note

Selon l'article L. 1233-45 du code du travail, il incombe à l'employeur d'informer le salarié licencié pour motif économique qui a manifesté le désir d'user de la priorité de réembauche de tous les postes disponibles et compatibles avec sa qualification. Si le salarié conteste le respect par l'employeur de cette obligation, il lui appartient d'établir que l'employeur ne lui a pas proposé de postes compatibles avec sa qualification.

Il appartient à l'employeur, débiteur de l'obligation de réembauche, de prouver qu'il a satisfait à son obligation en apportant les éléments de preuve qu'il est seul à détenir. Il lui appartient donc d'établir qu'il a informé le salarié des postes sur lesquels celui-ci pouvait exercer la priorité de réembauche, ou qu'aucun poste n'est devenu disponible pendant la période d'exercice de la priorité de réembauche, ce qu'il peut faire notamment en produisant le registre unique du personnel. Une cour d'appel condamne donc à juste titre, pour violation de l'obligation de réembauche, un employeur qui n'a pas produit le registre unique du personnel, malgré la demande du salarié, auquel aucun poste n'avait été proposé.

1.4. Indemnité spéciale de licenciement

N° 177

Il résulte de la combinaison des articles L. 1226-14, L. 1226-12, L. 1226-15 et L. 1226-8 du code du travail que l'indemnité spéciale de licenciement égale au double de l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9 du code du travail et versée sans condition d'ancienneté dans l'entreprise n'est due que dans le cas du licenciement prononcé en raison de l'impossibilité de reclassement du salarié déclaré inapte par le médecin du travail ou du refus non abusif, par le salarié inapte, de l'emploi proposé.

Soc. – 8 avril 2009. Cassation partielle sans renvoi

N° 07-45.234. – CA Douai, 28 septembre 2007.

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

Note

Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, il résulte de l'article L. 1226-14 du code du travail que « la rupture du contrat de travail dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article L. 1226-12 ouvre droit, pour le salarié, 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 ».

La question de droit qui était posée en l'espèce à la Cour de cassation était la suivante : un salarié déclaré apte au travail après un accident du travail et refusant le poste proposé a-t-il droit à une indemnité spéciale de licenciement ou a-t-il seulement droit à l'indemnité légale de licenciement ?

La difficulté résultait de la combinaison des articles L. 1226-14 et L. 1226-15 du code du travail. En effet, le second de ces textes, relatif à la réintégration du salarié licencié en méconnaissance des dispositions des articles L. 1226-8 ou des articles L. 1226-10 à L. 1226-12, dispose, en son troisième alinéa, qu'« en cas de refus de réintégration par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité ne peut être inférieure à douze mois de salaires. Elle se cumule avec [...], le cas échéant, l'indemnité spéciale de licenciement prévue[s] à l'article L. 1226-14 ».

La chambre sociale, par une décision du 5 juin 1990, non publiée (pourvoi n° 87-44.459), avait approuvé une cour d'appel qui, concernant le licenciement d'un salarié reconnu apte, avait décidé que l'employeur devait être condamné à lui verser l'indemnité spéciale de licenciement, en vertu de l'article L. 122-32-7 (devenu l'article L. 1226-15) du code du travail.

Mais, par une décision en sens contraire du 4 décembre 1990 (Soc., 4 décembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 603), la chambre sociale avait décidé que l'indemnité spéciale de licenciement n'était due que lorsque le salarié avait été déclaré inapte à reprendre son emploi (que l'employeur ait ou non respecté ses obligations au regard de l'exigence de reclassement), et non lorsque, ayant été déclaré apte, il ne retrouvait pas son emploi ou un emploi similaire.

La question n'avait jamais été reposée depuis à la Cour de cassation.

Par le présent arrêt, la chambre sociale confirme sa jurisprudence du 4 décembre 1990, en décidant que seul le salarié déclaré inapte par le médecin du travail peut prétendre au versement de l'indemnité spéciale de licenciement.

