

MENSUEL  
DU  
DROIT DU TRAVAIL



**N°12**  
**Juillet 2010**



## **SOMMAIRE**

<b>A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL</b>	<b>3</b>
<b>B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS</b>	<b>12</b>
<b>D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL</b>	<b>20</b>
<b>E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES</b>	<b>22</b>
<b>F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL</b>	<b>28</b>
<b>G - ACTIONS EN JUSTICE</b>	<b>36</b>

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

## 1- Emploi et formation

*\* Contrat de travail à durée déterminée - Cas de recours autorisés*

### Sommaire

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

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, après avoir constaté qu'un salarié avait été engagé par deux contrats à durée déterminée successifs, le premier pour remplacer un salarié absent pour maladie et le second pour remplacer le même salarié à son retour dans l'entreprise mais affecté provisoirement à d'autres tâches dans un autre établissement, retient, pour requalifier le second contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, que le second contrat, conclu au motif d'un surcroît d'activité et sans observer le délai de carence, est irrégulier.

**Soc., 13 juillet 2010**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1486 FS-P+B**

N° 09-40.600 - CA Aix-en-Provence, 9 décembre 2008

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

### Note

Le remplacement d'un salarié absent et l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise constituent deux des cas de recours autorisés à un contrat de travail à durée déterminée (CDD) prévus à l'article L. 1242-2 du code du travail.

En l'espèce, une salariée a été engagée par une association par quatre contrats à durée déterminée successifs. Les deux derniers contrats avaient pour objet de remplacer une secrétaire de l'association absente. Il a d'abord été indiqué que le motif du recours au CDD était le remplacement en raison de son congé maladie ; puis pour le dernier CDD, il s'agissait de la remplacer à nouveau, alors qu'à nouveau active, elle était affectée dans un autre centre de l'entreprise en raison d'une surcharge de travail.

Dans ce contexte, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de son dernier contrat de travail en contrat à durée indéterminée. La Cour d'appel, considérant qu'il y avait eu un changement de motif de recours entre les deux derniers contrats (remplacement d'une salariée absente puis accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise), a procédé à la requalification demandée, et a dit que la rupture produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

L'article L. 1244-1 du code du travail admet le remplacement « en cascade », c'est-à-dire qu'il peut être conclu, avec le même salarié, des contrats de travail à durée déterminée successifs en cas de remplacement d'un salarié absent. A contrario, dès lors que le motif est un accroissement temporaire d'activité, cette hypothèse est exclue et il est exigé le respect d'un délai de carence.

Il a été tranché par la Cour de cassation que « la relation de travail des parties qui ont conclu successivement des contrats à durée déterminée pour assurer le remplacement d'un salarié absent puis un contrat pour un surcroît exceptionnel d'activité est à durée indéterminée » (Soc., 3 juillet 1991, pourvoi n° 87-44.773, Bull. 1991, V, n° 338, Rejet). Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt rendu par la chambre sociale le 23 janvier 2008 (pourvoi n° 06-41.536, Bull. 2008, V, n°

17, rejet) qui a requalifié en contrat à durée indéterminée un contrat à durée déterminée qui se référait à deux motifs de recours successifs : le remplacement d'une salariée en congé maternité puis un surcroît d'activité.

Le moyen du pourvoi formé par l'association soutenait que le motif du recours au second contrat à durée déterminée n'était pas le surcroît d'activité mais le remplacement d'un salarié absent, si bien que le recours en cascade était autorisé et la requalification en contrat à durée indéterminée faite par la cour d'appel infondée. En effet, l'association avançait que le remplacement d'un salarié absent englobe la situation d'un salarié absent de son poste pour mutation provisoire sur un autre poste en raison d'un surcroît temporaire d'activité.

Pour la chambre sociale, la question à trancher était donc de savoir si un CDD conclu pour « surcroît d'activité » alors qu'il impliquait le remplacement d'un salarié affecté à un autre poste dans l'entreprise était assimilable à un CDD pour remplacement d'un salarié absent, ou autrement dit si l'autorisation de recourir à un salarié en CDD pour remplacer un salarié absent s'appliquait à un salarié présent dans l'entreprise mais absent de son poste.

En cassant l'arrêt de la cour d'appel, la chambre sociale décide que « l'autorisation de recourir à un contrat à durée déterminée en cas d'absence temporaire d'un salarié s'entend de son absence aussi bien de l'entreprise que de son poste habituel de travail ». Elle donne ainsi une définition extensive du motif de recours que constitue l'absence, ce qui permet de recourir avec plus de souplesse aux contrats successifs avec le même salarié.

Cet arrêt s'inscrit, avec cohérence dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation qui a décidé par deux arrêts « RENAULT » rendus le 25 février 2009 (un arrêt publié, pourvoi n° 07-43.513, Bull. 2009, V, n° 53, rejet), concernant l'autorisation de recourir au travail intérimaire en cas d'absence temporaire d'un salarié, que l'absence du salarié s'entendait de son absence aussi bien de l'entreprise que de son poste habituel de travail.

La Cour de cassation s'est ainsi attachée à donner une définition commune de la notion d'absence temporaire du salarié pour le recours autorisé à des contrats dits précaires (contrat de travail temporaire ou contrat de mission, et contrat à durée déterminée).

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

*\* Clause de non-concurrence*

### **Sommaire**

Le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite.

En l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement.

La cour d'appel qui a constaté l'absence d'une clause contractuelle fixant valablement le délai de renonciation de l'employeur et relevé que celui-ci n'avait renoncé au bénéfice de la clause de non-concurrence qu'après le licenciement en a exactement déduit qu'il demeurait tenu au paiement de la contrepartie financière.

### **Note**

Dans une série de trois arrêts du 10 juillet 2002 marquant un revirement de jurisprudence s'agissant de la contrepartie financière au profit du salarié, la chambre sociale, au visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 120-2 du code du travail, a jugé « qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives » (Bull. V, n° 239).

Pour apprécier la portée de la jurisprudence de la chambre sociale subordonnant la licéité de la clause de non-concurrence à des conditions ainsi définies, il est important de préciser la mesure dans laquelle l'employeur peut, en renonçant au bénéfice de la clause de non-concurrence, être délié du versement de la contrepartie financière.

Assortie d'une contrepartie financière sous peine de nullité, la clause de non-concurrence est instituée non seulement dans l'intérêt de l'employeur, mais également dans celui du salarié. Le droit à renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence, s'il n'est pas prévu dans le contrat de travail, nécessite l'accord du salarié.

Si les modalités de renonciation à la clause de non-concurrence sont prévues par les dispositions conventionnelles ou contractuelles, l'employeur ne saurait, à défaut de les avoir respectées (notamment s'agissant du délai pour renoncer), se dégager ultérieurement du paiement de la contrepartie financière (Soc., 3 mai 1989, pourvoi n° 86-41.452, Bull. V, n° 324 et 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-42.290).

La chambre sociale a eu à connaître de la situation où il n'y a pas fixation par la convention collective ni par le contrat de travail, de délai de renonciation. Dans un arrêt du 13 juin 2007, elle a jugé « (qu') en l'absence de fixation par le contrat de travail ou la convention collective des modalités de renonciation au bénéfice de la clause de non-concurrence, l'employeur doit notifier dans un délai raisonnable qu'il renonce à l'application de cette clause ». En conséquence, était approuvée, la cour d'appel qui avait « fait ressortir, en l'état des éléments d'appréciation dont elle disposait, que la décision de l'employeur était intervenue dans un délai raisonnable à compter de la réception par l'employeur de la notification de la prise d'acte de la rupture par le salarié... » (Bull. V, n° 98).

La chambre sociale a été saisie d'un pourvoi concernant l'application d'une clause d'un contrat de travail prévoyant que l'employeur pourrait dispenser la salariée de l'exécution de cette clause de non concurrence ou en réduire la durée soit au moment du départ, soit pendant la durée de l'exécution de la clause (24 mois) et que dans ce cas la durée du versement de l'indemnité sera réduite d'autant.

Une disposition du contrat de travail pouvait-elle ainsi laisser à la discrétion de l'employeur pendant une durée de 24 mois, l'exercice de la faculté de renoncer à la clause de non-concurrence ? En l'espèce, à la suite d'un licenciement survenu le 6 février 2008, l'employeur avait avisé son ancienne salariée le 30 avril 2008 qu'il la dispensait de la clause de non-concurrence.

Dans un arrêt du 5 janvier 1994 (pourvoi n° 89-45.777), la chambre sociale avait eu à connaître d'une situation où le contrat de travail prévoyait que la clause de non concurrence pourrait être levée à tout moment par l'employeur, mais elle avait pu se borner à relever que la convention collective applicable prévoyait que l'employeur pouvait se décharger de l'indemnité compensatrice sous condition de prévenir l'intéressé dans les huit jours qui suivent la notification de la rupture du contrat de travail, et que ces dispositions conventionnelles « destinées à permettre au salarié, dès la rupture de son contrat de travail, de retrouver son entière liberté de recherche d'emploi, ne peuvent être considérées comme moins favorables au salarié que le maintien, à la discrétion de l'employeur, de l'interdiction de concurrence, fût-elle assortie d'une compensation partielle ».

La clause de non-concurrence concernée par le pourvoi dernièrement soumis à la Cour pouvait-elle être comparée aux clauses de non-concurrence dites « en sommeil » (cf. Lamy Social 2008, n° 480). Il s'agit de clauses que les employeurs se réservent la faculté d'activer au moment de la rupture du contrat si l'intérêt de l'entreprise le justifie. Dans un arrêt du 12 février 2002, la chambre sociale a jugé que « la clause incluse dans un contrat de travail aux termes de laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture du contrat de travail, qui fixe les droits des parties, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle » (Bull. V, n° 62).

Dans un arrêt du 22 janvier 2003 la chambre sociale a précisé sa position: « Mais attendu que la clause incluse dans un contrat de travail aux termes de laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, qui fixe les droits de parties, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle ;...qu'ayant relevé que l'insertion dans le contrat de travail de la clause litigieuse avait laissé le salarié dans l'incertitude de sa liberté de travailler, la cour d'appel a estimé que le salarié avait subi un préjudice dont elle a apprécié le montant » (pourvoi n° 01-40.031).

L'arrêt rendu par la chambre sociale le 13 juillet 2010 s'inscrit dans le prolongement de celui du 22 janvier 2003 lorsqu'il dit que « le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite ». Mais il a apporté une importante précision sur les conditions de la renonciation lorsque, en l'absence d'une clause contractuelle fixant valablement le délai de renonciation de l'employeur, la rupture du contrat de travail procède d'un licenciement. Dans ce cas, juge la chambre sociale, l'employeur ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de la clause de non-concurrence que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement.

Sur ce point, la solution diffère de celle retenue dans l'arrêt précité du 13 juin 2007 qui se référait à une notion de « délai raisonnable » à compter de la réception par l'employeur de la notification de la prise d'acte de la rupture par le salarié. Une différence doit en effet être faite suivant les modes de rupture. Il peut être exigé de l'employeur qui est, par définition, en mesure d'anticiper le licenciement, qu'il renonce au bénéfice de la clause au moment de celui-ci. En revanche, la prise d'acte du salarié n'implique pas la même anticipation de l'employeur, qui dispose alors d'un « délai raisonnable ».

En décidant que l'employeur, en l'absence de clause fixant valablement son délai de renonciation, doit, pour être dispensé du versement de la contrepartie financière, libérer le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement, la chambre sociale infléchit sa position au regard de ce qu'elle avait jugé dans un arrêt du 11 juin 1998 disant que la renonciation de l'employeur devait intervenir à la date où le préavis cessait de s'exécuter (pourvoi n° 96-42.262).

Au soutien de la solution désormais retenue par la chambre sociale, on peut souligner que le délai de préavis est celui pendant lequel le salarié dispose d'heures de recherche d'emploi et que, pour pouvoir effectuer ses recherches, il doit savoir s'il est lié ou non par la clause de non-concurrence.

Approuvant, au regard des principes ainsi dégagés, l'arrêt attaqué qui avait condamné l'employeur à payer une somme à titre de contrepartie financière à la clause de non-concurrence, la chambre sociale a jugé que la cour d'appel, ayant constaté l'absence d'une clause contractuelle fixant valablement le délai de renonciation de l'employeur, et relevé que celui-ci n'avait renoncé au bénéfice de la clause de non-concurrence qu'après le licenciement, en avait exactement déduit qu'il demeurait tenu au paiement de la contrepartie financière.

*\* Discrimination entre salariés*

## **Sommaire**

1° L'employeur n'étant, sauf accord collectif ou stipulation particulière du contrat de travail prévoyant une progression de carrière, pas tenu d'assurer cette progression par des changements d'emploi ou de qualification et le salarié tenant de son contrat de travail le droit de s'opposer à la modification de tels éléments, leur absence d'évolution ne peut être imputée à faute à l'employeur dès lors que le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que, face aux opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que les autres, il a manifesté sa volonté de demeurer dans son emploi.

