

MENSUEL
DU
DROIT DU TRAVAIL



N°28
Janvier 2012



SOMMAIRE

A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL	3
B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS	13
C - SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL	26
D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL	29
E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES	32
F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL	44
G - ACTIONS EN JUSTICE	48

A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL

1. Emploi et formation

*CDD - Cas de recours utilisés

Sommaire

Il résulte de l'article L. 1242-2 du code du travail que le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié en cas d'absence. Il ne peut donc être conclu pour le remplacement de plusieurs salariés absents, que ce soit simultanément ou successivement.

Soc., 18 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 112 F - P+B

N° 10-16.926 - CA Dijon, 4 mars 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. - M. Ballouhey, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article L. 1242-2 du code du travail prévoit les cas limitatifs de recours au contrat à durée déterminée (CDD).

Il autorise notamment la conclusion d'un CDD pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire pour pourvoir au remplacement d'un salarié en cas d'absence.

En outre, l'article L. 1242-12 du code du travail impose, dans ce cas de recours, que le CDD comporte le nom et la qualification professionnelle de la personne remplacée.

En l'espèce, une salariée a été engagée en qualité d'employée de restauration à temps partiel par une société par différents contrats à durée déterminée sur une période d'un peu plus d'un an. Elle a effectué plus de vingt remplacements en ne signant que neuf CDD.

Elle a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la requalification des CDD en contrat de travail à durée indéterminée (CDI) et le paiement de diverses indemnités.

Par un arrêt confirmatif, la cour d'appel, après avoir relevé que certains des CDD concernaient le remplacement de plusieurs salariés, a ordonné la requalification du contrat de travail de la salariée en un CDI. Les juges du fond ont en effet considéré que « *Le seul fait que les contrats précisent la durée de l'absence de chacun des salariés remplacés est insusceptible d'opérer régularisation du manquement au principe sus-rappelé* [*« En vertu de l'article L. 1242-2 du code du travail, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié en cas d'absence*]».

Contestant notamment la requalification du contrat en CDI (premier moyen), la société-employeur a alors formé un pourvoi. Elle considérait que « *si le contrat de travail à durée déterminée ne peut, a priori, être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié en cas d'absence, il en va différemment lorsque le contrat est conclu pour le remplacement successif de plusieurs salariés, qu'il indique très précisément les dates de remplacement de chacun de ces salariés et qu'il comporte l'ensemble des mentions exigées par l'article L. 1242-12 du code du travail* », de sorte que la cour d'appel a violé l'article L. 1242-2 1° du code du travail.

La question posée par la présente affaire était celle de savoir s'il était possible, au regard des dispositions de l'article L.1242-2 du code du travail, de recourir à un seul CDD pour pourvoir au remplacement de plusieurs salariés absents successivement.

La chambre sociale a rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel. Elle a repris, dans un premier temps, le principe jurisprudentiel, dégagé par deux arrêts rendus le 28 juin 2006 (pourvois n° 04-40.455 et 04-43.053, *Bull.* 2006, V, n° 228), selon lequel « *le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour le remplacement d'un salarié absent* ». Elle a énoncé de façon explicite, dans un second temps, qu' « *Il ne peut donc être conclu pour le remplacement de plusieurs salariés absents, que ce soit simultanément ou successivement.* »

Il en résulte que la chambre sociale reste sur une position stricte et formaliste : le CDD ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié, peu important que les noms et qualification des salariés remplacés successivement soient précisés dans le contrat. Ainsi, en cas de remplacement de plusieurs salariés successivement ou simultanément par un salarié en CDD, il faut prévoir plusieurs CDD, un par salarié remplacé.

Cet arrêt s'inscrit dans la volonté de la Cour de cassation de limiter le recours, sous prétexte de remplacement de salariés absents, à des contrats « précaires » pour pourvoir durablement à des emplois permanents, et d'éviter les contournements de la prohibition énoncée à l'article L. 1242-1 du code du travail.

En la matière, la chambre sociale avait déjà posé les principes suivants :

- *Le contrat à durée déterminée d'un salarié embauché non pas pour remplacer un salarié déterminé mais dans le cadre général du remplacement du personnel titulaire se trouvant en congé annuel ou en arrêt de maladie, de sorte qu'il pouvait être mis un terme à son contrat de travail à tout moment, doit être requalifié en contrat à durée indéterminée.* (Soc., 24 février 1998, pourvoi n° 95-41.420, *Bull.* 1998, V, n° 98)
- *La possibilité donnée à l'employeur de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer un ou des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il en résulte que l'employeur ne peut recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.* (Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-42.632, *Bull.* 2006, V, n° 299)
- *La possibilité donnée à l'employeur de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer un ou des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il en résulte que l'employeur ne peut recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.* (Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 02-45.342, *Bull.* 2005, V, n° 21)

Il ressort du présent arrêt l'idée que le recours à un CDD pour remplacement pour absence ne doit pas permettre à un employeur d'embaucher, de façon permanente, des salariés strictement destinés à remplacer les salariés absents de l'entreprise.

**Période d'essai*

Sommaire

En considération des principes posés par la Convention internationale du travail n° 158 de l'OIT sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et de la dérogation prévue en son article 2 § 2 b, est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour débouter le salarié, auquel l'employeur a notifié un mois avant le terme de la période d'essai de six mois faisant suite à une première période de six mois, la rupture de la relation de travail, de sa demande tendant à ce qu'il soit dit que le contrat de travail a été rompu après l'expiration de la période d'essai, retient que la durée de la période d'essai fixée dans le contrat de travail de six mois renouvelable est strictement conforme aux dispositions conventionnelles applicables et que cette durée n'est pas excessive.

Soc., 11 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 74 FS - P+B+R

N° 10-17.945 - CA Montpellier, 24 mars 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Ludet, Rap. - M. Foerst, Av. Gén

Note

L'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 11 janvier 2012 lui a permis de préciser sa jurisprudence relative à la durée raisonnable d'une période d'essai.

La période d'essai, période de vulnérabilité particulière du salarié par la faculté qu'elle donne à l'employeur de rompre la relation de travail sans avoir à se plier aux règles du licenciement, fait l'objet, dans la jurisprudence de la chambre sociale, d'un encadrement strict.

S'agissant de la durée de la période d'essai, la chambre sociale élabore depuis quelques années, en s'appuyant sur des dispositions de la Convention internationale C 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 (ci-après la Convention C 158 de l'OIT), une jurisprudence particulière sur la notion de durée raisonnable.

Selon l'article 2, paragraphes 1 et 2, de la Convention C 158 de l'OIT :

« 1. La présente convention s'applique à toutes les branches d'activité économique et à tous les travailleurs salariés ;

2. Un Membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la présente convention les catégories suivantes de travailleurs salariés :

a) les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée ;

b) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ;

c) les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période. »

Il résulte de ces dispositions qu'un État peut exclure de la protection prévue par la Convention les travailleurs en cours de période d'essai à la double condition que la durée de celle-ci soit fixée à l'avance et qu'elle soit raisonnable.

Dans un arrêt du 29 mars 2006 (pourvoi n° 04-46.499, *Bull.* 2006, V, n° 131), relatif aux droits d'un salarié dont l'ancienneté était inférieure à 6 mois, la chambre sociale a reconnu le caractère directement applicable devant les juridictions nationales de l'article 1er, de l'article 2 § 2 b et de l'article 11 de la Convention C 158 de l'OIT. Cette applicabilité directe a été confirmée par un arrêt du 1^{er} juillet 2008 de la chambre sociale relatif au contrat « nouvelles embauches » (pourvoi n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 146).

En ce qui concerne la période d'essai, le souci de donner sa pleine portée aux dispositions de la Convention C 158 de l'OIT a été récemment illustré par un arrêt de la chambre sociale (Soc., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-41.359, *Bull.* 2009, V, n° 146) laquelle, au visa des « principes posés par la Convention internationale n° 158 sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et [de] la dérogation prévue en son article 2 paragraphe 2 b, ensemble [de] l'article 10 de la convention collective du Crédit agricole », a jugé « qu'est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, la durée d'un an du stage prévu par la convention collective nationale du Crédit agricole pour les agents de la classe III engagés par contrat à durée indéterminée ».

Dans la présente affaire, le salarié avait été engagé à compter du 2 novembre 2006 en qualité de directeur de magasin suivant contrat à durée indéterminée prévoyant, conformément aux dispositions de la convention collective nationale du commerce de gros et de détail à prédominance alimentaire, une période d'essai de six mois renouvelable une fois. La période d'essai avait été renouvelée le 30 avril 2007 suivant lettre de l'employeur signée le même jour par le salarié, puis l'employeur avait notifié au salarié le 22 octobre 2007 la rupture de sa période d'essai.

L'arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 24 mars 2010 frappé de pourvoi a débouté le salarié de sa demande tendant à ce qu'il soit dit que le contrat de travail a été rompu après l'expiration de la période d'essai, en considérant que la durée de la période d'essai fixée dans le contrat de travail de six mois renouvelable était strictement conforme aux dispositions conventionnelles applicables et que cette durée n'était pas excessive (eu égard non seulement à la qualification professionnelle du salarié mais également à la finalité de la période d'essai qui est de permettre l'évaluation de ses compétences, de sa capacité à diriger, à prendre en main la gestion d'un magasin dans son ensemble et à « manager » l'ensemble du personnel).

Dans sa décision du 11 janvier 2012, la Cour de cassation casse cet arrêt, jugeant, au visa « des principes posés par la Convention internationale n° 158 sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et [de] la dérogation prévue en son article 2 paragraphe 2 b », « qu'est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an ».

Donc, pour la chambre sociale, une période d'essai d'un an contractuellement prévue en conformité avec la convention collective applicable est déraisonnable, qu'elle soit fixée à cette durée initialement, ou par le renouvellement d'une période de six mois.

On doit observer que la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 a, à la suite de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, donné un cadre législatif à la période d'essai au travers des dispositions des articles L. 1221-19 et suivants du code du travail.

Selon l'article L. 1221-19, « le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est : 1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ; 2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ; 3° Pour les cadres, de quatre mois ». Et selon l'article L. 1221-21, « la période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement. La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser : 1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ; 2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ; 3° Huit mois pour les cadres. »

Cet encadrement législatif, récemment introduit, n'était pas applicable pour la résolution du litige qui a donné lieu l'arrêt du 11 janvier 2012.

2 - Droits et obligations des parties au contrat de travail

**Clause de non-concurrence*

Sommaire

La stipulation minorant en cas de démission la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence doit être réputée non écrite.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, en application de cette stipulation, réduit l'indemnité de non-concurrence revenant à un salarié dont la prise d'acte a produit les effets d'une démission.

Soc, 25 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 247 FS-P+-B

N° 10-11.590 - C.A. Versailles, 25 novembre 2009

Mme Mazars, f. f. Pt. - M. Becuwe, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

**Mesures discriminatoires*

Sommaire

Ayant rappelé qu'en vertu de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe ou de son apparence physique, la cour d'appel a relevé que le licenciement du salarié, employé comme chef de rang dans un restaurant, avait été prononcé au motif, énoncé dans la lettre de licenciement, que "votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes", ce dont il résultait qu'il avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe. Ayant constaté que l'employeur ne justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, elle a pu en déduire que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire.

Soc., 11 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 177 FS - P+B

N° 10-28.213 - CA Montpellier, 27 octobre 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Un salarié engagé selon un contrat à durée indéterminée en qualité de chef de rang a été licencié par son employeur pour avoir refusé d'ôter pendant le service les boucles d'oreilles qu'il portait.

Il a saisi la juridiction prud'homale pour contester la licéité de son licenciement.

Par un arrêt infirmatif, la cour d'appel a dit le licenciement nul et de nul effet et a condamné la société-employeur à payer au salarié une somme à titre de dommages et intérêts.

Après avoir relevé qu'il résultait des termes de la lettre de licenciement (« *votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes* ») que celui-ci avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe et constaté que « *l'employeur ne justifiait pas sa décision d'imposer au salarié d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* », les juges du fond ont en effet considéré que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire.

Estimant que « *ne constitue pas une discrimination le pouvoir de l'employeur d'imposer à un salarié des contraintes vestimentaires si elles sont justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché* », la société-employeur a formé un pourvoi en cassation. Elle soutenait en effet que le port de boucles d'oreilles pendant la durée du service dans un restaurant gastronomique était incompatible avec les fonctions et les conditions de travail d'un chef de rang, de sorte que la cour d'appel avait violé ensemble les dispositions des articles L. 1121-1 et L. 1132-1 du code du travail.

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

Aux termes de l'article L. 1132-1 du même code, « (...) *aucun salarié ne peut être (...) licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte (...) en raison de (...) son sexe, (...) de son apparence physique (...)* ». En outre, l'article L. 1134-1 du code du travail régissant le mécanisme de l'action en justice en la matière prévoit « *qu'il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination* ». Enfin, en application de l'article L. 1132-4 du même code, la violation de ce principe de non-discrimination est sanctionnée par la nullité de la disposition ou de l'acte discriminatoire pris à l'égard d'un salarié.

En l'espèce, il était question de s'interroger sur la licéité du licenciement et de déterminer si l'on doit se placer sur le terrain de la prohibition du licenciement discriminatoire (article L. 1132-1 du code du travail), comme l'ont fait les juges du fond, ou sur celui du principe de l'inviolabilité des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives du salarié (posé par l'article L. 1121-1 du code du travail), comme le soutient la société-employeur demandeur au pourvoi.

La chambre sociale a décidé que l'article L.1132-1 du code du travail était applicable au litige, et a dit que le moyen, inopérant en ce qu'il se fondait sur l'article L. 1121-1 du code du travail, n'était pas fondé.

Elle a rejeté ainsi le pourvoi formé par la société-employeur et a entériné le raisonnement de la cour d'appel, qui après avoir relevé, en se fondant sur les termes de la lettre de licenciement, que le licenciement avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe, et constaté que l'employeur ne justifiait pas sa décision par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination au sens de l'article L. 1134-1 du code du travail, en avait déduit que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire.

La chambre sociale retient, dans cette affaire, la caractérisation de la discrimination fondée sur l'apparence physique rapportée au sexe. Elle admet, dans ce cas d'espèce précis (après s'être référée à la lettre de licenciement qui fixe les termes du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié), qu'un licenciement prononcé pour refus du salarié chef de rang dans un restaurant gastronomique d'obtempérer à l'ordre de son employeur de ne pas porter de boucles d'oreilles pendant ses heures de travail peut avoir pour cause l'apparence physique ou le sexe (cas de motif discriminatoire prévu par l'article L. 1132-1 du code du travail) s'il n'est pas justifié par des éléments étrangers à toute discrimination. Ainsi le grief spécifique d'avoir pour un homme une tenue inadaptée est susceptible de caractériser une discrimination.

Si, dans cette espèce, la chambre sociale s'est placée sur le terrain de la prohibition de la discrimination en raison des termes employés dans la lettre de licenciement, on peut néanmoins rappeler qu'elle a déjà eu l'occasion de trancher des litiges relatifs au port d'une tenue vestimentaire sur le lieu de travail « incompatible » avec les fonctions exercées. Dans ces litiges, il n'y avait pas été fait de rapport entre la tenue vestimentaire et l'apparence physique ou le sexe, si bien que la chambre sociale se situait sur le terrain de l'exercice de la liberté vestimentaire.

- Dans un arrêt diffusé (Soc., 12 novembre 2008, pourvoi n°07-42.220), la chambre sociale avait décidé, à propos d'un salarié licencié en raison du port d'un bermuda sous sa blouse de travail, « (...) qu'en vertu de l'article L. 120-2 devenu L. 1121-1 du code du travail, un employeur peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires si elles sont justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché (...) » ; et qu'en l'espèce il résultait des « (...) énonciations tant du jugement du conseil de prud'hommes que de l'arrêt confirmatif (...) que la tenue vestimentaire du salarié était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail qui pouvaient le mettre en contact avec la clientèle (...). »

- Dans un arrêt publié (Soc., 6 novembre 2001, pourvoi n° 99-43.988, Bull. 2001, V, n°337), la chambre sociale a dit « que s'il est exact que la restriction de la liberté individuelle de se vêtir doit être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, la cour d'appel, qui a constaté que la salariée était en contact avec la clientèle de l'agence immobilière, a pu décider que la décision de l'employeur de lui interdire de se présenter au travail en survêtement était justifiée. »

**Discriminations entre salariés*

Sommaire

Un salarié employé successivement comme ouvrier puis cadre ayant fait liquider sa retraite avant le 1er janvier 1999 et se plaignant d'une inégalité de traitement au motif que la retraite versée au titre de ses droits en tant qu'ouvrier ne comporte pas de majoration familiale, la cour d'appel retient à bon droit que la différence de traitement alléguée ne résultait pas d'un manquement de l'employeur ou de la caisse interprofessionnelle paritaire des salariées au principe de l'égalité de traitement mais trouvait sa cause dans la diversité et l'autonomie des régimes de retraite complémentaire relevant d'organismes distincts et l'évolution de la norme juridique applicable.

Soc., 11 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 179 FS - P+B

N° 10-15.806 - CA Aix-en-Provence, 27 janvier 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Un salarié qui a été employé par une société d'abord en qualité d'ouvrier puis de cadre a fait valoir ses droits à la retraite avant le 1^{er} janvier 1999 et a bénéficié d'une retraite versée à la fois par la Caisse interprofessionnelle de prévoyance des cadres (CIPC) et par la Caisse interprofessionnelle paritaire des salariés (CIPS).

Ayant élevé quatre enfants, le salarié a bénéficié d'une majoration familiale pour la retraite versée par la CIPC. En revanche, la retraite versée au titre de ses droits en tant qu'ouvrier ne comporte pas la majoration familiale.

Il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande dirigée contre son employeur et, subsidiairement, contre le CIPS et un courtier en assurances, en paiement d'une somme à titre de dommages et intérêts pour discrimination.

Par un arrêt confirmatif, la cour d'appel a débouté le salarié de sa demande, après avoir retenu que la différence de traitement invoquée ne résultait pas d'un manquement de l'employeur ou de la CIPS au principe de l'égalité de traitement mais trouvait sa cause dans la diversité et l'autonomie des régimes de retraite complémentaire relevant d'organismes distincts et l'évolution de la norme juridique applicable.

Le salarié a alors formé un pourvoi soutenant que la cour d'appel avait méconnu le principe de l'égalité de traitement en écartant sa demande qui invoquait une discrimination, et ainsi violé l'article 1^{er} du protocole additionnel n°12 à la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble les articles 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La chambre sociale a donc dû se prononcer sur la question de savoir si le fait qu'une caisse de retraite de cadres verse une majoration familiale alors qu'une caisse de retraite de salariés ne le prévoit pas est susceptible de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement.

La chambre sociale a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel. Elle a décidé que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que la différence de traitement dont se plaignait M. X [le salarié] ne résultait pas d'un manquement de l'employeur ou de la CIPS au principe de l'égalité de traitement mais trouvait sa cause dans la diversité et l'autonomie des régimes de retraite complémentaire relevant d'organismes distincts et l'évolution de la norme juridique applicable* ».

La Cour de cassation considère que les différences de prestations proposées par les régimes de retraite complémentaire ne constituent pas, en elles-mêmes, une discrimination prohibée. On a pu relever dans cette espèce que tous les salariés adhérents à la CIPS qui avaient fait valoir leurs droits à la retraite avant le 1^{er} janvier 1999 étaient dans la même situation.