La chambre sociale rappelle également que cette indemnité spéciale est versée sans condition d'ancienneté. Elle confirme ainsi sa jurisprudence du 10 novembre 1988 (Soc., 10 novembre 1988, *Bull.* 1988, V, n° 589) : « l'article L. 122-32-6 [devenu l'article L. 1226-14] du code du travail ne mentionne

aucune condition de durée d'emploi pour l'octroi de l'indemnité spéciale de licenciement qu'il prévoit, la référence qui y est faite à l'article L. 122-9 [devenu l'article L. 1234-9] du même code concernant exclusivement le montant de l'indemnité instituée par ce texte, et non sa condition d'attribution ».

2. Résiliation judiciaire

* Manquements reprochés à l'employeur

Voir le n° 131 ci-dessus, sommaire n° 2.

G. – Actions en justice

* Action des ayants droit du salarié décédé – recevabilité

N° 178

Le droit de demander la disqualification de son contrat de prestation de services en contrat de travail étant entré dans le patrimoine du défunt avant son décès, ses héritiers en sont saisis de plein droit, peu important que le défunt n'ait pas intenté cette action de son vivant et que l'action de ses ayants droit ait pour finalité de leur permettre de bénéficier des effets du contrat d'assurance groupe souscrit par l'employeur, qui constitue un avantage accessoire au contrat de travail.

Soc. – 13 mai 2009. Cassation partielle

N° 07-40.934. – CA Toulouse, 22 décembre 2006.

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

Note

Dans la présente affaire, un salarié avait bénéficié d'un contrat de travail pendant quelques mois avant qu'il n'y soit mis fin, durant la période d'essai. Le salarié avait, durant cette période, adhéré au contrat d'assurance groupe souscrit par l'employeur. Un contrat de prestation de services avait, aussitôt après la rupture, été conclu entre cette personne et le même employeur, l'intéressé décédant accidentellement deux semaines plus tard. Ses ayants droit s'étant vu refuser leur demande en paiement du capital-décès garanti par l'assureur au motif que l'intéressé n'était plus salarié de l'entreprise au moment de son décès, ils ont saisi la juridiction prud'homale aux fins de requalification du contrat de prestation de services en contrat de travail.

Les juges d'appel ont déclaré les ayants droit irrecevables en leur demande, aux motifs que le défunt n'avait pas engagé l'action en requalification de son vivant et que la demande en paiement du capital-décès correspondait à l'exercice d'un droit propre des ayants droit.

La question qu'avait à trancher la Cour de cassation était donc celle de savoir si l'action en requalification d'un contrat de prestation

de services en contrat de travail afin d'obtenir le paiement d'un capital-décès découlant de la qualité de salarié peut être exercée par les ayants droit du défunt sans que celui-ci ne l'ait initiée de son vivant.

Par le présent arrêt, la chambre sociale se prononce très clairement par l'affirmative, en censurant les juges du fond : « en statuant ainsi, alors que le droit de demander la disqualification d'un contrat de prestation de services en contrat de travail était entré dans le patrimoine du défunt et que ses héritiers en étaient saisis de plein droit, peu important qu'il n'ait pas intenté cette action de son vivant et que celle des ayants droit ait pour finalité de leur permettre de bénéficier des effets du contrat d'assurance groupe souscrit par l'employeur, qui constitue un avantage accessoire au contrat de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

En affirmant que « le droit de demander » la requalification « était entré dans le patrimoine du défunt », la Cour de cassation signifie donc que l'action exercée tendait à la mise en œuvre d'un droit patrimonial. Or, selon l'article 724, alinéa premier, du code civil, « Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt ».

Les ayants droit n'avaient donc pas, dans le cas présent, été saisis d'une action du défunt, faute pour celle-ci d'avoir été initiée de son vivant, mais bel et bien d'un droit de ce dernier, le droit de demander la requalification, droit entré dans son patrimoine de son vivant, par la simple conclusion du contrat de prestation de services. Peu importait alors que cette action n'ait que pour finalité de leur permettre de bénéficier des effets du contrat d'assurance groupe, puisqu'il s'agit d'un avantage accessoire au contrat de travail.