Par suite, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur avait informé le salarié, comme l'ensemble de son personnel, des opportunités d'emploi qui auraient pu lui permettre une évolution de sa carrière, qu'il ne pouvait lui être reproché aucune différence de traitement en matière de formation professionnelle, mais que le salarié avait manifesté sa volonté de rester dans son emploi et que, dans ce cadre, l'employeur avait assuré une progression conforme à ses obligations conventionnelles et a fait ressortir que cette progression était analogue à celle des autres salariés, a statué à bon droit en décidant que le salarié n'avait pas été victime d'une discrimination dans l'évolution de sa carrière en raison de ses activités syndicales.

2° D'une part, l'exercice de mandats représentatifs ne peut avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération du salarié, d'autre part, il résulte des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail que dès lors que le caractère apparemment discriminatoire d'une prime d'objectifs est établi, il appartient à l'employeur de justifier la différence de traitement.

Il s'ensuit, d'abord, que le salarié titulaire de mandats représentatifs a le droit de percevoir, au titre d'une prime subordonnée à la réalisation d'objectifs fixés en nombre d'entretiens commerciaux réalisés par le salarié, une somme fixée en tenant compte, pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, du montant moyen de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés, et, pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps, et, ensuite, qu'il appartient à l'employeur de justifier tout à la fois que la clientèle confiée à ce salarié a été réduite en proportion des seules heures consacrées à l'exécution des obligations contractuelles et que le montant de cette prime était identique à celui prévu au profit des autres salariés, les abattements pratiqués étant eux-mêmes proportionnés au temps de travail de production du salarié.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui rejette la demande de dommages-intérêts formée par le salarié alléguant le caractère discriminatoire de la prime d'objectifs qui lui avait été allouée au motif inopérant que celui-ci n'avait pas fourni les déclarations qui lui incombent, alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur ne justifiait pas que ce montant reposait sur des éléments étrangers à toute discrimination.

**Soc., 6 juillet 2010**

**Arrêt n° 1507 FS-P+B+R**

N° 09-41.354 - CA Rennes, 27 janvier 2009

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

**CASSATION PARTIELLE**

## Note

Dans le domaine des relations de travail, les discriminations se traduisent souvent par des retards de carrière par rapport aux autres salariés, au départ placés dans des situations identiques. La détermination des données juridiques gouvernant la progression du salarié dans l'entreprise est dès lors essentielle. La Chambre sociale juge que l'employeur, sauf accord collectif ou stipulation particulière du contrat de travail prévoyant une progression de carrière, n'est pas tenu d'assurer cette progression par des changements d'emploi ou de qualification. Cet énoncé de principe n'est que la traduction de la force obligatoire du contrat qui conduit l'arrêt à rappeler, immédiatement après, que, tout au contraire, le salarié tient de son contrat de travail le droit de s'opposer à la modification de tels éléments. Une absence d'évolution de carrière ne peut donc pas être imputée à la faute de l'employeur dès lors que le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que, face aux opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que les autres, il a manifesté sa volonté demeurer dans son emploi.

L'arrêt rappelle également que l'exercice de mandats représentatifs ne peut avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération du salarié. Il en déduit que lorsque le salaire est en partie lié à la réalisation d'objectifs, ces derniers doivent être réduits à la mesure du temps que le salarié consacre à l'exécution de son contrat de travail. Pour cette part, la rémunération dépend donc de la performance individuelle de l'intéressé. En revanche, pour le temps que le salarié consacre à l'exercice de ses fonctions représentatives, sa rémunération doit correspondre au montant moyen des rémunérations liées à la réalisation d'objectifs versées, pour un temps équivalent, aux autres salariés.

*\* Modification du contrat de travail*

## Sommaire

Lorsqu'une astreinte est une sujétion liée à une fonction et que le titulaire de cette fonction n'y est pas systématiquement soumis, sa suppression par l'employeur ne constitue pas une modification du contrat de travail.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui, ayant relevé que l'astreinte est une sujétion liée à la fonction d'infirmier et que celui-ci n'y est pas systématiquement soumis en application des dispositions conventionnelles applicables, décide que l'employeur pouvait procéder à la suppression des astreintes dans l'exercice de son pouvoir de direction.

**Soc., 13 juillet 2010**

**REJET**

**Arrêt n° 1489 FS-P+B**

N° 08-44.092 - CA Orléans, 26 juin 2008

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

## Note

Le présent arrêt permet à la Cour de cassation de réaffirmer une jurisprudence qu'elle avait déjà adoptée en 2004, mais dont la pérennité avait pu être mise en doute par un arrêt de 2008.

La question était de savoir si la suppression d'une astreinte était une modification du contrat de travail dont la mise en œuvre était conditionnée à l'acceptation du salarié.

Par un arrêt du 15 décembre 2004 (Soc., 15 décembre 2004, pourvoi n° 02-43.233, Bull. 2004, V, n° 334), la Cour de cassation avait jugé que « dès lors qu'une astreinte est une sujétion liée à une fonction et que le titulaire de cette fonction n'y est pas systématiquement soumis, sa suppression par l'employeur ne constitue pas une modification du contrat de travail. »



Dans la présente espèce, la salariée était infirmière et la Cour d'appel avait constaté que l'astreinte était liée à la fonction, et non à la personne de la salariée et que le titulaire d'une telle fonction n'est pas systématiquement soumis aux astreintes. Aussi la solution paraissait acquise.

Cependant le pourvoi soutenait qu'en 2008 la chambre sociale avait rendu un arrêt constituant un revirement de jurisprudence.

L'arrêt en question (Soc., 19 juin 2008, pourvoi n° 07-41.282, Bull. 2008, V, n° 136) avait jugé : « une mutation entraînant pour un salarié la perte d'une prime d'astreinte régulièrement perçue depuis neuf ans constitue une modification de son contrat de travail. Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et viole dès lors l'article L. 121-1, devenu L. 1221-1, du code du travail et l'article 1184 du code civil, l'arrêt qui, pour débouter un salarié de ses demandes en résiliation judiciaire de son contrat de travail et en paiement de diverses indemnités à ce titre, retient qu'il ne saurait se prévaloir d'une diminution de sa rémunération liée à la perte de telles primes d'astreinte ».

Le pourvoi en concluait que la suppression d'une astreinte, était, quelles qu'en soient les conditions, une modification du contrat de travail.

Cependant l'arrêt de 2008, au regard des faits de l'espèce jugée n'était pas un revirement de jurisprudence. En effet le salarié qui se plaignait de la suppression de ses astreintes était un directeur d'internat qui avait été nommé directeur d'un établissement de jour. Or, la fonction même de directeur d'internat implique systématiquement le recours à des astreintes. La situation est différente de celle où l'astreinte n'est pas systématiquement liée à la fonction.

C'est ce que vient rappeler le présent arrêt : « lorsqu'une astreinte est une sujétion liée à une fonction et que le titulaire de cette fonction n'y est pas systématiquement soumis, sa suppression par l'employeur ne constitue pas une modification du contrat de travail », et puisque la fonction d'infirmier n'implique pas systématiquement des astreintes, leur suppression n'est pas une modification du contrat de travail.

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

*\* Transfert d'une entité économique autonome conservant son identité - Nécessité*

#### **Sommaire**

Il ne peut y avoir transfert des contrats de travail de salariés non handicapés à une association destinée à favoriser l'emploi de travailleurs handicapés en cas de modification de la nature et de l'objet de l'entité économique transférée. Il en est ainsi lorsqu'a été substitué à la fourniture de plats préparés par un traiteur extérieur un service de restauration intérieur assuré par un atelier d'apprentissage professionnel destiné aux travailleurs handicapés et encadré par des éducateurs spécialisés.

Doivent en conséquence être cassés les arrêts qui décident d'appliquer les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail et, par suite, de transférer, dans cette hypothèse, les contrats de travail des salariés non handicapés.

**Soc., 12 juillet 2010**

**Arrêt n° 1545 FS-P+B**

N° 09-41.403 à 09-41.405 - CA Rouen, 17 mars 2009

Mme Collomp, Pt. - M. Mansion, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

**CASSATION SANS RENVOI**

## Note

Interprétant l'article L. 1224-1 du code du travail à la lumière de la directive 2001/23/CE, du 12 mars 2001, (reprise de la Directive 77/197/CEE, du 14 février 1977), la cour de cassation juge de façon constante que ce texte 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 ». Elle rappelle de façon tout aussi constante « que constitue une entité économique autonome "un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre" (Soc., 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-18.037, Bull. 2000, V, n° 285, commenté au Rapport annuel ; Soc., 3 avril 2002, pourvoi n° 00-40.299, Bull. 2002, V, n° 114 ; Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.188, Bull. 2005, V, n° 313) et 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., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-42.615, Bull. 2009, V, n° 151, commenté au Bulletin trimestriel de droit du travail, 2005, 2 e trimestre, n° 132, p. 20).

L'arrêt rapporté censure une décision qui avait fait application de l'article L. 1224-1 alors même que la nature et l'objet de l'entité économique transférée avaient été modifiés.

En effet, une association qui mettait un local et du matériel à disposition d'une société pour assurer un service de restauration extérieur, met fin à ce contrat pour transformer le service en un atelier d'apprentissage professionnel pour des travailleurs handicapés. La substitution à la fourniture de plats préparés par un traiteur extérieur d'un service de restauration intérieur assuré par un atelier d'apprentissage professionnel destiné aux travailleurs handicapés et encadrés par des éducateurs spécialisés ayant modifié la nature et l'objet de l'entité, les salariés ne pouvaient invoquer le bénéfice de l'article L. 1224-1.

## 5- Statuts particuliers

*\* Directeurs salariés de mutuelle*

## Sommaire

Les directeurs salariés de mutuelle nommés par application de l'article L. 114-19 du code de la mutualité, qui n'ont pas la qualité d'administrateur, ne sont investis d'aucun mandat distinct de celui qu'ils tiennent de leur contrat de travail, auquel il ne peut être mis fin que par décision du conseil d'administration, ce qui constitue une garantie de fond.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette la demande d'un directeur de mutuelle tendant à la nullité et, subsidiairement, à l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement au motif que les dispositions de ce texte, prévoyant que les dirigeants salariés des mutuelles sont révocables à tout moment par le conseil d'administration, ne concernent que la révocation de leur mandat social lorsqu'ils en sont titulaires et ne s'appliquent pas à la rupture de leur contrat de travail, de sorte que l'absence de décision préalable du conseil d'administration est sans incidence sur la validité du licenciement prononcé par son président.

**Soc., 12 juillet 2010**

**Arrêt n° 1541 FS-P+B**

N° 08-45.633 - CA Versailles, 15 octobre 2008

Mme Collomp, Pt. - M. Lebreuil, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

**CASSATION**

## Note

Le directeur salarié d'une mutuelle peut-il faire l'objet d'un licenciement sans décision préalable du conseil d'administration ?

Telle était la question soulevée par la présente affaire.

La difficulté résidait dans l'apparente contradiction entre deux dispositions du code de la mutualité.

En effet, l'article L. 114-19, alinéa 1<sup>er</sup>, de ce code prévoit que « Dans les organismes nommant un ou plusieurs dirigeants salariés, le conseil d'administration nomme ceux-ci et fixe leur rémunération. Ces dirigeants assistent à chaque réunion du conseil d'administration. Ils sont révocables à tout moment par le conseil d'administration. »

Toutefois, l'article L. 114-28, alinéa 1<sup>er</sup>, du même code précise : « Il est interdit aux administrateurs de faire partie du personnel rétribué par la mutuelle, union ou fédération ou de recevoir, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, toute rémunération ou avantage autre que ceux prévus à l'article L. 114-26. »

Ainsi, le premier de ces textes évoque le cas des dirigeants salariés alors que le second interdit le cumul de la fonction d'administrateur avec celle de salarié.

En l'espèce, le dirigeant salarié d'une mutuelle avait fait l'objet d'un licenciement pour faute grave dont il n'était pas contesté qu'il était intervenu sans décision préalable du conseil d'administration.

Ayant saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à la nullité et, subsidiairement, à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le salarié fut débouté par les juges d'appel au motif que l'autorisation prévue par l'article L. 114-19 du code de la mutualité ne concernerait que la révocation du mandat social du dirigeant s'il en est titulaire mais ne s'appliquerait pas à la rupture de son contrat de travail, qui resterait soumise au droit commun.

Par le présent arrêt en date du 12 juillet 2010, cette interprétation est clairement rejetée par la Cour de cassation.

Censurant les juges du fond, la chambre sociale estime à l'inverse que les directeurs salariés de mutuelle, qui n'ont pas la qualité d'administrateur, ne sont investis d'aucun mandat distinct de celui qu'ils tiennent de leur contrat de travail : ils ne peuvent être ni administrateur, ni bénéficiaire d'un quelconque autre mandat social qui serait distinct de leur contrat de travail.