Cet arrêt s'inscrit en cohérence avec la jurisprudence antérieure établie par la chambre sociale. Dans un arrêt rendu le 11 mai 2011 (pourvoi n° 99-20.420, *Bull.* 2001, V, n° 163), la chambre sociale avait en effet dégagé le principe suivant : « *l'existence de régimes de sécurité sociale différents en fonction de la profession exercée par les assurés ne constitue pas une discrimination dans la jouissance des droits sociaux dès lors que toutes les personnes exerçant une activité professionnelle déterminée dans les mêmes conditions sont affiliées au même régime.* »

**Harcèlement moral*

Sommaire

Le fait pour un salarié d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles constitue un harcèlement sexuel même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui, ayant retenu que le fait reproché à un directeur d'agence d'avoir organisé un rendez-vous avec une collaboratrice placée sous ses ordres pour un motif professionnel en dehors des heures de travail et de l'avoir entraînée à cette occasion dans une chambre d'hôtel était établi, décide que ce comportement, constitutif de harcèlement sexuel, caractérise une faute grave.

Soc, 11 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 181 FS-P+-B

N° 10-12.930 - C.A. Besançon, 13 novembre 2009

M. Lacabarats, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

La présente affaire a été l'occasion pour la chambre sociale de préciser sa jurisprudence relative au harcèlement sexuel et la notion de faits relevant de la vie personnelle.

Tout comme le harcèlement moral, le harcèlement sexuel au sein de l'entreprise est prévu et réprimé par le code du travail. En matière pénale, par décision du 4 mai 2012, le Conseil

constitutionnel a abrogé le délit de harcèlement sexuel prévu par l'article 222-33 du code pénal au motif que les dispositions de cet article méconnaissaient le principe de légalité des délits et des peines et devaient être déclarées contraires à la Constitution (décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012).

L'article L. 1153-1 du code du travail définit le harcèlement sexuel comme « *les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers.* »

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations précise la notion de harcèlement sexuel en interdisant tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation définit le harcèlement comme « *les agissements de la personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur un salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers* » (Soc, 5 mars 2002, pourvoi n° 00-40.717, Bull. 2002, V, n° 83).

Dans la présente affaire, un salarié avait organisé un rendez-vous avec une collaboratrice placée sous ses ordres, pour un motif professionnel, en dehors des heures de travail et l'avait entraînée à cette occasion dans une chambre d'hôtel.

La cour d'appel avait décidé que ce comportement était constitutif de harcèlement sexuel et caractérisait une faute grave rendant impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise.

Au soutien de son pourvoi en cassation, le salarié faisait valoir qu'un fait de la vie privée ne pouvait donner lieu à une sanction disciplinaire ; qu'une rencontre, fût-ce entre un salarié de niveau cadre et l'une de ses salariées subordonnées, en dehors du temps et du lieu du travail, dans une chambre d'hôtel, dans laquelle la salariée s'était rendue sciemment et librement après que, selon ses propres dires, elle eut pourtant entendu l'autre personne demander à la réception de l'hôtel une chambre pour la nuit, constitue un fait de la vie privée, insusceptible de justifier une sanction disciplinaire.

La chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision de la cour d'appel en rappelant que le fait pour un salarié d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles constitue un harcèlement sexuel ; elle vient y ajouter une précision : « *même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail.* »

Cet arrêt se situe dans la continuité de la jurisprudence de la Cour relative à la frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié : tout d'abord, si en principe il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière (Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 89-44.605, Bull. 1991, V, n° 512). Ensuite, lorsque les faits invoqués sont en rapport avec l'activité professionnelle du salarié, ils ne revêtent pas un caractère privé et peuvent être retenus au soutien d'une procédure disciplinaire (Soc, 2 février 2011, pourvoi n° 09-72.449).

Ainsi dans un arrêt récent du 19 octobre 2011, la chambre sociale avait décidé que « *les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées d'un salarié à l'égard de personnes avec lesquelles il est en contact en raison de son travail, ne relèvent pas de la vie personnelle. Encourt la censure l'arrêt qui, relevant que les messages électroniques et les propos à caractère sexuel ont été adressés par le salarié à ses collègues féminines à l'heure du déjeuner et lors de*

soirées organisées après le travail en déduit que de tels faits relèvent de sa vie personnelle et écarte la qualification de harcèlement sexuel. » (Soc., 19 octobre 2011, pourvoi n° 09-72.672, Bull. 2011, V, n° 236)

Il convient de noter que la Cour de cassation exerce, depuis un arrêt du 27 octobre 2004, un contrôle sur la qualification de harcèlement par les juges du fond (Soc., 24 septembre 2008, V, n° 06-46.517, Bull. 2008, V, n° 177).

**Pouvoir de direction de l'employeur*

Sommaire

Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence.

Viola l'article L. 1222-4 du code du travail la cour d'appel qui refuse de rétracter une ordonnance sur requête rendue en application de l'article 145 du code de procédure civile désignant un huissier de justice aux fins de visionner les enregistrements des caméras de vidéosurveillance placées à l'entrée de la société cliente, qui permettaient le contrôle des heures d'arrivée et de départ sur le lieu du travail des salariés sans qu'ils en aient été informés.

Soc., 10 janvier 2012

CASSATION

Arrêt n° 149 FS - P+B

N° 10-23.482 - C.A. Angers, 8 juin 2010

M. Lacabarats, Pt. - Mme Grivel, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Une société de nettoyage affecte ses salariés sur le site d'une société cliente qui a installé à l'entrée de ses locaux un système de vidéosurveillance dont ses propres salariés sont informés. Les salariés de la société de nettoyage ayant saisi le conseil de prud'hommes d'une demande portant sur des primes d'habillement, l'employeur a obtenu du président du tribunal de grande instance une ordonnance sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, aux fins de visionner les enregistrements vidéo du système de la société cliente et de comparer ces enregistrements aux déclarations du personnel. Les salariés ont formé pourvoi contre l'arrêt confirmatif de la cour d'appel.

La loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 a limité le pouvoir de contrôle de l'employeur, compris dans son pouvoir de direction. Elle a à la fois assuré le respect des libertés individuelles (article L. 1121-1 du code du travail) et posé le principe de la loyauté des preuves (articles L. 1222-4 et L. 1221-9 du même code).

Sur ces fondements, la jurisprudence affirme constamment que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés* » (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-41.401, Bull. 2005, V, n° 333).

Cette affirmation vaut pour tout procédé de surveillance : celle effectuée par des détectives privés (cas de l'arrêt du 25 novembre 2005), mais aussi pour le recours à une société de surveillance (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.219, Bull. 2001, V, n° 167), ou à un procédé de vidéosurveillance (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.866, Bull. 2006, V, n° 206).

Cependant, la solution est plus nuancée lorsque le système de surveillance mis en place (souvent constitué par une vidéosurveillance) concerne en premier lieu des locaux ou des entrepôts où les salariés ne sont pas destinés à travailler. Ainsi, la Cour a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu comme moyen de preuve l'enregistrement de vidéosurveillance dont l'existence n'avait pas été portée préalablement à la connaissance des salariés par l'employeur, et qui établissait des faits de vol à l'encontre d'un salarié, alors que le procédé de surveillance assurait la protection de biens : il concernait un entrepôt de marchandises de l'entreprise, entrepôt qui n'était pas un lieu d'activité des salariés (Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28). De même, la preuve par enregistrement vidéo a été déclarée licite à l'égard de salariés qui œuvraient chez une entreprise cliente. Celle-ci avait mis en place une caméra de surveillance pour la protection extérieure de ses locaux, dans lesquels les salariés n'avaient pas à pénétrer, et l'employeur informé de cette mise en place n'en avait pas avisé ses salariés (Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-46.295, *Bull.* 2005, V, n° 141).

Les faits de la présente décision présentent une similitude avec ceux de l'arrêt du 19 avril 2005, en ce que le système de vidéosurveillance est installé chez un client de l'entreprise. Mais ce système concernait en l'espèce non plus la protection de biens et de locaux d'entrepôt, mais les lieux où ses propres salariés et ceux de l'entreprise cliente exerçaient leur activité professionnelle. La chambre sociale réaffirme à cette occasion qu'en ce qui concerne l'exercice de l'activité professionnelle, le principe de l'information préalable des salariés est une condition de validité de la preuve par procédé de surveillance.

B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS

1- Durée du travail, repos et congés

**Durée du travail des cadres*

Sommaire

Les trois critères cumulatifs énoncés à l'article L. 3111-2 du code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants au sens de ce texte les cadres participant à la direction de l'entreprise.

Soc., 31 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 271 FS - P+B+R

N° 10-24.412 - CA Toulouse, 30 juin 2010

Mme Mazars, f.f Pt. - Mme Goasguen, Rap. - M. Legoux, Av. Gén.

Note

Cet arrêt vient préciser la notion de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail (ancien article L. 212-15-1 du code du travail), qui exclut cette catégorie de la législation sur la durée du travail.

Selon ce texte, sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant « les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ».

La chambre sociale a eu maintes fois l'occasion de préciser que les trois critères qui se dégagent de cette définition légale sont cumulatifs et qu'il appartient au juge, pour se déterminer, de vérifier

précisément les conditions réelles d'emploi du salarié concerné sans s'en tenir aux définitions conventionnelles (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-46.208, *Bull.* 2009, V, n° 12).

Pourtant, le contentieux relativement abondant auquel donne lieu la qualification de cadre dirigeant témoigne d'une certaine difficulté de positionnement de cette catégorie de cadre, entre le dirigeant de l'entreprise auquel il rend compte de son activité dans des conditions qui doivent être compatibles avec les responsabilités qu'il exerce et l'autonomie de décision qui en est le corollaire (pour une illustration, Soc., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-41.552) et le cadre éligible au forfait en jours, autonome dans l'accomplissement de ses missions et dans l'organisation de son travail.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 31 janvier 2012, la salariée occupait les fonctions de « responsable collection hommes » dans une entreprise relevant de l'industrie de l'habillement. Lors du litige consécutif à son licenciement, elle a réclamé un rappel de salaire pour heures supplémentaires.

Pour accueillir sa demande, la cour d'appel avait retenu que si la salariée remplissait les conditions explicitement posées par la loi (haut niveau de responsabilité, très grande autonomie dans l'organisation de son temps de travail, niveau élevé de rémunération), il n'apparaissait pas qu'elle « était associée à la direction de l'entreprise ».

Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir ajouté aux trois critères de l'article L. 3111-2 du travail une condition – « être suffisamment associé à la direction de l'entreprise » – non prévue par le texte.

L'article L. 212-15-1 du code du travail issu de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 (dite « loi Aubry 2 ») – qui, la première, a pris en compte la spécificité des cadres en instituant notamment les forfaits en jours –, codifié à l'article L. 3111-2 du code du travail par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail, ne faisait que consacrer une jurisprudence bien établie selon laquelle les cadres de haut niveau dont « les responsabilités [...] impliquent une indépendance dans l'exécution du travail » ne relèvent pas de la législation sur la durée du travail (Soc., 27 mai 1992, pourvoi n° 89-40.257 ; voir aussi Crim., 14 décembre 1993, pourvoi n° 93-81.404, *Bull. crim.* 1993, n° 387 ; Soc., 19 mars 2003, pourvoi n° 01-42.305).

Cette jurisprudence procédait de l'idée qu'à partir d'un certain niveau de responsabilité, le cadre ne répond pas de son temps de travail. Il est rémunéré en fonction des missions qui lui sont dévolues et non du temps qu'il y consacre, cette déconnexion du salaire et du temps de travail ayant pour corollaires une grande liberté dans l'organisation de son emploi du temps et un niveau très élevé de rémunération.

C'est bien dans cet esprit que se situe l'article L. 3111-2 du code du travail en excluant purement et simplement le cadre dirigeant de la réglementation de la durée du travail, des repos et des jours fériés. Une exclusion à ce point inhérente aux fonctions exercées que, contrairement aux dispositifs des forfaits en heures ou en jours institués par la même loi, elle ne nécessite le relais ni de l'accord collectif, ni du contrat de travail.

Il reste qu'en raison du caractère d'ordre public de la législation sur la durée du travail et de son lien direct avec la santé et la sécurité des salariés, cette exclusion ne peut s'accommoder que d'une acception restrictive de la notion de cadre dirigeant.

Les intentions du législateur de 2000 étaient à cet égard très claires : le rapport de l'Assemblée nationale n° 1826 sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail indiquait à cet égard que la catégorie des cadres dirigeants « vise ces salariés bien particuliers qui ont un rôle d'employeur et le représentent souvent en matière sociale ou autre. [Le cadre dirigeant] peut par exemple présider le comité d'entreprise à la place du chef d'entreprise ; il assume la responsabilité pénale. Cette particularité, comme le fait que ne soit pas visée dans l'article L. 212-15-1 la catégorie des cadres dits "supérieurs", invite donc à se limiter au premier cercle autour du

dirigeant, comme le font nombre de conventions collectives de branche (exemple de la chimie). Dans les organigrammes des entreprises de moyenne et de grande importance, ces personnes devraient être par définition un très petit nombre. Elles semblent se situer dans le premier cercle concentrique de pouvoir entourant le chef d'entreprise. »

Cette acception du cadre dirigeant se retrouve dans la motivation de la cour d'appel lorsqu'elle met au premier rang des conditions requises pour relever de cette catégorie celle de « diriger l'entreprise » et s'en explique ainsi : « Ni l'autonomie de décision dans son domaine de responsabilité, ni la liberté de gestion de son temps de travail, ni même le niveau de rémunération ne sont le privilège exclusif des cadres de direction. » (CA Toulouse, arrêt n° 09/02041). C'est donc la condition « diriger l'entreprise », et elle seule, qui semble faire la différence pour la cour d'appel.

Il est vrai que la circonstance qu'un cadre soit autonome dans la conduite de sa mission, totalement libre dans l'organisation de son travail, et que sa rémunération atteigne des sommets inégalés, ne fait pas de l'intéressé un cadre dirigeant.

On comprend bien que, sans constituer à proprement parler un critère supplémentaire, la participation à la direction de l'entreprise est induite par la notion même de cadre dirigeant telle qu'elle est caractérisée par le texte.

C'est ce qui conduit la chambre sociale à rejeter le pourvoi en précisant que les trois critères cumulatifs énoncés à l'article L. 3111-2 du code du travail « impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise. »

**Modulation du temps de travail*

Sommaire

L'article L. 322-4-7 I alinéa 7, devenu L. 5134-26 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, n'autorise pas l'employeur à faire varier la durée hebdomadaire du travail sur tout ou partie de la période couverte par le contrat d'accompagnement dans l'emploi; il en résulte que la clause contractuelle prévoyant une telle modulation est inopposable au salarié.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui rejette les demandes du salarié tendant au paiement d'un rappel de salaire au titre d'heures complémentaires et supplémentaires, au motif que le contrat d'accompagnement dans l'emploi qu'il avait conclu avec un établissement public administratif, prévoyait une modulation de la durée hebdomadaire de travail sur l'année alors qu'une telle clause était inopposable au salarié et qu'il appartenait à la cour d'appel, s'agissant d'un contrat de droit privé, de décompter les heures de travail par semaine conformément aux dispositions du code du travail sur la durée du travail.

Soc., 25 janvier 2012

Arrêt n° 249 FS-P+B

N° 09-42.985 - C.A. Reims, 14 janvier 2009

Mme Mazars, f. f. Pt. – Mme Mariette, Rap. – Mme Taffaleau, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

Une personne a été engagée par un lycée d'enseignement général technologique agricole dans le cadre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi, à temps partiel (28 heures) puis à temps complet pour l'exécution de tâches de technicien et d'animateur informatique. Le contrat prévoyait que sa rémunération serait calculée sur la base de 28 heures puis 35 heures hebdomadaires, et que cette durée pourrait être modulée sur l'année. Le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour

obtenir paiement d'un rappel de salaire. Il soutenait que la modulation lui était inopposable, de sorte que toutes les heures travaillées, chaque semaine, au-delà de la durée de 28 puis 35 heures, devaient lui être réglées en heures complémentaires et supplémentaires.

La cour d'appel a débouté le salarié de sa demande en paiement de rappel de salaire au titre d'heures supplémentaires, considérant notamment que le contrat de travail prévoit « *qu'une modulation du temps de travail est possible* ».

Pour censurer la décision de la cour d'appel, la chambre a rappelé que l'article L. 322-4-7 I, alinéa 7 (devenu L. 5134-26) du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 17 mars 2005 n'autorise pas l'employeur à faire varier la durée hebdomadaire du travail sur tout ou partie de la période couverte par le contrat d'accompagnement dans l'emploi. Elle en a déduit qu'une clause contractuelle prévoyant une telle modulation est inopposable au salarié.

La nouvelle rédaction de l'article L. 5134-26 issue de la loi du 1^{er} décembre 2008 prévoit la possibilité de moduler la durée du travail dans le contrat d'accompagnement dans l'emploi.

**Temps partiel - temps complet*

Sommaire

En application du principe de l'égalité de traitement entre les salariés à temps partiel et les salariés à temps complet édicté par l'article L. 3123-11 du code du travail, les jours ouvrables de congés supplémentaires pour ancienneté doivent être décomptés de la même manière que les jours de congés des salariés à temps complet, sur les six jours ouvrables de la semaine. Si le point de départ des congés est un jour ouvré pour le salarié concerné, le congé conventionnel s'applique sur une période de six jours, peu important qu'ils soient ouvrables ou ouvrés. Il n'en va autrement que pour les congés revêtant un caractère compensatoire et pour ceux qui sont accordés dans une entreprise où le décompte des jours de congés de toute nature est effectué en jours ouvrés.

En l'espèce, l'accord d'entreprise applicable, s'il globalise l'imputation des droits à absence rémunérée et impose des décomptes bloqués sur la semaine entière, écarte de ce dispositif la récupération d'un jour férié, le repos décalé du dimanche, la prise d'un repos compensateur légal ou de remplacement, lesquels ne peuvent s'effectuer que sur un jour ouvré. Dès lors que cette disposition conventionnelle s'applique de la même façon à tous les salariés, elle ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement.

En conséquence, encourt la censure pour violation de la loi, le jugement qui a fait droit à la demande des salariés de voir placer tous les jours de congés d'ancienneté et de repos supplémentaires sur les seuls jours ouvrés sans constater que les jours de repos supplémentaires litigieux avaient la nature d'un congé de remplacement à vocation compensatrice, lesquels pouvaient seuls être décomptés sur des jours durant lesquels il est normalement prévu que le salarié travaille.

Soc., 31 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 270 FS - P+B

N° 10-30.935 à 10-30.987 - Conseil de Prud'hommes Meaux, 4 mai 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Legoux, Av. Gén.

Note

1. Le principe d'égalité de traitement entre salariés à temps partiel et salariés à temps complet énoncé à l'article L. 3123-11 (ancien article L.121-4-5) du code du travail s'applique au décompte de la durée d'absence pour congés payés ou congés supplémentaires, notamment pour ancienneté.