La chambre sociale reprend ici un raisonnement qu'elle avait déjà mis en œuvre dans un précédent arrêt du 29 octobre 2002 : « Et attendu que la cour d'appel, ayant relevé que la prestation de travail effectuée par M. X... avait fait naître à son profit un certain nombre de droits et que ces droits s'étaient réalisés au fur et à mesure du déroulement de la prestation de travail, a exactement décidé, sans encourir les griefs du moyen, que ces droits étaient entrés dans le patrimoine du salarié avant son décès et que les héritiers et le conjoint survivant en étaient saisis de plein droit, peu important que le salarié n'ait pas intenté d'action avant son décès pour réclamer les sommes dues » (Soc., 29 octobre 2002, Bull. 2002, V, n° 323).

La Cour de cassation est en effet régulièrement amenée à souligner la distinction entre droits du salarié actionnés ensuite par ses héritiers, continuation d'une action du salarié précédemment engagée, et action des héritiers exercée en leur nom propre (Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 99-45.521 ; Soc., 10 janvier 2006, pourvoi n° 02-47.231 ; Soc., 2 février 2006, Bull. 2006, V, n° 61).

** Demande de récusation***N° 179**

Il résulte de la combinaison des articles R. 518-1, R. 518-2, devenus R. 1457-1 et R. 1457-2, du code du travail, et 346 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que le conseil de prud'hommes doit, dès qu'il a connaissance de la demande de récusation, suspendre l'instance jusqu'à ce qu'elle ait été définitivement tranchée et ne peut statuer sur cette demande ni examiner l'affaire au fond en présence du conseiller prud'homme dont la récusation a été sollicitée.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette le moyen tiré de la violation, par le conseil de prud'hommes, des dispositions relatives à la procédure de récusation, alors qu'il ressortait de ses propres constatations que le conseil de prud'hommes avait excédé ses pouvoirs en examinant l'affaire au fond en présence du conseiller dont la récusation avait été sollicitée.

Soc. – 3 juin 2009.

Cassation

N° 07-44.212. – CA Versailles, 14 juin 2007.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – Mme Mariette, Rap.

Note

A l'occasion du litige prud'homal opposant un salarié à l'association qui l'employait, cette association a sollicité la récusation d'un conseiller prud'homme membre de la juridiction saisie du litige.

Le conseil de prud'hommes n'a pas fait droit à la demande de récusation et a statué au fond. Ecartant le moyen pris de la violation des articles R. 518-1 du code du travail et 341 à 355 du code de procédure civile, la cour d'appel a confirmé le jugement entrepris.

Était donc soumise à la Cour de cassation la question de savoir si la juridiction prud'homale dont un membre est récusé peut apprécier elle-même la cause de récusation ou doit se soumettre à la procédure prévue par les articles R. 518-1 et R. 518-2, devenus R. 1457-1 et R. 1457-2, du code du travail, qui renvoient aux articles 341 à 355 du code de procédure civile.

Bien que l'article 341 énumère limitativement huit cas de récusation, ceux-ci n'épuisent pas toutes les hypothèses d'exigence d'impartialité découlant de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (2^e Civ., 5 décembre 2002, *Bull.* 2002, II, n° 275). Au sens de l'article 6 § 1 précité, l'impartialité doit être appréciée à l'aune de raisons objectives (assemblée plénière, 22 décembre 2000, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 12, sommaire n° 1). Cette conception de l'impartialité objective de la juridiction de jugement conduit à examiner l'ensemble de la procédure suivie dans l'ordre juridique interne (Soc., 19 décembre 2003,