Dès lors, elle en déduit logiquement que la décision préalable du conseil d'administration est nécessaire pour pouvoir rompre leur contrat de travail.

La chambre sociale précise enfin que cette décision préalable constitue une garantie de fond.

Son inobservation prive donc nécessairement le licenciement de cause réelle et sérieuse (Ass. Plén., 5 mars 2010, pourvois n° 08-42.843 et 08-42.844, publication à venir), à l'inverse des simples règles de forme, dont la violation n'entraîne que la seule réparation du préjudice qui en serait résulté.

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

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

*\* Modulation du temps de travail*

#### **Sommaire**

D'abord, selon l'article L. 3122-10 II du code du travail alors applicable, constituent, en cas de modulation de la durée du travail, des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de 1 607 heures ou d'un plafond inférieur fixé par la convention ou l'accord. Ensuite, les jours de congés payés et d'absence, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles ou d'un usage contraires en vigueur dans l'entreprise, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif. Enfin, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable en cas de modulation annuelle du travail doit, lorsque le salarié est absent pour maladie en cours de période haute, être réduit de la durée de cette absence, évaluée sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation applicable dans l'entreprise.

Viola dès lors l'article susvisé, ainsi que les articles L. 1132- 1, L. 3121-1 et L. 3122-9 alors applicables, l'arrêt qui, pour accueillir la demande de salariés en paiement d'heures supplémentaires, assimile les heures d'absence pour maladie à un travail effectif, alors qu'il lui appartenait, après avoir vérifié que ces absences se situaient bien en période de haute activité, de comparer le nombre d'heures effectivement accomplies par le salarié pendant l'année au seuil de déclenchement des heures supplémentaires tel que déterminé ci-dessus.

**Soc., 13 juillet 2010**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1215 FS-P+B**

N° 08-44.550 - CA Lyon, 25 juillet 2008

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

#### **Note**

Le problème posé à la Cour de cassation dans cette affaire est celui, complexe, de l'incidence des absences pour maladie sur la détermination des heures supplémentaires dans un système de modulation annuelle de la durée du travail avec lissage de la rémunération. L'analyse de la solution apportée par la Chambre sociale nécessite un minimum d'explications.

Dans un tel système, la durée hebdomadaire du travail est susceptible de varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas un plafond de 1 607 heures ou un nombre d'heures inférieur fixé par convention ou accord collectif (article L. 3122-9 alors applicable du code du travail), soit 35 heures en moyenne auxquelles s'ajoute la journée de solidarité. Autrement dit, des périodes de haute et de basse activité peuvent se succéder en cours d'année, « les pics compensant les creux ».

En pratique cependant, comme dans la présente espèce, des conventions ou accords collectifs prévoient en ce cas le « lissage » de la rémunération sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de la modulation, afin que soit toujours versé le même salaire, qu'il s'agisse d'une période de haute ou de basse activité.

Ce paiement « lissé » à raison de 35 heures hebdomadaires en moyenne (ou d'une autre durée en vertu du texte conventionnel) peut, en fin d'année, ne pas correspondre à la réalité du travail accompli, soit que la durée annuelle ait été dépassée du fait de l'exécution d'heures supplémentaires, soit au contraire qu'elle n'ait pas été atteinte par suite d'absences du salarié. On perçoit ainsi que des régularisations et des comptes doivent intervenir.

Lorsque le salarié a été absent en cours d'année, trois problèmes se posent pour la détermination de ses droits, auxquels répond la théorie des « trois compteurs » du temps de travail : le compteur des heures rémunérées, le compteur du suivi de la modulation et le compteur du travail effectif pour le calcul des heures supplémentaires.

– Le compteur des heures rémunérées a pour objet de déterminer la base de rémunération ou d'indemnisation pendant l'absence du salarié.

La chambre sociale décide que « lorsque, à la suite d'un accord de modulation, est appliqué dans l'entreprise un accord de régularisation destiné à maintenir sur l'année entière un horaire moyen hebdomadaire de 38 heures, de telle sorte que les heures excédentaires accomplies en période de forte activité sont compensées par des heures de repos prises en période de faible activité, l'horaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité revenant au salarié, en cas d'absence justifiée par un accident du travail, est l'horaire de 38 h, que l'absence du salarié ait correspondu à une période de forte activité ou une période de faible activité » (Soc., 19 juillet 1994, pourvoi n° 90-43.013, Bull. civ. V, n° 244 p. 166). Elle a jugé, dans le même sens, que « l'horaire à prendre en considération pour le calcul de la retenue sur salaire consécutive à l'absence de la salariée justifiée par la maladie est l'horaire moyen sur la base duquel est établie la rémunération mensuelle, que l'absence de la salariée ait correspondu à une période de forte activité ou une période de faible activité » (Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 00-40.337).

– Le compteur du suivi de la modulation vise à vérifier qu'en fin d'année, le nombre d'heures rémunérées au titre du lissage sur la base d'un horaire mensuel moyen correspond au nombre d'heures travaillées à prendre en compte pour l'annualisation du temps de travail. Il répond ainsi à la question dite de la « valorisation » des absences.

À cet égard, deux impératifs s'imposent :

En premier lieu, les absences rémunérées ou indemnisées, les congés et autorisations d'absence auxquels les salariés ont droit en application de stipulations conventionnelles, ainsi que les absences justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident, ne peuvent faire l'objet d'une récupération par le salarié. (article L. 3122-17 [anc. L. 212-8, alinéa 11] du code du travail) Il s'ensuit qu'elles doivent être comptabilisées.

En second lieu, le jeu de la régularisation annuelle ne doit pas conduire à une rupture d'égalité entre le salarié absent et les autres salariés demeurés au travail, soit que le premier se voie appliquer une retenue aux effets disproportionnés par rapport à la durée de son absence, soit au contraire que par l'effet d'une correction de calculs, il en vienne à obtenir une meilleure rémunération que les seconds.

L'article L. 3122-11 4° [anc. L. 212-8] du code du travail, abrogé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, précisait que la convention ou l'accord collectif instaurant un système de modulation devait fixer « Le droit à rémunération et à repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation et des salariés dont le contrat de travail a été rompu au cours de cette période ».

Deux méthodes de déduction des absences sont de ce point de vue envisageables : l'une dite « au réel », l'autre forfaitaire. La première consiste à déduire les heures d'absence qui se sont effectivement produites. La méthode forfaitaire retire au contraire du compte annuel du salarié la durée moyenne de la modulation.

Or, s'agissant des périodes de haute activité, un décompte des heures d'absence basé sur une telle moyenne peut s'avérer très pénalisant pour le salarié concerné, susceptible de voir son compte d'heures devenir « débiteur » en fin d'année.

Par un important arrêt du 9 janvier 2007, rendu dans une espèce où l'application de la méthode forfaitaire à concurrence de 35 heures hebdomadaires aboutissait à rendre une salariée, absente au cours de la période de haute activité, débitrice de 29 heures dans le cadre du bilan des heures effectivement travaillées réalisé en fin d'année 2000, alors que les salariés ayant été présents pendant la même période bénéficiaient de 38 heures de crédit, payées en heures supplémentaires, la Chambre sociale a considéré qu'une telle méthode, bien qu'apparemment neutre, constituait une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé.

« Attendu cependant qu'il résulte des dispositions combinées des articles visés [L. 122-45, L. 212-1-1 ensemble le § V de l'article 8 de la loi du 19 janvier 2000 et L. 212-8-5 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige] qu'un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent retenir, afin de régulariser la rémunération, indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, du salarié en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation, comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, une telle modalité de calcul constituant, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié ».

Il convient donc, selon cette décision, de prendre en compte l'horaire réel effectué par les autres salariés (horaire collectif) pendant l'absence du salarié, pour vérifier quelle aurait été sa durée de travail s'il avait été présent et comparer cette durée au minimum légal de 1 607 heures ou au minimum conventionnel inférieur.

– Le compteur du temps de travail effectif permet de déterminer les heures supplémentaires dues au salarié qui a accompli des heures de travail au-delà de la durée légale ou conventionnelle annuelle.

La question à laquelle a dû répondre l'arrêt présentement analysé de la Chambre sociale du 13 juillet 2010 est celle de savoir comment l'employeur doit, dans un système de modulation de la durée du travail, calculer les heures supplémentaires lorsque le salarié a été absent pour cause de maladie, spécialement en période de haute activité.

Deux éléments sont ici à prendre en considération.

Notion de travail effectif – Aux termes de l'article L. 3122-10 II du code du travail [ancien article L. 212-8, alinéas 3 et 4 résultant de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004] : « Constituent des heures supplémentaires auxquelles s'appliquent les dispositions relatives au décompte et au paiement des heures supplémentaires, au contingent annuel d'heures supplémentaires et au repos compensateur obligatoire :

1° Les heures effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire fixée par la convention ou l'accord ;

2° Les heures effectuées au-delà de 1 607 heures ou d'un plafond inférieur fixé par la convention ou l'accord, déduction faite des heures supplémentaires déjà comptabilisées au titre du 1° »

Les heures dont il s'agit ainsi d'apprécier le nombre sont du temps de travail effectif au sens de l'article L. 3122-1 du code du travail (« La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ») ou des temps assimilés.

Non-assimilation des absences pour maladie à du temps de travail effectif – Ce principe a été affirmé par la Chambre sociale en raison de l'hétérogénéité entre les temps d'absence et le temps de travail effectif, dont il résulte que les premiers ne peuvent entrer dans l'assiette de calcul des heures supplémentaires : « Attendu, ensuite, qu'ayant exactement retenu que les jours de congés

payés et d'absence, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles ou d'un usage contraire en vigueur dans l'entreprise, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif, la cour d'appel a pu, sans encourir les griefs du moyen, décider que les jours de congés payés et d'absence ne pouvaient être pris en compte dans la détermination de l'assiette de calcul des droits à majoration pour heures supplémentaires » (Soc., 24 septembre 2008, M. Agodor c/ société Martin isolation étanchéité, pourvoi n° 06-46.048).

Dans la présente espèce, l'entreprise était soumise à l'accord national de la Métallurgie du 28 juillet 1998, dont l'article 6-3, dans sa rédaction applicable, prévoyait que « Les jours d'absences indemnisées, compris à l'intérieur de la période de décompte de l'horaire, ne sont pas, sauf exceptions dans les cas et les conditions prévus par la loi ou les dispositions conventionnelles applicables, pris en compte pour calculer le nombre et le paiement des heures de travail en heures supplémentaires ».

La société employeur, se prévalant de ces dispositions, avait procédé au calcul des heures supplémentaires en ne retenant, en fin d'année, que les heures de travail effectif, donc en excluant de cette durée celle des absences pour maladie.

Le conseil de prud'hommes avait validé cette démarche et débouté les salariés demandeurs. La cour d'appel, au contraire, avait décidé que les heures d'absence devaient être ajoutées en fin d'année aux heures de travail effectif, les heures excédant le contingent annuel constituant des heures supplémentaires payables comme telles, et les heures d'absence maladie, déjà indemnisées, devant être imputées sur la part du contingent se situant en dessous de l'horaire normal.

La Chambre sociale a censuré cette décision en prenant en considération les idées-force suivantes :

- Corriger les effets discriminants de la modulation en matière de décompte d'heures supplémentaires des salariés absents pour maladie, en ne les privant pas injustement de leurs droits à ce titre sans leur conférer pour autant d'avantages supérieurs à ceux des salariés demeurés présents ;
- Conserver la jurisprudence antérieure relative au choix de la méthode « réelle » comme mode de correction de la discrimination indirecte induite, dans le compteur de suivi de la modulation pour la période haute, par la seule référence à l'absence maladie ;
- Garder la référence au caractère annuel de la modulation comme mode d'organisation du travail, tout en se gardant la possibilité de faire référence à la durée hebdomadaire moyenne de modulation applicable dans l'entreprise ;
- Ne pas faire récupérer leur temps d'absence aux salariés malades ;
- Raisonner en termes de compteur d'heures supplémentaires et non de compteur d'heures de modulation ;
- Ne pas assimiler les heures d'absence à du travail effectif ;
- Utiliser la notion de seuil de déclenchement des heures supplémentaires comme moyen d'amortir l'effet pénalisant de la modulation.

Elle a par conséquent inclus ces différents éléments d'appréciation dans son arrêt du 13 juillet 2010, rendu au visa notamment de l'article L. 1132-1 relatif à la non-discrimination en raison de l'état de santé.

Après avoir rappelé que constituent, en cas de modulation de la durée du travail, des heures supplémentaires, les heures effectuées au-delà de 1 607 heures ou d'un plafond inférieur fixé par la

convention ou l'accord, et que les jours de congés payés et d'absence, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles ou d'un usage contraires en vigueur dans l'entreprise, ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif, cet arrêt énonce la formulation suivante : « Attendu, enfin, que sauf dispositions conventionnelles plus favorables, le seuil de déclenchement des heures supplémentaires applicable en cas de modulation annuelle du travail doit, lorsque le salarié est absent pour maladie en cours de période haute, être réduit de la durée de cette absence, évaluée sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation applicable dans l'entreprise ».