Il en résulte que le salarié à temps partiel a droit à un congé dont la durée ne doit pas être réduite à proportion de l'horaire de travail, mais être égale à celle d'un salarié à temps plein, la différence entre les deux catégories de salariés se situant au niveau de la rémunération des congés (Soc. 22 février 2000, pourvoi n° 97-43515, bull.civ. 2000, V, n°74 ; 10 mai 2001, pourvoi n° 99-42566 ; 17 juillet 2001, pourvoi n° 99-45105 ; 10 mars 2004, pourvoi n° 01-45069; 23 mai 2009, pourvoi n° 07-44609).

Pour les salariés à temps partiel comme pour ceux à temps plein, le décompte des jours d'absence s'effectue en principe sur les six jours ouvrables de la semaine (Soc. 5 mars 2003, pourvoi n° 00-46223 ; 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-41746 ; 16 mai 2007, pourvoi n° 06-41468).

Et ce sans distinction selon que les jours ouvrables sont ou non travaillés ou non (Soc. 16 juin 2004, pourvoi n° 02-44981 ; 23 juin 2004, pourvoi n° 03-40452) à moins que les congés dans l'entreprise ne soient calculés en jours ouvrés, auquel cas les congés des salariés à temps partiel doivent être imputés sur leurs jours de travail effectif (Soc. 23 avril 1997, pourvoi n° 94-40758 ; 17 mars 1999, pourvoi n° 96-45167, bull.civ. 1999, V, n° 130, p. 94).

Ainsi, le calcul du nombre de jours de congés pris par le salarié à temps partiel doit s'effectuer sans se borner à retenir les seuls jours où il devait effectivement travailler. Dans le cas où le point de départ de ces congés est le premier jour où l'intéressé aurait dû travailler s'il n'était pas parti en congé, il y a lieu de décompter dans le nombre de jours de congés les jours ouvrables jusqu'à la reprise du travail.

C'est dans cette ligne jurisprudentielle que s'insère en premier lieu l'arrêt rapporté.

2. Mais cette même décision se prononce aussi, en second lieu, sur la question de l'égalité de traitement en présence d'un accord collectif procédant à la "globalisation" du décompte des congés.

En l'occurrence, l'accord d'entreprise concerné prévoit, d'une part, qu' "*En début de période annuelle de décompte, les droits à congés payés, congés d'ancienneté, repos supplémentaires, congé supplémentaire pour fractionnement, de chaque salarié sont globalisés. Ce journées sont prises par semaine entière, soit par fraction de 6 jours ouvrables*"; d'autre part, que "*La récupération d'un jour férié, le repos décalé du dimanche travaillé, la prise d'un repos compensateur légal ou de remplacement, ne peut s'effectuer que sur un jour ouvré et ne peut en aucun cas se substituer au jour de repos hebdomadaire (...)*".

Les salariés à temps partiel travaillant seulement certains jours de la semaine peuvent-ils, au nom de l'égalité de traitement, s'opposer à ce regroupement des jours de congés en revendiquant le droit de prendre leurs congés conventionnels de manière *fractionnée*, sur les jours de la semaine au cours desquels ils travaillent?

Un précédent arrêt de la chambre sociale avait laissé entendre qu'il convenait de "distinguer d'une part les congés payés et droits assimilables, qui conduisent à des absences en jours ouvrables, voire ouvrés, qui sont rémunérées au moyen d'une indemnité représentant au minimum 10 % des salaires perçus l'année de référence, et d'autre part les jours de repos rémunérés à vocation compensatrice qui ne peuvent être décomptés que sur des jours durant lesquels il est normalement prévu que le salarié travaille" (Soc. 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-46158).

Le présent arrêt reprend cette distinction à son compte.

Pour écarter la critique tirée par les salariés d'une atteinte au principe de l'égalité de traitement découlant de la globalisation litigieuse, il relève que la disposition de l'accord collectif s'applique de la même façon à tous les salariés.

Il reste que pour satisfaire à ce principe, les jours de récupération des jours fériés, le repos décalé du dimanche et la prise d'un repos compensateur légal ou de remplacement doivent, s'agissant d'un salarié à temps partiel comme pour un salarié à temps complet être pris un jour ouvré.

**Convention de forfait jours*

Sommaire

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ainsi que l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui se réfère à la Charte sociale européenne révisée ainsi qu'à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 garantissent le droit à la santé et au repos de tout travailleur.

En application de l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, tant journaliers qu'hebdomadaires, telles que définies par le code du travail et selon les Directives communautaires de 1993 et 2003, dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

Ne respectent pas ces principes les stipulations non étendues de l'article 12 de l'accord-cadre du 8 février 1999 sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique qui, dans le cas de forfait en jours, ne déterminent pas les modalités et les caractéristiques principales des conventions susceptibles d'être conclues mais renvoient à la convention écrite conclue avec le salarié concerné le soin de fixer les modalités de mise en œuvre et de contrôle du nombre de jours travaillés ainsi que la nécessité d'un entretien annuel du cadre avec sa hiérarchie, et les stipulations de l'accord d'entreprise, qui se bornent à affirmer que les cadres soumis à un forfait en jours sont tenus de respecter la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire.

La cour d'appel aurait dû en déduire que la convention de forfait en jours était privée d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont elle devait vérifier l'existence et le nombre.

Soc, 31 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 276 FS-P+-B+R

N° 10-19.807 - C.A. Chambéry, 30 septembre 2008

Mme Mazars, f. f. Pt. - Mme Ducloz, Rap. - M. Legoux, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt, rendu par la chambre sociale le 31 janvier 2012, s'inscrit dans le droit fil de la décision du 29 juin 2011 (pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181) par laquelle elle statuait sur les conditions de validité du forfait en jours.

Le salarié, soumis à une convention de forfait en jours, soutenait en effet en l'espèce qu'ayant travaillé au-delà de la durée maximale quotidienne, il était fondé à réclamer le paiement des heures supplémentaires effectuées. La cour d'appel avait rejeté ces prétentions.

C'est cette décision que casse la chambre sociale par un moyen soulevé d'office, montrant ainsi qu'elle entend, conformément aux principes dégagés dans son arrêt du 29 juin 2011, apprécier la validité d'une convention de forfait en jours au regard de l'ensemble du dispositif légal et conventionnel applicable.

La chambre sociale examine en effet d'office tant l'accord de branche applicable au litige, à savoir l'accord-cadre du 8 février 1999 sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique, que l'accord d'entreprise.

Elle constate, d'une part, que les stipulations de l'article 12 de l'accord-cadre – qui n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'un arrêté d'extension en ce qu'elles sont contraires à la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite « loi Aubry II » imposant que l'accord collectif « détermine les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues » –, renvoient à la convention écrite conclue avec le salarié concerné le soin de fixer les modalités de mise en oeuvre et de contrôle du nombre de jours travaillés ainsi que la nécessité d'un entretien annuel d'activité du cadre avec sa hiérarchie, d'autre part, que les stipulations de l'accord d'entreprise se bornent à affirmer que les cadres soumis à un forfait en jours sont tenus de respecter la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire.

Elle en déduit que ni l'accord collectif, ni l'accord d'entreprise, ne contiennent des mesures concrètes d'application des conventions de forfait en jours de nature à assurer le respect des règles impératives relatives à la durée du travail et aux temps de repos, et qu'ils ne sont dès lors pas conformes aux exigences tant de l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946, qu'aux normes sociales européennes visées par l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux Directives de l'Union européenne en matière de temps de travail.

Elle décide, en conséquence, et conformément à la solution qu'elle avait dégagée dans son arrêt du 29 juin 2011 précité, que la convention de forfait en jours est privée d'effet, et que le salarié peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont la cour d'appel aurait dû vérifier l'existence et le nombre.

Sommaire

Les conventions individuelles de forfait doivent être passées par écrit.

Ne constitue pas l'écrit requis le seul renvoi général fait dans le contrat de travail à l'accord d'entreprise relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail.

Soc., 31 janvier 2012

Arrêt n° 275 FS-P+B

N° 10-17.593 - C.A. Lyon, 17 mars 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. – Mme Ducloz, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

Une personne a été engagée par une société en qualité de responsable des ressources humaines, statut cadre.

Le contrat de travail prévoyait une période d'essai de trois mois renouvelable une fois.

L'employeur a rompu la période d'essai.

Contestant la rupture du contrat de travail et soutenant l'existence d'un licenciement disciplinaire, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes dont une portant sur le paiement d'une certaine somme au titre des heures supplémentaires.

La cour d'appel l'a débouté de cette demande. Elle a retenu « *que, concernant la durée du travail, les parties se sont, à l'article 6 du contrat de travail, référées à l'accord d'entreprise du 28 décembre 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps, et que, pour le personnel d'encadrement, il a été signé le 16 novembre 2000 un avenant numéro 1 prévoyant une réduction*

du temps de travail annualisée, chaque cadre devant travailler deux cent dix-sept jours par an et 39 heures par semaine, et a droit, en compensation, à dix jours de réduction du temps de travail pris dans l'année. »

L'article 6 du contrat de travail stipulait que « *le salarié se conformera aux dispositions du règlement intérieur et de l'accord d'entreprise du 28 décembre 1999 et de ses avenants concernant les horaires* ».

Le salarié a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de la décision de la cour d'appel.

L'article L. 3121-38 du code du travail dans sa rédaction alors applicable (ancien article L. 212-15-3 I) dispose que « *Les salariés ayant la qualité de cadre (...) et qui relèvent des dispositions des articles L. 212-15-1 et L. 212-15-2 doivent bénéficier d'une réduction effective de leur durée de travail. Leur durée de travail peut être fixée par des conventions individuelles de forfait qui peuvent être établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. La conclusion de ces conventions de forfait doit être prévue par une convention ou un accord collectif étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement qui détermine les catégories de cadres susceptibles de bénéficier de ces conventions individuelles de forfait ainsi que les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues (...).* »

Il ressort de la jurisprudence que la convention de forfait suppose l'accord des parties (Soc., 5 février 1992, pourvoi n° 88-42.284). Le paiement des heures supplémentaires selon un forfait ne peut résulter que d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié (Soc., 10 mars 2004, pourvoi n° 01-46.369, *Bull.* 2004, V, n° 77 ; Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 07-41.418, *Bull.* 2008, V, n° 82). Les conventions individuelles de forfait établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle pour les cadres visés par l'article L. 212-15-3 I du code du travail doivent nécessairement être passées par écrit (Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 06-45.990, *Bull.* 2008, V, n° 71 ; Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-42.107, *Bull.* 2008, V, n° 250)

Au regard de ces éléments est-ce que le renvoi par l'article 6 du contrat de travail à l'accord d'entreprise suffit à caractériser l'existence d'une convention individuelle de forfait ?

La chambre sociale a décidé « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune convention individuelle de forfait n'avait été passée par écrit entre la société et le salarié, le seul renvoi général fait dans le contrat de travail à l'accord d'entreprise ne pouvant constituer l'écrit requis, la cour d'appel a violé l'article L. 3121-38 du code du travail dans sa rédaction alors applicable* ».

Les conventions de forfait en jours présentent des dangers en ce qu'elles rendent inapplicables les dispositions du code du travail relatives aux heures supplémentaires et aux durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail.

La jurisprudence de la chambre sociale veut subordonner l'application desdites conventions à un maximum de garanties. L'exigence d'un écrit permet notamment de s'assurer que le salarié a donné un consentement libre et éclairé, vu la mise à l'écart de certaines règles protectrices du code du travail. Son accord doit donc être dûment formalisé dans une véritable convention individuelle écrite

2- Rémunérations

Sommaire

Un salarié envoyé en détachement de longue durée hors de son pays d'origine peut avoir à exposer, du fait de cette mutation, en raison de sa situation familiale, un surcroît de dépenses qui, même s'il n'est pas engagé dans son seul intérêt mais aussi dans celui des membres de sa famille, correspond

à des charges de caractère spécial inhérentes à l'emploi, qui, lorsqu'elles sont prises en charge par l'employeur, n'ont pas à être intégrées dans le montant de la rémunération brute.

Il en est ainsi des frais de voyage annuel en France d'un salarié expatrié et des membres de sa famille.

Soc., 31 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 277 FS-P+B

N° 10-24.388 - C.A. Versailles, 18 mars 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. – Mme Ducloz, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note

Une personne a été engagée par une société pour être détachée auprès de sa filiale étrangère.

Elle a été licenciée pour faute grave.

Saisie, la juridiction prud'homale a jugé le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur à payer diverses sommes à ce titre.

A l'issue de ce procès, un autre litige a opposé le salarié à l'avocat qui a assuré sa défense devant la juridiction prud'homale.

Le salarié a notamment reproché à son avocat d'avoir apprécié de manière erronée le montant de la rémunération brute, servant de base de calcul des indemnités qui lui sont dues, sans tenir compte des frais de voyages pris en compte par l'employeur et d'avantage en nature, à savoir un logement et un véhicule de fonction.

La cour d'appel a condamné l'avocat à payer au salarié la somme de 3.000 € au titre de la perte de chance résultant du fait que l'indemnité de licenciement avait été calculée sur la base d'une rémunération brute ne prenant pas en compte la prime de 13^{ème} mois. Elle a débouté le salarié du surplus de ses demandes.

Les frais de voyages exposés à l'occasion de leur congé annuel par le salarié expatrié et les membres de sa famille et pris en charge par l'employeur constituent-ils des frais professionnels ou des avantages en nature ? Telle était l'une des questions soumises à la chambre sociale.

En la matière, la chambre sociale procède par analogie entre rémunération au sens du droit de travail et de la sécurité sociale. Les avantages en nature sont inclus dans l'assiette des cotisations sociales tandis que les frais professionnels en sont en principe exclus.

Selon l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, « *Les frais professionnels s'entendent des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions.* »

En l'espèce la chambre sociale a décidé « *qu'un salarié envoyé en détachement de longue durée hors de son pays d'origine peut avoir à exposer, du fait de cette mutation, en raison de sa situation familiale, un surcroît de dépenses qui, même s'il n'est pas engagé dans son seul intérêt mais aussi dans celui des membres de sa famille, correspond à des charges de caractère spécial inhérentes à l'emploi.* »

Elle indique que les frais du voyage annuel en métropole du salarié et des membres de sa famille, pris en charge par l'employeur, étaient directement et uniquement liés à l'expatriation et constituent de ce fait un remboursement qui n'avait pas à être intégré dans le montant de la

rémunération brute mensuelle. En d'autres termes, les frais du voyage sont des frais professionnels qui n'ont pas à être inclus dans l'assiette de la rémunération mensuelle brute.

La présente décision adopte sensiblement la même solution que celle retenue dans un arrêt du 11 juillet 1991 (Soc., 11 juillet 1991, pourvoi n° 89-10.825, Bull. 1991, V, n° 361) : « *Un salarié envoyé en détachement de longue durée hors de son pays d'origine peut avoir à exposer, du fait de cette mutation, en raison de sa situation familiale, un surcroît de dépenses qui, même s'il n'est pas engagé dans son seul intérêt mais aussi dans celui des membres de sa famille, correspond à des charges de caractère spécial inhérentes à l'emploi au sens de l'article 1er de l'arrêté interministériel du 26 mai 1975. Il s'ensuit que les sommes allouées par l'employeur à ses salariés, d'origine étrangère faisant l'objet auprès de lui d'un détachement de longue durée, en remboursement d'un ensemble de dépenses consécutives à leur mutation en France, constituent des frais professionnels qui sont exclus de l'assiette des cotisations de sécurité sociale.* »

**Complément de salaire – Définition*

Sommaire

Il résulte des dispositions de l'article 21 bis de la convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952 que seules sont susceptibles d'être prises en compte pour la détermination de la rémunération mensuelle servant de base de calcul de l'allocation de départ en retraite les gratifications ayant le caractère de complément de rémunération mensuelle ou annuelle. Doit en conséquence être exclue de l'assiette de calcul une gratification d'ancienneté ayant une périodicité quinquennale.

Soc., 25 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

Arrêt n° 244 FS-P+B

N° 10-27.927 - C.A. Grenoble, 20 octobre 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. – M. Linden, Rap. – Mme Taffaleau, Av. Gén.

Note

Un salarié a, dans le cadre de l'accord relatif à la cessation d'activité des travailleurs victimes de l'amiante, présenté sa démission. Ayant perçu une indemnité de départ qui ne prenait pas en compte une gratification quinquennale d'ancienneté, il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de complément d'indemnité.

La cour d'appel a fait droit à sa demande. L'employeur a formé un pourvoi en cassation.

La question qui a été posée à la chambre sociale était celle de savoir si une gratification d'ancienneté acquise par tranche de cinq ans entre dans l'assiette de la rémunération mensuelle servant de base de calcul de l'allocation de départ à la retraite prévue par l'article 21 bis de la convention nationale des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952.

La loi ne définit pas l'assiette de calcul de l'indemnité de départ à la retraite. Certaines conventions collectives donnent des précisions sur la détermination de ladite indemnité.

En l'espèce, l'article 21 bis de la convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952 stipule que : « *La base de calcul de l'allocation de départ à la retraite est la rémunération totale mensuelle gagnée par le salarié pendant le mois précédant le préavis de départ à la retraite ; elle ne saurait être inférieure à la moyenne des rémunérations mensuelles des 12 mois précédant le préavis de départ à la retraite. Pour le calcul de cette rémunération entrent en ligne de compte, outre les appointements de base, les majorations relatives à la durée du travail, les avantages en nature les primes de toute nature, y compris les*

primes de productivité, les participations au chiffre d'affaires ou aux résultats, les indemnités n'ayant pas le caractère de remboursement de frais, les gratifications diverses ayant le caractère contractuel ou de fait d'un complément de rémunération annuelle, à l'exclusion des gratifications exceptionnelles, notamment celles résultant de l'application des dispositions relatives aux brevets d'invention. »

Pour répondre à la question posée, la chambre sociale a déduit de cette stipulation que « *seules sont susceptibles d'être prises en compte pour la détermination de la rémunération mensuelle servant de base de calcul de l'allocation de départ en retraite les gratifications ayant le caractère de complément de rémunération mensuelle ou annuelle. »*

Elle a censuré la cour d'appel pour violation de l'article 21 bis de la convention collective précitée, relevant « *qu'il résultait de ses constatations que la gratification d'ancienneté perçue par le salarié en mars 2007 avait une périodicité quinquennale. »*

Selon la chambre sociale, la gratification quinquennale d'ancienneté n'a pas le caractère de complément de rémunération mensuelle ou annuelle. Dans ces conditions, elle doit être exclue de l'assiette de la rémunération mensuelle servant de base de calcul de l'allocation de départ en retraite. Il s'en déduit que la gratification d'ancienneté doit être considérée comme exceptionnelle.

**Salaire*

Sommaire

L'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés.

Fait en conséquence une fausse application du principe d'égalité de traitement, l'arrêt qui étend aux salariés de l'entreprise absorbante le bénéfice de la prime d'ancienneté dont les salariés de l'entreprise absorbée bénéficiaient avant le transfert et qui leur avait été maintenue.

Soc., 11 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

Arrêt n° 172 FS - P+B

N° 10-14.614 à 10-14.617 et 10-620 à 10-14.623 - C.A. Douai, 29 janvier 2010

M. Lacabarats, Pt. – M. Blatman, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

Note

Une société a absorbé une autre. Les salariés de la société absorbée ont conservé le bénéfice d'une prime d'ancienneté qui leur était allouée avant le transfert, en application d'un usage. Des salariés de la société absorbante ont saisi la juridiction prud'homale pour se voir octroyer la même prime. Par arrêt infirmatif, la cour d'appel a dit que la société défenderesse a méconnu le principe d'égalité de traitement, et qu'elle devra verser la prime d'ancienneté aux salariés demandeurs dans les mêmes conditions que celles des salariés en bénéficiant déjà.