Bull. 2003, V, n° 321, sommaire n° 2). Il est alors justifié que la juridiction ne puisse en aucun cas porter sur elle-même une telle appréciation. Les règles procédurales des articles 341 et 346 trouvent dès lors leur entière portée, le juge récusé devant respecter les dispositions de l'article 346 : « *Le juge, dès qu'il a communication de la demande, doit s'abstenir jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation* » et la juridiction – si les conditions prévues sont réunies – celle de l'article 349 : « *...la demande de récusation est jugée sans délai par la cour d'appel...* »

Ce sont ces dispositions impératives que le conseil de prud'hommes, et la cour d'appel à sa suite, ont méconnues. Par le présent arrêt, la Cour de cassation censure la décision par laquelle les juges du fond ont excédé leurs pouvoirs.

** Mesures d'instruction***N° 180**

L'employeur ayant la charge de rapporter la preuve que le salarié dont il envisage la mise à la retraite anticipée, en application des stipulations d'une convention collective l'y autorisant, remplit les conditions pour bénéficier d'une retraite à taux plein et cette preuve ne pouvant résulter que d'un relevé de carrière que le salarié est seul à pouvoir détenir, il existe un motif légitime, au sens de l'article 145 du code de procédure civile, d'ordonner la communication de ce document.

Viole ce texte ainsi que l'article 9 du code civil la cour d'appel qui refuse d'ordonner cette communication, aux motifs qu'il comporte des éléments relatifs aux salaires de l'intéressé et relève de la vie privée.

Soc. – 13 mai 2009.

Cassation sans renvoi

N° 08-41.826. – CA Paris, 21 février 2008.

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

Note

Un employeur envisageait de mettre à la retraite anticipée un de ses salariés, en application de l'accord de branche dont il dépendait. Afin de s'assurer que le salarié pouvait bénéficier d'une retraite à taux plein, il lui a demandé de communiquer son relevé de carrière. Le salarié ne s'étant jamais exécuté, l'employeur a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la communication dudit document. La cour d'appel a refusé, disant qu'il n'y avait lieu à référé, au motif que le relevé de carrière est un document confidentiel relevant de la vie privée, dont seul le salarié peut disposer.

La question qui se posait à la Cour était donc de savoir si l'employeur qui envisage de mettre à la retraite un salarié âgé de moins de soixante-cinq ans, en application d'un accord de branche, est en droit d'obtenir, devant la juridiction des référés, la communication du relevé de carrière de l'intéressé,

afin de s'assurer qu'il peut bénéficier d'une retraite à taux plein, alors même que ce document relève de la vie privée du salarié.

La chambre sociale avait déjà décidé que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* » (Soc., 10 juin 2008, *Bull.* 2008, V, n° 129 ; Soc., 23 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 84).

Elle adopte logiquement la même solution en matière de preuve. Il s'agit en effet, dans les deux cas, d'assurer l'effectivité du droit. Si l'employeur n'obtient pas le document en question, il ne pourra pas user de la possibilité ouverte par l'accord de branche de mettre le salarié à la retraite anticipée.

L'arrêt commenté peut être rapproché d'un arrêt de la chambre commerciale dans lequel ce n'était pas le respect de la vie privée qui était opposé à celui qui avait la charge de la preuve, mais le secret bancaire qui était opposé à la caution par celui qui devait rapporter la preuve.

La chambre commerciale a ainsi décidé que « *dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire* » (Com., 16 décembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 206).

* Opposition

N° 181

Dès lors que les défendeurs à l'action en contestation de la désignation d'un délégué syndical ont été convoqués par lettre simple dont il n'est pas établi qu'ils l'aient reçue et n'ont pas comparu à l'audience, le jugement, qualifié à tort de réputé contradictoire, devait être rendu par défaut et pouvait être frappé d'opposition.

Il en résulte que la notification de la décision n'indiquant pas qu'elle est susceptible d'opposition, ni le délai pour exercer cette voie de recours, le délai d'opposition n'a pas couru et le pourvoi, formé prématurément, est irrecevable.

Soc. – 29 avril 2009.