Il ajoute, s'agissant de l'office du juge, qu'il appartient à celui-ci « après avoir vérifié que les absences pour maladie se situaient bien en période de haute activité, de comparer le nombre d'heures effectivement accomplies par le salarié pendant l'année au seuil de déclenchement des heures supplémentaires tel que déterminé ci-dessus ».

Un exemple explicitera la portée pratique de cette décision.

En pratique, deux semaines d'absence pour maladie au cours d'une période de haute d'activité fixée à 40 heures hebdomadaires correspondent à une perte d'horaire de  $2 \times 40 \text{ h} = 80 \text{ heures}$ .

Si l'on suppose que les autres salariés ont accompli au cours de l'année 1 700 h de travail effectif et que le seuil de déclenchement des heures supplémentaires est de 1 607 heures (seuil légal), ces salariés ont accompli  $1\ 700 \text{ h} - 1\ 607 \text{ h} = 93 \text{ heures}$  supplémentaires. On constate ainsi que par suite d'une absence de deux semaines en cours de période haute le salarié malade ne bénéficierait plus en fin d'année que de  $93 \text{ h} - 80 \text{ h} = 13 \text{ heures}$  supplémentaires.

La formule entérinée par la Chambre sociale apporte les éléments de correction suivants :

Le seuil de déclenchement des heures supplémentaires (1 607 heures) est abaissé des deux semaines d'absence du salarié évaluées sur la base de la durée hebdomadaire moyenne de modulation, en l'occurrence 35 heures, soit  $1\ 607 \text{ h} - (2 \times 35 \text{ h} = 70 \text{ h}) = 1\ 537 \text{ heures}$ .

On compare ensuite le nombre d'heures effectivement accomplies par le salarié pendant l'année (ici  $1\ 700 \text{ h} - 80 \text{ h} = 1\ 620 \text{ heures}$ ) au seuil de déclenchement des heures supplémentaires déterminé plus haut (1 537 heures).

Ce qui donne le résultat suivant :  $1\ 620 \text{ h} - 1\ 537 \text{ h} = 83 \text{ heures}$  supplémentaires.

Ainsi, deux semaines d'absence sur l'année ne font perdre au salarié, par rapport à ses collègues ayant travaillé dans le même temps et au travail que lui-même aurait fourni s'il avait été présent, que 93 h (heures supplémentaires dues à l'horaire collectif) - 83 h (perte individuelle) = 10 heures.

La Chambre sociale devra bientôt dire si elle entend étendre à d'autres absences que la maladie une solution qu'elle a en partie bâtie sur la notion de discrimination indirecte en raison de l'état de santé du salarié.

## **2- Rémunérations**

*\* Primes rémunérant les temps de pause*

### **Sommaire**

Dès lors qu'il n'est pas contesté que, pendant les pauses, les salariés n'étaient pas à la disposition de l'employeur, de sorte que celles-ci ne constituaient pas du temps de travail effectif, les primes les rémunérant, qui ne sont pas la contrepartie du travail et dont la détermination dépend de facteurs



généraux sur lesquels les salariés n'influent pas, sont exclues du salaire devant être comparé au SMIC.

**Soc., 13 juillet 2010**

**REJET**

**Arrêt n° 1775 FS-P+B**

N° 09-42.890 à 09-42.892 - CA Caen, 29 mai 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Wurtz, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

### **Note**

La question de droit posée dans cet arrêt est de savoir si la prime de pause prévue par un accord d'entreprise du 18 janvier 2001 constitue un complément de salaire au sens de l'article D. 3231-6 du code du travail devant être pris en compte pour la vérification de l'application du SMIC.

En l'espèce, l'employeur prenait en compte, pour établir le salaire à comparer avec le SMIC, la rémunération des temps de pause prévue par l'accord d'entreprise. Les salariés contestant ce mode de calcul ont saisi la juridiction prud'homale de demandes de rappel de salaires pour non respect du SMIC.

La Cour d'appel a accueilli leur demande, considérant que la prime rémunérant les temps de pause n'a pas nécessairement le caractère d'un complément de salaire au sens de l'article D. 3231-6 du code du travail, notion dont les parties n'ont pas la libre disposition.

L'article D. 3231-6 du code du travail dispose que le salaire horaire à prendre en considération pour vérifier l'application du SMIC est celui qui correspond à une heure de travail effectif compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire. Il précise que les primes ou sommes versées de façon uniforme et systématique à tous les salariés constituent un « complément de salaire de fait ».

Le demandeur au pourvoi en concluait que les primes rémunérant les temps de pauses devaient être prises en compte pour le calcul du SMIC même si elles ne constituaient pas la contrepartie d'un travail effectif et que l'accord collectif prévoyant cette prime de pause afin de maintenir un niveau global de rémunération des salariés après le passage aux 35 heures, cette prime ne pouvait, dès lors, s'analyser autrement que comme un complément de salaire.

Mais la Cour de cassation rejette l'argumentation et, constatant au préalable que les temps de pause ne sont pas, en l'espèce, des temps de travail effectif, juge que les primes rémunérant ces temps de pauses, qui ne sont pas la contrepartie du travail et dont la détermination dépend de facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas, sont exclues du salaire devant être comparé au SMIC.

Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence habituelle de la chambre sociale en la matière (Soc., 13 mars 2001, Bull. V, n° 95 et Soc., 2 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.987) qui juge qu'une prime qui n'est pas perçue en contrepartie ou à l'occasion du travail doit être exclue du salaire de comparaison au SMIC.

La haute juridiction a ainsi déjà jugé que devait être exclue de la base de comparaison : la prime d'ancienneté et d'assiduité (Soc., 7 janvier 1985, pourvoi n° 82-41.427, Bull. 1985, V, n° 3 ; Soc., 23 avril 1997, pourvoi n° 94-41.701), les primes de servitude lesquelles ne constituent pas la contrepartie du travail mais récompensent la présence dans l'entreprise ou compensent des sujétions particulières (Soc., 29 mars 1995, pourvoi n° 93-41.906), la prime calculée sur les résultats financiers de l'entreprise dont la détermination dépend de « facteurs globaux sur lesquels les salariés n'ont pas d'influence directe » (Crim., 5 novembre 1996, pourvoi n° 95-82.994, Bull. crim., n° 39 ; Soc., 2 avril.2003, pourvoi n° 00-46.319 ) et l'indemnité dite « indemnité Dom » qui

a pour objet de compenser la coût de la vie dans les départements d'outre-mer (Soc., 4 mars 2003, pourvoi n° 01-41.031, Bull. 2003,V, n° 78.).

Il est à noter que la jurisprudence est la même pour la vérification du respect de la rémunération minimale conventionnelle, si ce n'est qu'il appartient aux partenaires sociaux de définir les éléments de rémunération qui doivent être pris en compte pour vérifier si le minimum conventionnel a bien été versé (voir par exemple : Soc., 6 mai 2009, pourvoi n° 07-44.207).

\* *Salaires – « à travail égal, salaire égal »*

## **Sommaire**

Aux termes de l'article L. 3221-2 du code du travail, l'employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ; selon l'article L. 3221-4 du même code, sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui, après avoir caractérisé l'exécution par les salariés d'un travail de valeur égale en relevant, entre les fonctions exercées, d'une part, par la salariée, et, d'autre part, par les collègues masculins, membres comme elle du comité de direction, avec lesquels elle se comparait, une identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, leur importance équivalente dans le fonctionnement de l'entreprise, chacune d'elles exigeant, en outre, des capacités comparables et représentant une charge nerveuse du même ordre, en déduit que la salariée qui, pour une ancienneté plus importante et un niveau d'études similaire, percevait une rémunération inférieure à celles de ses collègues masculins avait été victime d'une inégalité de traitement, dès lors que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination, justifiant cette inégalité.

**Soc., 6 juillet 2010**

**REJET**

**Arrêt n° 1509 FS-P+B+R**

N° 09-40.021 - CA Paris, 6 novembre 2008

Mme Collomp, Pt. - Mme Mariette, Rap. - Mme Zientara, Av. gén.

## **Note**

La loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes a institué en droit interne le principe posé par l'alinéa L.3221-2 du code du travail selon lequel « tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. »

Le rapport n° 2644 auprès de l'Assemblée nationale du projet de loi relevait à cet égard que « Cette dernière expression est plus extensive et en même temps plus délicate à manier puisqu'elle suppose déjà une opération complexe comportant un jugement de valeur et non pas une simple constatation d'identité. Elle est nécessaire si l'on veut supprimer les facteurs de discrimination indirecte. »

La loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité entre les hommes et les femmes est venue compléter l'article L. 140-2 par l'adjonction de ses deux derniers alinéas, et notamment le 3ème devenu l'article L. 3221-4 en précisant les critères d'appréciation d'un travail « de valeur égale » : « Sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse. »

En l'espèce, une femme cadre, « responsable des ressources humaines et des services généraux » estimant avoir subi une discrimination salariale a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir paiement d'un rappel de salaires. Elle comparait sa situation à celle de ses collègues masculins exerçant comme elle, une fonction de directeur spécialisé (directeur commercial, directeur financier).

La cour d'appel de Paris, par arrêt du 31 janvier 2006 avait fait droit à sa demande en relevant notamment qu'elle aurait du percevoir la même rémunération que le directeur commercial qui avait une ancienneté quasiment similaire à la sienne.

Par arrêt du 11 juillet 2007 (pourvoi n° 06-41.742), la Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que la cour d'appel s'était abstenue de se livrer à une analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de la demanderesse avec celles des autres membres du comité de direction, et de rechercher, comme il lui était demandé, si les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres étaient de valeur égale.

Par arrêt du 6 novembre 2008 la cour d'appel de Paris a condamné l'employeur à verser à la salariée un rappel de salaire considérant que la salariée qui exerçait un travail de valeur égale à celui de ses collègues masculins avait été victime d'une inégalité de traitement que l'employeur ne justifiait par aucun élément étranger à toute discrimination.

L'employeur s'est pourvu en cassation soutenant que la salariée n'effectuait pas un travail de valeur égale à celui des directeurs chargés de la politique commerciale et des finances puisqu'elle exerçait des fonctions différentes.

La question posée par ce pourvoi était donc celle, essentielle, du périmètre de la comparaison dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

Dans son arrêt du 11 juillet 2007 et dans celui approuvant la décision de la cour d'appel de renvoi, la chambre sociale donne les indications sur la manière dont doit s'opérer la comparaison.

La portée des notions de « même travail » et « travail de même valeur » revêt un caractère qualitatif. Les juges du fond doivent donc s'attacher à la nature des prestations de travail effectivement accomplies par les salariés intéressés et vérifier si, compte tenu d'un faisceau d'éléments factuels, ils exercent en fait un travail comparable.

Dans ce faisceau, l'identité des fonctions exercées n'est qu'un indice de l'identité de situation, ni suffisant ni indispensable, et qui doit être corroboré par d'autres éléments.

Au regard des dispositions de l'article L. 3221-4, du code du travail, la situation de salariés exerçant des fonctions différentes est en effet parfaitement susceptible de caractériser l'exécution de travaux de valeur égale, dès lors notamment que les diplômes, l'expérience, la classification, les responsabilités, la charge physique ou nerveuse, quoi que différents, sont comparables.

S'agissant comme en l'espèce de salariés ayant des postes de direction, l'exigence d'une identité de fonctions, aboutirait à rendre inapplicable le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, puisqu'il n'existe qu'un directeur des ressources humaines, un directeur commercial ou encore un directeur administratif et financier et que ces fonctions sont nécessairement différentes.

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

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

*\* Accords collectifs et conventions collectives divers*

#### **Sommaire**

1° Les dispositions de la convention collective de la fabrication mécanique du verre n'excluent pas les salariés licenciés pour inaptitude du bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par l'article 13 de cette convention.

2° Il résulte des dispositions de l'article 4 de l'avenant à l'accord d'entreprise prévoyance maladie-chirurgie non cadres du 7 mars 2002, applicable aux salariés et anciens salariés de la société Oi Manufacturing, et de l'annexe 2 bis audit accord que bénéficient de la gratuité de la couverture maladie-chirurgie les conjoints eux-mêmes invalides.

**Soc., 6 juillet 2010**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 151 0 FS-P+B**

N° 09-40.427, 09-40.429, 09-40.431 et 09-40.432 - CA Douai, 28 novembre 2008

Mme Collomp, Pt. - Mme Sommé, Rap. - Mme Zientara, Av. Gén.