Contestant cette interprétation du principe d'égalité de traitement, le pourvoi fait valoir qu'en cas de fusion de deux entreprises qui constitue un transfert de deux entités économiques autonomes, les salariés issus de chaque entité bénéficient d'un statut collectif distinct et ne sont donc pas dans une situation identique.

Depuis l'arrêt « Ponsolle » (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, *Bull.* 1996, V, n° 359), la différence de traitement est justifiée s'il existe des raisons objectives à celle-ci pour des salariés

effectuant un même travail ou un travail de valeur égale (Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-43.452, *Bull.* 2009, V, n° 15). La charge de la preuve pèse sur l'employeur (Soc., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-41.389, *Bull.* 2000, V, n° 317).

Concernant l'application du principe en présence d'un accord collectif, la Cour de cassation a jugé que « la seule circonstance que des salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de rémunérations entre eux » (Soc., 4 février 2009, pourvois 07-41.406 à 07-41.410, *Bull.* 2009, V, n° 35).

Mais elle admet, en cas de transfert d'entreprise avec mise en cause de la convention collective, une exception au principe d'égalité de traitement, avec le maintien des avantages individuels acquis (Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.128, *Bull.* 2007, V, n° 119 ; Soc., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.041, *Bull.* 2007, V, n° 203).

Dans l'espèce de l'arrêt du 11 janvier, il s'agissait de droits découlant d'un usage d'entreprise en vigueur au jour de la fusion, et non de droits découlant d'une convention collective. La Cour a déjà eu l'occasion de juger que l'engagement unilatéral est transmis au nouvel employeur, au cas de modification de la situation juridique de l'employeur, c'est-à-dire dans les cas de l'article L. 1224-1 du code du travail (Soc., 21 septembre 2005, pourvoi n° 03-43.532, *Bull.* 2005, V, n° 260) ; mais ce transfert n'emporte maintien des avantages qu'au bénéfice des salariés dont le contrat de travail est en cours au jour du transfert (Soc., 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-44.594, *Bull.* 2005, V, n° 356 ; Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45.147, *Bull.* 2008, V, n° 59). La présente décision confirme que la Cour étend à l'usage transféré dans les conditions de l'article L. 1224-1 la solution dégagée pour les avantages conventionnels acquis et la transmission des engagements unilatéraux.

**Primes*

Sommaire

Si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution.

Doit en conséquence être approuvé, l'arrêt qui décide que l'article 22-4 de l'accord d'entreprise du 26 mai 2008 qui met en place, pour l'attribution d'une prime d'assiduité, un système d'abattement par suite des seules absences pour maladie des salariés, heurte la prohibition de la discrimination à raison de l'état de santé.

Soc, 11 janvier 2012

Arrêt n° 180 FS-P+B

N° 10-23.139 - C.A. Orléans, 1er juillet 2010

M. Lacabarats, Pt. - Mme Mariette, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

REJET

Note

Selon un accord d'entreprise du 29 juin 2001, il avait été décidé du versement, aux salariés d'une société gérant des parcs de stationnement public, d'une prime "pré-post" destinée à récompenser la ponctualité liée aux heures d'ouvertures et de fermetures au public. Un nouvel accord d'entreprise conclu le 26 mai 2008 avait modifié le régime d'attribution de cette prime, déterminée désormais, en fonction des jours d'absence pour maladie sur une année (article 22-4 de cet accord).

La question de droit soulevée par la présente affaire était la suivante : un système d'abattement sur une prime, par suite d'absence pour maladie des salariés, caractérise-t-il une discrimination en raison de l'état de santé des salariés ?

En matière de discrimination, l'article L. 1132-1 du code du travail dispose qu' *“aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.”*

La chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà eu à statuer sur la question des abattements opérés sur certaines primes par suite d'absences des salariés en cas de grève.

Ainsi par deux arrêts du 23 juin 2009 (Soc., 23 juin 2009, pourvois n° 07-42.677 et n° 08-42.154, Bull. 2009, V, n° 159) elle avait décidé que *« si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution.*

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

Par le présent arrêt, la chambre sociale applique ce même principe et rappelle que si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences pour son attribution.

Elle en déduit que l'article 22-4 de l'accord d'entreprise du 26 mai 2008 caractérise une discrimination en raison de l'état de santé des salariés puisqu'il prévoit un système d'abattements de prime par suite des seules absences pour maladie des salariés.

C - SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL

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

2 -1 - Protection contre le licenciement

**Nécessité de remplacer définitivement le salarié absent pour maladie*

Sommaire

Si l'article L.1132-1 du code du travail, faisant interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié, lequel doit s'opérer dans l'entreprise qui l'emploie.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui décide que le salarié affecté par l'employeur à un service commun à plusieurs sociétés du groupe auquel cet employeur appartient, licencié aux motifs de la perturbation causée par son absence et de la nécessité de son remplacement définitif, peut être remplacé par un salarié engagé par une autre société du groupe.

Soc, 25 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 246 FS-P+-B

N° 10-26.502 - C.A. Versailles, 2 septembre 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. - Mme Vallée, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

Note

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation vient préciser une des conditions de validité du licenciement notifié à un salarié pendant une période de suspension du contrat de travail pour maladie non professionnelle.

L'article L. 1132-1 du code du travail proscrit toute discrimination fondée sur l'état de santé ou le handicap du salarié. Tout licenciement prononcé sur ce fondement est donc nul. Mais il est de jurisprudence constante que le licenciement du salarié malade peut valablement intervenir si son absence prolongée ou ses absences répétées ont perturbé le fonctionnement de l'entreprise. Celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif (Soc., 16 juillet 1998, pourvoi n° 97-43.484, *Bull.* 1998, V, n° 394; Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-40.110, *Bull.* 2001, V, n° 84).

Il appartient donc à l'employeur d'établir à la fois la perturbation engendrée par le prolongement de l'absence du salarié ou ses absences répétées et la nécessité du remplacement définitif.

Sur la notion de remplacement définitif, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que la nécessité de procéder à un tel remplacement n'est pas caractérisée lorsque le salarié licencié est remplacé par un salarié dont l'horaire de travail est inférieur (Soc., 6 février 2008, pourvoi n° 06-44.389, *Bull.* 2008, V, n° 32), lorsque le successeur du salarié licencié était engagé par contrat à durée déterminée (Soc., 2 mars 2005, pourvoi n° 03-42.800), lorsque le remplacement est assuré par un autre salarié de l'entreprise (Soc., 6 octobre 2004, pourvoi n° 02-44.586) ou lorsque le travail du salarié absent est réparti entre les autres salariés (Soc., 30 juin 1993, pourvoi n° 90-44.165).

Par un arrêt du 22 avril 2011, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a réaffirmé et précisé l'obligation de pourvoir définitivement au remplacement du salarié : le remplacement définitif du salarié malade s'entend de l'embauche d'un autre salarié et non du remplacement par une entreprise prestataire de services (Ass. Plén, 22 avril 2011, pourvoi n° 09-43.334, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 3).

Le remplacement définitif doit intervenir à une époque proche du licenciement que ce soit postérieurement ou antérieurement (Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 04-48.192, *Bull.* 2006, V, n° 343; Soc., 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-41.879, *Bull.* 2009, V, n° 186).

Dans la présente affaire, le salarié licencié aux motifs de la perturbation causée par son absence et de la nécessité de son remplacement définitif, travaillait dans un service commun à plusieurs sociétés du groupe auquel son employeur appartenait. Le salarié l'ayant remplacé avait été engagé par une autre société du groupe.

La chambre sociale vient préciser que, dans ce cas, le remplacement définitif et effectif du salarié n'est pas caractérisé, l'embauche devant être faite par la même société que celle qui a employé le salarié licencié.

2-2 Intervention du médecin du travail

**Constat d'inaptitude – Portée*

Sommaire

Selon l'article 38 d, alinéa 4, de la convention collective nationale des personnels des organismes de sécurité sociale du 8 février 1957, les jours d'absence pour maladie constatée par certificat médical ou longue maladie sont, lorsqu'ils comportent le maintien du salaire, assimilés à un temps de travail et ne peuvent, par conséquent, entraîner la réduction du congé annuel ; il doit en être de même pour la période postérieure au délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, lorsque le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, période pendant laquelle l'employeur est tenu au paiement du salaire.

Soc., 25 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 242 FS-P+B

N° 09-71.461 - C.A. Rennes, 1^{er} octobre 2009

Mme Mazars, f. f. Pt. – M. Linden, Rap. – Mme Taffaleau, Av. Gén.

Note

Une personne engagée par une caisse primaire d'assurance maladie a été déclarée, à la suite de deux examens médicaux des 1^{er} et 15 octobre 2007, inapte à son poste et apte à un poste identique dans un autre contexte organisationnel et relationnel. Licenciée le 12 mars 2008 pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement, elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, notamment de provision sur rappel d'indemnité de congés payés.

Pour limiter à un certain montant ce rappel, la cour d'appel a retenu que pour la période de référence du 1^{er} juin au 14 mars 2008, la salariée n'avait acquis aucun droit à congés payés à partir du moment où même si son contrat avait cessé d'être suspendu à compter du 1^{er} octobre 2007, elle n'avait accompli aucun travail effectif durant la période ouverte à compter du 1^{er} juin 2007. Elle précisait que le code du travail n'assimilait pas, pour l'ouverture de droit à congés payés, à une période de travail effectif la période postérieure au délai d'un mois suivant la seconde visite de reprise pendant laquelle l'employeur restait tenu au paiement du salaire lorsque le salarié n'est ni reclassé ni licencié.

La chambre sociale a décidé qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 1226-4 du code du travail et 38 d, alinéa 4, de la convention collective nationale des personnels des organismes de sécurité sociale du 8 février 1957.

L'article L. 1226-4 du code du travail dispose que « *Lorsque, à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il est licencié, l'employeur lui verse, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail.*

Ces dispositions s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail. »

Selon l'article 38 d, alinéa 4, de la convention collective nationale des personnels des organismes de sécurité sociale du 8 février 1957, les jours d'absence pour maladie constatée par certificat médical ou longue maladie sont, lorsqu'ils comportent le maintien du salaire, assimilés à un temps de travail et ne peuvent, par conséquent, entraîner la réduction du congé annuel. Cette assimilation doit également s'appliquer à la période postérieure au délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail lorsque le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, période pendant laquelle l'employeur est tenu au paiement du salaire.

6 - CHSCT

6-2 Missions

**Avis sur les décisions d'aménagement emportant modification des conditions de santé et de sécurité ou des conditions de travail*

Sommaire

Ayant relevé que l'avis des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) avait été pris lors d'un tour de table, une cour d'appel, qui a retenu à bon droit que l'avis du CHSCT ne peut résulter que d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective et non de l'expression d'opinions individuelles de ses membres, en a justement déduit que le CHSCT n'avait pas exprimé d'avis.

Soc, 10 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 145 FS-P+B

N° 10-23.206 - C.A. Paris, 14 juin 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail (article L. 4612-8 du code du travail).

Dans la présente affaire, une société envisageait d'introduire de nouveaux plannings de travail concernant des agents de tri. Elle avait donc procédé à l'information et à la consultation du comité d'entreprise sur ce projet en vertu de l'article L. 2323-27 du code du travail qui dispose que « *le*

comité d'entreprise est informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération.

A cet effet, il étudie les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de l'employeur dans les domaines mentionnés au premier alinéa et formule des propositions. Il bénéficie du concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de sa compétence. Les avis de ce comité lui sont transmis. »

En l'espèce, il n'était pas contesté que le projet nécessitait l'avis du CHSCT compte tenu de son impact sur les conditions de travail des salariés.

Le comité d'entreprise avait saisi le juge des référés pour faire constater que la procédure d'information-consultation prévue par l'article L. 2323-27 du code du travail était irrégulière et constituait un trouble manifestement illicite et pour demander qu'il soit ordonné à la société de reprendre la procédure et de suspendre la mise en œuvre des nouveaux plannings.

La cour d'appel avait fait droit à cette demande au motif que la société n'avait pas transmis au comité d'entreprise l'avis du CHSCT sur le projet litigieux, dès lors que l'avis du CHSCT, organe délibérant, ne pouvait ressortir que d'une décision collective à l'issue d'un vote et non pas, comme en l'espèce, de l'expression d'opinions isolées de certains de ses membres.

La société, dans son mémoire ampliatif, faisait valoir qu'en l'absence de dispositions légales et réglementaires imposant une forme particulière à l'avis que doit donner le CHSCT, cet avis pouvait prendre la forme d'un tour de table au cours duquel chacun des membres exprimait son avis.

La question posée par le pourvoi était donc celle de la forme que doit revêtir l'avis du CHSCT.

La Cour de cassation n'a jamais été amenée à prendre position sur ce point.

Dans un précédent arrêt, elle avait jugé que les CHSCT ont la personnalité civile car ils sont « dotés [...] d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge » (Soc., 17 avril 1991, pourvoi n° 89-43.767, Bull. 1991, V, n° 206).

Par le présent arrêt, la chambre sociale rejette le pourvoi au motif que l'avis du CHSCT ne peut résulter que d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective et non de l'expression d'opinions individuelles de ses membres.

D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL

1- Accords et conventions collectives

**Accords collectifs et conventions collectives divers*

Sommaire

Un accord collectif peut déroger aux modalités de prise en compte des salariés à temps partiel pour le calcul de l'effectif de l'entreprise, telles que prévues par l'article L. 1111-2 du code du travail.

Doit être cassé le jugement qui pour annuler la désignation par un syndicat du représentant de la section syndicale, retient que le salarié désigné n'a pas été élu délégué du personnel et que l'effectif de l'entreprise, calculé selon les dispositions de ce texte, est inférieur à cinquante salariés, alors qu'un accord collectif sur le temps partiel étendu, conclu dans le secteur d'activité auquel

appartenait l'entreprise, prévoyait que les salariés devaient être pris en compte intégralement dans l'effectif, quel que soit leur temps de travail.

Soc., 25 janvier 2012

CASSATION

Arrêt n° 136 F - P+B

N° 11-60.092 - Tribunal d'instance de Boissy-Saint-Léger, 17 février 2011

M. Béraud, f.f.Pt. - Mme Lambremon, Rap. -

Sommaire

Il résulte de la combinaison des articles 14 de l'annexe 10 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 et 20.8 des dispositions permanentes de cette même convention que l'irrégularité des repos hebdomadaires, qui constitue une des conditions de l'anomalie dans le rythme de travail ouvrant droit pour les personnels de soins et d'animation à la prime de service pour astreinte de nuit, s'apprécie par semaine.

Soc, 25 janvier 2012

CASSATION

Arrêt n° 248 FS-P+-B

N° 10-28.342 et 10-28.343 - C.A. Chambéry, 28 octobre 2010

Mme Mazars, ff Pt. - M. Hénon, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

3 - Conflits collectifs du travail

3-2 Occupation des lieux de travail par les salariés

**Trouble manifestement illicite - Défaut*

Sommaire n° 1

L'envoi de préavis de grève successifs pour le même motif ne caractérise aucun trouble manifestement illicite en l'absence de disposition légale l'interdisant et à défaut de manquement à l'obligation de négocier.

Sommaire n° 2

Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations au regard de l'article L. 2512-2 du code du travail la cour d'appel qui, pour déclarer les préavis de grève illicites, retient que le syndicat a utilisé une manœuvre déloyale, ayant pour effet de réduire le délai de négociation imposé par la loi, et que le fait d'adresser volontairement les préavis de grève, à une date et un horaire où le syndicat savait parfaitement que l'employeur ne serait pas en mesure d'en prendre connaissance sans délai, constitue un abus de droit, destiné à réduire d'autant le délai légal prévu pour la négociation, de sorte que cet envoi est illicite, alors qu'elle constatait que les préavis de grève pour les journées des 26, 27 et 28 novembre avaient été adressés le 20 novembre à 22 heures par télécopie et que le préavis de grève pour la journée du 29 novembre avait été adressé par télécopie le 23 novembre à 21h23, ce dont il résultait que le délai de cinq jours francs avait été respecté.

Soc., 25 janvier 2012

CASSATION

Arrêt n° 309 FS-P+B

N° 10-26.237 - C.A. Aix-en-Provence, 9 septembre 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. – M. Huglo, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Dans le cadre d'un mouvement de grève, un syndicat a adressé par télécopie à une société six préavis de grève comme suit :

- le 20 novembre 2009 à 22 h, trois préavis de grève pour les journées des 26, 27 et 28 novembre 2009 ;
- le 23 novembre à 21 h 23, un quatrième préavis pour le 29 novembre 2009 ;
- le 24 novembre 2009, un cinquième préavis pour le 30 novembre 2009 ;
- le 25 novembre 2009, un dernier préavis pour le 1^{er} décembre 2009.

Saisi par la société, le juge des référés a suspendu les effets des préavis de grève pour les 28 novembre, 29 novembre, 30 novembre et 1^{er} décembre 2009. Il a estimé que les préavis renouvelés étaient irréguliers dans la mesure où ils invoquaient des motifs identiques.

La cour d'appel a confirmé l'ordonnance du juge des référés en retenant que « *si aucune disposition légale n'interdit l'envoi de préavis de grève successifs, dès lors qu'aucun manquement à l'obligation de négocier n'est imputable au syndicat, c'est à la condition toutefois qu'ils mentionnent des motifs différents.* »

Elle a ensuite déclaré les préavis de grève illicites au motif que « *le syndicat... a utilisé une manœuvre déloyale, ayant pour effet de réduire le délai de négociation imposé par la loi, que, si le mode de transmission, par télécopie, n'est pas en cause, le fait d'adresser volontairement les préavis de grève, à une date et un horaire où le syndicat savait parfaitement que l'employeur ne serait pas en mesure d'en prendre connaissance sans délai, constitue un abus de droit, destiné à réduire d'autant le délai légal prévu pour la négociation, de sorte que cet envoi est illicite.* »

Le syndicat a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel.

Deux questions ont été soulevées :

- l'envoi de préavis de grève successifs pour le même motif caractérise-t-il un trouble manifestement illicite ?
- le seul fait d'envoyer des préavis de grève par télécopie à une heure de fermeture des locaux de l'employeur constitue-t-il un abus de droit rendant lesdits préavis illicites ?

La chambre sociale a répondu à la première question que l'envoi de préavis de grève successifs pour le même motif ne caractérise aucun trouble manifestement illicite en l'absence de disposition légale l'interdisant et à défaut de manquement à l'obligation de négocier.

Sur la seconde question, elle a indiqué que selon les constatations de la cour d'appel, les préavis de grève pour les journées des 26, 27 et 28 novembre avaient été adressés le 20 novembre à 22 heures par télécopie et que le préavis de grève pour la journée du 29 novembre avait été adressé par télécopie le 23 novembre à 21 h 23, ce dont il résultait que le délai de cinq jours francs avait été respecté. La chambre sociale a reproché à la cour d'appel de n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses constatations.

Dans les deux cas, elle a conclu à la violation de l'article L. 2512-2 du code du travail par la cour d'appel.