Irrecevabilité

N° 08-60.463, 08-60.464. – TI Asnières-sur-Seine, 12 juin 2008.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article R. 2143-5 du code du travail prévoit, dans un souci de rapidité, que, s'agissant du contentieux des élections ou des désignations professionnelles

en entreprise, les parties à l'instance doivent être convoquées par lettre simple, selon avis délivré trois jours à l'avance.

L'ensemble de la procédure en la matière est régie par des délais particulièrement brefs (le tribunal d'instance a dix jours pour statuer, et sa décision est susceptible de pourvoi dans un délai de dix jours). Une jurisprudence ancienne en avait déduit que le jugement rendu par le tribunal d'instance en matière d'élections professionnelles ou de contestations de la désignation d'un délégué syndical n'était pas susceptible d'opposition. Mais une décision récente (Soc., 18 novembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 226) est revenue sur cette jurisprudence, qui n'était justifiée par aucun texte. Par cet arrêt, la Cour de cassation a décidé : « *Il résulte de l'article 476 du code de procédure civile que la voie de l'opposition est ouverte sauf si une disposition expresse l'exclut ; il en résulte que cette voie de recours est ouverte contre un jugement d'un tribunal d'instance statuant sur une contestation relative à la désignation d'un délégué syndical ou à des élections professionnelles, en application des articles R. 2143-5 et R. 2324-25 du code du travail, qui ne l'excluent pas* ».

Le présent arrêt confirme cette nouvelle jurisprudence.

Puisque la convocation est adressée par lettre simple et que les parties n'ont pas comparu à l'audience, sans qu'il ne soit établi qu'elles ont reçu la convocation, le jugement ne peut être que qualifié de « *rendu par défaut* », et même s'il a été qualifié de manière erronée de « *réputé contradictoire* », il doit être « *traité* » comme un jugement rendu par défaut, « *la qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu [étant] sans effet sur le droit d'exercer un recours* » (article 536 du code de procédure civile). Il pouvait donc être frappé d'opposition, cette voie étant ouverte depuis l'arrêt du 18 novembre 2008.

Dès lors, la chambre sociale en tire les mêmes conséquences : la notification de la décision n'indiquant pas qu'elle est susceptible d'opposition, ni le délai pour exercer cette voie de recours, le délai d'opposition n'a pas couru et le pourvoi, formé prématurément, est irrecevable.

Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, qui décide que les délais pour exercer les recours contre une décision ne courent pas lorsque ceux-ci ne sont pas indiqués sur la notification (voir, par exemple, Soc., 23 octobre 1984, *Bull.* 1984, V, n° 402).

Comme l'indiquait déjà le commentaire de l'arrêt du 18 novembre publié au *Bulletin trimestriel de droit du travail* du quatrième trimestre 2008, cette nouvelle jurisprudence devrait inciter les tribunaux d'instance, saisis de telles contestations, à notifier l'avertissement de la date d'audience, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans un délai suffisant et à préciser, lorsqu'une partie a été défaillante, l'ouverture de la voie de l'opposition dans la notification de leurs décisions, qui, à l'heure actuelle, sont, en matière électorale, rendues en dernier ressort.

*** Prescription****N° 182**

Une action en requalification d'un contrat de bourse d'études en un contrat de travail, engagée contre un employeur par son cocontractant en vue d'obtenir réparation du préjudice qu'il subit au moment de la liquidation de sa retraite du fait qu'aucune cotisation au régime d'assurance vieillesse n'a été versée pendant l'exécution de ce contrat, est soumise à la prescription trentenaire, en application de l'article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, prescription dont le délai a commencé à courir à la date de conclusion du contrat. Elle ne peut s'analyser en une action en responsabilité pour laquelle la prescription n'aurait commencé à courir qu'au moment de la survenance du dommage, soit au moment de la liquidation des droits à la retraite de l'intéressé.