#### **Note**

Dans cet arrêt, la Cour de cassation fait application, d'une part, de l'article 13 de l'annexe 1 de la convention nationale des industries de fabrication mécanique du verre et d'autre part, de l'article 4 de l'avenant à l'accord d'entreprise prévoyance maladie-chirurgie non cadres du 7 mars 2002.

I - L'annexe 1 à la convention collective des industries de fabrication mécanique du verre prévoit en son article 13, intitulé « indemnité de congédiement », qu' « après deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, il sera alloué aux agents congédiés, sauf pour faute grave, une indemnité distincte du préavis et s'établissant comme suit : trois dixièmes de mois par année à compter de la date d'entrée dans l'entreprise ».

En l'espèce la Cour d'appel avait refusé d'allouer à un salarié licencié pour inaptitude cette indemnité au motif que l'article 7 de cette même annexe prévoyait la situation particulière du salarié inapte. Cet article 7, intitulé « indemnisation en cas de maladie ou d'accident », dispose en son paragraphe 7 - Cas de longue maladie transformée en invalidité », qu' « en cas de longue maladie transformée en invalidité avant que l'agent ait atteint l'âge lui permettant de bénéficier d'une pension complète de sécurité sociale, le contrat se trouvera résilié et l'agent rayé des effectifs percevra une indemnité calculée sur les mêmes bases que l'indemnité de mise à la retraite à partir de 65 ans en retenant comme ancienneté celle qu'il a réellement acquise au moment de son départ. »

La question qui se posait donc à la Cour était de savoir si l'article 13 de l'annexe 1 excluait de son champ d'application les salariés licenciés pour inaptitude.

La Chambre répond par la négative. Cette solution s'imposait, l'article 13 ne prévoyant aucune exclusion pour les salariés licenciés pour inaptitude, la seule exception visant les salariés licenciés pour faute grave.

II - Le second moyen portait sur les conditions d'application des dispositions de l'article 4 de l'avenant à l'accord d'entreprise prévoyance maladie-chirurgie non cadres du 7 mars 2002. Plus

précisément, il s'agissait de déterminer si pour bénéficier de la couverture sociale gratuite prévue par l'accord pour les salariés invalides, les conjoints de ceux-ci devaient être eux-mêmes invalides.

Sur ce moyen, la Cour rejette le pourvoi, considérant que la cour d'appel a fait une exacte application des dispositions conventionnelles visées.

## **Sommaire**

Aux termes de l'article 26, alinéa premier, de la convention collective nationale de la banque, l'employeur doit, avant d'engager la procédure de licenciement pour motif non disciplinaire, avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions.

Il résulte de ce texte que l'employeur, qui n'est pas tenu de confier au salarié un autre poste lorsque son insuffisance ne résulte pas de sa mauvaise adaptation à ses fonctions, doit seulement justifier avoir considéré toutes solutions envisageables préalables à l'engagement de la procédure de licenciement.

Fait une juste application de ces dispositions conventionnelles la cour d'appel qui estime, d'une part, que l'insuffisance professionnelle du salarié ne résulte pas de sa mauvaise adaptation à ses fonctions, d'autre part, que l'employeur justifie avoir recherché toutes solutions envisageables préalables à l'engagement d'une procédure de licenciement fondée sur des griefs d'insuffisance professionnelle établis au dossier.

**Soc., 7 juillet 2010**

**REJET**

**Arrêt n° 1447 FS-P+B**

N° 08-45.085 - CA Reims, 24 septembre 2008

M. Frouin, Pt (f.f.). - M. Rovinski, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén.

## **Note**

L'arrêt rendu le 7 juillet 2010 par la chambre sociale de la cour de cassation apporte des précisions quant à l'application de l'article 26 alinéa 1<sup>er</sup> de la convention nationale de la banque du 10 janvier 2000, lequel dispose : « avant d'engager la procédure de licenciement, l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions. »

## **Sommaire**

L'employeur est tenu d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi. Dès lors que le salarié a suivi la formation qualifiante exigée, il doit le faire bénéficier de la qualification qu'il a obtenue par la validation des acquis de l'expérience.

L'article 38 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées du 15 mars 1966 s'appliquant aux salariés ayant bénéficié d'un avancement consécutif à une promotion et l'article 4.2 de l'avenant n° 292 du 14 janvier 2004 à cette convention collective disposant que les salariés en fonction au 31 décembre 2002 ne répondant pas à cette date aux conditions de diplômes définies par l'article L. 363-1 du code de l'éducation, modifié par la loi n° 2003-708 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, ne pouvaient plus exercer une activité salariée d'EPS ou d'APS, étaient maintenus dans la grille antérieure dont ils conservaient le bénéfice pour le compte du même employeur et avaient l'obligation de suivre une formation qualifiante, leurs employeurs s'engageant à favoriser leur qualification, y compris par la validation des acquis de l'expérience, fonde légalement sa décision la cour d'appel qui, pour ordonner le reclassement du salarié à l'indice

679 de la grille de rémunération “éducateur spécialisé” de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées du 15 mars 1966, constate que le salarié avait obtenu un diplôme d'état d'éducateur spécialisé après avoir suivi une formation en cours d'emploi, dans le cadre de la validation des acquis de l'expérience.

**Soc., 13 juillet 2010**

**REJET**

**Arrêt n° 1487 FS-P+B**

N° 08-44.121 - CA Colmar, 17 juin 2008

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

### **Note**

La présente affaire concerne l'application de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées du 15 mars 1966.

Un salarié contestait le refus de son employeur de le faire bénéficier de l'indice de rémunération attaché à la qualité d'éducateur spécialisé prévu par la convention collective, alors qu'il avait obtenu le diplôme d'éducateur spécialisé dans le cadre de la validation des acquis de l'expérience afin de répondre aux nouvelles conditions de diplôme définies par l'article L. 363-1 du code de l'éducation, tel que modifié par la loi n° 2003-708 du 1<sup>er</sup> août 2003, exigées par l'avenant n° 292 du 14 janvier 2004 à la convention collective pour pouvoir exercer les fonctions d'éducateur physique et sportif.

Approuvant les juges du fond d'avoir fait droit à la demande du salarié, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle tout d'abord que, conformément aux dispositions de l'article L. 6321-1 du code du travail, l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi (Soc., 3 avril 2001, pourvois n° 99-42.188, 99-42.189 et 99-42.190, Bull. 2001, V, n° 114).

Interprétant ensuite les dispositions de la convention collective ainsi que l'avenant n° 292 du 14 janvier 2004 à cette convention, la chambre sociale estime que l'employeur doit faire bénéficier le salarié de la nouvelle qualification obtenue, y compris dans le cadre d'une validation des acquis de l'expérience.

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

### **2- Représentation du personnel**

#### **2-2 Institutions représentatives du personnel**

*\* Comité d'entreprise - Attributions*

### **Sommaire**

Si un système de contrôle et d'évaluation individuels des salariés ne peut être instauré qu'après information et consultation du comité d'entreprise, tel n'est pas le cas d'un audit mis en œuvre pour apprécier, à un moment donné, l'organisation d'un service.

A légalement justifié sa décision la cour d'appel qui, appréciant souverainement la portée des pièces probantes qui lui étaient soumises, a relevé que la finalité de l'audit auquel l'employeur avait eu recours de manière occasionnelle n'était pas de mettre en place un moyen de contrôle des salariés, notamment du responsable du centre d'appels, mais visait à analyser l'organisation du travail en vue de faire des propositions d'amélioration du service sous forme de recommandations, pour optimiser sa nouvelle organisation.

**Soc., 12 juillet 2010**

**REJET**

**Arrêt n° 1544 FS-P+B**

N° 09-66.339 - CA Rennes, 5 mars 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Wurtz, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

### **Note**

L'article L. 2323-32 alinéa 3 du code du travail dispose que « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ».

Licencié pour insuffisance professionnelle mise à jour à la suite de la réalisation d'un audit au sein de l'entreprise, le salarié a fait valoir que la réalisation d'un tel audit, destiné notamment à évaluer les compétences humaines et sur la base duquel a été prise la décision de son licenciement pour insuffisance professionnelle, constitue un moyen permettant le contrôle de l'activité des salariés au sens de l'article précité et, qu'ainsi, le comité d'entreprise aurait dû être informé et consulté préalablement à sa réalisation au sein du service.

Il s'agit d'une question nouvelle posée à la Cour. La chambre sociale s'était jusqu'alors essentiellement prononcée sur le caractère licite ou non des dispositifs de contrôle et de surveillance des salariés mis en place par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.866, Bull. 2006, V, n° 206 (Cassation) et Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, Bull. 2001, V, n° 28 (Rejet)).

La Chambre sociale décide, en rejetant le pourvoi, d'entériner le raisonnement de la cour d'appel. Ainsi, il est nécessaire de procéder à l'examen de la finalité du procédé en cause pour déterminer s'il constitue un moyen ou une technique permettant un contrôle de l'activité des salariés.

En l'espèce, les juges du fond avaient démontré que cet audit, dispositif auquel l'employeur avait eu « recours de manière occasionnelle », « (...) visait à analyser l'organisation du travail en vue de faire des propositions d'amélioration du service sous forme de recommandations, pour optimiser sa nouvelle organisation », et qu'il ne s'agissait pas « de mettre en place un moyen de contrôle des salariés ».

Sur ce point, la Cour n'a pas suivi l'avis de l'Avocat Général qui estimait que, si cet audit n'avait pas pour but de contrôler le travail des salariés, les personnes chargées de le réaliser ont nécessairement été conduites à évaluer et donc à contrôler la qualité du travail fourni par les agents du service. Par cet arrêt, la Cour précise qu'il convient de n'apprécier ni les effets du procédé, ni les méthodes de réalisation d'un audit, mais d'examiner plus généralement la finalité du dispositif.

*\* Comité d'entreprise - Fonctionnement*

### **Sommaire**

L'élaboration conjointe de l'ordre du jour demeurant la règle, les dispositions de l'article L. 2325-15, alinéa 2, du code du travail ne dispensent pas l'employeur qui entend faire inscrire une question à l'ordre du jour de la réunion du comité d'entreprise de la soumettre préalablement au secrétaire du comité.

**Soc., 12 juillet 2010**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1546 FS-P+B**

N° 08-40.740 à 08-40.750 et 08-40.752 à 08-40.821 - CA Amiens, 12 décembre 2007

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

## Note

Dans cet arrêt, la chambre sociale répond à une question inédite : l'article L. 2325-15 alinéa 2 du code du travail, modifié par la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 et qui dispose que « toutefois, lorsque sont en cause des consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou par un accord collectif de travail, elles y sont inscrites de plein droit par l'employeur ou le secrétaire », dispense-t-il l'employeur qui entend inscrire une question à l'ordre du jour de la réunion du comité d'entreprise de la soumettre préalablement au secrétaire du comité ?

L'employeur soutenait qu'il n'avait pas dans ces circonstances à soumettre la question au secrétaire du comité, l'inscription à l'ordre du jour étant de droit.

Ce n'est pas l'analyse que retient la Cour de cassation. Elle considère que malgré cet ajout législatif, la règle énoncée à l'article L. 2335-15 alinéa 1 selon lequel « l'ordre du jour des réunions du comité d'entreprise est arrêté par l'employeur et le secrétaire », demeure le principe. L'inscription de plein droit ne peut avoir lieu qu'à défaut d'accord entre l'employeur et le secrétaire. Ainsi, même lorsque sont en cause des consultations obligatoires, l'employeur doit soumettre préalablement la question au secrétaire du comité.

Cette solution se déduisait de la lecture des travaux parlementaires dont il ressort que le législateur a entendu réserver la faculté d'inscription de plein droit à l'hypothèse d'un désaccord entre le chef d'entreprise et le secrétaire, afin de ne pas retarder, voire bloquer, les consultations obligatoires du comité d'entreprise. Elle permet d'assurer la validité juridique des ordres du jour fixés unilatéralement par l'employeur ou le secrétaire du comité d'entreprise.

On notera par ailleurs, que la circulaire DGEFP - DRT n° 2005-47 du 30 décembre interprète de la même manière cette modification législative. Elle dispose en effet, à sa fiche n° 4 : « Cette inscription de plein droit ne dispense pas d'une élaboration conjointe de l'ordre du jour, la première phrase de l'alinéa 2 n'ayant pas été modifiée. Avant que l'insertion de plein droit ne soit mise en œuvre unilatéralement par le président du Comité d'entreprise ou par le secrétaire, un entretien en vue d'une fixation conjointe doit être proposé par l'un ou l'autre. »

\* *Syndicat - Constitution*

## Sommaire

A une existence légale un syndicat qui a satisfait aux formalités prévues par l'article L. 2131-3 du code du travail, peu important qu'elles aient été accomplies à l'occasion d'une modification de ses statuts.

**Soc., 7 juillet 2010**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1403 F-P+B**

N° 08-21.805 - CA Versailles, 30 octobre 2008

Mme Morin, Pt (f.f.). - Mme Lambremon, Rap. - Mme Zientara, Av. Gén.