La grève dans les services publics et dans les établissements privés poursuivant une mission de service public est encadrée dans son déclenchement et son exercice par la loi. C'est ainsi que l'article L. 2512-2 du code du travail dispose que : « *Lorsque les personnels mentionnés à l'article L. 2512-1 exercent le droit de grève, la cessation concertée du travail est précédée d'un préavis.*

Le préavis émane d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé.

Il précise les motifs du recours à la grève.

Le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé. Il mentionne le champ géographique et l'heure du début ainsi que la durée limitée ou non, de la grève envisagée.

Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier. »

En décidant que l'envoi de préavis de grève successifs pour le même motif ne caractérise aucun trouble manifestement illicite en l'absence de disposition légale l'interdisant et à défaut de manquement à l'obligation de négocier, la chambre sociale reprend une jurisprudence désormais bien établie. En effet, elle a déjà jugé qu'« *Aucune disposition légale n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter chacune un préavis de grève ; il en résulte que chacune peut prévoir une date de cessation du travail différente* » (Soc., 4 février 2004, pourvoi n° 01-15.709, Bull. 2004, V, n° 33). La chambre sociale a ensuite décidé qu'« *Un préavis unique peut porter sur des arrêts de travail d'une durée limitée étalés sur plusieurs jours et l'envoi de préavis de grève successifs ne caractérise aucun trouble manifestement excessif en l'absence de disposition légale l'interdisant et de manquement à l'obligation de négocier* » (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-17.116, Bull. 2006, V ; n° 204). Elle a précisé que « *le nombre important de préavis déposés par le syndicat ne suffit pas à caractériser un usage abusif du droit de grève, peu important qu'ils aient concerné un seul dépôt de bus, dès lors qu'ils respectaient le délai de cinq jours prévu avant le déclenchement du conflit et qu'ils exprimaient, chacun, des revendications différentes* » (Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-18.494).

En censurant la décision de la cour d'appel qui a déclaré les préavis de grève illicites, la chambre sociale a fait sienne la position du juge des référés qui a jugé qu'« *En précisant que « le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève », le législateur n'a ni fixé les modalités du dépôt du préavis ni limité aux seuls jours et heures ouvrable ce dépôt mais a seulement institué un délai ayant pour point de départ la réception du préavis par l'employeur*

Qu'en conséquence dès lors que l'employeur laisse une télécopie active en ses locaux, l'envoi du préavis du préavis de grève par le truchement de cette machine est licite quels que soient les jour et heure auxquels ce préavis parvient à l'employeur. »

Cette position peut s'expliquer par le fait que, réglementant un droit constitutionnel (droit de grève), la loi ne peut recevoir qu'une interprétation stricte ; aussi, ce qui n'est pas expressément interdit doit-il rester permis.

E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES

1- Elections professionnelles

**Contestation de la régularité – Délai*

Sommaire

Le délai prévu par l'article R.2314–28, alinéa 3, du code du travail pour contester la régularité de l'élection, n'est pas applicable aux contestations qui ne portent que sur la prétention d'un syndicat à la qualité de syndicat représentatif, sans remise en cause des résultats du scrutin.

Encourt dès lors la cassation le jugement qui annule la désignation d'un délégué syndical en raison de l'absence de contestation par le syndicat des résultats de l'élection, alors que celui-ci soutenait

qu'en raison de son caractère catégoriel et de son affiliation à une confédération interprofessionnelle nationale, son audience devait être calculée sur le seul collège dans lequel ses règles statutaires lui donnaient vocation à présenter des candidats.

Soc., 31 janvier 2012

CASSATION

Arrêt n° 335 FS - P+B+R

N° 10-25.429 - TI Mantes-la-Jolie, 24 septembre 2010

Mme Mazars, f.f Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Lalande, Av. Gén

Note

A l'issue du premier tour des élections des membres de la délégation unique du personnel, l'employeur avait adressé à une organisation syndicale le procès-verbal des élections accompagné d'une lettre indiquant qu'il n'était plus « reconnu représentatif », pour avoir obtenu moins de 10 % des suffrages exprimés dans l'entreprise. Ce syndicat avait néanmoins désigné un délégué syndical, plus de quinze jours après la proclamation des résultats, en faisant valoir qu'en raison de son caractère catégoriel et de son affiliation à une confédération interprofessionnelle nationale, son audience devait être calculée sur le seul collège où il avait présenté des candidats. L'employeur avait saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de cette désignation. Le tribunal avait fait droit à la demande au motif que l'absence de contestation par le syndicat du résultat des élections professionnelles valait acquiescement à ces résultats, de sorte que, n'étant pas représentatif, il ne pouvait désigner de délégué syndical.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation.

Il n'appartient pas en effet à l'employeur de décider quelles sont les organisations représentatives à l'issue du scrutin, en faisant ainsi courir un délai de contestation à l'encontre des organisations intéressées. Le délai de forclusion de l'article R. 2314-28, alinéa 3, du code du travail ne peut dès lors être opposé à un syndicat qui ne remet pas en cause les résultats de l'élection, à savoir le nombre de suffrages exprimés dans chaque collège, celui recueilli par chaque liste et le nom des élus.

Sommaire

La contestation des résultats du premier tour des élections, lorsqu'elle porte sur la détermination des suffrages recueillis par les organisations syndicales, n'est recevable que si elle est faite dans les quinze jours suivant ce premier tour ; ce délai court à compter de la proclamation des résultats ou de la publication du procès verbal de carence.

Statue en conséquence à bon droit le tribunal d'instance, qui, ayant constaté qu'il n'était pas contesté que le premier tour des élections avait donné lieu à établissement d'un procès verbal de carence porté à la connaissance des électeurs, dit forclore l'action mettant en cause l'absence de dépouillement des résultats de ce premier tour.

Soc., 31 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 337 FS - P+B

N° 11-60.139 - TI Fort de France, 8 avril 2011

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

Note

Une organisation syndicale a demandé l'annulation des premier et second tours des élections professionnelles pour la mise en place de la délégation unique du personnel au sein d'une société.

S'agissant du premier tour, le syndicat a fait valoir que l'employeur avait manqué à son obligation de procéder au dépouillement des votes du premier et du second collègue pour déterminer la représentativité syndicale.

Le tribunal d'instance a dit l'action en contestation du premier tour forclose.

Considérant que le délai de forclusion de l'action n'avait pas pu commencer à courir faute pour l'employeur d'avoir fait procéder au dépouillement des résultats permettant la détermination de la représentativité, l'organisation syndicale a formé un pourvoi en cassation.

Il revenait ainsi à la chambre sociale de déterminer le point de départ du délai de forclusion de quinze jours, prévu à l'article R. 2314-28 du code du travail lorsque la contestation porte sur la régularité de l'élection, en l'absence de dépouillement des résultats du premier tour de scrutin et en présence d'un procès verbal de carence porté à la connaissance des électeurs pour dire si l'action était ou non forclose.

Cette question était d'autant plus pertinente que la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a donné au premier tour des élections professionnelles un objet nouveau en matière de représentativité. En effet, il résulte de l'article L. 2122-1 du code du travail qu'il est désormais attaché au premier tour des élections professionnelles des effets particuliers : 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, quel que soit le nombre de votants sont considérées « représentatives ».

La chambre sociale avant la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 avait déjà tranché cette question du point de départ du délai de forclusion en cas de carence au premier tour des élections. Par un arrêt du 7 mai 2002 (pourvoi n° 00-60.229, *Bull.* 2002, V, n°145), elle avait posé le principe suivant : « *En l'absence d'élu au premier tour des élections professionnelles, le délai de quinze jours prévu par l'article R. 423-3 du code du travail ne commence à courir qu'à compter de la proclamation des élus au second tour* ».

Néanmoins, la loi de 2008 ayant attaché des effets particuliers au premier tour, même en cas de carence, il a fallu que la chambre sociale en tire des conséquences.

Par un arrêt du 26 mai 2010 (pourvoi n°09-60.453, *Bull.* 2010, V, n° 113), elle a décidé que « [...] *en application de l'article L. 2122-1 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, [...]; il en résulte que la contestation des résultats du premier tour des élections des membres du comité d'entreprise n'est recevable que si elle est faite dans le délai de quinze jours suivant ce premier tour.* »

Il en résulte que le délai de quinze jours court à compter de la proclamation des résultats du premier tour.

Par le présent arrêt, la chambre sociale vient enrichir sa jurisprudence en la matière, la spécificité de la présente espèce résidant dans le fait que l'employeur n'avait pas fait procéder au dépouillement des résultats et que le premier tour des élections avait donné lieu à établissement d'un procès verbal de carence porté à la connaissance des électeurs.

La chambre sociale rejette le pourvoi. Elle reprend dans un premier temps le principe dégagé par l'arrêt du 26 mai 2010 et énonce que « *La contestation des résultats du premier tour des élections, lorsqu'elle porte sur la détermination des suffrages recueillis par les organisations syndicales, n'est recevable que si elle est faite dans les quinze jours suivant ce premier tour* ».

Dans un second temps, elle pose le principe selon lequel, le délai « [...] court à compter de la proclamation des résultats ou de la publication du procès verbal de carence ».

**Négociation préélectorale*

Sommaire

La méconnaissance des dispositions de l'article L. 2314-3 du code du travail prévoyant qu'en cas de renouvellement de la délégation unique du personnel, l'employeur doit inviter les organisations syndicales à négocier le protocole préélectoral un mois avant l'expiration des mandats en cours, n'est pas une cause d'annulation de ce protocole.

Si ce texte ne fixe aucun délai entre l'invitation qui doit être adressée aux organisations syndicales et la date de réunion de la négociation du protocole électoral, il appartient au juge de s'assurer que l'organisation syndicale invitée a disposé d'un temps suffisant pour préparer la négociation.

Soc, 25 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 137 F - P + B

N° 11-60.093 - T.I. Meaux, 23 février 2011

M. Béraud, f. f. Pt. - Mme Lambremon, Rap.

Sommaire

Aucune disposition légale n'impose aux organisations syndicales invitées à la négociation du protocole préélectoral de composer leur délégation de salariés de l'entreprise et d'y faire figurer le délégué syndical ou le représentant de la section syndicale lorsqu'elles en disposent.

Il résulte des dispositions générales du code du travail régissant le nombre maximal de membres de la délégation syndicale appelée à une négociation, que chaque délégation peut comprendre, sauf accord avec l'employeur, jusqu'à trois ou quatre membres selon que l'effectif de l'entreprise permettrait la désignation d'un seul ou de plusieurs délégués syndicaux.

Doit dès lors être approuvé un jugement qui, constatant que des organisations syndicales se sont rendues à l'invitation de l'employeur, mais que celui-ci a refusé d'entreprendre la négociation au motif que l'une des délégations était composée de plus d'un membre, retient qu'il a ainsi fait échec à la négociation du protocole électoral.

Soc., 31 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 329 FS - P+B

N° 11-16.049 - TI Montmorency, 4 avril 2011

Mme Mazars, f. f. Pt. - Mme Lambremon, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

Note

Une société a invité les organisations syndicales à négocier un protocole préélectoral en vue des prochaines élections visant à renouveler les membres des institutions représentatives du personnel.

Soutenant qu'aucune négociation n'avait pu intervenir en raison de la carence des organisations syndicales, la société a saisi le tribunal d'instance aux fins de validation de l'organisation et des modalités du vote par correspondance pour l'établissement concerné.

Après avoir relevé que certaines organisations syndicales s'étaient rendues à l'invitation de l'employeur mais que celui-ci avait refusé de négocier au motif que l'un des syndicats entendait être représenté par deux salariés alors qu'aucune disposition légale ne prévoit la composition numérique des délégations, la seule condition étant, sauf pour le délégué syndical, d'être mandaté

pour négocier et qu'en adoptant cette attitude l'employeur avait fait échec au déroulement des négociations et obstacle à l'établissement d'un protocole préélectoral, le tribunal d'instance a débouté la société de sa demande.

Considérant notamment que le tribunal a dénié à l'organisateur des élections qu'il est la faculté d'être en désaccord sur les modalités de préparation des opérations électorales au nom des principes généraux du droit électoral, et qu'il a violé les articles L.2314-3 et L. 2143-1 du code du travail en admettant qu'en plus des délégués syndicaux d'autres personnes, même si elles sont étrangères à l'entreprise, auraient pu s'inviter à la table des négociations pour négocier au nom de certaines organisations syndicales, la société a formé un pourvoi en cassation.

Ce pourvoi a donné l'occasion à la chambre sociale de se prononcer sur la composition de la délégation syndicale chargée de négocier un protocole préélectoral.

Il était dès lors question de savoir si un syndicat peut librement composer sa délégation.

Il est de jurisprudence constante :

- d'une part, que « *les dispositions légales qui prévoient un accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives pour les élections professionnelles n'impliquent nullement que ces organisations soient représentés uniquement par des salariés de l'entreprise* » (Soc., 21 juillet 1986, pourvoi n° 85-60.543, Bull. 1986, V, n° 412)
- d'autre part, qu'aucune disposition légale n'interdit à des organisations syndicales parties aux négociations des protocoles préélectoraux de déléguer plus d'un représentant (pourvoi n° 86-60.305, Bull. 1985, V, n° 604).

La question posée par ce pourvoi était d'autant plus pertinente que la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a fait évoluer le paysage syndical et qu'elle ne comporte aucune disposition définissant la composition des délégations des organisations syndicales invitées par écrit ou par affichage à négocier le protocole préélectoral.

La chambre sociale rejette le pourvoi et reste ancrée sur sa jurisprudence antérieure. Elle rappelle les deux principes dégagés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 tout en précisant « *qu'il résulte des dispositions générales du code du travail régissant le nombre maximal de membres de la délégation syndicale appelée à une négociation, que chaque délégation peut comprendre, sauf accord avec l'employeur, jusqu'à trois ou quatre membres selon que l'effectif de l'entreprise permettrait la désignation d'un seul ou de plusieurs délégués syndicaux.* »

Elle décide ensuite que c'est à bon droit que le jugement, qui a constaté que « *des organisations syndicales se sont rendues à l'invitation de l'employeur, mais que celui-ci a refusé d'entreprendre la négociation au motif que l'une des délégations était composée de plus d'un membre, retient qu'il a ainsi fait échec à la négociation du protocole électoral.* »

2 - Représentation du personnel

2.1 Cadre de la représentation

**Unité économique et sociale*

Sommaire

Il ne résulte ni de l'article L. 2322-4 du code du travail, ni d'aucun autre texte que la décision judiciaire qui tend à la reconnaissance d'une unité économique et sociale est rendue en dernier ressort.

Si, dans ses arrêts antérieurs, la Cour de cassation jugeait qu'étaient en dernier ressort les décisions rendues sur une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale formées à l'occasion d'un litige électoral, l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 conduit à revenir sur cette jurisprudence dès lors que la demande de reconnaissance ne peut plus désormais être formulée à l'occasion d'un contentieux en matière d'élection professionnelle ou de désignation de représentants syndicaux pour lesquels le tribunal d'instance a compétence en dernier ressort.

Il s'en déduit que la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale, qu'elle ait pour objet ou pour conséquence la mise en place d'institutions représentatives correspondantes, est indéterminée et que le jugement est susceptible d'appel conformément à l'article 40 du code de procédure civile.

Soc, 31 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 338 FS-P+B+R+I

N° 11-20.232 et N° 11-20.233- C.A. Paris, 15 avril 2010 et C.A. Paris, 28 avril 2011

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

Note

La problématique de la compétence en premier ou dernier ressort en matière de reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES) est ancienne.

En effet, ni le code du travail ni le code de procédure civile ne prévoient une disposition particulière en matière de reconnaissance d'UES. L'institution même de l'UES est purement prétorienne, et bien que désormais inscrite dans le paysage juridique, et prise en compte par des textes ponctuels, cette institution n'a jamais été en tant que telle consacrée par le législateur.

La chambre sociale a admis très rapidement la compétence du tribunal d'instance pour reconnaître judiciairement l'existence d'une UES lorsqu'il était saisi à l'occasion d'un contentieux électoral ou à l'occasion d'un contentieux sur la désignation de représentants syndicaux (Soc., 29 octobre 2003, pourvois n°s 02-60.220, 02-60.821 et 02-60.931, *Bull.* 2003, V, n° 267). Mais la question s'est ensuite posée de savoir quelle juridiction était compétente lorsque la demande d'UES ne s'inscrivait pas directement dans un litige électoral ou représentatif. La Cour de cassation, saisie pour avis de cette question, a répondu, le 19 mars 2007, que « la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées. L'action tendant à cette reconnaissance relève en conséquence de la compétence d'attribution du tribunal d'instance » (Avis, 19 mars 2007, demande n° 06-00.020, *Bull.* 2007, Avis, n° 3).

Restait à déterminer si la compétence du tribunal d'instance était en premier ou en dernier ressort. Dans un arrêt du 12 septembre 2007 (pourvoi n° 06-60.275, *Bull.* 2007, V, n° 129), la chambre sociale a décidé que : « il ne résulte ni de l'article L. 431-1, alinéa 6, du code du travail, ni d'aucun autre texte, que la décision judiciaire qui statue sur l'existence d'une UES en dehors de tout litige électoral est rendue en dernier ressort ; d'où il suit que, la demande étant indéterminée, le tribunal d'instance se prononce en premier ressort conformément à l'article 40 du nouveau code de procédure civile. » Cette décision, qui faisait dépendre la compétence en premier ou dernier ressort du jugement du tribunal d'instance de l'objet de la demande en reconnaissance de l'UES, s'expliquait par la circonstance que, selon qu'elle était ou non en lien avec un litige électoral, la compétence naturelle en premier ressort devenait nécessairement compétence en dernier ressort lorsque la demande en reconnaissance d'UES naissait à l'occasion soit de la désignation d'un délégué syndical, soit d'une contestation électorale, matières dans lesquelles le code du travail prévoit expressément une compétence en dernier ressort. Or, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, en fixant des conditions de mise en place des différentes institutions représentatives toutes subordonnées à l'obtention, dans le périmètre de ces institutions représentatives, d'un résultat

électoral, a mis fin à cette dichotomie, puisque l'action en reconnaissance d'une UES ne peut plus directement naître d'un litige électoral ou portant sur la désignation d'un représentant syndical.

Tirant les conséquences de cette modification législative, la chambre sociale a décidé de revenir sur sa jurisprudence antérieure et affirme que toutes les décisions visant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale sont désormais susceptibles d'appel. Cette décision met fin à une complexité procédurale que beaucoup d'auteurs et de juges du fond avaient soulignée.

Conformément aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne, le présent arrêt explique les motifs de ce revirement de jurisprudence.

2.2 Institutions représentatives du personnel

**Comités d'entreprise et d'établissement- Attributions*

Sommaire

La mission de l'expert-comptable désigné en application de l'article L. 2325-36 du code du travail porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise ; relève de cette mission l'étude de la structure des rémunérations du personnel destinée à fournir au comité d'entreprise des explications cohérentes sur la situation de l'entreprise.

Les dispositions de l'article L. 2325-37 du code du travail ne font pas obstacle à la communication à l'expert-comptable de la déclaration annuelle des données sociales sous forme électronique.

Une cour d'appel a décidé à juste titre que l'analyse de la situation comparée des hommes et des femmes au sein de l'entreprise, telle qu'elle était demandée, n'entraîne pas dans les prévisions des articles L. 2325-35 et L. 2325-36 du code du travail.