Doit donc être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui fait droit à la demande de dommages-intérêts présentée par l'intéressé en réparation du préjudice subi pour le non-versement de cotisations au régime d'assurance vieillesse au titre de ce contrat de bourse conclu plus de trente ans auparavant.

Soc. – 16 juin 2009. Cassation sans renvoi

N° 08-42.261. – CA Toulouse, 19 mars 2008.

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

Note

Au moment de faire procéder à ses droits à pension, un salarié s'aperçoit que son employeur n'a pas cotisé aux caisses de retraite pour une période de huit trimestres, correspondant à l'exécution d'un contrat avec cet organisme, contrat dénommé « *bourse d'étude* ».

Il saisit le conseil de prud'hommes d'une demande de requalification de ce contrat en contrat de travail et de réparation du préjudice résultant de la perte de huit trimestres de cotisations. Le conseil de prud'hommes déclare l'action non prescrite, mais déboute le demandeur ; la cour d'appel confirme le jugement en ce qu'il a déclaré l'action non prescrite, mais alloue des dommages-intérêts au salarié.

L'organisme employeur forme pourvoi contre cet arrêt et, dans la deuxième branche de son premier moyen, reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 2262 du code civil, au motif que « *l'action tendant à l'engagement de la responsabilité de l'employeur pour manquement à ses obligations contractuelles suppose l'existence d'un contrat de travail ; qu'en l'absence d'un tel contrat, cette action ne peut être exercée qu'après l'engagement d'une action tendant à voir reconnaître l'existence d'un contrat de travail, laquelle se prescrit par trente ans à compter de sa conclusion* ». Ainsi, la cour d'appel ne pouvait fixer le point de départ de la prescription au jour de la survenance du dommage.

En l'espèce, la demande en justice s'analysait en une double demande : d'une part, une action en requalification du contrat de « *bourse d'étude* » en contrat de travail, celle-ci rendant possible, d'autre part, l'action en responsabilité contractuelle envers l'employeur, pour défaut de déclaration aux fins de cotisation.

La difficulté à juger tenait au caractère préalable ou non de l'action en requalification par rapport à l'action en responsabilité contractuelle. La réponse à cette difficulté déterminait la prescription applicable, l'action en requalification se prescrivant par trente ans à compter de la conclusion du contrat, alors que l'action en responsabilité contractuelle se prescrivait par trente ans également, à compter de la réalisation du dommage ou de sa connaissance par la victime (depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, l'article 2224 du code civil détermine une prescription de cinq ans pour les actions personnelles ou mobilières).

Il a déjà été jugé par la chambre sociale que la prescription d'une action en responsabilité ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance. C'est le cas de tout salarié qui prend connaissance de l'insuffisance des déclarations de son employeur aux caisses de retraite, au moment de la liquidation de sa retraite. Ce moment fixe alors le point de départ de la prescription (Soc., 18 décembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 598 ; Soc., 1^{er} avril 1997, *Bull.* 1997, V, n° 130, et Soc., 26 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 146, sommaire n° 1). Mais, dans ces espèces, l'existence du contrat de travail était établie et non contestée.

Ce n'était pas le cas dans l'affaire soumise ici à la chambre sociale de la Cour de cassation, où les parties avaient conclu un contrat de « *bourse d'étude* » qui, au moment de son exécution, permettait au boursier de bénéficier de la sécurité sociale étudiante, bien que ce contrat puisse présenter également, selon l'analyse de la cour d'appel, les caractéristiques d'un contrat de travail (activité professionnelle, rémunération et lien de subordination). La chambre sociale affirme la distinction entre les deux actions et la conséquence qui en découle quant au point de départ de la prescription, fixé à la conclusion du contrat objet de la requalification, et initiateur du délai trentenaire (article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 17 juin 2008). L'action en justice ayant été exercée plus de trente ans après la conclusion du contrat de « *bourse d'étude* », elle était atteinte par la prescription. La chambre prononce en conséquence la cassation de l'arrêt d'appel qui a réparé le préjudice résultant de l'absence de versement des cotisations.