## Note

Sans se prononcer sur le fond d'une demande présentée par un syndicat, le tribunal de grande instance a déclaré l'action irrecevable au motif que le syndicat ne justifiait pas de sa capacité à agir en justice, le syndicat ne rapportant pas la preuve du dépôt de ses statuts en mairie.

L'article L. 2131-3 du code du travail (anciennement R. 411-1 du même code) dispose en effet que « Les fondateurs de tout syndicat professionnel déposent les statuts et les noms de ceux qui, à un



titre quelconque, sont chargés de l'administration ou de la direction. Ce dépôt est renouvelé en cas de changement de la direction ou des statuts. »

La cour d'appel a annulé l'assignation introductive d'instance devant le tribunal de grande instance ainsi que le jugement. Le syndicat avait argué que si à l'origine il avait déposé ses statuts en Préfecture, il avait cependant bien déposé ses statuts en mairie, comme l'exige l'article L. 2131-3 du code du travail, à l'occasion d'une modification desdits statuts.

La Cour d'appel n'a pas été convaincue par l'argument : elle a décidé que le dépôt régulier de statuts modifiés ne peut couvrir l'irrégularité commise lors du dépôt des statuts originaux.

La question qui se posait à la chambre sociale était donc de savoir si le dépôt ultérieur des statuts modifiés, fait en toute régularité, alors que le dépôt des statuts originaux par les fondateurs était irrégulier car effectué en préfecture, conférait une existence légale au syndicat à compter de ce dépôt ou si comme le soutenait le mémoire en défense, l'irrégularité originale entraînait une « impossibilité irrémédiable de déposer les statuts. »

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de dire qu'un syndicat n'a d'existence légale que du jour du dépôt de ses statuts en mairie (Soc., 7 mai 1987, pourvoi n° 86-60.366, Bull. 1987, V, n° 293, (Cassation)). Mais elle a précisé, en rappelant ce principe, que le renouvellement de ce dépôt, en cas de changement de la direction ou des statuts, ne constitue qu'une formalité ne pouvant priver, en son absence, le syndicat d'une condition de son existence (Soc., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-60.487, Bull., 2002, V, n° 144, (Rejet) et Soc., 11 mai 2004, pourvoi n° 03-60.158, Bull., 2004, V, n° 131, (Rejet)).

Elle décide ici que malgré l'irrégularité commise par les fondateurs privant le syndicat d'une existence légale au moment du dépôt des statuts originaux, le dépôt en mairie des statuts modifiés permet de satisfaire aux formalités exigées à l'article L. 2131-3 du code du travail, si bien qu'à compter de ce dépôt régulier le syndicat bénéficiait d'une existence légale et avait donc la capacité d'agir en justice.

La Cour s'attache ainsi à examiner si la formalité du dépôt a été accomplie avant l'acte pour lequel le syndicat doit être doté de la personnalité juridique, peu important que les statuts déposés soient d'origine ou modifiés.

Cette jurisprudence, pragmatique, s'inscrit en cohérence avec les principes de liberté de constitution des syndicats et de libre exercice de l'activité syndicale.

*\* Syndicat - Représentativité*

## **Sommaire**

Aux termes de l'article L. 2121-1 du code du travail, la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après "(...) 5° : l'audience établie selon les niveaux de négociation, conformément aux articles L. 2122- 1, L. 2122- 5, L. 2122-6 et L. 2122- 9" du code du travail, et, aux termes de l'article L. 2122-1 du même code, dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel.

Il en résulte que l'audience recueillie par les organisations syndicales aux élections des délégués du personnel ne peut être prise en compte, pour apprécier leur représentativité, que s'il ne s'est pas tenu dans l'entreprise d'élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel permettant de mesurer cette audience.

**Note**

Par cet arrêt la Cour de cassation donne l'interprétation à retenir des termes « à défaut » utilisés à l'article L. 2122-1 du code du travail, lequel dispose : « dans l'entreprise ou l'établissement sont représentatives les organisations syndicales (...) qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre des votants. »

Cette disposition a été introduite dans le code du travail par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

Elle pouvait faire l'objet, littéralement, de trois types d'interprétation :

- selon la première, il se serait agi d'une option ouverte : le syndicat est représentatif s'il a obtenu 10%, soit aux élections au comité d'entreprise, soit aux élections de délégués du personnel, indifféremment,
- selon la deuxième, le choix devrait être fonction du niveau où le syndicat doit exercer sa prérogative : ce serait alors une application du principe de concordance,
- enfin, selon la troisième, il ne s'agirait pas d'un choix mais d'une hiérarchie : les résultats ne sont pris en considération au niveau des élections des délégués du personnel que s'il n'y a pas d'élections au comité d'entreprise (petites entreprises, carence...).

C'est à partir des travaux parlementaires et de l'esprit de la réforme introduite par la loi du 20 août 2008 que la Cour de cassation a forgé sa solution.

En effet, il résulte des travaux parlementaires et notamment du discours de présentation du Ministre du travail à l'Assemblée Nationale que le terme « à défaut » installe une hiérarchie entre les élections. Ainsi, le Ministre a expliqué que : « à défaut signifie bien que l'élection de référence est celle du comité d'entreprise [et que] c'est uniquement lorsqu'il n'y a pas de comité d'entreprise qu'est pris en compte l'élection des délégués du personnel. »

Par ailleurs, le sens de la réforme est d'identifier les syndicats disposant de la meilleure capacité à négocier au nom de salariés. Or la négociation ne peut s'effectuer au seul niveau de l'établissement distinct, au sens des délégués du personnel, puisqu'il n'y a pas alors de représentant de l'employeur. Elle ne peut se concevoir qu'au niveau de l'établissement ou de l'entreprise au sens du comité d'entreprise, c'est à dire avec un employeur ou un représentant de l'employeur ayant le pouvoir de négocier. Il est donc difficilement envisageable qu'un syndicat ayant obtenu 10% des voix aux élections « locales » de délégués du personnel, sans obtenir ces 10% aux élections du comité d'entreprise puisse désigner un délégué syndical habilité à négocier avec l'employeur au niveau de l'établissement.

En outre, l'article L. 2121-1 du code du travail, que la Cour de cassation prend le soin de viser, et qui est relatif aux critères de représentativité syndicale de manière générale précise dans son 5° : « l'audience, établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122- 1, L. 2122- 5, L. 2122-6 et L.2122-9 ». Ce qui démontre que la loi prend en considération « les niveaux de négociation ».

C'est donc en toute logique que la Cour de cassation décide que c'est seulement s'il n'y a pas eu d'élection des titulaires du comité d'entreprise, que les résultats des élections des délégués du personnel doivent être prises en compte pour apprécier la représentativité d'un syndicat dans une entreprise.

### **3- Protection des représentants du personnel**

#### **3-1 Protection contre le licenciement**

*\* Autorisation administrative - appréciation de la légalité*

#### **Sommaire**

En l'état des motifs de l'autorisation administrative de licenciement, dont il ressortait que l'inaptitude du salarié était la conséquence exclusive du refus de l'employeur d'accepter dans l'entreprise une représentation du personnel et syndicale, la question de la légalité de cette décision, dont dépendait l'appréciation du bien-fondé des demandes du salarié, présentait un caractère sérieux, de sorte qu'il appartenait aux juges du fond d'inviter les parties à la faire trancher par la juridiction administrative en lui posant une question préjudicielle.

Viola les articles L. 1152- 1, L. 1152- 2, L. 2421-3 du code du travail, ensemble la loi des 16-24 août 1790, la cour d'appel qui énonce que le licenciement ayant été prononcé sur la base du même motif que celui pour lequel l'autorité administrative avait donné son autorisation, le juge judiciaire ne pouvait, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux de ce motif ou rechercher si le licenciement était la conséquence d'un comportement fautif de l'employeur, tel le harcèlement moral justifiant le prononcé de la nullité.

**Soc., 12 juillet 2010**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1543 FS-P+B**

N° 08-44.642 - CA Nancy, 1<sup>er</sup> février 2008

Mme Collomp, Pt. - Mme Wurtz, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

#### **Note**

La Cour de cassation juge depuis de nombreuses années que le principe de la séparation des pouvoirs, issu notamment de la loi de 13-24 août 1790, interdit au juge judiciaire d'apprécier en l'état d'une autorisation administrative de licencier un salarié protégé, le caractère réel et sérieux du motif ayant justifié cette autorisation et le prononcé du licenciement. En effet, l'autorisation de procéder à un licenciement implique la vérification par l'autorité administrative du caractère réel et sérieux du motif invoqué et le juge judiciaire ne peut remettre en cause une décision de l'Administration. (cf. par exemple Soc., 16 juin 1983, pourvoi n° 81-40.797, Bull. 1983, V, n° 338 ou Soc., 26 novembre 1996, pourvoi n° 93-44.811, Bull. 1996, V, n° 406).

Cependant, la compétence exclusive du juge administratif n'est pas illimitée. Ainsi, la juridiction prud'homale reste compétente pour statuer sur la demande d'un salarié en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 11 mai 1987, pourvoi n° 83-43.051, Bull. 1987, V, n° 330). De même, lorsque la décision de l'Administration est jugée illégale par une juridiction de l'ordre administratif, le juge judiciaire recouvre la possibilité d'apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement (Soc., 26 sept. 2007, pourvoi n° 05-45.665, Bull. 2007, V, n° 137).

En l'espèce, le salarié protégé, licencié en raison de son inaptitude, après une autorisation administrative, considérant que la dégradation de son état de santé était la conséquence du harcèlement moral dont il avait fait l'objet, a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de nullité du licenciement à titre principal et de dommages-intérêts à titre subsidiaire.

La Cour d'appel s'était déclarée incompétente sur le fondement du principe de la séparation des pouvoirs.

Le pourvoi soutenait que, si le juge judiciaire est lié par la décision de l'inspecteur du travail, il n'en demeure pas moins tenu de rechercher si l'inaptitude fondant le licenciement ne résultait pas du comportement fautif de l'employeur, comportement ouvrant droit à réparation.

La question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir si un licenciement autorisé par l'inspecteur du travail, fondé sur l'inaptitude du salarié à occuper tout poste dans l'entreprise, interdit au juge judiciaire de statuer sur une demande de nullité et de dommages et intérêts formée par le salarié qui considère que son inaptitude est consécutive au harcèlement moral dont il a fait l'objet et qu'il impute à son employeur ?

La solution s'inscrit dans la jurisprudence habituelle de la chambre sociale sur le partage de compétence entre juridiction judiciaire et juridiction administrative en matière de licenciement des salariés protégés : la juridiction judiciaire ne peut apprécier le bien-fondé ou la légalité d'une décision administrative, mais dès lors que la demande du salarié présentait un caractère sérieux et que la décision de la cour d'appel dépendait de la légalité ou non de cette décision administrative, il convenait d'interroger la juridiction administrative sur cette légalité. La question préjudicielle était le seul moyen qui permettait à la fois d'éviter le déni de justice et de respecter le principe de la séparation des pouvoirs.

### **3-4 Protection contre les discriminations syndicales**

*\* Modalités de calcul d'une prime d'objectifs*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1507 du 6 juillet 2010 (pourvoi n° 09-41.354)

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

### **2- Licenciements**

#### **2-1 Mise en œuvre**

*\* Transaction*

#### **Sommaire**

Si la juridiction appelée à statuer sur la validité d'une transaction réglant les conséquences d'un licenciement n'a pas à se prononcer sur la réalité et le sérieux du ou des motifs énoncés dans la lettre de licenciement, elle doit, pour apprécier si des concessions réciproques ont été faites et si celle de l'employeur n'est pas dérisoire, vérifier que la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales.

Il résulte par ailleurs des articles L. 1226-9 et R. 4624-21 du code du travail que, faute pour l'employeur d'avoir fait passer au salarié arrêté pendant au moins huit jours en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle une visite de reprise, le contrat demeure suspendu, de sorte qu'il ne peut procéder à son licenciement que pour faute grave ou s'il se trouve dans l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie professionnelle.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui dit le licenciement d'un salarié fondé sur une faute grave et valide la transaction intervenue, alors que l'employeur, qui n'avait pas contesté l'accident du travail du salarié et était tenu de lui faire passer une visite de reprise, invoquait un motif trop vague pour être matériellement vérifiable, donc exclusif de la faute grave, ce dont il se déduisait que le licenciement et la transaction étaient nuls.

**Soc., 13 juillet 2010**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1484 FS-P+B**

N° 09-40.984 - CA Paris, 12 juin 2008

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

### **Note**

Un salarié est embauché suivant contrat à durée indéterminée à temps partiel. Victime d'un accident du travail, il est en arrêt maladie du 27 avril au 19 août 2001, puis du 21 novembre 2001 au 22 mars 2002. Ayant repris son travail en août 2001 sans bénéficier de visite de reprise, il est licencié pour faute grave le 18 octobre 2001. Postérieurement, une transaction est conclue entre lui et son employeur, qui lui verse une somme d'argent en contrepartie de la renonciation à poursuivre ses droits. Le conseil de prud'hommes, saisi par le salarié, puis la cour d'appel, ont validé la transaction et débouté le salarié de ses demandes.