Soc., 10 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 146 FS-P+B

N° 10-21.270 - C.A. Rennes, 27 avril 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

**Délégué syndical*

Sommaire

Ni un usage de l'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales relatives au nombre des délégués syndicaux ; qu'il s'ensuit que l'employeur, qui décide unilatéralement d'autoriser la désignation de délégués syndicaux alors même que la condition d'effectif n'est pas remplie, peut unilatéralement décider de revenir à l'application des textes légaux qui n'ont cessé d'être applicables, sous réserve de ne pas méconnaître le principe d'égalité entre tous les syndicats concernés et, pour répondre à l'exigence de loyauté qui s'impose en la matière, de les en informer préalablement.

Dès lors, prive sa décision de base légale au regard des articles L. 2141-10 et L. 2143-3 du code du travail, le tribunal qui valide la désignation par un syndicat d'un nouveau délégué syndical alors que la condition d'effectif n'était pas remplie, sans rechercher si l'employeur, qui s'opposait à cette désignation, avait méconnu l'égalité avec d'autres syndicats.

Soc., 25 janvier 2012

Arrêt n° 140 FS-P+B

N° 11-14.151 – T.I. Grenoble, 9 mars 2011

M. Béraud, f. f. Pt. – Mme Sabotier, Rap. -

CASSATION

**Représentants syndicaux au comité d'entreprise*

Sommaire

La contestation de la qualité, prévue par l'article L. 2143-22 du code du travail, de représentant syndical de droit au comité d'entreprise d'un délégué syndical, constitue une contestation de la désignation d'un représentant syndical au sens de l'article R. 2324-24 du même code et se trouve en conséquence soumise aux délais prévus par ce texte.

Soc., 25 janvier 2012

Arrêt n° 139 F - P+B

N° 11-10.978 - TI Versailles, 11 janvier 2011

M. Béraud, f. f. Pt. - Mme Sabotier, Rap. –

REJET

Sommaire

Il résulte de l'article L. 2324-2 du code du travail qu'une organisation syndicale peut désigner un représentant au comité d'entreprise ou d'établissement si elle a au moins deux élus au sein de ce comité ; en cas de constitution d'une liste commune pour les élections au comité d'entreprise ou d'établissement, un représentant syndical peut être désigné d'un commun accord entre les syndicats ayant présenté cette liste dès lors que le nombre d'élus de la liste est au moins égal à deux.

Doit être approuvé en conséquence la décision par laquelle le tribunal, qui a constaté que la liste commune présentée par l'union départementale CFDT et l'union départementale CFTC avait obtenu deux élus, a validé la désignation en commun par les deux organisations syndicales d'un représentant syndical au comité d'établissement.

Soc., 31 janvier 2012

Arrêt n° 336 FS - P+B+R

N° 11-11.856 - TI Charleville-Mézières, 25 janvier 2011

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

REJET

Note

La question posée dans la présente espèce était de savoir si deux syndicats qui ont constitué une liste commune pour les élections des membres du comité d'établissement et n'ont obtenu que deux élus pour la liste peuvent désigner, ensemble, un représentant syndical commun au comité d'établissement. Elle naît directement de la modification des conditions de désignation du représentant syndical au comité d'entreprise apportée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

Jusqu'alors, cette désignation n'était subordonnée à aucune autre condition que celle d'émaner d'un syndicat représentatif. Dès lors, les syndicats n'avaient pas d'intérêt particulier à désigner un représentant syndical commun. Mais l'article L. 2324-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, prévoit désormais que « chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant ». La chambre sociale a précisé que le terme « des élus » signifiait deux élus au moins (Soc., 4 novembre 2009, pourvoi n° 09-60.066, *Bull.* 2009, V, n° 240 ; Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 09-60.456, *Bull.* 2010, V, n° 227). Elle a également indiqué « qu'en cas de constitution d'une liste commune pour les élections au comité

d'entreprise ou d'établissement, le nombre d'élus obtenu par chaque organisation syndicale s'apprécie sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste et, à défaut, par parts égales entre les organisations concernées » (Soc., 13 octobre 2010, précité). Il se déduit donc du texte et des précisions jurisprudentielles qu'une liste commune ne peut donner lieu à désignation d'un représentant syndical au comité d'établissement par chacun des syndicats de la liste que si chacun d'eux a obtenu, en fonction de la clé de répartition choisie, au moins deux élus sur la liste commune.

Peut-on cependant proroger les effets de la liste commune après les élections en admettant qu'elle puisse donner lieu à exercice en commun des prérogatives que chacun des syndicats ne pourrait pas exercer seul ?

La lettre du texte pouvait donner lieu à hésitation, puisque l'article L. 2324-2 du code du travail évoque « chaque syndicat ». Mais il n'est pas en contradiction avec la situation d'une désignation pour chaque liste commune. Par ailleurs, la chambre sociale a déjà admis, dans des hypothèses voisines, que deux syndicats ayant constitué une liste commune puissent s'allier ensuite pour l'exercice des prérogatives en résultant. Tel est le cas notamment des syndicats qui, ayant constitué une liste commune pour les élections au comité d'entreprise, réunissent, ensemble, les conditions posées par l'article L. 2143-8 du code du travail pour la désignation d'un délégué syndical supplémentaire. La chambre sociale a décidé que « au cas où des syndicats ont présenté des listes communes aux élections, un seul délégué syndical supplémentaire peut être désigné d'un commun accord entre les syndicats ayant présenté ces listes » (Soc., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-60.397, *Bull.* 2008, V, n° 227).

Tenant compte de ce précédent, et de la volonté manifestée par les partenaires sociaux et le législateur, dans le cadre de la loi du 20 août 2008, de favoriser les regroupements syndicaux, la chambre sociale reconnaît, dans l'arrêt du 31 janvier 2012, la possibilité à deux syndicats ayant constitué une liste commune qui a obtenu deux élus de désigner un représentant syndical commun au comité d'entreprise ou d'établissement.

**Section syndicale*

Sommaire n° 1

Un tribunal d'instance, compétent pour statuer sur la régularité des élections professionnelles, est également compétent, par voie d'exception, pour apprécier la validité des accords collectifs visant à faciliter la communication des organisations syndicales en vue des élections.

Sommaire n° 2

En vertu des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail, l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité.

Dès lors, les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale.

Soc, 11 Janvier 2012

Arrêt n° 339 FS-P+-B

N° 11-14.292 - T.I. Puteaux, 8 mars 2011

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

REJET

Note

Dans la présente affaire, un syndicat non représentatif, mais ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise, avait saisi un tribunal d'instance d'une demande en annulation d'élections professionnelles. Il faisait valoir qu'en application de deux accords collectifs, l'employeur avait mis à la disposition des seules organisations syndicales représentatives des moyens matériels d'affichage et de diffusion de l'information et que, dès lors, le principe d'égalité entre organisations syndicales, qui a une valeur constitutionnelle, n'avait pas été respecté. Le tribunal d'instance avait fait droit à cette demande.

Dans le premier moyen de son mémoire ampliatif, l'employeur, qui reprochait au tribunal d'instance d'avoir apprécié la validité des deux accords d'entreprise, faisait valoir que seul le tribunal de grande instance était compétent pour connaître de la question de la validité d'une convention ou d'un accord collectif.

La chambre sociale de la Cour de cassation rejette ce moyen au motif que le tribunal d'instance est compétent pour statuer sur le contentieux de la régularité des opérations professionnelles, ce qui lui permet d'examiner des questions dont dépend cette régularité. Ainsi, en l'espèce, elle décide que le tribunal d'instance est compétent par voie d'exception pour apprécier la validité des accords collectifs visant à faciliter la communication des organisations syndicales en vue des élections.

Cette solution est dans la lignée de la jurisprudence selon laquelle le juge d'instance, compétent pour apprécier la validité de la désignation de délégués syndicaux, l'est aussi pour apprécier la validité des accords collectifs sur la base desquels les désignations ont eu lieu (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 05-60.060, *Bull.* 2005, V, n° 342 et Soc., 16 janvier 2008, pourvois n° 07-60.163 et 07-60.166, *Bull.* 2008, V, n° 9).

Dans son second moyen, l'employeur faisait valoir que ne méconnaissait pas le principe constitutionnel d'égalité la disposition d'un accord collectif, plus favorable que la loi, qui subordonnait l'octroi à des syndicats d'avantages et notamment de moyens matériels et financiers de diffusion d'information à une condition de représentativité.

Par le présent arrêt, la chambre sociale rappelle tout d'abord que les dispositions du code du travail relatives à l'affichage et à la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise (articles L. 2142-3 à L. 2142-7) sont liées à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale.

L'article L. 2142-1 du code du travail autorise les syndicats non représentatifs, mais remplissant les conditions pour être considérés comme qualifiés (ancienneté, respect des valeurs républicaines...) à créer une section syndicale et à désigner un représentant auprès des salariés. La création d'une section syndicale n'est donc pas subordonnée à une condition de représentativité.

Elle en déduit que les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif qui portent sur l'accès à la communication, à l'intérieur de l'entreprise, des organisations syndicales doivent bénéficier, au nom de l'égalité entre syndicats, à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale, qu'ils soient ou non représentatifs.

Elle rejette donc le pourvoi formé contre le jugement du tribunal d'instance. En effet, ce dernier avait constaté que l'un des accords accordait des droits plus importants en matière d'affichage au sein de l'entreprise et que le second accord fixait les moyens techniques de diffusion de l'information syndicale, notamment par l'intermédiaire d'un réseau intranet, aux salariés de l'entreprise. Il avait donc décidé à bon droit, que ces dispositions, réservées par les deux accords aux seuls syndicats représentatifs, devaient bénéficier au syndicat qui avait constitué dans l'entreprise une section syndicale.

Cette solution avait déjà été posée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 septembre 2011 (Soc., 21 septembre 2011, pourvois n° 10-19.017 et 10-23.247, *Bull.* 2011, V, n° 193 - commenté au *Bulletin du droit de travail* de septembre 2011).

**Syndicat - activité syndicale*

Sommaire

Viola l'article L. 2142-6 du code du travail la cour d'appel qui, pour débouter le salarié de sa demande d'annulation d'un avertissement dont il avait fait l'objet pour avoir envoyé, de son ordinateur et de sa messagerie personnels, un tract syndical sur la messagerie de l'entreprise, retient qu'il n'existe pas dans l'entreprise d'accord autorisant l'utilisation de la messagerie électronique par les organisations syndicales, alors qu'elle avait constaté que le message avait été envoyé aux seuls responsables d'agence, ce qui ne caractérisait pas une diffusion au sens de ce texte.

Soc., 10 janvier 2012

CASSATION

Arrêt n° 148 FS - P+B

N° 10-18.558 - C.A. Rennes, 1^{er} avril 2010

M. Lacabarats, Pt. - Mme Grivel, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Selon l'article L. 2142-4 du code du travail, « *les publications et tracts de nature syndicale peuvent être librement diffusés aux travailleurs de l'entreprise dans l'enceinte de celle-ci aux heures d'entrée et de sortie du travail* », et selon l'article L. 2142-6 « *un accord d'entreprise peut autoriser la mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale, soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise...* ».

En l'espèce, un délégué syndical avait envoyé depuis son domicile et avec sa messagerie personnelle un tract sur la messagerie professionnelle des 35 directeurs d'agences bancaires de sa région. A la suite de ces faits, il a fait l'objet d'un avertissement qu'il conteste devant le conseil de prud'hommes. L'avertissement était motivé par le fait que « seul un accord d'entreprise peut autoriser l'utilisation de la messagerie électronique de l'entreprise par un syndicat pour diffuser les publications et tracts de nature syndicale » et que le délégué syndical aurait « utilisé les boîtes à lettre électroniques des agences en infraction avec l'article L. 412-8 (devenu L. 2142-6) du code du travail ».

Or, dans l'entreprise, il n'existait aucun accord d'entreprise conclu sur le fondement de l'article L. 2142-6 du code du travail. Et par ailleurs, le délégué syndical n'avait fait usage ni de son adresse professionnelle, ni du réseau de messagerie électronique de l'entreprise, ni de l'intranet de l'entreprise.

La Cour de cassation interprète strictement l'article L. 2142-6 précité, et limite son domaine d'application aux publications et tracts diffusés à l'intérieur de l'entreprise (Soc., 28 février 2007, pourvoi n° 05-15.228, *Bull.* 2007, V, n° 37). Par la présente décision, elle précise qu'une diffusion au sens de l'article L. 2142-6 doit s'entendre d'une diffusion large, faite à l'adresse de tous ceux qui ne s'opposent pas à recevoir une information syndicale. Cela justifie les exigences posées par l'article précité selon lesquelles « *cette diffusion doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et ne doit pas entraver l'accomplissement du travail* ».

Sommaire

L'audience électorale d'un syndicat de cadres, affilié à la CFE-CGC, dont les statuts prévoient qu'il regroupe les cadres, cadres supérieurs ou administratifs, les agents de maîtrise, les techniciens ou assimilés, les représentants, les commerciaux, les chômeurs ainsi que les retraités, mais aussi "sous certaines conditions, les employés" et qui, lors du second tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise, présente une liste de candidats dans le premier collège, doit être appréciée compte tenu des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élection tous collèges confondus.

Soc., 31 janvier 2012

CASSATION SANS RENVOI

Arrêt n° 328 FS-P+B

N° 11-60.135 – T.I. Aix-en-Provence, 5 avril 2011

Mme Mazars, f. f. Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

Note

Lors d'élections au comité d'entreprise d'une société, un syndicat, affilié à la CFE-CGC, a déposé au premier tour une liste de candidats dans le collège cadres et une autre liste dans le collège agents de maîtrise. Pour le second tour, il a déposé des candidatures dans tous les collèges y compris le premier collège employés.

A l'issue des élections, le syndicat a désigné un délégué central au sein de la société.

Une autre organisation syndicale a saisi le tribunal d'instance d'une demande tendant à l'annulation de cette désignation au motif que le syndicat à l'origine de ladite désignation n'était pas un syndicat catégoriel de sorte que son audience électorale devait être mesurée sur l'ensemble des collèges et non sur les seuls au sein desquels il avait présenté des candidats au premier, et, qu'ainsi mesurée, elle n'atteignait pas 10 %.

Le tribunal a rejeté la demande.

Le syndicat demandeur a formé un pourvoi en cassation.

L'article L. 2122-2 du code du travail dispose que « *Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives à l'égard des personnes relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale 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 dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants.* »

Il résulte de cette disposition que le seuil d'audience de 10 % exigé pour établir la représentativité d'un syndicat catégoriel affilié à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale s'apprécie uniquement au regard des suffrages obtenus dans le collège dans lequel il a présenté des candidats. Sont concernées les organisations syndicales qui, au regard de leurs statuts, couvrent une catégorie de salariés déterminés dans un collège.

La représentativité des syndicats catégoriels non affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale et les syndicats intercatégoriels est mesurée par rapport à la totalité des suffrages exprimés dans l'ensemble des collèges selon les règles de l'article L. 2122-1 du code du travail.

Les dispositions de l'article L. 2122-2 du code du travail sont une exception à celles de l'article L. 2122-1 du même code.

Dans la présente espèce, la chambre sociale a décidé « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il avait constaté, d'une part, qu'aux termes de ses statuts, le syndicat regroupait les cadres, cadres supérieurs ou administratifs, les agents de maîtrise, les techniciens ou assimilés, les représentants, les commerciaux, les chômeurs ainsi que les retraités, mais aussi « sous certaines conditions, les employés » et, d'autre part, que lors du second tour de l'élection qui s'est tenu le 19 novembre, il avait effectivement présenté une liste de candidats dans le premier, ce dont il résultait que son audience électorale, élément déterminant de sa représentativité, devait être appréciée compte tenu des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élection tous collèges confondus et alors qu'il n'était pas contesté qu'ainsi mesurée, cette audience n'atteignait pas 10 %, le tribunal à violé le texte susvisé [art. L. 2122-2 du code du travail] »*

La seule affiliation à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne suffit pas pour invoquer le bénéfice des dispositions de l'article L. 2122-2 du code du travail. Cette affiliation doit être l'acte d'un syndicat catégoriel.

Il ressort de la décision de la chambre sociale que le syndicat en cause est, selon ses statuts, un syndicat intercatégoriel. Par conséquent, les dispositions de l'article L. 2122-2 du code du travail ne lui sont pas applicables. Son audience électorale doit donc être appréciée par rapport à la totalité des suffrages exprimés tous collèges confondus.

F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

1- Prise d'acte de la rupture

**Manquements reprochés à l'employeur*

Sommaire

Une clause de dédit-formation ne peut être mise en œuvre lorsque la rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur.

Doit dès lors être censurée la cour d'appel qui condamne un salarié au paiement d'une somme au titre de la clause de dédit-formation, alors qu'elle a jugé que la prise d'acte de la rupture du salarié produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce dont il résultait que l'intéressé n'avait pas manqué de son fait à son engagement de rester pendant une certaine durée au service de son employeur en contrepartie de la formation qui lui était dispensée.

Soc., 11 janvier 2012

Arrêt n° 15 F - P+B

N° 10-15.481 - CA Orléans, 11 février 2010

M. Lacabarats, Pt. - Mme Sommé, Rap. -

CASSATION PARTIELLE

2 - Licenciements

2.4 Licenciement économique

**Plan de sauvegarde de l'emploi*

Sommaire

Si l'employeur qui entend supprimer des emplois pour des raisons économiques en concluant avec les salariés des accords de rupture amiable, n'est pas tenu d'établir un plan de reclassement interne lorsque le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre des objectifs qui lui sont assignés en terme de suppression d'emplois, il en va autrement lorsque le projet de réduction d'effectifs de l'employeur implique la suppression de l'emploi de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires. Le maintien de ces salariés dans l'entreprise supposant nécessairement en ce cas un reclassement dans un autre emploi, un plan de reclassement interne doit alors être intégré au plan de sauvegarde de l'emploi.

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail par un salarié dont l'emploi est supprimé sans qu'il quitte volontairement l'entreprise, lorsqu'elle est justifiée par l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur est tenu d'établir, produit les effets d'un licenciement nul.

En rejetant la demande du salarié tendant à voir requalifier sa prise d'acte en licenciement nul, alors qu'elle avait constaté que la mise en œuvre de l'opération d'externalisation décidée par l'employeur entraînait nécessairement la suppression des emplois concernés, et que le salarié, dont l'emploi se trouvait supprimé avait vu son projet de départ refusé, ce dont il résultait que la prise d'acte du salarié, justifiée par l'absence dans le plan social d'un plan de reclassement interne, produisait les effets d'un licenciement nul, la cour d'appel a violé les articles susvisés.

Soc, 25 janvier 2012

CASSATION

Arrêt n° 306 FS-P+B+R+I

N° 10-23.516 - C.A. Grenoble, 23 juin 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Dans cet arrêt, rendu le 25 janvier 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation tire les conséquences des limites de son arrêt du 26 octobre 2010 (pourvoi n° 09-15.187, *Bull.* 2010, V, n° 245, *Rapport annuel* 2010, p. 358) sur les départs volontaires en cas de décision de l'employeur de réduire ses effectifs en s'engageant à ne pas effectuer de licenciement si l'objectif qu'il s'est assigné n'est pas atteint, et statue, pour la première fois, en matière de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié, en cas d'absence de plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi prévu par l'article L. 1233-61 du code du travail.

L'arrêt de la chambre sociale du 26 octobre 2010 avait admis qu'« un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois. »

Dans la présente espèce, la société Y... avait mis en place, pour des raisons économiques, un plan de sauvegarde de l'emploi, défini sur la base des dispositions d'un accord collectif négocié avec les organisations syndicales représentatives au sein de la société, organisant un dispositif de garanties propres à un plan de départ volontaire offert aux personnels qui ne souhaitaient pas rester au service de la société en raison de l'évolution de son organisation ou de l'évolution des activités sous-traitées, et notamment compte tenu de la décision de l'employeur d'externaliser un service, ce qui impliquait la disparition des emplois correspondants.

L'emploi du salarié auteur du pourvoi figurait parmi ceux devant être externalisés, et sa candidature au dispositif de départ volontaire ayant été rejetée par la commission paritaire de suivi, il a pris acte de la rupture de son contrat de travail.

Saisie par ce salarié qui demandait la requalification de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail en licenciement nul, la cour d'appel a rejeté ses demandes, aux motifs que le plan de sauvegarde de l'emploi ne prévoyait pas de licenciement, que le salarié n'établissait pas avoir été laissé sans activité, et qu'il n'y avait donc pas de manquement fautif de la part de l'employeur.

Dans son arrêt du 25 janvier 2012, la chambre sociale censure cette décision, en rappelant en premier lieu que si l'employeur qui entend supprimer des emplois pour raisons économiques en concluant avec les salariés des accords de rupture amiable n'est pas tenu d'établir un plan de reclassement interne lorsque le plan exclut tout licenciement, il en est différemment lorsque la réduction des effectifs s'accompagne de suppressions d'emplois de salariés qui ne veulent pas quitter l'entreprise ou dont la candidature au départ volontaire a été rejetée. Doit être alors intégré au plan de sauvegarde de l'emploi un plan de reclassement interne conformément aux dispositions de l'article L. 1233-61 du code du travail. Or, en l'espèce, l'employeur n'avait pas prévu de plan de reclassement interne pour les salariés dont l'emploi était supprimé et qui ne désiraient pas quitter l'entreprise ou qui n'avaient pas été éligibles au dispositif de départ volontaire.

Le second apport de l'arrêt concerne les conséquences de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié qui invoque l'absence ou l'insuffisance dans le plan social d'un plan de reclassement interne.

La Cour de cassation considère, en principe, que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

Dans le cas d'espèce, la chambre sociale applique aux conséquences de la prise d'acte les sanctions prévues par l'article L. 1235-10 du code du travail qui prévoit, en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, la nullité de la procédure de licenciement et des licenciements qui en constituent la suite et la conséquence : ainsi, lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail du fait de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, celle-ci produit les effets d'un licenciement nul, et non simplement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

4. Démission

Sommaire

Il résulte de l'article L. 1231-4 du code du travail que l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues pour la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Ayant fait ressortir qu'un accord entre le salarié et son employeur faisait dépendre, à l'avance, la nature et le régime de la rupture du contrat de travail de la réalisation d'un événement futur et incertain relatif à son emploi, la cour d'appel a statué à bon droit en écartant une démission du salarié.

Soc., 25 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 305 FS - P+B

N° 10-26.887 - CA Dijon, 23 septembre 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

Note

L'article L. 1231-4 du code du travail dispose que « *L'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre* », c'est-à-dire celles relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.

En l'espèce, une salariée avait fait part de son intention de quitter son entreprise alors que celle-ci avait engagé un projet de restructuration. Son contrat de travail a été suspendu en application d'un accord collectif d'entreprise permettant aux salariés ayant signé un contrat avec un autre employeur de quitter la société avant la fin des consultations légales. Après qu'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) a été établi, la salariée a présenté une demande de départ volontaire dans le cadre du PSE pour un emploi externe à l'entreprise rédigée en ces termes : « *dans le cas où mon départ ne permettrait pas un reclassement interne direct ou indirect, je remettrais ma démission sans que cela ne remette en cause la date de mon départ* ».

La société a alors informé la salariée que, son départ ne permettant pas le reclassement d'un autre salarié, elle était considérée comme démissionnaire.

La salariée a alors saisi la juridiction prud'homale pour faire notamment juger qu'elle avait fait l'objet d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Le conseil de prud'hommes a dit que la rupture du contrat de travail constituait une démission et a débouté la salariée de ses demandes d'indemnités.

Par un arrêt infirmatif, la cour d'appel a jugé que la rupture du contrat de travail constituait un départ négocié dans le cadre de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi, et a ainsi condamné l'employeur à verser à la salariée diverses sommes au titre de différentes indemnités.

Faisant grief à l'arrêt d'avoir méconnu l'accord des parties décidé dans les conditions prévues par le PSE qui prévoyait une démission si le départ de la salariée ne permettait pas un reclassement interne direct ou indirect, et de la condamner à payer à la salariée différentes indemnités, la société-employeur a formé un pourvoi en cassation.

Il était ainsi question pour la chambre sociale de déterminer la qualification de cette rupture intervenue alors que la société-employeur a engagé un projet de restructuration ayant donné lieu à un accord collectif d'entreprise et à un plan de sauvegarde de l'emploi. S'agissait-il d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme le prétend la salariée, d'une démission, comme le retient le conseil de prud'hommes ou d'un départ amiable dans le cadre des dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi, comme le soutient la cour d'appel ?

La chambre sociale rejette le pourvoi. Elle rappelle, dans un premier temps les termes de l'article L. 1231-4 du code du travail qui pose le principe de la prohibition d'une renonciation par avance aux règles relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Elle entérine, dans un second temps, le raisonnement de la cour d'appel qui, après avoir relevé l'existence d'un « *accord entre la salariée et son employeur [qui] faisait dépendre, à l'avance, la nature et le régime de la rupture du contrat de travail de la réalisation d'un évènement futur et incertain relatif à son emploi* », écarte la démission de la salariée.

On peut rappeler qu'il est de jurisprudence constante que la rupture d'un contrat de travail peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise et que cette rupture constitue une résiliation amiable du contrat de travail. En effet, dans un arrêt rendu le 2 décembre 2003 (pourvoi n° 01-46.186, *Bull.* 2003, V, n° 308), la chambre sociale avait décidé que « *le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties ; que le salarié concerné par un projet de licenciement pour motif économique n'est pas privé de la faculté de proposer à son employeur une rupture amiable de son contrat de travail, s'il estime y avoir intérêt ; Et attendu qu'ayant constaté que l'employeur avait informé le comité d'entreprise d'un projet de licenciement concernant trois salariés, dont M..., et qu'en l'absence de tout litige entre les parties, une convention de résiliation amiable préservant ses droits aux indemnités de rupture a été conclue à sa demande, pour lui permettre d'exercer immédiatement une autre activité, la cour d'appel a pu décider que le contrat avait été rompu d'un commun accord* ».

Néanmoins la règle selon laquelle l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée est intangible, de sorte qu'aucun accord ne peut prévoir par avance la nature ou la qualification du mode de rupture du contrat de travail.

Par un arrêt rendu le 25 mars 2009 (pourvoi n° 06-46.330, Bull. 2009, V, n° 87), la chambre sociale avait déjà fait une application de ce principe d'interdiction et décidé, s'agissant d'une renonciation par avance aux règles relatives au licenciement, que « *Mais attendu que l'interdiction de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement qui résulte de l'article L. 122-1-7, alinéa 3, devenu L. 1231-4 du code du travail, rend sans effet la signature d'un contrat à durée déterminée alors que le contrat à durée indéterminée est toujours en cours d'exécution ; qu'ayant constaté que le contrat à durée indéterminée n'avait pas été rompu, la cour d'appel en a exactement déduit que les parties étaient demeurées liées par le contrat à durée indéterminée ; que le moyen n'est pas fondé.* »

G - ACTIONS EN JUSTICE

**Compétence matérielle du conseil de prud'hommes*

Sommaire

L'article L. 7215-1 du code du travail prévoit que le conseil de prud'hommes est seul compétent pour connaître des différends relatifs au contrat de travail conclu entre les salariés définis à l'article L.7211-2 et leurs employeurs ainsi qu'aux contrats qui en sont l'accessoire.

Doit dans ces conditions être approuvé l'arrêt qui déclare incompetent le conseil de prud'hommes pour statuer sur une demande tendant à voir reconnaître l'existence d'un contrat de travail d'une personne, partie à une convention d'occupation prévoyant qu'une part des indemnités serait affectée à l'entretien général du jardin et au gardiennage d'une propriété, au motif que l'intéressé ne se trouvait pas dans un état de subordination caractérisant un tel contrat.

Soc, 25 janvier 2012

Arrêt n° 245 FS-P+-B

N° 10-13.858 - C.A. Chambéry, 5 janvier 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. - Mme Vallée, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

REJET

Note

Une convention dénommée "*convention d'occupation d'une maison bourgeoise avec un garage*" a été signée entre les propriétaires d'une résidence secondaire comportant notamment une maison individuelle de gardien, et le demandeur au pourvoi.

Aux termes de cette convention, le demandeur occupait un immeuble à usage d'habitation et un garage moyennant deux indemnités d'occupation distinctes, la première prenant en considération les travaux de réfection à la charge du demandeur à son entrée dans les lieux, la seconde étant affectée "*à l'entretien général du jardin en dehors de tout travail exceptionnel non répétitif et au gardiennage de la propriété*".

Le demandeur a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de cette convention en contrat de travail relevant de la convention collective des gardiens, concierges et employés d'immeuble ainsi que le paiement de rappel de salaires.

Le conseil de prud'hommes a constaté l'absence de contrat de travail et s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de grande instance. Sur contredit de compétence, la cour d'appel a confirmé le jugement au motif que le demandeur ne justifiait pas de l'existence d'un lien de subordination.

La question posée par le pourvoi portait donc sur la compétence du conseil de prud'hommes pour connaître du litige dont il est question.

La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle tout d'abord qu'en vertu de l'article L. 7215-1 du code du travail, *“le conseil de prud'hommes est seul compétent pour connaître des différends relatifs au contrat de travail conclu entre les salariés définis à l'article L. 7211-2 et leurs employeurs ainsi qu'aux contrats qui en sont l'accessoire”*.

L'existence d'un contrat de travail est donc une condition *sine qua non* de la compétence du conseil de prud'hommes.

La jurisprudence et la doctrine définissent le contrat de travail comme la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération.

Le lien de subordination est donc l'un des éléments déterminant du contrat de travail. Selon la Cour de cassation, *“le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné”* (Soc., 23 avril 1997, pourvoi n° 94-40.909, *Bull.* 1997, V, n° 142 ; Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 10.15.573, *Bull.* 2011, V, n° 100). Ce sont les circonstances de fait qui déterminent l'existence d'une situation de dépendance dans l'exercice du travail (Soc., 9 mai 2001, pourvoi n° 98-46.158, *Bull.* 2001, V, n° 155 ; Soc., 25 octobre 2005, pourvoi n° 01-45.147, *Bull.* 2005, V, n° 300). Ainsi, les juges ne peuvent, pour retenir l'existence d'un lien de subordination, s'attacher uniquement à la dénomination donnée par les parties à leurs rapports dans le contrat sans rechercher si l'intéressé recevait des ordres et directives (Soc., 23 avril 1997, pourvoi n° 94-40.909, *Bull.* 1997, V, n° 142).

Par le présent arrêt, la Cour de cassation approuve les juges du fond, qui ayant constaté que l'intéressé ne se trouvait pas dans un état de subordination caractérisant le contrat de travail, en avaient déduit que le conseil de prud'hommes n'était pas compétent.

**Conflit de juridictions*

Sommaire

Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations au regard de l'article 5 § 1 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, une cour d'appel qui, pour se déclarer incompétente et renvoyer les parties à mieux se pourvoir, retient que la valeur du travail a été de 359 058 euros en France et de 166 110 euros à l'étranger, que le travail en France représente ainsi 68,37 % du total, et donc 68,37 % du temps travaillé, que le salarié n'a donc pas accompli «habituellement» son travail dans un même lieu, en France, son temps de travail à l'étranger, certes minoritaire, n'étant pas pour autant exceptionnel ou accessoire, qu'il faut donc en venir au critère subsidiaire, à savoir le lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié accomplissait habituellement son travail en France, dès lors que sa résidence en France était le lieu où le salarié avait établi le centre effectif de ses activités professionnelles et à partir duquel il s'était acquitté en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur.

Soc., 25 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

Arrêt n° 307 FS - P+B

N° 10-28.155 - CA Orléans, 28 octobre 2010

Mme Mazars, f.f. Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Un employeur, résidant en Suisse, a engagé en qualité de mécanicien un salarié demeurant en France qui a été amené à travailler chez des clients tant en France qu'à l'étranger.

Le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur et a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes à l'encontre de son employeur. Le conseil de prud'hommes s'est déclaré compétent. Invoquant la compétence des juridictions helvétiques, l'employeur a déposé au greffe de la cour d'appel un contredit motivé.

La cour d'appel a déclaré les juridictions helvétiques compétentes et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

Le salarié a formé un pourvoi en cassation.

La question soulevée à l'occasion de ce pourvoi était la suivante : Un salarié domicilié en France et travaillant en Suisse et en France peut-il attirer devant la juridiction française son employeur domicilié en Suisse ?

Il était en effet question pour la chambre sociale de trancher un litige relatif à un conflit de compétence juridictionnelle internationale.

L'article 5 § 1 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, applicable à l'espèce, dispose notamment que « *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État contractant:*

I[...]; en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail, et, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, ce lieu est celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur; »

Il s'agissait, dans cette espèce, de déterminer, conformément à la lettre de l'article 5 § 1 de la Convention de Lugano, le lieu où le salarié accomplissait habituellement son travail.

Pour dire que le salarié n'avait pas accompli son travail « habituellement » dans un même lieu et qu'il fallait en venir au critère subsidiaire posé par l'article 5 § 1 de la convention de Lugano, à savoir le lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, la Cour d'appel a retenu que « *la valeur du travail a été de 359 058 euros en France et de 166 110 euros à l'étranger, que le travail en France représente ainsi 68,37 % du total, et donc 68,37 % du temps travaillé.* »

La chambre sociale casse l'arrêt rendu par la cour d'appel. Elle énonce « *qu'il résultait de ses constatations [celles de la cour d'appel] que le salarié accomplissait habituellement son travail en France, dès lors que sa résidence en France était le lieu où le salarié avait établi le centre effectif de ses activités professionnelles et à partir duquel il s'était acquitté en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur* ».

La chambre sociale décide que le lieu d'accomplissement habituel du travail, au sens de l'article 5 § 1 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, est le lieu d'établissement par le salarié du centre effectif de ses activités professionnelles et à partir duquel il s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur.

Elle livre ainsi des critères permettant d'apprécier et de déterminer le lieu d'accomplissement habituel du travail, et ce en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, selon le Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention qui est annexé à la Convention de Lugano, l'application et l'interprétation de ladite Convention doit se faire en tenant compte des décisions rendues par la Cour de justice des Communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne) sur l'interprétation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

On peut dès lors citer deux décisions rendues en la matière :

- CJCE, 9 janvier 1997, Rutten, affaire n° C-383/95, Rec. I p. 57 : la Cour a dit que le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail au sens de l'article 5 § 1 de la Convention de Bruxelles est celui où il a établi le centre effectif de ses activités professionnelles, et qu'il convient de prendre en considération, pour déterminer ce lieu, que l'intéressé accomplit la majeure partie de son temps de travail dans un des Etats contractants où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur et où il retourne après chaque voyage professionnel à l'étranger.

- CJCE, 27 fév. 2002, Weber, affaire n° C-37/00 : la Cour a décidé qu'en l'absence de bureau constituant le centre effectif des activités, il convient de rechercher le lieu avec lequel le litige présente le lien de rattachement le plus significatif ou l'endroit où le travailleur a accompli la majeure partie de son temps de travail pour son employeur.

**Conflit de lois*

Sommaire 1

Ayant constaté, pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, que si les contrats de travail étaient conclus, pour l'essentiel, par des sociétés de droit étranger, il n'est pas contesté que c'est la société-mère du groupe, établie en France, qui organisait l'affectation du salarié auprès de ses filiales étrangères, exerçant de la sorte un pouvoir de direction, que celui-ci ressortait d'ailleurs de la "Bible du Camp Boss" selon laquelle la direction générale et la base arrière de la division Afrique se trouvent au siège du groupe en France, que tous les contrats de travail étaient rédigés en français et fixaient pour la plupart d'entre eux une rémunération en francs, incluant "la rémunération des conditions particulières de travail liée à (l') expatriation" du salarié, qu'ils tenaient tous compte de la domiciliation en France du salarié, en stipulant que les frais de déplacement entre le lieu de sa résidence principale et son lieu d'emploi seraient à la charge de l'employeur, que le lieu de travail fixé dans le contrat de travail a toujours été conçu comme une affectation provisoire, le salarié étant appelé à revenir en France à la fin de chaque mission, une cour d'appel a pu en déduire que les parties avaient l'intention implicite de soumettre la relation de travail à la loi française, de sorte que c'est celle-ci qui s'applique aux contrats conclus antérieurement au 1er avril 1991.

Sommaire 2

Une cour d'appel ayant, en application des dispositions de l'article 6 § 2 b de la Convention de Rome du 19 juin 1980 applicable aux contrats conclus postérieurement au 1er avril 1991, constaté que le salarié n'accomplissait pas habituellement son travail dans un même pays, que, si chaque mission donnait lieu, jusqu'au 15 septembre 1992, à l'établissement d'un contrat de travail écrit, lequel déterminait un lieu de travail unique, le salarié était demeuré sous la subordination de la société-mère du groupe, que le pouvoir de direction émanait de façon constante de cette société qui l'exerçait soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales françaises, que la majorité des lettres adressées au salarié émanait de sociétés immatriculées en France, lesquelles lui notifiaient notamment ses détachements et mutations, et retenu qu'il convient d'envisager la relation

contractuelle dans son ensemble pour déterminer la loi qui lui est applicable et que la continuité du lien contractuel avec la société-mère du groupe fait obstacle à l'application de la loi de chacun des pays où se trouvent les différents établissements qui l'ont embauché, dès lors qu'elle permet de caractériser des liens plus étroits avec la France, que ces liens sont confirmés par le paiement de la rémunération en francs, puis en euros, le paiement en devises étrangères ne s'observant que sur des périodes très limitées, a pu en déduire que les contrats de travail successifs présentaient des liens étroits avec la France et a exactement décidé que la loi française était applicable au litige.

Sommaire 3

L'employeur, tenu d'une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, doit informer le salarié expatrié de sa situation au regard de la protection sociale pendant la durée de son expatriation.

Ayant constaté que le salarié n'avait pas été informé de ce que son activité ne donnait pas lieu au versement de cotisations au régime d'assurance vieillesse de la sécurité sociale ni averti de la faculté d'adhérer volontairement à ce régime, d'autant que sa formation et son expérience professionnelle ne lui conféraient aucune qualification particulière pour apprécier lui-même l'étendue de sa couverture sociale, et retenu que c'est en vain que l'employeur soutient que l'information ressort des bulletins de paie, ceux-ci ne mettant pas suffisamment en évidence l'absence de cotisation au régime général pour éclairer de manière claire et exhaustive le salarié sur sa situation, des cotisations étant prélevées au titre de la retraite complémentaire, de sorte que le salarié pouvait légitimement considérer qu'il cotisait à l'assurance retraite, une cour d'appel a pu en déduire que le manquement de l'employeur à son obligation d'information a causé un préjudice au salarié, consistant en une perte de chance de s'assurer volontairement contre le risque vieillesse.

Soc., 25 janvier 2012

REJET

Arrêt n° 308 FS-P+B

N° 11-11.374 - C.A. Rennes, 30 novembre 2010

Mme Mazards, f. f. Pt. – M. Huglo, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Une personne a été engagée en qualité de commis de cuisine par la société Sodexho Scotland, pour une durée de six mois et affectée sur une plateforme maritime. Elle a été ensuite recrutée par la société Socorest en qualité de cuisinier au Congo. Le salarié a par la suite conclu divers contrats de travail avec les sociétés Socorest, Resco, Sodexho Angola et universal Sodexho Afrique, qui font partie du groupe Sodexho, en qualité de cuisinier, de chef de cuisine, de chef chargé, puis de « camp boss », pour réaliser des prestations hôtelières sur des chantiers maritimes ou terrestres à l'étranger. Le dernier contrat de travail écrit a été conclu le 15 septembre 1992 pour une durée indéterminée.

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande dirigée contre les sociétés universal Sodexho, devenue Sodexo Amecaa, et Universal Sodexho Afrique, devenue Sodexo Afrique, d'une demande en paiement d'heures supplémentaires et de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de la perte de ses droits à la retraite.

La cour d'appel a fait droit à la demande du salarié et a condamné in solidum les sociétés Sodexo Amecaa et Sodexo Afrique à lui verser diverses sommes d'argent.

Les sociétés Sodexo Ameca et Sodexo Afrique ont formé un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel.

Ce pourvoi a posé deux questions à la chambre sociale :

- quelle est la loi applicable au contrat de travail en cause ?
- l'employeur est-il tenu d'informer le salarié de son non affiliation au régime d'assurance vieillesse de la sécurité sociale et de l'avertir de la faculté d'adhérer volontairement à ce régime ?

1. La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 1991, de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles donnait au contrat de travail international priorité d'application de la loi du lieu d'exécution sous réserve de la loi choisie par les parties si elle était plus favorable.

Dans le cas d'espèce, la loi du lieu d'exécution a été écartée au profit de la loi choisie par les parties, la loi d'autonomie. Les parties ayant gardé le silence sur ladite loi, la tâche est revenue au juge de rechercher leur intention commune.

Pour les contrats conclus antérieurement au 1^{er} avril 1991, la chambre sociale a approuvé la cour d'appel qui a retenu que les parties avaient l'intention implicite de soumettre la relation de travail à la loi française au regard des éléments suivants :

- la société mère du groupe, établie en France, organisait l'affectation du salarié auprès de ses filiales étrangères, exerçant de la sorte un pouvoir de direction ;
- les contrats de travail étaient rédigés en français et fixaient pour la plupart d'entre eux une rémunération en francs, incluant « la rémunération des conditions particulières de travail liée à l'expatriation du salarié » ;
- les contrats tenaient tous compte de la domiciliation en France du salarié, en stipulant que les frais de déplacement entre le lieu de sa résidence principale et son lieu d'emploi seraient à la charge de l'employeur ;
- le lieu de travail fixé dans le contrat de travail a toujours été conçu comme une affectation provisoire, le salarié étant appelé à revenir en France à la fin de chaque mission.

La chambre sociale a déjà jugé que :

- « Une cour d'appel qui relève qu'un contrat de travail ne fait pas référence à la loi applicable et qui constate que le contrat a été conclu en France entre une société française et un ressortissant français, qu'il avait pris effet en France avant le départ du salarié pour le Pakistan et que la rémunération était stipulée en francs, a pu décider qu'il résultait, de façon certaine, de ces éléments que les parties avaient eu l'intention de soumettre leurs relations à la loi françaises » (Soc., 28 octobre 1997, pourvoi n° 94-42.340, Bull. 1997, V, n° 337) ;
- « Caractérise l'intention des parties de soumettre le contrat de travail du salarié à la loi étrangère, la cour d'appel qui constate que celui-ci a été embauché dans un Etat étranger et y a effectivement travaillé, qu'aucune disposition de la législation française du droit du travail n'a été rendue applicable ni appliquée entre les parties et que la rémunération de l'intéressé a été fixée et payée en devises locales. » (Soc., 21 janvier 2004, pourvoi n° 01-45.182, Bull. 2004, V, n° 21).

Selon l'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980, le contrat de travail est régi par la loi choisie par les parties, ce choix devant être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. A défaut de choix, il est régi soit par la loi du pays où le travailleur (...) accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, soit, en cas de mobilité internationale, par celle de l'Etat où se trouve l'établissement d'embauche, à moins que ce contrat ne présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

Dans la présente affaire, la chambre sociale a approuvé la cour d'appel qui a, en application des dispositions de l'article 6 § 2 b de la convention de Rome du 19 juin 1980 applicable aux contrats conclus postérieurement au 1^{er} avril 1991, considéré « que la continuité du lien contractuel avec la

société mère du groupe fait obstacle à l'application de la loi de chacun des pays où se trouvent les différents établissements qui ont embauché [le salarié] , dès lors qu'elle permet de caractériser des liens plus étroits avec la France, que ces liens sont confirmés par le paiement de la rémunération en francs, puis en euros, le paiement en devises étrangères ne s'observant que sur des périodes très limitées, a pu en déduire que les contrats de travail successifs présentaient des liens étroits avec la France et a exactement décidé que la loi française était applicable au litige. »

La chambre sociale a déjà jugé que : « *Selon l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi, a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.*

Il en résulte que la cour d'appel qui pour dire que la loi française est applicable à la rupture du contrat, a relevé que le salarié avait été détaché par une entreprise établie en Grande-Bretagne pour être mis temporairement à la disposition d'une société qui exerçait son activité en France, ce dont elle aurait dû déduire qu'il n'y avait pas accompli habituellement son travail, a violé par fausse application l'article 6 § 2 a) de la Convention de Rome du 19 juin 1980. » (Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-43.190, Bull. 2011, V, n° 22).

Le lieu habituel de travail d'un salarié exerçant son activité dans plusieurs Etats au sens de la convention de Rome (article 6, § 2, sous a) est celui où ou à partir duquel le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur (CJUE, 15 mars 2011, n° C-29/10, Koelzch c/ Etat du Grand-Duché de Luxembourg).

2. Le salarié expatrié n'est pas soumis au régime français de sécurité sociale mais au régime obligatoire du lieu d'exécution du contrat de travail. Il peut toutefois s'affilier volontairement à la Caisse des Français de l'étranger (article L. 762-1 du code de sécurité sociale).

En l'espèce, le salarié soutenait qu'il n'avait pas conscience que son employeur ne cotisait pas au régime d'assurance vieillesse de la sécurité sociale.

L'employeur faisait valoir de son côté que nulle disposition ne lui faisait obligation d'informer particulièrement le salarié sur le régime de retraite auquel il cotise ou ne cotise pas, en sus des mentions obligatoires afférentes aux cotisations de sécurité sociale qui doivent figurer sur le bulletin de paie en application des articles R. 3243-1 et R. 3243-2 du code de travail.

La cour d'appel a décidé que le salarié aurait dû être informé de ce que son activité ne donnait pas lieu au versement de cotisations au régime d'assurance vieillesse de la sécurité sociale, et averti de la faculté d'adhérer volontairement à ce régime. Elle a conclu que le salarié avait subi une perte de chance de s'assurer volontairement contre le risque vieillesse. Les juges du fond ont été approuvés par la chambre sociale qui a considéré que « *l'employeur, tenu d'une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, doit informer le salarié expatrié de sa situation au regard de la protection sociale pendant la durée de son expatriation* ».

Le présent arrêt instaure à la charge de l'employeur une obligation d'information au profit du salarié expatrié sur sa situation au regard de sa protection sociale.

**Impartialité*

Sommaire

Le fait qu'une partie soit assistée ou représentée devant la cour d'appel par un délégué syndical, membre d'un conseil de prud'hommes du ressort de la cour d'appel, n'est pas de nature à faire douter de l'impartialité de cette juridiction.

Soc., 10 janvier 2012

REJET

Arrêt n°147 FS - P+B

N° 10-28.027 - C.A. Poitiers, 26 octobre 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

**Qualité à agir*

Sommaire n°1

La Caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF, créée par le décret n° 2007-730 du 7 mai 2007, ayant été, à compter du 1er janvier 2008, substituée à la SNCF pour la gestion du régime spécial de retraite de ce personnel et pour celle des prestations annexes, a acquis de plein droit, à cette date, la qualité de partie aux instances engagées contre la SNCF à ce titre.

Elle est donc recevable à interjeter appel d'un jugement rendu le 25 mars 2008 à l'encontre de celle-ci.

Sommaire n° 2

Les agents de la SNCF, qui relèvent d'un régime spécial de sécurité sociale, bénéficient des mêmes prestations d'assurance chômage que les autres salariés du secteur privé.

Encourt dès lors la cassation un arrêt qui, pour débouter un agent de sa demande en paiement au titre de l'allocation d'aide à l'emploi, retient qu'il ne peut être regardé comme figurant au nombre des bénéficiaires de la convention au 1er janvier 2004 relative à l'assurance chômage dès lors que sa mise à la retraite d'office en application du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel ne constitue pas un licenciement, alors que l'intéressé remplissait les conditions auxquelles les articles L. 351-3 et L. 351-19 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable, subordonnaient le versement des allocations de chômage.

Soc., 25 janvier 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 303 FS-P+B

N° 10-19.135 - C.A. Aix-en-Provence, 26 mars 2010

Mme Mazars, f. f. Pt. – Mme Lambremon, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Un agent de la SNCF a été placé à la retraite d'office à l'âge de 55 ans, alors qu'il ne pouvait pas encore bénéficier d'une pension à taux plein. Il a assigné devant le tribunal d'instance, en paiement d'une certaine somme au titre de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, la SNCF, « demeurant Caisse de prévoyance et de retraite, à Marseille ». Sa demande a été favorablement accueillie.

La caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF a interjeté appel, en indiquant dans sa déclaration être un organisme de sécurité sociale, doté de la personnalité morale et institué par le décret n° 2007-730 du 7 mai 2007 (l'acte introductif d'instance datait du 29 mai 2006).

L'agent de la SNCF a soulevé l'irrecevabilité de l'appel en faisant valoir que la caisse n'était pas partie en première instance.

La cour d'appel a déclaré recevable l'appel de la caisse et a infirmé le jugement, décidant que l'agent ne pouvait pas bénéficier de l'allocation réclamée.

Ce dernier a formé un pourvoi en cassation.

Le présent arrêt soulève deux problèmes :

- l'un porte sur la recevabilité de l'action de la caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF ;
- l'autre se pose dans les termes suivants : un agent de la SNCF mis à la retraite d'office en application du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel avant l'âge de 60 ans est-il un salarié involontairement privé d'emploi au sens de la convention Unedic du 1^{er} janvier 2004 ?

I. L'agent SNCF soutenait que :

- le droit d'appel n'est ouvert qu'aux personnes qui ont été partie au procès devant le premier juge ;
- l'assignation a été délivrée à « *SNCF demeurant caisse de prévoyance et de retraite 17 avenue général Leclerc Marseille* », que donc seule la SNCF avait été assignée ;
- la caisse, créée par un décret du 7 mai 2007, n'avait pas d'existence au moment où l'assignation a été délivrée le 29 mai 2006.

Après avoir relevé que l'assignation a été délivrée à « la SNCF Caisse de Prévoyance et de retraite » et que la signification du jugement mentionnait en qualité de défendeur « la SNCF caisse de prévoyance et de retraite », la cour d'appel a jugé qu'« *il résulte de ces constatations que la caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF était partie en première instance en dépit de l'imprécision de sa dénomination dans l'assignation.* »

La chambre sociale a quant à elle décidé que « *selon le décret n° 2007-730 du 7 mai 2007, la Caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF a été, à compter du 1^{er} janvier 2008, substitué à la SNCF pour la gestion du régime spécial de retraite de ce personnel et pour celle des prestations annexes comme l'allocation de privation d'emploi ; qu'elle a ainsi acquis de plein droit la qualité de partie à l'instance précédemment engagée contre la SNCF de sorte qu'elle était recevable à interjeter appel du jugement rendu à l'encontre de celle-ci.* »

Cette solution se rapproche de celle retenue par la Cour de cassation en cas de transmission universelle de patrimoine ou d'apport partiel d'actifs selon le régime des scissions. En effet, la deuxième chambre civile a jugé que :

- « *En cas de fusion, sans création d'une société nouvelle, la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire confère de plein droit à cette dernière, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération, qualité pour poursuivre les instances engagées par la société absorbée* » (2^{ème} civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-20.213, Bull. 2004, II, n° 339) ;
- « *Le délai prévu à l'article 528-1 du code de procédure civile court à l'égard de la société bénéficiaire d'un apport partiel d'actifs selon le régime des scissions, qui acquiert de plein droit la qualité de partie aux instances précédemment engagées par la société apporteuse à laquelle elle se trouve substituée, pour le jugement rendu à l'égard de cette dernière qui avait comparu, peu important que le jugement ait été prononcé après la réalisation de l'apport.* » (2^{ème} civ., 7 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.619, Bull. 2010, II, n° 1).

La chambre commerciale a quant à elle décidé qu'« *En sa qualité d'ayant cause universel de la société absorbée, la société absorbante acquiert de plein droit, à la date d'effet de la fusion, la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci.* » (Com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.102, Bull. 2008, IV, n° 174).

II. L'article 1^{er} du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2004 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage stipule que « *Le régime d'assurance chômage assure un revenu de remplacement dénommé allocation d'aide au retour à l'emploi, pendant une durée déterminée, aux salariés involontairement privés d'emploi qui remplissent des conditions d'activité désignées périodes d'affiliation, ainsi que des conditions d'âge, d'aptitude physique, de chômage, d'inscription comme demandeur d'emploi, de recherche d'emploi.* »

Pour débouter l'agent SNCF de sa demande, la cour d'appel a retenu qu'il ne peut être regardé comme figurant au nombre des bénéficiaires de la convention du 1^{er} janvier 2004 relative à l'assurance chômage dès lors qu'il a été mis à la retraite d'office en application du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel et que cette mise à la retraite ne constitue pas un licenciement.

L'agent de la SNCF soutenait à l'appui de son pourvoi qu'aux termes des articles 1^{er} et du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2004 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, la mise à la retraite d'un salarié qui ne peut pas bénéficier d'une pension de retraite à taux plein même s'il a atteint l'âge de la retraite constitue un licenciement.

La chambre sociale a décidé que « *les agents de la SNCF, qui relèvent d'un régime spécial de sécurité sociale, bénéficient des mêmes prestations d'assurance chômage que les autres salariés du secteur privé.* » Elle a ajouté que selon l'article L. 351-3 du code du travail, les allocations d'assurance sont attribuées aux travailleurs involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi qui satisfont à des conditions d'âge et d'activité antérieure. La chambre sociale a également noté que d'après l'article L. 351-19 du même code, le revenu de remplacement cesse d'être versé aux allocataires âgés de plus de 60 ans et justifiant de cent cinquante trimestres validés au titre de l'assurance vieillesse au sens de l'article L. 351-1 du code de la sécurité sociale. Elle a conclu « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ces constatations qu'ayant été mis à la retraite d'office à l'âge de 55 ans, alors qu'il ne justifiait que de cent trente trimestre validés au titre de l'assurance vieillesse, l'intéressé avait été volontairement privé d'emploi, au sens de la convention UNEDIC du 1^{er} janvier 2004, de sorte qu'il avait vocation à bénéficier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, la cour a violé les [articles L. 351-3, L. 351-8, L. 351-12, et L. 351-19 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable].* »

La présente décision se rapproche de celles rendues par la chambre sociale les 18 mai 1999 (Soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 97-13.808, *Bull.* 1999, V, n° 220), 7 novembre 1995 (Soc., 7 novembre 1995, pourvoi n° 93-11.342, *Bull.* 1995, V, n° 290), 28 octobre 2003 (Soc., 28 octobre 2003, pourvoi n° 01-16.353) et 15 décembre 2009 (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.286).

**Syndicat -droit d'action*

Sommaire

Dès lors que l'objet de la demande du syndicat tend à la défense de l'emploi des salariés de l'entreprise, son action est recevable sur le fondement de l'article L. 2132-3 du code du travail.

Doit par conséquent être censurée la décision de la cour d'appel qui déclare un syndicat irrecevable à agir en cessation par un co-contractant de l'employeur d'agissements de nature à avoir une incidence sur l'emploi des salariés de l'entreprise.

Soc., 10 janvier 2012

Arrêt n° 150 FS - P+B

N° 09-16.691 - C.A. Rennes, 4 juin 2009

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

CASSATION

Note

Une caisse régionale d'assurance maladie a dénoncé la convention de tiers payant passée avec une association d'aide à domicile, et a envoyé une lettre individuelle aux adhérents de l'association en leur indiquant que les prestations ne seraient plus remboursées.

Contestant cet agissement de nature à détourner la clientèle de l'association, le comité d'entreprise et un syndicat ont saisi le juge des référés pour qu'il soit enjoint à la CRAM d'adresser un courrier rectificatif aux adhérents. En appel, l'action du comité d'entreprise et du syndicat, ainsi que l'intervention volontaire des salariés, ont été déclarées irrecevables.

L'action collective d'un syndicat découle de l'article L. 2132-3 du code du travail, selon lequel « *les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.*

Il peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

Le syndicat est ainsi recevable à agir pour les actions qui touchent aux intérêts collectifs de la profession, comme l'exécution d'un accord collectif de travail (Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-12.340, *Bull.* 2007, V, n° 68(1), la contestation en matière d'élections professionnelles (Soc., 18 novembre 1998, pourvoi n° 96-60.422 et 96-60.454, *Bull.* 1998, V, n° 509). Le préjudice invoqué peut être direct ou indirect, comme par exemple un manquement à la sécurité des travailleurs (Crim., 11 octobre 2005, pourvoi n° 05-82.414, *Bull. crim.* 2005, n° 254 (2), ou le défaut de consultation du CE avant des licenciements collectifs pour motif économique (Crim., 3 décembre 1996, pourvoi n° 95-84.647, *Bull. crim.* 1996, n° 441 (1).

En revanche, un syndicat est irrecevable à faire reconnaître l'existence d'un droit attaché à la personne, comme l'existence d'un contrat de travail (Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 05-16.492, *Bull.* 2008, V, n° 22). Fait exception la situation dans laquelle le litige est susceptible d'avoir des répercussions sur la situation des autres salariés de l'entreprise (Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-44.132, *Bull.* 2008, V, n° 243).

Le présent arrêt permet de préciser la notion de défense des intérêts collectifs d'une profession, alors que le préjudice avait pour origine l'agissement d'un tiers, en l'espèce l'organisme ayant dénoncé la convention de tiers payant, et que ce préjudice était indirect, faisant peser une menace sur le maintien des emplois dans l'association. C'est dans une telle configuration que la chambre sociale reconnaît au syndicat un intérêt à agir, condition à la recevabilité de son action en justice.



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

Site internet : www.courdecassation.fr

Twitter : @courdecassation