Il s'en déduit la nécessité d'engager préalablement l'action en requalification à l'action en responsabilité contractuelle. Cette dernière ne pouvait plus être exercée, alors même que sa prescription ne courait qu'à compter de la survenance du dommage.

COURS ET TRIBUNAUX

ACTIONS EN JUSTICE

** Compétence matérielle du conseil de prud'hommes*

N° 183

Le juge judiciaire ne peut, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux d'un licenciement qui a été avalisé par l'inspecteur du travail.

Dès lors, ce principe fondamental interdit au salarié licencié de demander au juge judiciaire d'interpréter l'autorisation de l'inspecteur du travail.

CA Lyon (ch. sociale), 27 février 2009. – RG n° 07/06270.

M. Liotard, Pt. – Mmes Homs et Revol, conseillères.

Sur l'interdiction faite au juge judiciaire d'apprécier le caractère réel et sérieux d'un licenciement autorisé par l'inspecteur du travail, dans le même sens que :

– Soc., 7 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 190 (rejet), et l'arrêt cité.

N° 184

La circonstance qu'une dette éventuelle d'une personne publique est régie par le droit civil et ressortit à la compétence des tribunaux judiciaires ne fait pas obstacle à l'application de la législation soumettant à déchéance ou prescription quadriennale les créances sur les collectivités publiques.

Ce principe appliqué au licenciement n'est pas contraire à la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, dont l'article 8-3 prévoit qu'un « *travailleur pourra être considéré comme ayant renoncé à exercer son droit de recourir contre le licenciement s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable* », le délai de quatre ans issu de la loi du 31 décembre 1968 étant raisonnable au sens de cette Convention.

Sont dès lors recevables à invoquer cette prescription les hospices civils de Lyon, qui sont un établis-

sement public doté d'un comptable public, à l'occasion d'une instance prud'homale en contestation d'un licenciement.

CA Lyon (ch. sociale), 6 mars 2009. – RG n° 08/02099.

Mme Collin-Jelensperger, Pte. – Mme Contat et M. Guilbert, conseillers.

Sur l'application par les tribunaux judiciaires de la législation instituant la prescription quadriennale, à rapprocher :

– Tribunal des conflits, 21 janvier 1985, n° 02366, publié au *Recueil Lebon*

Dans le même sens que :

– 2^e Civ., 11 février 1987, *Bull.* 1987, II, n° 41 (rejet).

N° 185

Au terme du délai de trois mois constituant le préavis, le gardien concierge qui a cessé ses fonctions devient un occupant sans droit ni titre d'un logement accessoire à un contrat de travail et peut donc faire l'objet d'une procédure d'expulsion.

Si le conseil de prud'hommes est compétent pour examiner les litiges qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail, il n'est en revanche pas compétent pour les litiges qui surviennent après la rupture du contrat à propos du logement, et notamment en cas de demande d'expulsion et d'indemnité d'occupation présentée par l'employeur à l'encontre d'un salarié refusant de quitter les lieux, licencié et dont le contrat de travail a expiré au terme du préavis.

CA Lyon (ch. sociale), 16 janvier 2009. – RG. n° 08/05086.

M. Gayat de Wecker, Pt. – Mme Clément et M. Defrasne, conseillers.

N° 186

En décidant que le contrat litigieux entre le demandeur et le défendeur ne constituait pas un contrat de travail, le conseil de prud'hommes a tranché le fond du litige.

Dès lors, la voie de recours ouverte contre ce jugement était non pas celle du contredit mais de l'appel, peu important que, par une motivation erronée en droit, contraire à la précédente et reprise à tort dans le dispositif, le conseil de prud'hommes se soit déclaré incompétent pour juger du différend.

CA Lyon (ch. sociale), 5 décembre 2008. – RG n° 07/07347.