Le salarié a formé pourvoi, comportant deux moyens, l'un reprochant aux juges du fond d'avoir déclaré valide la transaction, et l'autre de l'avoir débouté de sa demande en nullité du licenciement.

Pour parvenir à déduire que le licenciement et la transaction étaient nuls, la Cour de cassation enchaîne l'analyse de plusieurs situations, se succédant dans le temps.

Le salarié, lié à son employeur par un contrat à durée indéterminée, est victime tout d'abord d'un accident du travail. Durant son incapacité de travail, le contrat de travail est suspendu (article L. 1226-7 du code du travail) : les principales obligations découlant du contrat n'ont plus à s'exécuter. Au cours de cette période de suspension, l'employeur ne peut rompre le contrat que dans les cas énumérés par la loi : faute grave du salarié ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie (article L. 1226-9 du code du travail). C'est la visite de reprise, prévue par l'article R. 4626-21 du code du travail, qui met fin à la période de suspension (Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 03-41.904, Bull. 2005, V, n° 9). A défaut, le contrat de travail est toujours suspendu (Soc., 16 mai 2000, pourvois n° 98-42.942 et 98-44.450, Bull. 2000, V, n° 180).

Il résulte d'une jurisprudence bien établie que l'employeur doit faire bénéficier le salarié de la visite de reprise auprès du médecin du travail, car il est tenu d'une obligation de sécurité de résultat, ayant pour finalité de protéger la santé et la sécurité des travailleurs, obligation dont il doit assurer l'effectivité (Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, Bull. 2006, V, n° 87, commenté au Rapport annuel ; Soc., 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-44.580, Bull. 2006, V, n° 373 ; Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-44.408, Bull. 2009, V, n° 82 ; Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, Bull. 2009, V, n° 147). En matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la visite de reprise doit être effectuée dès que l'absence du salarié est d'au moins huit jours, ce qui était le cas en l'espèce.

Les dispositions de l'article L. 1226-13 du code du travail sanctionnent par la nullité « toute rupture du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions » de l'article L. 1226-9. Or, apparemment, en licenciant le salarié pour « faute grave » (au motif de la survenance de disputes avec le supérieur hiérarchique) pendant la période de suspension du contrat, l'employeur s'était bien conformé à l'un des deux cas envisagés par l'article L. 1226-9. En apparence seulement, car le motif invoqué dans la lettre de licenciement de « disputes avec le supérieur

hiérarchique » était trop vague, trop peu circonstancié, pour constituer la faute grave qui rend le maintien du contrat impossible. Dans des circonstances voisines, la Cour de cassation a rappelé que le fait reproché au salarié pendant la période de suspension doit revêtir ce degré de gravité (Soc., 8 janvier 2003, pourvoi n° 01-40.388, Bull. 2003, V, n° 1).

Mais les juges du fond pouvaient-ils porter une appréciation sur les faits ayant motivé le licenciement, alors que le prononcé de ce dernier avait été suivi de la signature d'une transaction entre les parties ?

Une jurisprudence déjà ancienne permet au juge de vérifier la motivation d'une lettre de licenciement et de restituer aux faits énoncés leur véritable qualification, sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, mais aux fins d'apprécier le caractère réel des concessions contenues dans la transaction, et donc de statuer sur sa validité (Soc., 27 mars 1996, pourvoi n° 92-40.448, Bull. 1996, V, n° 124 ; Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 96-43.467, Bull. 1999, V, n° 162 ; Soc., 18 décembre 2001, pourvoi n° 99-40.649, Bull. 2001, V, n° 391). Dans cette lignée jurisprudentielle, il a été jugé que le motif de « problème de collaboration avec le supérieur hiérarchique » était trop vague pour être matériellement vérifiable, en sorte que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse (Soc., 23 janvier 2001, pourvoi n° 98-41.992, Bull. 2001, V, n° 21). Le fondement de l'intervention du juge étant l'appréciation de concessions réciproques, qui doivent être réelles, la limite apportée à cette intervention découle de l'autorité de la chose jugée par la transaction, qui ne permet pas au juge de trancher le litige qu'elle avait pour objet de clore (Soc., 21 mai 1997, pourvoi n° 95-45.038, Bull. 1997, V, n° 185).

En l'espèce, le motif invoqué par l'employeur pour fonder le licenciement ne pouvant recevoir la qualification de faute grave alors qu'il avait été prononcé pendant la période de suspension du contrat de travail rendait ce licenciement nul, et tout autant, la transaction intervenue pour régler les conséquences de ce licenciement.

## 2-4 Licenciement économique

*\* Consultation des institutions représentatives du personnel*

### Sommaire

1° Dès lors qu'existe dans l'entreprise un comité d'entreprise, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours doit réunir et consulter ce comité, qui peut recourir à l'assistance d'un expert-comptable, peu important que l'effectif de l'entreprise soit passé en dessous du seuil de cinquante salariés.

2° La mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi est subordonnée à la condition d'effectif de cinquante salariés au moins, qui s'apprécie à la date de l'engagement de la procédure de licenciement, et non à l'existence d'un comité d'entreprise.

**Soc., 12 juillet 2010**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1542 FS-P+B**

N° 09-14.192 - CA Lyon, 20 février 2009

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

### Note

La présente affaire avait trait aux obligations pesant sur l'employeur en cas de projet de licenciement économique collectif.

Une entreprise a mis en œuvre une procédure de licenciement collectif concernant au moins dix salariés dans une même période de 30 jours. Toutefois, l'effectif de l'entreprise étant passé sous le seuil de 50 salariés depuis plusieurs mois, la juridiction prud'homale a été saisie en référé afin de trancher le litige étant survenu quant aux modalités de consultation des représentants du personnel et à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi.

La première question qu'avait à trancher la Cour de cassation portait sur la consultation des institutions représentatives dans l'entreprise.

Le pourvoi reprochait en effet à l'arrêt d'appel d'avoir jugé que l'employeur était tenu de réunir et consulter les délégués du personnel, et non le comité d'entreprise, et d'avoir débouté ce dernier de sa demande tendant à la désignation d'un expert-comptable, au motif que la consultation du comité d'entreprise ne s'impose que dans les entreprises comptant plus de 50 salariés.

La difficulté réside dans le fait que deux types de procédures de consultation peuvent devoir être menées.

En effet, s'agissant des licenciements de 10 salariés ou plus dans une même période de 30 jours, les articles L. 1233-28 à L. 1233-30 du code du travail précisent que l'employeur doit réunir et consulter :

- soit les délégués du personnel, si l'entreprise emploie habituellement moins de 50 salariés ;
- soit le comité d'entreprise, si l'entreprise emploie habituellement 50 salariés et plus.

Il s'agit de la procédure anciennement dénommée « procédure du livre III ».

Par ailleurs, l'article L. 2323-15 du code du travail prévoit que le comité d'entreprise est consulté et émet un avis sur les « projets de restructuration et de compression des effectifs ».

Il s'agit de la procédure anciennement dénommée « procédure du livre IV ».

L'article L. 1233-30 précise que le comité d'entreprise peut mettre en œuvre concomitamment ces deux procédures.

Dès lors que l'article L. 1233-29 prévoit la consultation des délégués du personnel au cas où l'entreprise compte moins de 50 salariés, une lecture littérale de ce texte militait pour la solution retenue par les juges du fond.

Toutefois, il convient de noter que ceci aboutirait à devoir articuler deux procédures de consultation, à la fois du comité d'entreprise, au titre de l'article L. 2323-15, et des délégués du personnel, en vertu de l'article L. 1233-29.

En outre, même si le passage de l'effectif d'une entreprise en dessous du seuil de 50 salariés peut engendrer la suppression du comité d'entreprise, celle-ci est soumise à accord en application de l'article L. 2322-7 du code du travail.

Par le présent arrêt en date du 12 juillet 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation décide que « dès lors qu'existe dans l'entreprise un comité d'entreprise, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours doit réunir et consulter ce comité, peu important que l'effectif de l'entreprise soit passé en dessous du seuil de cinquante salariés ».

Il s'ensuit logiquement que ce comité peut alors « recourir à l'assistance d'un expert-comptable dans les conditions prévues par l'article L. 1233-34 du code du travail ».

La seconde question soulevée par cette affaire concernait le point de savoir si l'entreprise devait établir un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) : son élaboration est-elle liée à l'existence ou non d'un comité d'entreprise ?

L'article L. 1233-61 du code du travail dispose que l'employeur doit établir un PSE dès lors que l'entreprise compte 50 salariés et plus.

Or, l'on sait que les conditions déterminant l'élaboration d'un PSE s'apprécient « au moment où la procédure de licenciement collectif est engagée » (Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-46.313, Bull. 2008, V, n° 8).

Par conséquent, la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir rejeté la demande tendant à la mise en œuvre d'un PSE dès lors qu'elle avait relevé que l'effectif était passé sous le seuil de 50 salariés au moment de l'engagement de la procédure de licenciement collectif, peu important que l'entreprise dispose toujours d'un comité d'entreprise.

*\* Plan de sauvegarde de l'emploi*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1542 du 12 juillet 2010 (pourvoi n° 09-14.192)

## **Sommaire**

1° Si un plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause puissent bénéficier de cet avantage, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi reprochant à une cour d'appel d'avoir jugé qu'un plan de sauvegarde de l'emploi emportait rupture de l'égalité de traitement entre salariés des divers établissements d'une entreprise, et de l'avoir annulé, après avoir constaté que ce plan prévoyait, d'une part, des mesures incitant à des départs volontaires réservés aux seuls salariés d'un établissement et, d'autre part, qu'au cas où ces mesures ne permettraient pas d'atteindre l'objectif de réduction d'effectifs, des licenciements économiques auxquels tous les salariés de l'entreprise appartenant aux catégories professionnelles concernées seraient exposés, sans avoir pu bénéficier de l'alternative offerte par les aides au départ volontaire.

2° Ne répond pas aux exigences légales un plan de sauvegarde de l'emploi qui prévoit que des salariés susceptibles d'être licenciés et auxquels est faite une proposition de reclassement dans l'une des sociétés du groupe ne bénéficient d'aucune priorité et doivent obtenir l'accord de l'entité d'accueil sur leur candidature et, après période d'adaptation de deux mois, sur leur maintien dans cette entité, sans précision sur les conditions dans lesquelles cette dernière est susceptible d'accepter ou de refuser, de sorte qu'en cas de concours de candidatures entre un salarié à reclasser et un salarié venant de l'extérieur du groupe, c'est ce dernier qui peut être choisi.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir annulé un tel plan.

**Soc., 12 juillet 2010**

**Arrêt n° 1539 FS-P+B**

N° 09-15.182 - CA Versailles, 10 avril 2009

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

**REJET**



## Note

Un groupe industriel mondial est composé en France d'une société comportant quatre établissements. La société française envisage une réorganisation de ses activités conduisant à des licenciements collectifs pour motif économique et élabore un plan de sauvegarde de l'emploi.

La direction annonce la suppression de soixante-quinze postes de travail au sein d'un seul établissement, et présente un projet prévoyant d'atteindre cet objectif tout d'abord grâce aux départs volontaires des salariés de cet établissement et, si le nombre recherché des suppressions d'emplois n'était pas atteint, grâce à des licenciements pour motif économique. Ces licenciements concerneraient alors tous les salariés des autres sites appartenant à la même catégorie professionnelle.

Le comité central de l'entreprise et les syndicats saisissent le juge des référés pour constater que ce plan contient des mesures de départs volontaires et un plan de reclassement illicites. Le juge des référés et la cour d'appel, saisie par la suite, ont jugé que le plan de sauvegarde de l'emploi comportait des mesures discriminatoires sur le volet du volontariat, et des lacunes sur les mesures d'accompagnement, et ont ordonné la reprise de la procédure d'information et de consultation.

I - Dans ses conclusions devant les juges du fond, la direction de l'entreprise soutenait que le fait de réserver la possibilité d'un départ volontaire aux salariés d'un seul établissement se justifiait objectivement par l'éloignement géographique de cet établissement, et par le fait que cet établissement était chargé essentiellement de la production de solvants soumis à une législation européenne plus restrictive qui avait provoqué la nécessité de la restructuration.

Les juges du fond, au contraire, voyaient dans cette mesure un avantage réservé à certains salariés (ceux de l'établissement en question) et refusé à d'autres (les salariés de même catégorie des autres établissements qui ne pouvaient que faire l'objet d'un licenciement économique), dès lors privés des mesures d'accompagnement professionnel et des aides qui sont liées au départ volontaire.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer, avant la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, que « les mesures que le plan social réserve à certains salariés doivent profiter à tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique, leurs conditions d'attribution devant être au surplus préalablement définies et contrôlables » (Soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-40.987, Bull. 2001, V, n° 255).

Elle a repris plus récemment la même formulation à propos du plan de sauvegarde de l'emploi : si ce plan peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant les conditions de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables (Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-40.887, arrêt diffusé).

Sous l'empire du plan social ou du plan de sauvegarde de l'emploi, cette solution est justifiée par l'obligation qui pèse sur l'employeur : l'obligation d'assurer une égalité de traitement entre les personnes qui se trouvent dans une situation identique, soit lors de l'exécution du contrat de travail (Soc., 18 janvier 2000, pourvoi n° 98-44.745, Bull. 2000, V, n° 25), soit plus spécialement lors de la mise en œuvre de licenciements économiques collectifs. Cette obligation est la traduction du principe plus général de protection du salarié contre l'arbitraire (Soc., 10 juillet 2001 précité, note au Rapport annuel).

Mais tout d'abord, il convient de s'assurer que la mesure envisagée constitue bien un avantage : les juges du fond doivent donc déterminer s'il s'agit de la contrepartie d'une contrainte supplémentaire ou d'un avantage. C'est ce qui résulte d'un arrêt (Soc., 12 juin 2001, pourvoi n° 99-41.936, Bull. 2001, V, n° 216) qui rappelle là encore que l'attribution d'un avantage n'est pas interdite, à condition de respecter le principe d'égalité de traitement.

Dans le cas présent, la Cour de cassation considère que la possibilité d'un départ volontaire (avec toutes les mesures qui l'accompagnent) présente un caractère de faveur, un avantage au sens de l'arrêt du 12 juin 2001, qui doit bénéficier à l'ensemble du personnel susceptible d'être atteint par une mesure de licenciement, tous établissements confondus. Ce que n'assurait pas le plan proposé, qui prévoyait dans un premier temps des départs volontaires, et, si le nombre de départs volontaires ne permettait pas de réaliser la réduction d'effectif prévue par le plan, des licenciements à intervenir, y compris pour ceux des salariés qui n'auraient pas été destinataires d'une offre de départ volontaire.

En outre, la solution de l'arrêt fournit un critère pour déterminer le périmètre d'égalité de traitement. Ce périmètre est celui de l'entreprise tout entière, et pas seulement d'un de ses établissements, quand les répercussions du plan de sauvegarde dépassent le cercle de cet établissement, ce qui était le cas en l'espèce. Le juge doit apprécier l'égalité de traitement de manière concrète, et la catégorie de salariés concernée est celle placée dans une situation de fait identique, dans tous les établissements, au-delà du seul service concerné par la réduction d'effectif.

Enfin, tout risque d'arbitraire doit être écarté par la recherche de la plus grande objectivité possible : les règles d'attribution de l'avantage doivent être préalablement définies et contrôlables, ajoute la Cour de cassation.

II - L'article L. 1233-4 du code du travail ne permet de prononcer le licenciement économique d'un salarié que « lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient ».

La jurisprudence a fixé les possibilités de reclassement des salariés comme devant « 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 » (Soc., 5 avril 1995, pourvoi n° 93-42.690, Bull. 1995, V, n° 123). La loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a codifié cette jurisprudence en érigeant le groupe comme périmètre de reclassement lors du licenciement économique (actuel article L. 1233-4 du code du travail).

La Cour de cassation prend soin de distinguer les mesures de reclassement (qui sont les possibilités envisagées dans le plan de sauvegarde de l'emploi) et l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur à l'égard de chaque salarié (et le contraint à faire des propositions individuelles de reclassement, et de procéder à un examen au cas par cas) (Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-42.381, Bull. 2009, V, n° 57).

C'est à l'égard du premier point que l'arrêt du 12 juillet 2010 est intéressant. Le but du reclassement étant d'éviter à tout prix un licenciement pour motif économique, il y a lieu de vérifier que la mise en œuvre envisagée par le plan de sauvegarde présente toutes les garanties de succès.

C'est ainsi que la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser à quel salarié doit être donnée la priorité de reclassement quand il y a concurrence pour le même poste entre plusieurs salariés de deux entreprises d'un même groupe concernées par les licenciements économiques (Soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-44.291, Bull. 2001, V, n° 379). La priorité doit aller aux salariés de l'entreprise qui dispose du poste disponible.

Dans le cas présent, le plan de sauvegarde élaboré par l'employeur ne réservait pas les postes disponibles dans le groupe aux salariés susceptibles d'être licenciés économiquement. Outre l'obligation de faire acte de candidature, le salarié menacé de licenciement ne bénéficiait d'aucune priorité en sa faveur, puisque son maintien était soumis, en dernier ressort, après une période d'adaptation de deux mois, à l'appréciation discrétionnaire de l'entreprise d'accueil. L'entité d'accueil pouvait ainsi faire échec à la mesure de reclassement envisagée par le plan. La Cour de

cassation estime que ce dispositif n'est pas conforme aux exigences légales d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Pour juger du sérieux et de la réalité du dispositif de reclassement, il convient de rappeler qu'une jurisprudence récente de la Cour fixe dans le temps la détermination des possibilités de reclassement : c'est à la date du licenciement qu'il convient d'apprécier l'identification du groupe de reclassement et les facultés qu'il offre (Soc., 1<sup>er</sup> juin 2010, pourvoi n° 09-40.421, Bull. 2010, V, n°121).

### **3- Résiliation judiciaire**

*\* Manquements reprochés à l'employeur - Office du juge*

#### **Sommaire**

Le juge judiciaire saisi d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail ne peut pas prononcer la rupture de ce contrat de travail s'il estime que les manquements de l'employeur ne sont pas établis, mais seulement débouter le salarié de sa demande.

Doit donc être cassé un arrêt qui, statuant sur une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail formée par un salarié protégé dont l'autorisation de licenciement a été refusée par l'inspecteur du travail, constate la rupture du contrat de travail et la déclare imputable au salarié en raison de faits antérieurs à cette décision de refus, alors qu'il résultait de la décision administrative, qui s'imposait au juge judiciaire, que le contrat était toujours en cours.

**Soc., 7 juillet 2010**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1394 F-P+B**

N° 09-42.636 - CA Douai, 30 septembre 2008

Mme Morin, Pt (f.f.) et Rap. - Mme Zientara, Av. Gén.

#### **Note**

Le présent arrêt fournit l'occasion à la chambre sociale de rappeler que le juge saisi d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié ne peut prononcer la rupture de ce contrat s'il estime que les manquements de l'employeur ne sont pas établis, mais uniquement débouter le salarié de sa demande (pourvoi n° 06-42.551, Bull. 2007, V, n° 138).

Dans la présente espèce, la demande avait été présentée par un salarié protégé, alors que l'employeur avait sollicité de l'inspecteur du travail l'autorisation de licencier l'intéressé, laquelle a été refusée après l'introduction de l'action en résiliation.

La cour d'appel avait constaté la rupture du contrat de travail qu'elle avait déclarée imputable au salarié en raison de faits antérieurs à la décision de refus.

Ce raisonnement est censuré au visa des articles L. 1231-1 et L. 2411-5 du code du travail et de la loi des 16-24 août 1790. Le juge ne pouvait ni prononcer la rupture de ce contrat puisqu'il estimait que les manquements de l'employeur n'étaient pas établis, ni en constater la rupture puisque, l'autorisation de licenciement ayant été refusée à l'employeur, le contrat était toujours en cours.

## G - ACTIONS EN JUSTICE

\* *Conflit de lois*

### Sommaire

Dès lors que le salarié n'est pas privé du droit d'accès au juge, les règles de procédure aménageant les délais de saisine des juridictions du travail ne portent pas atteinte aux dispositions impératives de la loi française qui auraient été applicables en l'absence d'une loi étrangère applicable au contrat de travail.

Encourt dès lors la cassation, au visa des articles 3 § 3 et 6 § 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, l'arrêt qui, pour dire la loi française applicable au litige, constate que, permettant au salarié de contester son licenciement en justice pendant trente ans, elle est plus favorable que la loi espagnole choisie par les parties, qui limite ce délai à vingt jours, et retient que ce choix ne pouvait avoir pour effet de priver le salarié des dispositions impératives de la loi française qui auraient été applicables à défaut de choix, l'intéressé accomplissant habituellement son travail en France.

**Soc., 12 juillet 2010**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1681 FS-P+B**

N° 07-44.655 - CA Toulouse, 5 septembre 2007

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

### Note

Un salarié engagé en qualité de chauffeur routier par une société de droit espagnol a été licencié pour faute grave. Il a saisi la juridiction prud'homale française pour contester son licenciement. Dans le cadre de cette procédure, l'employeur a soulevé une exception d'incompétence au profit des juridictions espagnoles au motif que le contrat de travail serait soumis à la loi espagnole, loi choisie par les parties.

Par un arrêt infirmatif, la cour d'appel française a reconnu la compétence du conseil de prud'hommes saisi en première instance et dit que la loi applicable au litige était la loi française.

Il revenait ainsi à la Cour de cassation, suite au pourvoi formé par la société, de trancher le conflit de loi en déterminant la loi applicable au contrat de travail.

La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles est une convention internationale qui a pour objet de déterminer la loi applicable aux contrats dans des situations juridiques comportant un conflit de lois. Elle établit des règles uniformes en matière de loi applicable aux obligations contractuelles dans l'Union européenne.

L'article de 3 de cette convention est consacré à la liberté contractuelle ; le paragraphe 3 de cet article dispose que « Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées "dispositions impératives" ».

En outre, l'article 6 vise précisément le contrat individuel de travail et son 1<sup>er</sup> paragraphe énonce que « Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article. »

Ainsi, si en principe un contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties, l'article 6 de la Convention de Rome prévoit une limite : ce choix ne peut priver le salarié de la protection minimale que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui lui aurait été applicable à défaut de choix.

La chambre sociale a donc dû déterminer si, en matière de prescription extinctive de l'action en contestation de licenciement individuel, les dispositions de la loi espagnole, loi choisie par les parties, n'étaient pas de nature à réduire considérablement la protection qu'assurent au salarié les dispositions impératives de la loi française, loi qui aurait régi le contrat de travail à défaut de choix des parties.

La Chambre sociale précise, d'une part, que la loi qui serait applicable à défaut de choix est la loi française. Le salarié, chauffeur routier, travaillait en dehors de tout établissement, mais prenait et quittait son ensemble routier en France où il recevait également les directives de son employeur. Comme le prévoit l'article 19 paragraphe 2A du Règlement 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la chambre retient le critère du lieu d'accomplissement habituel du travail par le salarié, qui est, en l'espèce, le lieu où le travailleur organisait son travail.

D'autre part, elle énonce que les règles de procédure en matière de délai de saisine des juridictions du travail ne portent pas atteinte aux dispositions impératives de la loi française, dès lors que le salarié n'est pas privé du droit d'accès au juge. Elle casse ainsi l'arrêt de la Cour d'appel qui basait son raisonnement sur la loi la plus favorable au salarié. En effet, le droit espagnol enferme le recours du salarié dans le délai de 20 jours à compter de la réception de la lettre de licenciement, alors que le délai de forclusion prévu par la loi française était, au moment des faits, de trente ans.

La notion de « dispositions impératives » mentionnée dans la Convention de Rome a été définie par la chambre sociale dans un arrêt du 12 novembre 2002 (pourvois n° 99-45.821 et 99-45.888, Bull. 2002, V, n° 339). Ce sont « celles auxquelles la loi qui serait applicable à défaut de choix ne permet pas de déroger par contrat » (définition d'ailleurs reprise par le Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I). Dans cet arrêt, la chambre sociale avait décidé que les dispositions de la loi française concernant l'entretien préalable au licenciement et à la proposition d'une convention de conversion en cas de licenciement pour motif économique étaient « impératives » et qu'on ne pouvait y déroger par contrat.

La cour affirme donc que même si une disposition est moins favorable, elle n'est pas forcément de nature à porter atteinte à une disposition impérative. En l'espèce, la Cour explique que, le salarié n'étant pas privé du droit d'accès au juge, la loi espagnole n'a pas à être écartée au profit de la loi française. Il en résulte que les dispositions relatives au délai d'exercice de l'action ne sont pas impératives, dès lors qu'existe un droit d'accès au juge et ce, quelque soit le délai de saisine des juridictions du travail. Il s'agit là d'une interprétation restrictive de la notion de "dispositions impératives" qui exclut de l'ordre public social les règles procédurales.

En parallèle, on peut préciser que, selon l'article L. 1235-7 du code du travail, le délai pour agir en contestation de la validité d'un licenciement économique est d'un an. Qu'en outre, depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, non applicable en l'espèce, le délai d'action de droit commun, applicable au licenciement pour motif personnel, a été ramené de 30 à 5 ans.



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

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

**Twitter :** @courdecassation