M. Liotard, Pt. – Mmes Homs et Revol, conseillères.

En sens contraire :

– Soc., 4 novembre 1988, *Bull.* 1988, V, n° 563 ;

– Soc., 10 avril 1991, *Bull.* 1991, V, n° 171.

*** Effet dévolutif de l'appel**

N° 187

La procédure en matière prud'homale étant orale, les parties peuvent modifier ou compléter leurs demandes jusqu'à la date de l'audience. De plus, le principe de l'unicité de l'instance leur permet de présenter pour la première fois en appel des demandes qui n'avaient pas été soumises au conseil de prud'hommes. Il s'ensuit que l'effet dévolutif de l'appel s'opère pour le tout par l'effet de l'appel principal, peu important que celui-ci ait été limité.

En conséquence, bien qu'ayant initialement limité son appel aux dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à un complément d'indemnité compensatrice de congés payés, l'appelant dispose de la possibilité de saisir ulté-

rieurement la cour d'un appel sur les dispositions du jugement concernant des demandes en paiement d'heures supplémentaires et repos compensateurs, et de rappel supplémentaire d'indemnité compensatrice de préavis.

CA Toulouse (ch. sociale), 30 janvier 2009. – RG n° 07/03772.

M. de Charette, Pt. – Mme Pellarin et M. Huyette, conseillers.

*** Oralité des débats**

N° 188

L'oralité de la procédure devant le conseil de prud'hommes impose à toute partie de comparaître ou de se faire représenter à l'audience pour formuler valablement des prétentions et les justifier. Sauf disposition spéciale, l'envoi d'une lettre au tribunal ne répond pas à cette exigence.

Par conséquent, en l'absence de toute distinction faite par l'article R. 516-6, devenu R. 1453-3, du code du travail, une lettre adressée par une partie au greffe du conseil de prud'hommes aux termes de laquelle elle se désiste de l'instance est à elle seule inopérante, dès lors qu'elle n'est pas soutenue oralement à l'audience par la partie ou son représentant.

CA Limoges (ch. sociale), 1^{er} décembre 2008. – RG n° 08/00114.

M. Leflaive, Pt. – Mme Dubillot-Bailly et M. Nerve, conseillers.

COMMENTAIRES
ET DOCTRINE

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

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

1. *Emploi et Formation*

Kerbouc’h Jean-Yves, « Qu’est ce qu’une mise à disposition du personnel ? » *Droit social*, n° 5, mai 2009, p. 531 et s.

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

* *Clause de non-concurrence*

Pignarre Louis-Frédéric, « Clause de non-concurrence et droits fondamentaux », *Recueil Dalloz* 2009, p. 1256.

* *Harcèlement*

McQueen Bénédicte, « Appréciation du harcèlement par les juges du fond : d’une liberté souveraine à une liberté surveillée », *Jurisprudence sociale Lamy* 2009, n° 257, 10 juin 2009.

* *Respect des libertés individuelles et collectives du salarié*

Waquet Philippe, « Libertés et contrat de travail. Réflexions sur l’article L. 20-2 du code du travail, devenu l’article L. 1121-1 », *RJS*, mai 2009, p. 347.

B. – Représentation du personnel et élections

Représentation du personnel

Institutions représentatives du personnel

Caron Mathilde et Verkindt Pierre-Yves, « Laisser sa chance à l’intelligence collective dans l’entreprise – Regards sur les rapports entre l’expertise et les instances de représentation du personnel », *Droit social*, n° 4, avril 2009, p. 425.

Brice Anthony, « La section syndicale après la loi du 20 août 2008 – Fiche pratique », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 15, 7 avril 2009, 1157.

BULLETIN D'ABONNEMENT

AUX BULLETINS DE LA COUR DE CASSATION

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction de l'information légale et administrative**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner (1) :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an (référence d'édition 91) : **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 de l'information légale et administrative.

(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.

197090860-000310 – 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 : Jacques Mouton

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 45 79 17 84

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :

par courrier
par télécopie :
01 45 79 17 84
sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr