

COUR DE CASSATION

MENSUEL
DU
DROIT DU TRAVAIL



N°32
Mai 2012



SOMMAIRE

A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL	3
B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS	16
D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL	18
E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES	21
F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL	29
G - ACTIONS EN JUSTICE	33

A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL

1. Emploi et formation

**Existence du contrat de travail*

Sommaire

En présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve. La délivrance de l'attestation ASSEDIC, prévue par l'article R.1234-9 du code du travail, crée l'apparence d'un contrat de travail.

En conséquence justifie légalement sa décision, la cour d'appel qui ayant constaté que le salarié s'était vu remettre par une société une attestation ASSEDIC aux termes de laquelle elle déclarait l'avoir employée et l'avoir licenciée pour motif personnel, et se bornait à dire qu'elle avait voulu seulement assurer à l'intéressé une couverture sociale et son indemnisation en cas de chômage, décide que n'ayant pas établi le caractère fictif du contrat de travail apparent, cette société a la qualité d'employeur.

Soc, 10 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1107 FS-P+B

N° 11-18.681 - C.A. Aix-en-Provence, 29 mars 2011

M. Lacabarats, Pt. - Mme Ducloz, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

Note

Il appartient à celui qui se prévaut d'un contrat de travail d'en établir l'existence et le contenu. Mais en présence d'un contrat apparent, c'est à celui qui invoque son caractère fictif d'en apporter la preuve (Soc., 25 octobre 1990, pourvoi n° 88-12.868, *Bull.* 1990, V, n° 500).

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'existence d'un contrat apparent peut résulter de la production de bulletins de paie (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 07-42.433; Soc., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.962; Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-70.416), de bulletins de paie et de l'inscription d'une personne sur le registre du personnel (Soc., 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-44.715; Soc., 23 janvier 2002, pourvoi n° 00-40.390), de bulletins de paie et d'une déclaration d'embauche auprès de l'URSAFF (Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-41.419), de bulletins de paie et de cotisations au régime général de la sécurité sociale (Soc., 29 octobre 2008, pourvoi n° 07-44.766, *Bull.* 2008, V, n° 206).

Dans la présente affaire la question posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était la suivante : la délivrance d'une attestation ASSEDIC suffit-elle à créer l'apparence d'un contrat de travail ?

La Cour de cassation y répond par l'affirmative, l'article R. 1234-9 du code du travail disposant que l'obligation de délivrer au salarié cette attestation pèse sur "*l'employeur*".

**Période d'essai*

Sommaire

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 de six mois de stage prévu pour les agents de catégorie A à E par l'article 10 de la convention collective nationale du Crédit Agricole du 4 novembre 1987.

Note

Une personne a été engagée en qualité d'assistante commerciale par une caisse régionale du Crédit agricole.

Le contrat de travail prévoyait, conformément à l'article 10 de la convention collective nationale du Crédit agricole, une période de stage de six mois.

L'employeur a mis fin au stage au bout de cinq mois.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en paiement de sommes à titre notamment de dommages-intérêts et d'indemnités de rupture.

La cour d'appel a débouté la salariée de ses demandes au motif que « *la période de stage de six mois prévue pour les agents de la catégorie A à E, par l'article 10 de la convention collective du Crédit agricole, n'apparaît excessive dès lors qu'eu égard à la définition du poste de la salariée, les fonctions qu'elle devait remplir nécessitaient, pour être évaluées dans leur efficacité, une appréciation dans la durée, l'évaluation à mi-parcours permettant à l'employeur de vérifier que la salariée était apte à tenir compte des observations qui lui étaient faites sur la qualité de son travail et à la salariée de rectifier ses carences professionnelles afin d'obtenir sa titularisation.* »

La période de stage d'une durée de six mois, prévue par l'article 10 de la convention collective du Crédit agricole, est-elle déraisonnable au sens de l'article 2 paragraphe 2 b de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) ?

La chambre sociale a répondu par l'affirmative à cette question, elle a jugé « *qu'est déraisonnable, au regard 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 est de six mois.* ». Comme dans son arrêt du 11 janvier 2012 (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.945, Bull. 2012, V, n° 11), la chambre sociale a refusé de suivre les juges du fond qui avaient pris en compte un élément subjectif relatif aux fonctions de la salariée pour apprécier le caractère raisonnable de la durée de la période d'essai. Elle a préféré la détermination *in abstracto* de la durée de l'essai à son appréciation *in concreto*. La décision a adopté une conception objective de la durée de l'essai.

Certaines conventions collectives ont recours aux termes de « *stage* » ou de « *stage probatoire* ». La chambre sociale requalifie ces stages en période d'essai (Soc., 27 novembre 2002, pourvoi n° 00-46.453).

La motivation de la décision repose pour l'essentiel sur un contrôle de conventionalité de l'article 10 de la convention collective du Crédit agricole par rapport à l'article 2 § 2 b de la convention n° 158 de l'OIT relative au licenciement. Ce texte permet de faire exception aux exigences de la convention durant la période d'essai, à condition toutefois que celle-ci « *soit d'une durée raisonnable* ».

La chambre sociale avait décidé, dans une affaire qui concernait déjà la convention collective du Crédit agricole, 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 de stage prévu par la convention collective nationale du Crédit agricole pour les agents de la classe III engagés par contrat à durée indéterminée, avant leur titularisation.* » (Soc., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-41.359, Bull. 2009, V, n° 146). Cette décision a été rendue notamment au visa de l'article 2 § 2 b de la

convention internationale du travail n° 158 de l'OIT. La chambre sociale a par la suite repris la même solution, rendue sous un visa identique, dans le cas d'une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteignait un an (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.945, *Bull.* 2012, V, n° 11).

En remettant en cause les périodes d'essai d'une durée de six mois, la présente décision adopte une position bien plus restrictive que celle résultant des solutions précédemment citées.

Le présent arrêt rappelle ainsi l'application directe de la convention n° 158 de l'OIT qui doit primer sur toutes dispositions du droit interne ou justifier une interprétation de celles-ci conforme aux exigences de la convention (Soc., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-46.499, *Bull.* 2006, V, n° 131 ; Soc., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 146 ; Soc., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-41.359, *Bull.* 2009, V, n° 146 ; Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.945, *Bull.* 2012, V, n° 11).

Sommaire

La validité de la clause fixant la durée de l'essai doit s'apprécier à la date de sa conclusion et en se référant à la convention collective mentionnée dans le contrat de travail.

Viola les dispositions des articles 1134 du code civil et L.1231-1 du code du travail, ensemble l'article 33 de la convention collective nationale de commerces de gros du 23 juin 1970, la cour d'appel qui, pour débouter un salarié de ses demandes au titre de la rupture du contrat de travail, juge que cette rupture est intervenue au cours de la période d'essai régulièrement renouvelée en retenant que si le contrat de travail se réfère à cette convention collective, laquelle ne prévoit pas le renouvellement de l'essai, il s'agit d'une erreur dès lors qu'il n'existe pas de volonté claire et non équivoque d'appliquer cette convention qui n'a jamais été appliquée dans l'entreprise.

Soc, 16 mai 2012

Arrêt n° 1243 P+B

N° 11-11.100 - C.A. Versailles, 23 novembre 2010

M. Chollet, f.f. Pt. et Rap. - M. Legoux, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

Le contrat de travail d'un salarié stipulait une période d'essai de trois mois renouvelable une fois. Suite à la rupture du contrat de travail au cours du renouvellement de la période d'essai, le salarié a invoqué l'application de la convention collective mentionnée au contrat de travail qui ne prévoyait pas le renouvellement de l'essai. L'employeur a contesté l'application de cette convention collective, selon lui mentionnée par erreur sur le contrat de travail.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que "*lorsque la convention collective ne prévoit pas de possibilité de renouveler la période d'essai, la clause du contrat de travail prévoyant l'éventuel renouvellement de la période d'essai est nulle [...]*" (Soc., 25 février 2009, pourvoi n° 07-40.155, *Bull.* 2009, V, n° 50; Soc., 2 juillet 2008, pourvoi n° 07-40.132, *Bull.* 2008, V, n° 148; Soc., 30 mars 1995, pourvoi n° 91-44.079, *Bull.* 1995, V, n° 117).

Mais qu'en est-il lorsque la convention collective mentionnée dans le contrat de travail n'est pas celle appliquée dans l'entreprise ?

La Cour de cassation a déjà décidé que "*l'indication de la convention collective dans le contrat de travail ne saurait interdire au salarié d'exiger l'application de la convention à laquelle l'employeur est assujéti compte-tenu de son activité principale, dès lors que celle-ci lui est plus favorable*" (Soc., 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-42.949, *Bull.* 2000, V, n° 297) et que "*la mention dans le contrat de travail de l'application d'une convention collective dont ne relève pas*

l'employeur est limitée à celles de ses prévisions qui sont transposables dans l'entreprise considérée” (Soc., 16 décembre 2005, pourvoi n° 03-40.888, Bull. 2005, V, n° 369).

Par le présent arrêt, la chambre sociale vient préciser que la validité de la clause fixant la durée de l'essai doit s'apprécier à la date de sa conclusion et en se référant à la convention collective mentionnée dans le contrat de travail même s'il est ultérieurement établi que cette convention n'est pas celle appliquée dans l'entreprise.

2 - Droits et obligations des parties au contrat de travail

**Clause de non-concurrence*

Sommaire

L'intégration dans un même réseau de distribution ne suffit pas en elle-même à exclure l'existence d'un état de concurrence entre les entreprises qui en font partie.

Prive en conséquence sa décision de base légale une cour d'appel qui, pour accueillir une demande d'indemnité de non-concurrence, retient que les magasins à l'enseigne Leclerc ne sont pas des entités concurrentes entre elles, alors qu'il lui appartenait de vérifier concrètement l'existence d'une situation de concurrence entre les deux magasins concernés.

Soc., 16 mai 2012

Arrêt n° 1236 FS-P+B

N° 11-10.712 - C.A. Douai, 19 novembre 2010

M. Bailly, f. f. Pt. – M. Linden, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

CASSATION

Note

Une personne a été embauchée par une société exploitant un magasin Leclerc, en qualité de directeur de ce magasin, au titre d'un contrat comportant une clause de non-concurrence. Quelques années plus tard, elle a démissionné pour être aussitôt engagée par une autre société comme directeur d'un autre magasin Leclerc, situé à une trentaine de kilomètres du précédent.

Par la suite, le salarié a fait assigner devant la juridiction prud'homale son premier employeur en paiement d'une indemnité de non-concurrence, contrepartie de la clause de non-concurrence qu'il estimait avoir respectée puisque travaillant toujours dans le réseau Leclerc. L'employeur s'y est opposé, considérant que, par son nouvel emploi, le salarié avait violé l'obligation de non-concurrence.

Infirmant le jugement du premier degré, la cour d'appel a fait droit à la demande d'indemnité jugeant que le salarié n'avait pas manqué à l'obligation de non-concurrence parce que, au regard de l'organisation et du fonctionnement du « mouvement Leclerc », il ne peut pas être sérieusement soutenu que les magasins à l'enseigne Leclerc sont des entités concurrentes entre elles.

L'employeur a formé un pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel.

La question posée est celle de savoir si la relation particulière qui unit les deux magasins de l'enseigne Leclerc exclut ou non une éventuelle situation de concurrence.

Au visa de l'article 1134 du code civil, la chambre sociale a censuré la décision de la cour d'appel en ces termes « *qu'en se déterminant ainsi, alors que l'intégration dans un même réseau de distribution ne suffit pas en elle-même à exclure l'existence d'un état de concurrence entre les entreprises qui en font partie, la cour d'appel, à laquelle il appartenait de vérifier concrètement*

l'existence d'une situation de concurrence entre les deux magasins concernés, a privé sa décision de base légale. »

La chambre sociale reproche aux juges du fond ne pas avoir concrètement vérifié l'existence d'une situation de concurrence entre les deux magasins.

La communauté d'objectifs, de moyens et d'action face aux enseignes concurrentes, comme c'est le cas du réseau Leclerc, n'exclut pas toute possibilité de concurrence entre les membres dudit réseau.

La situation de concurrence doit s'apprécier au regard de l'activité réellement exercée et non de la seule appartenance à un même réseau de distribution, peu important la particularité des liens unissant les membres dudit réseau.

Sommaire

Si une contrepartie dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie financière rendant la clause nulle, le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée.

Soc, 16 mai 2012

CASSATION

Arrêt n° 1245 F- P+B

N° 11-10.760 - C.A. Paris, 25 novembre 2010

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

Note

Il résulte d'une série d'arrêts de la Cour de cassation du 10 juillet 2002 que la validité d'une clause de non-concurrence est subordonnée à l'existence au profit du salarié d'une contrepartie financière. L'absence de cette contrepartie entraîne la nullité de la clause de non-concurrence (Soc., 10 juillet 2002, pourvois n° 99-43.334, n° 00-45.135, n° 00-45.387, *Bull.* 2002, V, n° 239).

Sous réserve de dispositions conventionnelles réglant la question, le quantum de la contrepartie financière relève de la libre discussion entre les parties contractantes. Encore faut-il que le montant de la contrepartie financière soit significatif. En effet, une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie (Soc., 13 janvier 1998, pourvoi n° 95-41.480, *Bull.* 1998, V, n° 6; Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 04-46.721, *Bull.* 2006, V, n° 341).

Dès lors qu'est retenu le caractère dérisoire, donc inexistant, de la contrepartie de l'obligation de non-concurrence, il appartient aux juges d'apprécier l'étendue du préjudice nécessairement subi par le salarié (Soc., 11 janvier 2006, pourvoi n° 03-46.933, *Bull.* 2006, V, n° 8).

Les juges du fond apprécient souverainement le montant du préjudice dont ils justifient l'existence par l'évaluation qu'ils en ont fait, sans être tenus d'en préciser les divers éléments (Ch. mixte, 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, *Bull.* 2002, Ch. mixte, n° 4).

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation vient préciser les limites des pouvoirs du juge lorsqu'il retient le caractère dérisoire d'une clause de non-concurrence : celui-ci ne peut substituer son appréciation du montant de la contrepartie financière à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée.

Sommaire

Une convention collective qui réserve des jours de congés et des primes aux seuls salariés contractant mariage prive nécessairement du bénéfice de ces avantages les personnes de même sexe qui concluent un pacte civil de solidarité, dès lors que le mariage ne leur est pas ouvert. Cette exclusion pouvant constituer une discrimination indirecte liée à l'orientation sexuelle, au regard de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, il convient de renvoyer à la Cour de justice de l'Union Européenne la question de savoir si le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, approprié et nécessaire justifiant la discrimination indirecte résultant du fait qu'une convention collective, en réservant un avantage en matière de rémunération et de conditions de travail aux salariés contractant un mariage, exclut nécessairement du bénéfice de cet avantage les partenaires de même sexe ayant conclu un pacte civil de solidarité.

Soc., 23 mai 2012

**RENOI DEVANT LA COUR DE JUSTICE
DE L'UNION EUROPEENNE**

Arrêt n° 1374 FS-P+B

N° 10-18.341 - C.A. Poitiers, 30 mars 2010

M. Lacabarats, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Weissmann, Av. Gén.

Note

A la suite de la conclusion d'un pacte civil de solidarité, un salarié a demandé à son employeur le bénéfice de jours de congés et d'une prime accordés au personnel, en cas de mariage, par la convention collective nationale applicable.

Par un arrêt confirmatif, la cour d'appel a débouté le salarié de sa demande. Elle a considéré que la différence de traitement entre les personnes mariées et les partenaires d'un pacte civil de solidarité, en matière d'avantages rémunérés pour événements familiaux ne résulte ni de leur situation de famille, ni de leur orientation sexuelle mais d'une différence de statut résultant de leur état civil, qui ne les place pas dans une situation identique

Le salarié a formé un pourvoi en cassation. Il soutenait, sur le fondement de l'article L. 1132-1 du code du travail, des articles 1, 2 et 3 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, ainsi que de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que le refus de lui accorder les avantages sollicités, en les réservant aux seuls salariés qui contractent mariage, constitue une discrimination liée à son orientation sexuelle, dès lors que les couples homosexuels n'ont pas le droit de se marier.

La chambre sociale a décidé de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne « *la question de savoir si l'article 2 § 2, b, de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 doit être interprété en ce sens que le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, qu'une convention collective, en réservant un avantage en matière de rémunération et de conditions de travail aux salariés contractant un mariage, exclut nécessairement du bénéfice de cet avantage les partenaires de même sexe ayant conclu un pacte civil de solidarité.* »

La Cour de justice de l'Union européenne a déjà eu à connaître d'une question comparable. La convention collective des théâtres allemands impose aux entreprises exploitant un théâtre de souscrire une « *assurance retraite et survie* » auprès de la VdB, caisse professionnelle chargée de la gestion du régime de prévoyance du secteur du théâtre. En cas de décès d'un assuré, les statuts de la caisse de prévoyance prévoyaient le versement d'une pension de veuve ou de veuf.

A la suite du décès d'un assuré, son « *partenaire de vie* » (équivalent allemand du partenaire du Pacs) a sollicité à la Vddb le versement d'une pension de veuf. Sa demande a été rejetée, au motif que les partenaires de vie survivants n'étaient pas bénéficiaires de cette prestation au regard des statuts.

Saisie, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans un arrêt du 1^{er} avril 2008 (CJCE, 1^{er} avril 2008, aff. C-267/06, Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen), considéré que « *les dispositions combinées des articles 1^{er} et 2 de la directive 2000/78 s'opposent à une réglementation telle que celle en cause au principal en vertu de laquelle, après le décès de son partenaire de vie, le partenaire survivant ne perçoit pas une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant, alors que, en droit national, le partenariat de vie placerait les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne ladite prestation de survie. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si un partenaire de vie survivant est dans une situation comparable à celle d'un époux bénéficiaire de la prestation de survie prévue par le régime de prévoyance professionnelle géré par la Vddb.* »

Dans sa délibération n° 2009-132 du 30 mars 2009, la Halde s'est appuyée sur l'arrêt de la CJUE du 1^{er} avril 2008 rendu dans l'affaire « Maruko ». Dans le cas dont était saisie la Halde, une entreprise avait souscrit auprès d'une assurance une protection sociale renforcée au bénéfice de l'ensemble de ses salariés. Sur la base de ce contrat, un salarié a fait une demande de versement de l'allocation « *prédéces du conjoint de l'adhérent* » suite au décès de son compagnon auquel il était lié par un Pacs. L'assurance a refusé de faire droit à la demande, invoquant l'absence d'assimilation de la notion de concubin ou de Pacsé à celle de conjoint. S'estimant victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle, le salarié a saisi la Halde. Cette institution a considéré que « *En l'état actuel du droit français, les couples homosexuels n'ont pas davantage la possibilité de se marier. De plus, la situation des conjoints ayant conclu un contrat civil de mariage et celle des partenaires liés par un pacte civil de solidarité est comparable.* » La Halde a relevé que « *La situation exposée par le réclamant en l'espèce caractérise donc une discrimination directe fondée sur la situation de famille et sur l'orientation sexuelle en matière de rémunération.* » Elle a recommandé à l'employeur de réformer le dispositif afin d'assurer une stricte égalité entre conjoints et partenaires pacsés et de procéder au réexamen de la demande du salarié.

Le mariage et le Pacs sont deux situations juridiques différentes. L'un n'est ouvert qu'aux couples formés de personne de sexe différent, l'autre, en revanche, peut convenir aussi bien à des couples du même sexe ou de sexes différents (l'équivalent allemand du Pacs, le « *partenariat de vie* », est réservé aux seuls homosexuels).

**Période d'essai et période probatoire*

Sommaire

Si au cours de l'exécution du contrat de travail l'employeur peut assortir sa décision d'affectation d'un salarié à un nouveau poste de travail emportant modification du contrat de travail d'une période probatoire, une telle condition requiert l'accord exprès du salarié.

Soc., 16 mai 2012

Arrêt n° 1241 FS - P+B

N° 10-24.308 - CA Bordeaux, 22 octobre 2009

M. Bailly, f. f. Pt. - M. Hénon, Rap. - M. Legoux, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

Un salarié a été promu sur un emploi statut cadre. Quelques jours plus tard, l'employeur a mis fin à sa nouvelle fonction et le salarié a retrouvé son poste antérieur.

Ce dernier a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur.

Par un arrêt infirmatif, la cour d'appel a analysé la prise d'acte de la rupture comme une démission et rejeté la plupart des demandes formées par le salarié.

Les juges du fond ont, dans un premier temps, rappelé que la période d'essai contractuelle correspondait à une promotion professionnelle en cours de contrat et devait être qualifiée de période probatoire dont la rupture avait pour seul effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures. Dans un second temps, ils ont relevé que le salarié ne contestait pas que cette décision soit intervenue pendant la période probatoire. Ainsi, les juges d'appel en ont déduit que l'employeur n'avait pas commis de manquement dans l'exécution du contrat de travail.

Le salarié a formé un pourvoi en cassation.

Au visa de l'article 1134 du code civil, la chambre sociale casse l'arrêt de la cour d'appel sur ce point.

Elle décide que « *Si au cours de l'exécution du contrat de travail l'employeur peut assortir sa décision d'affectation d'un salarié à un nouveau poste de travail emportant modification du contrat de travail d'une période probatoire, une telle condition requiert l'accord exprès du salarié.* »

La chambre sociale pose ainsi un nouveau principe.

Il convient de noter que la période d'essai étant destinée à permettre l'appréciation des aptitudes du salarié, la chambre sociale a, dans plusieurs arrêts, précisé qu'elle se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et ne peut être instituée en cours d'exécution du contrat (Soc., 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-45.608, *Bull.* 1987, V, n° 484 (1) ; Soc., 25 février 1997, pourvoi n° 93-44.923, *Bull.* 1997, V, n° 83).

Par trois arrêts rendus lors d'une audience thématique (Soc., 30 mars 2005, pourvois n°02-46.103, 02-46.338 et 03-41.797, *Bull.* 2005, V, n° 107, 108 et 109), la chambre sociale a décidé que la période d'essai en cours de contrat est illicite. Néanmoins, dans le souci de tenir compte des besoins d'une entreprise en matière d'appréciation de la capacité d'un salarié à occuper un autre poste, notamment à l'occasion d'une promotion professionnelle, la chambre sociale a admis que le salarié soit soumis à une période probatoire.

Il est cependant important de préciser qu'à la différence de ce qui se passe pour la période d'essai, le salarié qui ne donne pas satisfaction doit être rétabli dans ses anciennes fonctions et ne peut être licencié au seul motif que la période probatoire n'a pas été concluante. Aussi, au terme de la période probatoire, la nouvelle affectation devient définitive.

**Modification du contrat de travail*

Sommaire

Si au cours de l'exécution du contrat de travail l'employeur peut assortir sa décision d'affectation d'un salarié à un nouveau poste de travail emportant modification du contrat de travail d'une période probatoire, une telle condition requiert l'accord exprès du salarié.

Il en résulte qu'à défaut d'un tel accord, la décision de l'employeur de réaffecter unilatéralement le salarié à son poste antérieur constitue une modification du contrat de travail justifiant la prise d'acte de la rupture à ses torts.

Soc, 16 mai 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1234 FS- P+B

N° 10-10.623 - C.A. Aix-en-Provence, 17 novembre 2009

M. Bailly, f. f. Pt. - M. Blatman, Rap. - M. Legoux, Av. Gén.

Note

La question posée à la Cour de cassation portait sur le point de savoir si l'employeur peut, dans l'exercice de son pouvoir de direction, assortir unilatéralement d'une période probatoire sa décision d'affecter le salarié à un nouveau poste emportant modification du contrat de travail.

Approuvant la cour d'appel, la chambre sociale juge, par l'arrêt présentement rapporté, qu'une telle solution n'est pas possible, s'agissant d'une modification du contrat de travail, et qu'en conséquence l'employeur doit préalablement recueillir l'accord exprès du salarié concerné.

**Règlement intérieur*

Sommaire

Le règlement intérieur et les notes de service qui le complètent ne pouvant produire effet que si l'employeur a accompli les diligences prévues par l'article L.1321-4 du code du travail, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur ne justifiait pas avoir préalablement consulté les représentants du personnel et communiqué le règlement à l'inspecteur du travail, en a exactement déduit, sans dénaturation, ni inversion de la charge de la preuve, qu'il ne pouvait reprocher à son salarié un manquement aux obligations édictées par ce règlement et par une note de service.

Soc., 9 mai 2010

REJET

Arrêt n° 1167 FS-P+B

N° 11-13.687 - C.A. Aix-en-Provence, 24 janvier 2011

M. Bailly f. f. Pt. – Mme Deurbergue, Rap. – M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Une salariée a été licenciée pour faute grave, au motif que les faits qui lui étaient reprochés constituaient une infraction aux dispositions du règlement intérieur.

Considérant que l'employeur ne justifiait pas de l'accomplissement des formalités substantielles de consultation des représentants du personnel et de communication à l'inspection du travail, prévues aux articles L. 1321-4 et L. 1321-5 du code du travail, la cour d'appel a estimé que le règlement intérieur et la note de service qui lui était annexée n'étaient pas opposables à la salariée. Elle a décidé que le licenciement de cette dernière, fondé sur une infraction au règlement intérieur, était dénué de cause réelle et sérieuse.

L'employeur a formé un pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel soutenant qu'un règlement intérieur régulièrement publié au greffe du conseil de prud'hommes du ressort de l'entreprise est opposable à tous y compris aux salariés. Il faisait valoir également que ce règlement intérieur « *qui comporte la mention de ce qu'il a été arrêté après avis des instances représentatives du personnel de l'établissement et après communication à l'inspection du travail, établit suffisamment que ces consultations ont été réalisées sans avoir à reproduire le contenu de ces avis ni à en préciser la date* ».

La présente affaire soulevait essentiellement la question de la preuve de l'accomplissement des formalités de consultation des représentants du personnel et de communication du règlement intérieur à l'inspection du travail ainsi que celle de la sanction de l'inobservation desdites formalités.

L'article L. 1321-4 du code du travail prévoit notamment que le règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel ; ce document doit également être communiqué à l'inspecteur du travail.

La chambre sociale a jugé que « *le règlement intérieur et les notes de service qui le complètent ne pouvant produire effet que si l'employeur a accompli les diligences prévues par l'article L. 1321-4 du code du travail, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur ne justifiait pas avoir préalablement consulté les représentants du personnel et communiqué le règlement à l'inspecteur du travail, en a exactement déduit, sans dénaturation, ni inversion de la charge de la preuve, qu'il ne pouvait reprocher à sa salariée un manquement aux obligations édictées par ce règlement et par une note de service.* »

Il ressort de cette décision que s'agissant de la preuve de l'accomplissement des formalités de l'article L1321-4 du code du travail, la chambre sociale s'en est tenue aux constatations de la cour d'appel selon lesquelles « *l'employeur ne justifiait pas avoir préalablement consulté les représentants du personnel et communiqué le règlement à l'inspecteur du travail* ». Il appartient donc à l'employeur de rapporter la preuve de l'accomplissement desdites formalités. La chambre sociale a également approuvé les juges du fond en décidant, au regard des circonstances de l'espèce, que l'employeur ne pouvait pas reprocher à sa salariée un manquement aux obligations édictées par le règlement intérieur.

Il a déjà été jugé que la consultation de la représentation du personnel en application de l'article L. 1321-4 du code du travail était une formalité substantielle, protectrice de l'intérêt des salariés (Soc., 4 juin 1969, pourvoi n° 68-40.377, *Bull.* 1969, V, n° 367). La chambre sociale a aussi décidé que la carence de l'employeur dans l'accomplissement de la formalité de communication du règlement intérieur à l'inspection du travail ne prive pas le salarié de la possibilité de se prévaloir de ce règlement (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-43.411, *Bull.* 2000, V, n° 136).

**Respect de la vie personnelle du salarié*

Sommaire

Les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels.

Et la seule dénomination "mes documents" donnée à un fichier ne lui conférant pas un caractère personnel, la cour d'appel qui a jugé qu'il ne pouvait être ouvert en dehors de la présence du salarié a violé les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile.

Soc., 10 mai 2012

Arrêt n° 1203 F - P+B

N° 11-13.884 - CA Nîmes, 11 janvier 2011

M. Bailly, f. f. Pt. - Mme Grivel, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

Un salarié a été licencié pour faute grave à la suite de l'utilisation détournée du matériel informatique mis à sa disposition par son employeur en enregistrant des photos à caractère pornographique et des vidéos des salariés prises contre leur volonté.

Après avoir relevé que les fichiers incriminés se trouvaient sur le disque dur de l'ordinateur du salarié dans un dossier intitulé « Mes documents » et que dès lors leur ouverture faite hors la présence de l'intéressé n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier justifiant l'atteinte portée à sa vie privée, la cour d'appel a, par arrêt confirmatif, décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

Ce pourvoi était ainsi l'occasion pour la chambre sociale de trancher une nouvelle fois un litige relatif au contrôle par l'employeur des fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition pour les besoins de son travail.

Dans un arrêt du 17 mai 2005 (pourvoi n° 03-40.017, Bull. 2005, V, n°165), la chambre sociale avait précisé les conditions dans lesquelles l'employeur peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition. Elle a décidé que « *Sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé.* ».

La chambre sociale a ensuite posé une présomption du caractère professionnel des fichiers électroniques : « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.* » (Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025, Bull. 2006, V, n° 308).

Elle a aussi jugé que :

- Violent les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile la cour d'appel qui considère qu'un répertoire intitulé JM ne peut être ouvert en l'absence du salarié au motif que ces initiales correspondraient à celles du prénom du salarié, alors qu'il ne résulte pas de ces seules constatations qu'il était identifié comme personnel. (Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877, Bull. 2009, V, n° 226)
- « *la cour d'appel, qui a constaté que les fichiers ouverts par l'employeur étaient intitulés "essais divers, essais divers B, essais divers restaurés", en a justement déduit que ceux-ci n'ayant pas un caractère personnel, l'employeur était en droit de les ouvrir hors de la présence de l'intéressé.* » (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, Bull. 2009, V, n°284)

Il en résulte que l'identification par le salarié d'un fichier comme personnel doit résulter de son intitulé et non de son contenu. Ses seules initiales ne suffisent pas à identifier un fichier comme personnel

Par le présent arrêt, la chambre sociale a décidé que l'appellation « Mes documents », que l'on trouve sur la plupart des ordinateurs, ne pouvait pas révéler une volonté de conférer aux fichiers un caractère personnel.

4 - Contrats particuliers

**Travail intérimaire*

Sommaire

La requalification de plusieurs contrats de travail temporaire en une relation contractuelle à durée indéterminée n'entraîne le versement d'indemnités qu'au titre de la rupture du contrat à durée indéterminée ainsi que d'une seule indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire.

Soc., 10 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1102 FS - P+B

N° 10-23.514 - C.A. Metz, 15 juin 2010

M. Lacabarats, Pt. - Mme Goasguen, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

Note

Un salarié a été employé suivant trois séries successives de contrats de mission. Il a demandé la requalification de ces contrats en trois contrats à durée indéterminée distincts et l'allocation de trois indemnités de requalification ainsi que trois indemnités de licenciement.

La cour d'appel n'ayant pas fait droit à ses demandes, le salarié a formé pourvoi, invoquant la violation de l'article L. 1251-40 du code du travail. Etaient posées la question de la requalification des contrats et celle de l'indemnisation.

La Cour de cassation a depuis longtemps adopté une conception unitaire de l'action en requalification d'une succession de contrats à durée déterminée, fondée sur la théorie des chaînes de contrats. Cette action fait émerger la fiction d'une relation contractuelle unique à durée indéterminée : « *Les contrats de mission successifs forment un tout indivisible, liés en un ensemble contractuel pour la réalisation d'un but reconnu par toutes les parties contractantes* » (cf. rapport sous arrêt Soc., 30 mars 2005, pourvoi n° 02-45.410, *Bull.* 2005, V, n° 116).

C'est dans ce sens qu'a été rendu l'avis du 24 janvier 2005 (Avis de la Cour de cassation, 24 janvier 2005, n° 04-00.004, *Bull.* 2005, Avis, n° 2), suivant lequel « *lorsque le juge requalifie en contrat de travail à durée indéterminée une succession de contrats de travail à durée déterminée conclus avec un même salarié, il ne doit accorder (...) qu'une seule indemnité de requalification (...) peu important le nombre de contrats irréguliers requalifiés* ».

La chambre sociale de la Cour de cassation a entériné l'avis du 24 janvier 2005 par deux arrêts rendus peu après (Soc., 30 mars 2005, précité ; Soc., 13 avril 2005, pourvoi n° 03-44.996, *Bull.* 2005, V, n° 140 (1)). Dans la seconde espèce, il a été jugé qu'« *une cour d'appel, qui a requalifié un premier contrat d'intérim en un contrat à durée indéterminée, peut décider que les contrats successifs ultérieurs relevaient de la même relation de travail à durée indéterminée* ».

Cette solution est confortée par la lettre de l'article L. 1251-39 du code du travail, relatif au travail temporaire, selon lequel lorsque le contrat de mise à disposition avec l'entreprise utilisatrice est requalifié en un contrat de travail à durée indéterminée, « *l'ancienneté du salarié est appréciée en tenant compte du premier jour de sa mission au sein de cette entreprise (...)* ».

La chambre tire les conséquences de cette conception unitaire de la requalification quant à l'indemnisation consécutive du salarié. Dans l'espèce du présent arrêt, elle approuve la solution de la cour d'appel, conforme à une jurisprudence constante. Par un arrêt du 25 mai 2005 (Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-44.942, *Bull.* 2005, V, n° 177), la chambre sociale a jugé qu'en cas de requalification d'une succession de contrats à durée déterminée, le juge « *ne doit accorder qu'une*

indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire », conformément aux dispositions de l'article L. 1251-41 du code du travail.

Mais la jurisprudence de la chambre, en matière de contrats de mission, poursuit la logique de la requalification unitaire en un contrat à durée indéterminée : elle accorde au salarié des rappels de salaire pour les périodes intermédiaires sans travail, à la condition qu'il n'ait pas travaillé pour d'autres employeurs et qu'il se soit tenu à la disposition de l'entreprise utilisatrice pendant ces périodes sans travail (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-40.088, *Bull.* 2009, V, n° 254 ; Soc., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-41.737, *Bull.* 2009, V, n° 282).

Cela condamne la thèse avancée par le pourvoi selon laquelle à chaque bloc de contrats de mission correspond un contrat à durée indéterminée, chacun justifiant le versement d'une indemnité. Un arrêt rendu en 2006 par la chambre sociale (Soc., 15 mars 2006, pourvois n° 04-48.548 à 04-48.561, *Bull.* 2006, V, n° 113) l'exprime sans ambiguïté : « *Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui énonce que la succession des contrats à durée déterminée ayant été interrompue durant plusieurs mois les deux séries de missions d'intérim doivent faire l'objet d'une requalification distincte en deux contrats à durée indéterminée, ouvrant droit pour chacune des requalifications à des indemnités de rupture et à une indemnité de requalification* ».

5. Statuts particuliers

**Artiste du spectacle*

Sommaire

Ayant constaté qu'une société exploitant un théâtre s'était engagée à ce qu'un comédien bénéficie d'une priorité de droit sur son rôle pour une éventuelle tournée quel que soit le producteur, sans autres conditions, et que le producteur de la tournée n'avait pas ratifié cet engagement, une cour d'appel en déduit exactement que la société, tenue par un engagement s'analysant en une promesse de porte-fort, n'a pas satisfait à son obligation de résultat.

Soc, 3 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1129 F - P+ B

N° 11-10.501 - C.A. Paris, 24 novembre 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Linden, Rap.

**Assistant(e) maternel(le)*

Sommaire

Il résulte de l'article L. 423-2 du code de l'action sociale et des familles et de l'article 18 de la convention collective nationale des assistants maternels du particulier employeur du 1er juillet 2004 que les dispositions du code du travail sur la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables aux assistants maternels employés par des particuliers et que le montant de l'indemnité de licenciement prévu par la convention collective du 1er juillet 2004 est égal à 1/120ème du total des salaires nets perçus pendant la durée du contrat.

Encourt la cassation l'ordonnance de référé qui, pour faire droit à la demande du salarié tendant au paiement d'une indemnité de licenciement fondée sur les dispositions de l'article R.1234-2 du code du travail, retient que le texte invoqué est plus favorable au salarié que la convention collective.

Soc., 31 mai 2012

CASSATION SANS RENVOI

Arrêt n° 1350 FS - P+B

N° 10-24.497 - Conseil de prud'hommes d'Avignon, 5 juillet 2010

M. Lacabarats, Pt. - Mme Vallée, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS

2- Rémunérations

Sommaire

Si la contribution sociale généralisée entre dans la catégorie des "impositions de toute nature" au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient dès lors au législateur de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement, cette contribution revêt également, du fait de son affectation exclusive au financement de divers régimes de sécurité sociale, la nature d'une cotisation sociale au sens de l'article 13 du Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971.

Soc., 31 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1352 FS-P+B

N° 11-10.762 - C.A. Versailles, 25 novembre 2010

M. Lacabarats, Pt. – M. Flores, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

Note

Un salarié a été engagé pour travailler à Londres. La lettre d'expatriation contenait une clause selon laquelle un impôt théorique serait prélevé chaque mois et que la charge fiscale nette (pays d'origine et/ou étranger) sur le salaire dont la société s'acquittait auprès du salarié dans le cadre de la mission devait se rapprocher du montant de l'impôt théorique du pays d'origine calculé seulement sur les éléments du salaire que le salarié aurait perçu s'il était resté au service du pays d'origine.

Il a été ensuite détaché en Belgique.

Après quelques années, l'employeur a informé le salarié, alors domicilié en Belgique, de la fin de son expatriation et lui a proposé un poste en France. Ayant refusé ce poste, il a été licencié pour cause réelle et sérieuse.

Le salarié a alors saisi la juridiction prud'homale d'une demande visant notamment à obtenir la restitution des prélèvements effectués au titre de contribution sociale généralisée (CSG) pendant la période au cours de laquelle il travaillait en Belgique.

Par un arrêt infirmatif, la cour d'appel a jugé que l'impôt théorique prélevé par l'employeur ne pouvait inclure la CSG, dans la mesure où celle-ci revêt, du fait de son affectation exclusive au financement des divers régimes de sécurité sociale, la nature d'une cotisation de sécurité sociale et non celle d'un prélèvement fiscal.

L'employeur a formé un pourvoi à l'encontre de la décision de la cour d'appel. Il soutenait, d'une part, qu'en retenant au contraire en méconnaissance de deux décisions du Conseil constitutionnel que la CSG avait la nature d'une cotisation de sécurité sociale, la cour d'appel avait violé les articles 34 et 62 de la Constitution et, d'autre part, que la CSG devait être prise en compte dans le calcul de cet impôt théorique quelle que soit sa nature juridique, dans la mesure où cet impôt avait pour but d'assurer une égalité de niveau de vie entre les salariés travaillant à l'étranger et les salariés travaillant en France en leur garantissant un niveau de salaire net égal.

La chambre sociale a confirmé la décision des juges d'appel en considérant que « *si la contribution sociale généralisée entre dans la catégorie des « impositions de toute nature » au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient dès lors au législateur de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement, cette contribution revêt également, du fait de son affectation exclusive au financement de divers régimes de sécurité sociale, la nature d'une*

cotisation sociale, a décidé que cette contribution ne pouvait pas être retenue au titre de l'impôt théorique prélevé par l'employeur. » Elle a précisé que « c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, des termes ambigus de la lettre de mission du 9 novembre 2001, que la cour d'appel, après avoir exactement rappelé que la contribution sociale généralisée revêtait la nature d'une cotisation sociale, a décidé que cette contribution ne pouvait pas être retenue au titre de l'impôt théorique prélevé par l'employeur. »

Les cours suprêmes françaises et la Cour de justice de l'Union européenne se sont déjà prononcées sur la nature juridique de la CSG. C'est le Conseil constitutionnel qui en premier a jugé que cette contribution relève de la catégorie des impositions de toute nature visées à l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement (Cons. const., 28 décembre 1990, n° 90-285-DC ; Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437-DC ; Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-555-DC). Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel a été reprise par le Conseil d'Etat, pour lequel la CSG a le caractère d'une imposition de toute nature et non celui de cotisation de sécurité sociale, au sens des dispositions constitutionnelles et législatives nationales (CE, 7 janvier 2004, n° 237395 ; CE, 15 juin 2005, n° 258039 ; CE, 4 juin 2007, n° 269449).

La chambre sociale de la Cour de cassation a, dans un premier temps, fait sienne la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Soc., 25 mars 1998, pourvoi n° 95-45.198, *Bull.* 1998, V, n° 175 ; Soc., 14 octobre 1998, pourvoi n° 96-42.439, *Bull.* 1998, V, n° 421). Elle a ensuite adopté la jurisprudence de la CJUE aux termes de laquelle la CSG revêtait la nature de cotisations de sécurité sociale, du fait de son affectation exclusive au financement de divers régimes de sécurité sociale (CJCE, 15 février 2000, aff. C-169/98 et C-34/98). C'est ainsi que la chambre sociale a jugé, à plusieurs reprises, qu'en raison de son affectation exclusive au financement des divers régimes de sécurité sociale, la CSG avait la nature d'une cotisation sociale (Soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-12.469, *Bull.* 2000, V, n° 232 ; Soc., 5 avril 2001 pourvoi n° 99-18.886, *Bull.* 2001, V, n° 125 ; Soc., 18 octobre 2001, pourvoi n° 00-12.463, *Bull.* 2001, V, n° 327 ; Soc., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-17.675, *Bull.* 2002, V, n° 111). La deuxième chambre civile a adopté la même position (2° Civ., 8 mars 2005, pourvoi n° 03-30.700, *Bull.* 2005, II, n° 54).

Par le présent arrêt, la chambre sociale affirme la double nature de la CSG, qui constitue un impôt au sens de l'article 34 de la Constitution et une cotisation sociale au sens du règlement CEE n° 1408-71. Elle concilie ainsi les jurisprudences nationale et communautaire sur la nature juridique de la CSG

**Garantie mensuelle de rémunération*

Sommaire

Dès lors qu'ayant retenu qu'un salarié avait été placé sous contrôle judiciaire pour une cause non imputable à l'employeur, avec interdiction de toute relation avec son employeur et le personnel de l'entreprise, ce dont il résultait que le contrat de travail avait été suspendu, une cour d'appel en déduit exactement que l'intéressé, qui n'aurait pu percevoir une rémunération s'il avait été valide, ne pouvait prétendre au bénéfice de la garantie de salaire en cas de maladie prévu par le contrat de travail et les dispositions conventionnelles

Soc., 31 mai 2012

IRRECEVABILITE ET CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1351 FS - P+B

N° 10-16.810 - C.A. Rennes des 24 mars 2009 et 2 mars 2010

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

D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL

1- Accords et conventions collectives

**Accords collectifs et conventions collectives divers*

Sommaire

La faute lourde au sens de l'article 9 de la convention collective du bâtiment et des travaux publics du 18 septembre 1975 en Polynésie française, conclu sous l'empire de la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et territoires associés relevant des ministères de la France d'Outre-mer et excluant le bénéfice du préavis seulement en présence d'une telle faute, doit s'entendre de celle rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise sans exiger l'intention de nuire.

Soc, 9 mai 2012

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

Arrêt n° 1166 FS- P+B

N° 10-24.945 - C.A. Papeete, 17 juin 2010

M. Bailly, f. f. Pt. - M. Linden, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

Sommaire

Il résulte des articles 19 et 22 de l'annexe IV de la convention collective de l'industrie du textile du 1^{er} février 1951 que le cadre en invalidité permanente dont le contrat de travail a été rompu à l'initiative de l'employeur doit percevoir une indemnité correspondant, selon son âge, à celle prévue par l'article 22 pour les cadres mis à la retraite.

Encourt la cassation l'arrêt qui retient que le salarié devait percevoir l'indemnité prévue par l'article 22 pour le cadre de 65 ans et plus mis à la retraite, alors que celui-ci, en invalidité permanente et licencié pour inaptitude à l'âge de 59 ans, devait recevoir une indemnité d'un montant égal à celui prévu par l'article 22 pour les cadres âgés de moins de 65 ans.

Soc, 10 mai 2012

CASSATION

Arrêt n° 1104 FS- P+B

N° 10-18.282 - C.A. Rouen, 30 mars 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Hénon, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

Sommaire

Les dispositions de l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 modifié par l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 relatif à la portabilité des droits à la prévoyance, entrées en vigueur le 1er juillet 2009 pour les entreprises adhérentes d'un des syndicats signataires, ne peuvent s'appliquer à un licenciement notifié antérieurement à l'entrée en vigueur du dispositif.

Soc., 23 mai 2012

CASSATION SANS RENVOI

Arrêt n° 1303 FS - P+B

N° 11-17.549 - CPH Creil, 13 janvier 2011

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

3 - Conflits collectifs du travail

3-1 Grève

**Retenue sur salaire*

Sommaire 1

La retenue de traitement prévue par l'article 4 de la loi du 29 juillet 1961 peut être décidée aussi bien en l'absence de service fait que dans le cas où un agent n'exécute pas certaines obligations de son service telles qu'elles résultent de son statut.

Sommaire 2

Aux termes de l'article 26 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale «Les organismes, tenant compte des nécessités du service, s'efforceront de faire bénéficier leur personnel du repos du samedi ou du lundi, par référence au principe des deux jours de repos consécutifs. Le règlement intérieur précisera les conditions dans lesquelles les horaires habituels pourront être exceptionnellement modifiés, compte tenu de circonstances particulières", ce dont il résulte que la disposition précitée n'institue pas un droit à deux jours de repos consécutifs.

Soc., 23 mai 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1302 FS - P+B

N° 11-12.117 - CPH Angers, 9 décembre 2010

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

Note

Une Caisse d'allocations familiales (CAF) qui a connu un surcroît d'activité a demandé à ses salariés d'effectuer des heures supplémentaires le samedi matin.

De nombreux salariés se sont opposés à l'exécution de ces heures supplémentaires. Un préavis de grève a été déposé, les salariés faisant coïncider les périodes de grève avec les heures supplémentaires demandées.

La CAF a ensuite pratiqué des retenues sur le salaire des agents grévistes.

Contestant le principe de ces retenues, les salariés grévistes concernés ont saisi la juridiction prud'homale.

Le conseil de prud'hommes a jugé illégales les retenues sur salaires opérées. Il a en effet considéré que les salariés avaient effectué leur temps de travail contractuel ce qui permettait d'analyser la retenue sur salaire en une sanction illicite.

Contestant ce jugement, la CAF a formé un pourvoi en cassation.

L'employeur estime que les juges du fond ont violé, d'une part, les articles L. 2512-5 et L. 3121-11 du code du travail, et d'autre part, les articles 26 et 27 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale.

- 1) Sur la violation des articles L. 2512-5 et L. 3121-11 du code du travail, la question des retenues en cas de grèves et la notion de service fait

L'employeur soutient que l'article L. 2512-5 du code du travail prévoit que l'absence de service fait par suite de la cessation concertée du travail entraîne une retenue du traitement ou de ses compléments sans distinguer selon que les absences ont lieu ou non sur l'horaire collectif habituel de travail.

En outre, il argue que l'article 4 de la loi du 29 juillet 1961 qui définit la notion de service fait donnant lieu à rémunération prévoit qu'il n'y a pas de service fait non seulement lorsque l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service mais également lorsque l'agent, bien qu'effectuant ses heures de service, n'exécute pas tout ou partie des obligations de service qui s'attachent à sa fonction.

L'article L. 2512-5 du code du travail qui régit l'exercice du droit de grève dans les services publics prévoit bien notamment que « *l'absence de service fait par suite de cessation concertée du travail entraîne pour chaque journée une retenue du traitement* ». Il renvoie aux dispositions de l'article 4 de la loi n° 61-825 du 29 juillet 1961 qui précisent explicitement qu' « *il n'y a pas de service fait* :

1°) *lorsque l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service,*

2°) *lorsque l'agent, bien qu'effectuant ses heures de service, n'exécute pas tout ou partie des obligations de service qui s'attachent à sa fonction... »*

En l'espèce, le service non fait a eu lieu durant deux samedis durant lesquels les salariés auraient dû travailler en accomplissant des heures supplémentaires.

Il s'est donc agi pour la chambre sociale de dire si la retenue de traitement était justifiée alors que les salariés n'ont pas fait grève sur leur horaire habituel de travail, mais sur un temps de travail supplémentaire.

La question était donc de déterminer si une retenue de traitement peut également intervenir en dehors du cas où il n'y a pas exécution du temps de travail effectif.

La chambre sociale décide sur ce point que le conseil de prud'hommes n'a pas donné de base légale à sa décision.

Au visa des articles L. 2512-5 du code du travail et de l'article 4 de la loi du 29 juillet 1961, elle casse le jugement rendu et pose le principe selon lequel que la retenue sur traitement peut être également décidée « *dans le cas où un agent n'exécute pas certaines obligations de son service telles qu'elles résultent de son statut* ».

Dans un arrêt diffusé (Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 06-42.084), la chambre sociale s'était déjà prononcée sur la question des retenues de salaires pour fait de grève concernant les agents publics. Néanmoins, la question n'était pas la même et concernait un temps de travail légal mensuel.

Dans un arrêt rendu le 24 juin 2011 (n° 336908), le Conseil d'Etat a jugé la retenue pour service non fait peut être effectuée même lorsque l'agent n'avait pas de service à effectuer pendant la période de grève. En effet, cet arrêt a retenu que « *en jugeant que, dans un tels cas, les retenues sur salaires ne pouvaient être opérées au titre des jours durant lesquels l'agent n'avait aucun service à accomplir, le tribunal a entaché son jugement d'une erreur de droit* ».

Par le présent arrêt, la chambre sociale adopte la même position en décidant que la référence au temps de travail effectif est inopérante, et que c'est aux obligations inhérentes à la fonction, qui en l'espèce n'ont pas été effectuées, qu'il faut s'en tenir.

- 2) Sur la violation des articles 26, 27 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale, la question du droit au repos hebdomadaire et le bénéfice de deux jours de repos consécutifs.

L'employeur arguait également, à l'appui de son pourvoi, que les articles 26 et 27 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale ne prévoyaient pas un droit à un repos hebdomadaire de deux jours consécutifs, de sorte qu'il était en droit de demander aux agents de venir le samedi matin faire des heures supplémentaires.

L'article 26 de la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale dispose notamment que : « *Les organismes, tenant compte des nécessités du service, s'efforceront de faire bénéficier leur personnel du repos du samedi ou du lundi, par référence au principe des 2 jours de repos consécutifs.* ».

La chambre sociale s'en tient à une interprétation littérale du texte et décide que cet article n'institue pas une obligation pour l'employeur d'assurer deux jours de repos consécutifs, mais bien une obligation de moyen qui permet ainsi, à titre exceptionnel, à l'employeur de déroger au principe de deux jours de repos consécutifs.

E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES

1- Elections professionnelles

**Candidature*

Sommaire

Un salarié peut se porter candidat à une même fonction de représentant du personnel en qualité de titulaire et de suppléant ; toutefois, ne pouvant être élu en cette double qualité, sa candidature en qualité de suppléant présente un caractère subsidiaire. Il s'ensuit qu'ayant été élu comme suppléant au premier tour des élections, il peut se présenter au second tour et être élu comme titulaire, perdant alors la qualité subsidiaire de suppléant.

Soc., 10 mai 2012

Arrêt n° 1184 F - P+B

N° 11-18.912 - TI Caen, 24 mai 2011

M. Béraud, ffPt. - Mme Sabotier, Rap. -

CASSATION PARTIELLE

**Contestation de la régularité*

Sommaire

S'il appartient à l'employeur d'organiser un second tour pour pourvoir les sièges demeurés vacants à l'issue du premier, sa carence à poursuivre le processus électoral pour le second tour n'a pas d'incidence sur la régularité du premier tour du scrutin.

Dès lors, le tribunal qui a constaté que la validité du premier tour n'était pas contestée et a enjoint à l'employeur d'organiser un second tour pour les sièges restant à pourvoir, a statué à bon droit.

Soc., 10 mai 2012

Arrêt n° 1319 F - P+B

N° 11-21.339 - TI Puteaux, 6 juillet 2011

M. Béraud, f. f. Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. -

REJET

Sommaire

Un seul candidat appartenant au personnel d'encadrement s'étant présenté et ayant été élu alors qu'aux termes de l'article R.4613-1 du code du travail deux sièges étaient réservés à cette catégorie de personnel, le second devait être déclaré vacant sans que le collège désignatif puisse modifier l'équilibre de la représentation du personnel au sein du CHSCT en attribuant ce siège à une catégorie autre que celle à laquelle il est légalement réservé.

Soc., 10 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1186 F - P+B

N° 11-60.171 - TI Toulouse, 9 mai 2011

M. Beraud, f. f. Pt. - Mme Sabotier, Rap. -

Note

L'article R. 4613-1 du code du travail dispose que la délégation du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est composée, pour les établissements de 500 à 1499 salariés, de six salariés dont deux appartenant au personnel de maîtrise ou des cadres.

En l'espèce, suite à un scrutin au sein d'une entreprise, une société a saisi le tribunal d'instance afin d'en obtenir l'annulation, au motif qu'un seul salarié de la catégorie cadres/agents de maîtrise s'était présenté et avait été élu, alors qu'au regard de l'effectif de l'entreprise, deux représentants de ce collège auraient dû être élus.

Elle a précisé que comme un seul un siège cadres/agents de maîtrise a été pourvu, le collège désignatif avait décidé d'attribuer le second siège à un salarié ne faisant pas partie de cette catégorie de personnel.

Le tribunal d'instance a fait droit à la demande d'annulation.

Le pourvoi fait grief au jugement d'avoir annulé la désignation des membres du CHSCT par « *une application trop stricte des règles fixées par l'article R. 4613-1 du code du travail, simple règlement dépourvu de caractère d'ordre public, sans examiner si les résultats du scrutin changeaient sérieusement et réellement les buts et fonctionnements de l'institution visée.* »

Ce pourvoi a donné l'occasion à la chambre sociale de se prononcer sur la question inédite de l'équilibre de la représentation du personnel au CHSCT, et précisément d'apprécier la notion de siège réservé.

La chambre sociale rejette le pourvoi. Elle décide que le tribunal d'instance a fait une exacte application de la loi en estimant que le second siège devait être déclaré vacant. Il n'appartient pas, en effet, au collège désignatif d'attribuer un siège demeuré vacant à une autre catégorie de personnel auquel il était réservé.

La Cour de cassation limite ainsi les pouvoirs du collège désignatif qui ne peut pas, en de telles circonstances, modifier l'équilibre posé par la loi dans la représentation du personnel au sein du CHSCT.

Sommaire

Un dispositif d'identification des électeurs dans le cadre du vote par correspondance ne peut figurer sur les bulletins de vote que si le protocole préélectoral l'a prévu et a fixé les garanties appropriées au respect du secret du vote par la mise en oeuvre de procédés rendant impossible l'établissement d'un lien entre l'identité de l'électeur et l'expression de son vote.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi dirigé contre un jugement de tribunal d'instance qui, après avoir constaté, d'une part, que, pour des besoins invoqués d'identification des électeurs dans le cadre de l'expédition à ces derniers du matériel électoral, les bulletins de vote contenaient un numéro d'identification propre à chaque salarié ainsi qu'un code-barre, support d'informations dont la teneur n'a pas été précisée et, d'autre part, que le protocole préélectoral ne prévoyait pas que de tels éléments d'identification puissent figurer sur les bulletins de vote eux-mêmes non plus que les garanties appropriées à la préservation du secret du vote qu'en violation des principes généraux du droit électoral ils étaient de nature à compromettre, a annulé les élections professionnelles dans l'entreprise.

Soc., 10 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1325 FS - P+B+R

N° 11-25.029 - T.I. Lyon, 13 septembre 2011

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

Note

Le secret du vote est un élément essentiel du droit commun électoral applicable aux élections professionnelles dans l'entreprise. Dans le vote par correspondance, il est assuré par un système de double enveloppe, la première permettant l'identification de l'électeur, la seconde, séparée et dépouillée avec l'ensemble des autres, contenant l'expression de son choix. Qu'il soit classique ou par correspondance, le vote peut faire l'objet d'un dépouillement automatique par lecture optique. Chaque bulletin comporte alors deux éléments codés permettant, l'un, l'identification de l'électeur, l'autre, l'expression de son choix. La préservation du secret implique nécessairement deux lectures successives et, surtout, effectuées par des systèmes indépendants l'un de l'autre. Aucun croisement entre les fichiers ne doit être possible. L'article R. 2324-6 du code du travail (ancien article R. 433-2-2) dispose ainsi que les données relatives aux électeurs inscrits sur les listes électorales ainsi que celles relatives à leur vote sont traitées par des systèmes informatiques distincts, dédiés et isolés, respectivement dénommés « fichier des électeurs » et « contenu de l'urne électronique ».

L'espèce concernait un vote par correspondance sous double enveloppe avec dépouillement manuel traditionnel. Toutefois les bulletins comportaient, outre le choix de l'électeur exprimé en clair, un numéro d'identification propre à chaque électeur ainsi qu'un code-barre, support d'informations dont la teneur n'était pas précisée. Les explications, guère éclairantes, avancées par l'employeur et le prestataire extérieur pour justifier la présence de ces éléments tenaient aux nécessités de l'envoi du matériel aux électeurs. Un tribunal d'instance avait jugé que ces mentions figurant sur les bulletins de vote, non prévues par l'accord préélectoral, dès lors qu'elles permettent l'identification à la fois du vote et du votant, étaient en soi de nature à porter atteinte au secret du vote et à dissuader des électeurs de voter, peu important que la clé permettant de rapprocher ces deux éléments ne soit accessible qu'à quelques personnes et qu'un tel rapprochement ait ou non été opéré.

Le pourvoi contre le jugement est rejeté : un dispositif d'identification des électeurs dans le cadre du vote par correspondance ne peut figurer sur les bulletins de vote que si le protocole préélectoral l'a prévu et a fixé les garanties appropriées au respect du secret du vote par la mise en oeuvre de procédés rendant impossible l'établissement d'un lien entre l'identité de l'électeur et l'expression de son choix. L'introduction de l'informatique à quelque stade que ce soit du processus électoral ne peut s'accommoder d'initiatives unilatérales de l'employeur ou de personnes qu'il se substitue

dans l'organisation des élections. Le principe même du recours à l'informatique et les dispositions propres à garantir la sincérité et le secret des opérations doivent être convenus et fixés en amont, ainsi que le recommande la Commission nationale de l'informatique et des libertés (délibération n° 98-041 du 28 avril 1998 portant recommandation sur l'utilisation des systèmes de vote par codes-barres dans le cadre d'élections par correspondance pour les élections professionnelles). A défaut, la confiance des électeurs dans le processus de désignation de leurs élus ne peut pas être assurée, les élections doivent être annulées.

2 - Représentation du personnel

2.2 Institutions représentatives du personnel

**Délégué syndical d'établissement – Désignation*

Sommaire

Si, en vertu des articles L.2143-3 et L.2143-10 du code du travail, une convention ou un accord collectif peut prévoir un périmètre pour la désignation du délégué syndical distinct de celui défini par les dispositions de ce code en revanche, ni un usage, ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier ces dispositions.

Encourt dès lors la cassation le jugement qui, pour rejeter la demande d'annulation de la désignation d'un délégué syndical dans une agence comprise dans le périmètre d'un comité d'établissement, se fonde sur l'existence d'un usage local plus favorable que les dispositions légales.

Soc., 10 mai 2012

CASSATION

Arrêt n° 1327 FS – P+B

N° 11-21.388 – T.I. Brive-la-Gaillarde, 6 juillet 2011

M. Lacabarats, Pt. – M. Struillou, Rap. – M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Les partenaires sociaux ont décidé, par accord préélectoral unanime, de mettre en place un comité d'établissement comprenant dans son périmètre deux sites distincts au sein desquels ont été organisées les élections des délégués du personnel. Un syndicat a ensuite procédé à la désignation d'un salarié en qualité de délégué syndical au sein de l'un de ces sites.

La société a contesté la validité de cette désignation qui aurait dû intervenir, selon elle, au sein du même périmètre que celui retenu pour l'élection des membres du comité d'établissement. Mais le tribunal d'instance a rejeté sa demande au motif qu'il existait un usage local plus favorable que les dispositions légales par lequel l'employeur avait accepté la désignation d'un délégué syndical sur le site en question. La société a formé un pourvoi en cassation contre ce jugement.

La Cour de cassation devait donc se prononcer sur le point de savoir si un usage peut prévoir un périmètre de désignation du délégué syndical distinct de celui défini par les dispositions du code du travail.

Toute organisation syndicale, représentative dans une entreprise ou un établissement d'au moins cinquante salariés, et ayant constitué une section syndicale, est autorisée à désigner un délégué syndical parmi les candidats aux élections professionnelles ayant recueilli une audience suffisante au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise. Le délégué syndical est chargé de représenter le syndicat qui l'a désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement (article L. 2143-3, alinéa 1 du code du travail).

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, l'accent est mis sur l'audience électorale et le respect de la règle de concordance. En effet, l'octroi de la qualité représentative dépend pour une large part du score obtenu par le syndicat lors des précédentes élections des membres du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel (article L. 2121-1 du code précité). Or, le périmètre dans lequel se mesure la représentativité syndicale doit coïncider avec celui au sein duquel s'exercera la prérogative pour laquelle la représentativité est requise. Au nombre des prérogatives syndicales les plus importantes, figurent la négociation collective et la désignation des délégués syndicaux, celles-ci pouvant s'exercer au niveau de l'entreprise ou de l'établissement.

Ainsi, la Cour de cassation en a logiquement déduit que le périmètre de désignation des délégués syndicaux devait être identique à celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement. Cette solution avait été amorcée dans un arrêt ayant posé en principe le fait que la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la désignation d'un délégué syndical dans ce périmètre (Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-60.451, *Bull.* 2010, V, n° 256, rejet). Puis, elle a été confirmée par un arrêt remarqué en date du 18 mai 2011 (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.383, *Bull.* 2011, V, n° 120, cassation). En effet, la chambre sociale a fait très clairement le lien entre le périmètre de désignation du délégué syndical et celui de l'implantation du comité d'entreprise ou d'établissement.

Dans le même temps, elle a toutefois assorti ce principe d'une exception en précisant qu'il est possible de prévoir un périmètre de désignation différent par accord collectif. Ceci est conforme aux prévisions de l'article L. 2141-10 du code du travail qui permet de déroger, dans le cadre de la négociation collective, aux textes relatifs à l'exercice du droit syndical, donc notamment à ceux relatifs à la désignation des délégués syndicaux.

Par cet arrêt du 10 mai 2012, la Cour de cassation est venue confirmer le sens de sa jurisprudence tout en y apportant une précision. En effet, l'arrêt reprend l'idée selon laquelle « *une convention ou un accord collectif peut prévoir un périmètre pour la désignation du délégué syndical distinct de celui défini par les dispositions du code du travail* ». Mais il affirme ensuite le caractère exclusif de cette hypothèse de dérogation ; seule une source conventionnelle a cette possibilité. A l'inverse, « *ni un usage ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier ces dispositions* ».

Cette solution est à nouveau tout à fait conforme à la jurisprudence de la chambre sociale qui considère classiquement que la faculté de dérogation aux dispositions légales n'est ouverte à aucune autre procédure que la négociation collective, même si c'est dans un sens favorable à la représentation du personnel (Soc., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-60.484, *Bull.* 2000, V, n° 319, cassation ; Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 11-14.151, *Bull.* 2012, V, n° 30, cassation). Ainsi, un usage local ou un engagement unilatéral, fussent-ils plus favorables, ne sont pas en mesure de prévoir un périmètre particulier pour la désignation du délégué syndical.

C'est donc logiquement que la Cour a cassé le jugement qui refusait d'annuler la désignation d'un salarié intervenue dans le cadre d'un établissement plus restreint que celui du comité d'établissement sur la base d'un usage local, ce alors qu'aucun accord collectif ne prévoyait que cet établissement puisse être le cadre de désignation d'un délégué syndical.

**Représentant de la section syndicale*

Sommaire

L'organisation syndicale ayant désigné un délégué syndical central au niveau de l'entreprise au sein de laquelle elle est représentative ne peut désigner un représentant de la section syndicale au sein de l'un des établissements de l'entreprise.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi dirigé contre le jugement du tribunal d'instance qui annule la désignation dans un établissement d'un représentant de la section syndicale opérée par une organisation syndicale n'ayant pas été reconnue comme représentative dans ce cadre après avoir constaté que le syndicat est représentatif au niveau de l'entreprise et désigné un délégué syndical central.

Soc., 10 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1326 FS – P+B

N° 11-21.144 – T.I. Dijon, 17 juin 2011

M. Lacabarats, Pt. – M. Struillou, Rap. – M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Une organisation syndicale a désigné un représentant de section syndicale (RSS) dans un établissement distinct doté d'un comité d'établissement et au sein duquel elle n'était pas considérée comme représentative. En revanche, cette organisation avait franchi le seuil de 10% des suffrages exprimés au niveau de l'entreprise toute entière dans la mesure où elle y avait désigné un délégué syndical central dans des conditions non contestées.

Cette désignation a été annulée par le tribunal d'instance. Le syndicat a donc formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision faisant valoir que, dès lors que l'entreprise comportait des établissements distincts au sein desquels ont été mis en place des comités d'établissement, la désignation antérieure par une organisation syndicale d'un délégué syndical central n'interdisait pas à cette dernière de désigner, au sein d'un établissement, un RSS.

La Cour de cassation devait donc s'interroger sur le point de savoir si la désignation par une organisation syndicale d'un délégué syndical central au niveau de l'entreprise faisait obstacle à celle d'un RSS au sein de l'un des établissements distincts dans lequel elle n'était pas considérée comme représentative.

La chambre sociale est amenée à prendre position sur toute une série de questions soulevées par l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. Par cette loi, le législateur a notamment créé une nouvelle institution représentative du personnel ; il s'agit du représentant de la section syndicale. En effet, l'article L. 2142-1-1, alinéa 1, du code du travail dispose que « *chaque syndicat qui constitue une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement de cinquante salariés ou plus peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, désigner un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement* ». Les conditions pour qu'un syndicat bénéficie du droit de désigner un RSS sont donc posées par la loi. Il doit avoir constitué une section syndicale et ne pas être représentatif au niveau auquel il entend implanter son représentant, qu'il s'agisse de l'entreprise ou de l'établissement. Ainsi, le RSS ne peut être confondu avec le délégué syndical (DS) pour la désignation duquel la représentativité du syndicat est exigée. Ceci vaut aussi bien pour le délégué syndical (article L. 2143-3 du code du travail) que pour le délégué syndical central (article L. 2143-5 du code précité), la représentativité du syndicat étant appréciée pour ce dernier au sein de l'entreprise entière (Soc., 14 février 1989, pourvoi n° 88-60.246, *Bull.*, V, n° 125, cassation).

La chambre sociale a déjà rendu un certain nombre de décisions relatives aux conditions de désignation du RSS. En effet, elle a eu l'occasion d'énoncer le caractère alternatif du cadre de la désignation, cette dernière devant intervenir soit au niveau des établissements distincts, soit au niveau de l'entreprise, comme le laissait d'ailleurs entendre la loi (Soc., 29 octobre 2010, pourvoi n° 09-60.484, *Bull.*, V, n° 251, cassation). Il est également admis qu'une organisation syndicale ne peut désigner qu'un seul représentant de la section syndicale (Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.263, *Bull.*, V, n° 293, rejet). Enfin, la Cour a précisé que dans la mesure où l'existence d'une section syndicale permettait la désignation, soit d'un RSS, dès lors que le syndicat n'était pas représentatif, soit d'un DS, s'il l'était, le cadre de désignation de ces deux représentants syndicaux

devait nécessairement être identique (Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.221, *Bull.*, V, n° 292, rejet).

Mais la Cour de cassation ne s'était pas encore positionnée sur la question de la compatibilité de la désignation d'un DS central d'entreprise avec celle d'un RSS d'établissement. En l'espèce, la difficulté résidait dans le fait que les désignations étaient intervenues à deux niveaux différents, au sein desquels la mesure de la représentativité avait abouti à des résultats contraires.

Pour dépasser cet obstacle, il est utile de rappeler que le RSS est une institution particulière dont la principale vocation est de permettre aux syndicats non représentatifs de s'implanter dans l'entreprise pour devenir représentatifs aux élections professionnelles suivantes et ainsi pouvoir désigner un DS. C'est pourquoi le bénéfice de cette désignation concerne uniquement les organisations non représentatives. Offrir cette possibilité à un syndicat déjà considéré comme représentatif serait contraire à l'esprit de la loi du 20 août 2008.

Par cet arrêt du 10 mai 2012, la chambre sociale a donc logiquement rejeté le pourvoi dirigé contre un jugement ayant annulé la désignation d'un RSS intervenue dans le cadre d'un établissement au sein duquel le syndicat n'était pas représentatif dès lors que ce dernier avait antérieurement désigné un délégué syndical central d'entreprise dans les conditions prévues par la loi. La désignation d'un délégué syndical central est donc exclusive de la désignation ultérieure d'un RSS d'établissement.

**Section syndicale*

Sommaire

Les facilités prévues par une convention ou un accord collectif permettant de rendre mutuellement accessibles, sous forme de "lien", les sites syndicaux mis en place sur l'intranet de l'entreprise ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être réservées aux seuls syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise dès lors que l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés, en vertu des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail, à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité.

Le syndicat, constitué en syndicat d'établissement, qui se voit affecté un site internet ne peut faire apparaître sur celui-ci, en méconnaissance des accords collectifs applicables dans l'entreprise, une dénomination distincte de celle fixée par ses statuts et de nature à faire naître chez les salariés une croyance erronée dans son champ d'application et dans sa représentativité.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel qui rejette la demande présentée par un syndicat tendant à ce qu'il soit ordonné à l'employeur de rendre accessible son site intranet en se fondant sur le seul motif tiré de ce que le syndicat, représentatif dans l'établissement, avait fait figurer sur son site une dénomination distincte de celle fixée par ses statuts et de nature à faire naître chez les salariés une croyance erronée dans son champ d'application et dans sa représentativité.

Soc., 23 mai 2012

Arrêt n° 1305 FS-P+B

N° 11-14.930 - C.A. Versailles, 20 janvier 2011

M. Lacabarats, Pt. – M. Struillou, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

REJET

Note

Une société a conclu un accord avec les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise afin de mettre à la disposition de chacune d'elles un site intranet hébergé par son serveur et destiné à la publication d'informations syndicales.

Une charte portant sur les conditions d'accès et d'utilisation de l'intranet de la société par les institutions représentatives du personnel a été signée au sein d'un établissement de la société par l'ensemble des organisations syndicales représentatives au sein de cet établissement.

La société et les organisations syndicales représentatives ont signé une autre charte qui stipule que l'organisation syndicale reconnue représentative au niveau d'un établissement dispose d'un site sur l'intranet, sur le site de l'établissement.

Un syndicat, reconnu représentatif au niveau de l'établissement où a été signée la première charte, s'est vu attribuer un site intranet.

La société a refusé de rendre ce site accessible aux salariés aux motifs, d'une part, que la dénomination du syndicat y figurant n'est pas identique à sa dénomination statutaire et, d'autre part, que le syndicat a inséré sur le site des liens permettant d'accéder à des sites syndicaux d'autres établissements en méconnaissance des stipulations des chartes selon lesquelles « *Les sites syndicaux centraux et les sites syndicaux des établissements [de la société] sont accessibles par lien entre eux* » et qui réservent l'insertion de liens aux seules organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise.

Le syndicat a saisi le juge afin qu'il soit ordonné à l'employeur de rendre accessible son site intranet.

Par un arrêt confirmatif, la cour d'appel a rejeté la demande du syndicat. Ce dernier s'est pourvu en cassation.

La chambre sociale a d'abord relevé « *que le syndicat soutient à juste titre que les facilités prévues par une convention ou un accord collectif permettant de rendre mutuellement accessibles, sous forme de « lien », les sites syndicaux mis en place sur l'intranet de l'entreprise ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être réservées aux seuls syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise dès lors que l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés, en vertu des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail, à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité.* » Il s'agit là d'un rappel de la jurisprudence sur l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise (Soc., 21 septembre 2011, pourvois n° 10-23.247 et 10-19.017, *Bull.* 2011, V, n° 193 ; Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 11-14.292, *Bull.* 2012, V, n° 16 – les deux décisions ont été commentées dans les bulletins du droit de travail de septembre 2011 et janvier 2012). Toute organisation, qu'elle soit représentative ou non, a le droit de constituer une section syndicale. En autorisant la constitution de sections syndicales par des syndicats non représentatifs, le législateur a voulu donner les moyens à ces organisations de rechercher, à travers le processus électoral, la qualité représentative. Refuser l'accès des syndicats non représentatifs aux moyens de diffusion de l'information dans l'entreprise revient à rompre l'égalité entre organisations syndicales et à aller contre la volonté manifestée du législateur.

Dans un second temps, la chambre sociale a constaté que « *la cour d'appel a relevé que le syndicat, constitué en syndicat d'établissement, avait fait apparaître sur le site qui lui était affecté, en méconnaissance des accords collectifs applicables, une dénomination distincte de celle fixée par ses statuts et de nature à faire naître chez les salariés une croyance erronée dans son champ d'application et dans sa représentativité ; qu'elle a, par ce seul motif, justifié sa décision.* ». Il s'en

déduit que le fait pour un syndicat d'établissement de faire apparaître sur son site, en méconnaissance des accords collectifs applicables, une dénomination distincte de celle résultant de ses statuts et de nature à faire naître chez les salariés une croyance erronée dans son champ d'application et dans sa représentativité, fonde le refus de l'employeur de rendre ce site accessible aux salariés. Il s'agit là d'une limite à l'accès à l'affichage et à la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise.

**Syndicat - Représentativité*

Sommaire

Une liste de candidats présentée par deux syndicats affiliés à la même confédération ne constitue pas une liste commune au sens de l'article L. 2122-3 du code du travail et ne peut, par suite, donner lieu à une répartition entre eux des suffrages qu'elle a recueillis en vue de les faire bénéficier, chacun, d'une représentativité propre.

Il s'ensuit que dès lors qu'une confédération syndicale et les organisations qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi ou par un accord collectif plus favorable, le tribunal, qui a constaté que les deux organisations syndicales qui avaient présenté ensemble une liste de candidats sous l'appellation "liste commune" étaient toutes deux affiliées à la même confédération, et qu'aucun accord collectif ne modifiait le nombre des délégués syndicaux susceptibles d'être désignés, a à bon droit décidé qu'elles ne pouvaient procéder à des désignations excédentaires.

Soc., 10 mai 2012

REJET

Arrêt n° 1320 F - P+B

N° 11-21.356 - T.I. Paris 14ème, 7 juillet 2011

M. Béraud, f.f. Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap.

F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

1- Prise d'acte de la rupture

Sommaire

Si la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme et peut valablement être présentée par le conseil du salarié au nom de celui-ci, c'est à la condition qu'elle soit adressée directement à l'employeur.

Doit être approuvée la cour d'appel qui a jugé qu'elle était saisie d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail dès lors qu'il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt que l'avocat du salarié ait adressé directement à l'employeur une prise d'acte de la rupture au nom du salarié.

Soc., 16 mai 2012

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1238 FS - P+B +R

N° 10-15.238 - C.A. Nîmes, 2 février 2010

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

Note

Par cet arrêt la Cour de cassation précise sa jurisprudence sur les conditions de forme de la prise d'acte.

Un salarié avait saisi le conseil de prud'hommes par lettre de son avocat mentionnant que son client se considérait en situation de rupture de son contrat de travail, imputable selon lui à son employeur, et formait diverses demandes en paiement à titre de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Devant la cour d'appel le salarié soutenait que la lettre de son conseil, qui était donc la lettre de saisine de la juridiction prud'homale, devait s'analyser en prise d'acte. La cour d'appel en avait jugé autrement, considérant en effet qu'elle était saisie d'une demande tendant à la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur, aux motifs qu'en raison de sa nature juridique, la prise d'acte ne pouvait émaner que du salarié, et que le mandat donné à son avocat dans le cadre de l'instance ne pouvait y suppléer.

Le pourvoi du salarié critiquait les motifs de cette décision en soutenant que la prise d'acte de la rupture pouvait valablement être présentée par l'avocat du salarié. Le moyen faisait ainsi référence à un précédent non publié du 4 avril 2007 (pourvois n° 05-42.847 et 05-43.926) aux termes duquel la chambre sociale avait jugé que « la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme et peut valablement être présentée par le conseil d'un salarié au nom de celui-ci. »

Cette règle est réaffirmée, mais avec une précision importante puisque l'arrêt énonce que « si la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme et peut valablement être présentée par le conseil du salarié au nom de celui-ci, c'est à la condition qu'elle soit adressée directement à l'employeur. » La cour d'appel est ainsi approuvée d'avoir jugé qu'elle était saisie d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, dans la mesure où il ne résultait pas de ses constatations que l'avocat du salarié ait adressé directement à l'employeur la prise d'acte dont se prévalait l'intéressé.

La chambre sociale considère en effet que la prise d'acte, qui est un mode de résiliation unilatérale du contrat de travail ayant pour effet la rupture immédiate du contrat avec toutes les conséquences qui y sont attachées, ne peut être valablement formée que si le salarié fait connaître sa volonté de rompre à l'employeur lui-même. En outre la distinction entre demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et demande tendant à voir juger qu'une prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse se trouve clairement renforcée par l'arrêt commenté. En effet, dans la continuité de la jurisprudence de la chambre sociale qui juge, depuis 2006 (Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 03-47.639, *Bull.* 2006, V, n° 81), qu'une demande de résiliation judiciaire ne peut être assimilée à une prise d'acte, il résulte du présent arrêt que la saisine du conseil de prud'hommes ne peut valoir prise d'acte de la rupture.

2.3. Licenciements disciplinaires

**Faute grave- Appréciation*

Sommaire

Constitue en principe une faute lourde justifiant le licenciement d'un salarié gréviste l'atteinte à la liberté du travail.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt qui ne constate pas que le blocage de camions entravait le travail des autres salariés ne participant pas au mouvement de grève ou qu'il entraînait une désorganisation de l'entreprise, faute d'autre accès aux locaux de cette entreprise.

Soc., 9 mai 2012

Arrêt n° 1168 FS-P+B

N° 10-26.497 - C.A. Nancy, 15 septembre 2010

M. Bailly, f. f. Pt. – M. Mansion, Rap. – M. Weissmann, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Sommaire

La nullité du licenciement d'un salarié n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève mais qu'elle s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt d'une cour d'appel retenant que le licenciement d'un salarié gréviste est justifié par une faute grave, en se fondant sur des faits commis au cours du mouvement de grève et ne constituant pas une faute lourde.

Soc., 9 mai 2012

CASSATION

Arrêt n° 1169 FS-P+B

N° 10-24.307 - C.A. Bourges, 22 janvier 2010

M. Bailly, f. f. Pt. – M. Mansion, Rap. – M. Weissmann, Av. Gén.

Note commune aux deux arrêts

Dans la première espèce, trois salariés ont participé à un mouvement de grève puis ont été licenciés pour faute lourde

Contestant leur licenciement, ils ont saisi la juridiction prud'homale.

La cour d'appel a jugé les licenciements fondés sur une faute lourde en retenant qu'un des salariés s'est placé à deux reprises devant un camion pour interdire le passage, a fait obstacle à un autre camion allant chercher une remorque et a empêché le directeur du site d'enlever des barricades obstruant le passage des camions ; un autre salarié a bloqué un camion, s'est placé devant trois autres camions pour faire obstacle à leur passage et a fait savoir au directeur du site « *qu'il ne sert à rien de tenter de faire passer des camions* » ; le troisième salarié a empêché un camion d'avancer et un autre de reprendre une remorque.

Dans la seconde affaire, un salarié qui a participé à un mouvement de grève a été licencié pour faute lourde, pour avoir, notamment, porté atteinte à la réputation de l'entreprise en procédant à la distribution, à la clientèle, de tracts dénonçant les conditions de travail et de sécurité au sein de cette entreprise.

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour contester son licenciement.

La cour d'appel a jugé le licenciement pour faute grave justifié et a débouté le salarié de toutes ses demandes. Elle a considéré, d'une part, que le mouvement de grève a débuté le 9 novembre 2007 après 17 heures 15, soit après la notification au salarié de sa convocation à l'entretien préalable à son licenciement et qu'il n'a donc pas été licencié alors qu'il était en grève et, d'autre part, que de 18 heures à 18 heures 40, l'huissier a constaté que trois salariés, dont le salarié licencié, interpellaient tous les clients à l'entrée de la jardinerie et leur remettaient un tract.

Dans les deux cas, les salariés ont formé des pourvois à l'encontre des décisions des cours d'appel.

Dans la première affaire, la chambre sociale a jugé « *Qu'en statuant ainsi, sans qu'il résulte de ses constatations que le blocage d'un camion entravait le travail des salariés ne participant pas au mouvement de grève ou qu'il entraînait une désorganisation de l'entreprise, faute d'autre accès aux locaux de l'entreprise, la cour d'appel a violé [l'article L. 2511-1 du code du travail]* »

Dans la seconde affaire, elle a décidé « *Qu'en statuant ainsi, alors que la nullité du licenciement d'un salarié n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève mais qu'elle s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours de la*

grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde, la cour d'appel a violé [l'article L. 2511-1 du code du travail] »

Parce que la grève est un droit constitutionnellement garanti, son exercice par les salariés doit être protégé, principalement des mesures disciplinaires qui pourraient être prises par l'employeur à leur rencontre. C'est pourquoi l'article L. 2511-1 du code du travail, sous le visa duquel les deux décisions ont été rendues, dispose en son alinéa 1^{er} que « *L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié* ». L'alinéa 3 de cet article précise que « *Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit.* »

Le législateur n'a pas défini la notion de faute lourde. C'est la jurisprudence qui est venue préciser cette notion. Selon elle, la faute lourde est caractérisée par « *l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise* » (Soc., 29 novembre 1990, pourvoi n° 88-40.618, *Bull.* 1990, V, n° 599). Sont notamment constitutifs de faute lourde les violences physiques ou verbales, les menaces et les voies de fait (Soc., 16 juin 1965, pourvoi n° 63-40.580 et 63-40.581, *Bull.* 1965, V, n° 469 ; Soc., 13 janvier 1993, pourvoi n° 90-45.760, *Bull.* 1993, V, n° 7 ; Soc., 5 juillet 1985, pourvoi n° 93-46.108), l'atteinte à la liberté du travail (Soc., 31 mars 1998, pourvoi n° 95-42.086, *Bull.* 1998, V, n° 180).

Le blocage de camions n'est constitutif d'une faute lourde que s'il emporte une entrave à la liberté du travail (Soc., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-43.820) ou s'il entraîne une désorganisation de l'entreprise (Soc., 30 juin 1993, pourvoi n° 91-44.824, *Bull.* 1993, V, n° 185). Dans la première espèce, la chambre sociale a jugé que la cour d'appel n'avait pas démontré que le blocage d'un camion avait entravé le travail des salariés non-grévistes ou entraîné une désorganisation de l'entreprise. Dans ces conditions, la faute lourde n'est pas caractérisée.

Il ressort de la seconde décision que le seul fait pour un salarié d'interpeller des clients de son entreprise et de leur remettre un tract ne peut être qualifié de faute lourde. Le licenciement prononcé pour cette raison, même si c'est au cours d'une grève, est nul en application de l'alinéa 3 de l'article 2511-1 du code du travail.

2.4 Licenciement économique

**Motif économique – Caractérisation*

Sommaire

La nullité de la procédure de licenciement pour motif économique ne pouvant être prononcée, en vertu de l'article L.1235-10 du code du travail, qu'en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, doit être cassée la décision d'une cour d'appel qui, pour annuler une procédure de licenciement, se prononce sur la cause du licenciement.

Soc., 3 mai 2012

Arrêt n° 1299 FS - P+B+R+I

N° 11-20.741 - C.A. Paris, 12 mai 2011

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

CASSATION

Note

La loi n° 93-121 du 27 janvier 1993, dont est issu l'article L. 321-4-1 du code du travail, codifié à l'article L. 1235-10 par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, frappe de nullité la procédure de licenciement collectif pour motif économique lorsque le plan de reclassement des salariés prévu

à l'article L. 1233-61 s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas été établi par l'employeur, bien que celui-ci soit obligatoire.

La chambre sociale a également déclaré nulle la procédure de licenciement collectif pour motif économique lorsque le plan mis en place par l'employeur est insuffisant dans son contenu (Soc., 23 janvier 2002, pourvoi n° 00-14.521, *Bull.* 2002, V, n° 29). Elle a précisé que « la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 [...], sont eux-mêmes nuls. » (Soc., 13 février 1997, pourvois n° 96-41.874 et n° 96-41.875, *Bull.* 1997, V, n° 64).

Elle a par ailleurs délimité le champ de la nullité en retenant constamment, depuis 1996, qu'elle ne peut être prononcée qu'en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de reclassement et qu'il n'appartient pas au juge saisi du contrôle de la valeur du plan de se « prononcer sur la cause réelle et sérieuse des licenciements économiques projetés » (Soc., 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-21.994, *Bull.* 1996, V, n° 372).

Dans l'arrêt du 6 mars 2012, la chambre sociale précise à nouveau que la nullité d'une procédure de licenciement pour motif économique ne peut être prononcée qu'en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur est tenu d'établir. Elle casse en conséquence un arrêt ayant déclaré nulle une procédure de licenciement collectif pour motif économique en se fondant sur l'absence de cause économique de licenciement. Elle rappelle ainsi que la cause économique du licenciement est indifférente pour l'application de l'article L. 1235-10 du code du travail.

L'absence de cause économique de licenciement ouvre au salarié licencié une action indemnitaire mais le législateur n'a pas choisi de sanctionner cette absence de cause par l'annulation de la procédure de licenciement. Il a réservé la nullité à la seule défaillance de l'employeur dans son obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, parce qu'il assigne comme objectif à celui-ci d'éviter des licenciements en favorisant le reclassement des salariés.

G - ACTIONS EN JUSTICE

**Appel (recevabilité)*

Sommaire

Il résulte de l'application combinée des articles 3 et 173 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle Calédonie, 72 de la Constitution et 121 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie que ne peut être prononcée la nullité d'un acte d'appel formé par le Président de l'Assemblée d'une Province de la Nouvelle Calédonie, ce dernier ayant le pouvoir d'interjeter appel à titre conservatoire et ayant été, par une délibération ultérieure de l'assemblée intervenue avant que le juge statue, autorisé à la représenter dans l'instance.

Soc., 23 mai 2012

CASSATION PARTIELLEMENT SANS RENVOI

Arrêt n° 1301 FS - P+B

N° 10-20.621 - CA Nouméa, 7 avril 2010

M. Lacabarats, Pt. - Mme Terrier-Mareuil, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén

**Preuve - moyens de preuve (licéité ou non)*

Sommaire

L'employeur, qui n'est en droit d'écouter des enregistrements réalisés par le salarié sur son dictaphone personnel qu'en sa présence ou celui-ci dûment appelé, ne peut établir le contenu d'enregistrements écoutés à l'insu du salarié en produisant les attestations de témoins ayant assisté à leur audition alors que, par suite de la destruction de ces enregistrements, le salarié a été mis dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire.

Viola en conséquence les articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve la cour d'appel qui retient, d'une part, que l'employeur, ayant découvert le dictaphone du salarié en mode enregistrement dans les locaux de l'entreprise, était fondé à le retenir et à en écouter immédiatement l'enregistrement en l'absence du salarié mais en présence de plusieurs témoins et, d'autre part, que le contenu des enregistrements est établi par les attestations produites par l'employeur alors que ceux-ci ayant été détruits, le salarié a été mis dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire.

Soc., 23 mai 2012

CASSATION

Arrêt n° 1306 FS - P+B

N° 10-23.521 - C.A. Saint-Denis de la Réunion, 22 juin 2010

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

Note

Le présent arrêt statue dans un cas d'espèce assez particulier : en son absence, un salarié avait laissé son dictaphone en mode « enregistrement » et donc en fonction d'enregistrer les conversations de ses collègues de bureau. L'employeur ayant découvert ce fait, a procédé à l'audition immédiate de l'enregistrement, en l'absence du salarié mais en présence de témoins sur place, puis a détruit les enregistrements. Le salarié licencié pour faute grave a été débouté par la cour d'appel de toutes ses demandes d'indemnisation.

La chambre sociale, au visa de l'article 9 du code de procédure civile, de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, prononce la cassation de cette décision. Elle estime, d'une part, que l'employeur devait écouter les enregistrements faits sur le dictaphone personnel du salarié en sa présence ou au moins lui dûment appelé, et, d'autre part, que les enregistrements ayant été détruits, le salarié ne pouvait plus apporter une preuve contraire aux attestations produites.

L'article 6§1 de la CEDH est relatif au « droit à un procès équitable ». L'article 9 du code de procédure civile, selon lequel « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* », exprime la nécessité de recourir à des preuves légales. Le principe jurisprudentiel de loyauté dans l'administration de la preuve tire des références textuelles précitées toutes conséquences en matière probatoire.

Nombreux sont les arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation qui affirment qu'une juridiction civile ne peut fonder sa décision sur des éléments de preuve tirés d'enregistrements téléphoniques ou vidéo opérés à l'insu des personnes enregistrées. On peut citer, par exemple, un arrêt de la 2^{ème} chambre civile (2^e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, *Bull.* 2004, II, n° 447) selon lequel « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* ». Un arrêt d'Assemblée plénière (Ass. Plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.67 et 09-14.316, *Bull.* 2011, Ass. Plén. n° 1(2) réaffirme, en matière de concurrence commerciale, au vu des textes et principe précités, « *que l'enregistrement d'une conversation*

téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ». L'obtention clandestine ou par stratagème d'un élément de preuve est considérée par la jurisprudence comme un manquement à l'obligation de loyauté dans la production des preuves à des fins judiciaires. Il n'en est pas de même si la preuve est obtenue par un procédé technique dont l'utilisateur et le destinataire savent qu'il se réalise nécessairement par un enregistrement, comme les SMS (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, Bull. 2007, V, n° 85).

En l'espèce, la motivation de la chambre sociale sanctionne l'employeur pour avoir établi les faits fondant le licenciement hors la présence du salarié, et pour avoir privé ce dernier, par la destruction de l'enregistrement, de la possibilité d'en établir la preuve contraire. Cette motivation rappelle que l'exigence d'une contradiction de bonne foi doit irriguer les relations de travail, d'autant plus que l'employeur a le pouvoir de sanctionner le comportement du salarié. Elle ne constitue pas pour autant une justification de l'attitude de ce dernier, qui tentait de son côté d'obtenir à l'insu de ses collègues l'établissement de déclarations qu'il aurait pu utiliser à leur détriment. Mais la chambre sociale, que le pourvoi saisissait du bien-fondé de la faute grave invoquée pour le licenciement, justifie la cassation de la décision déférée essentiellement sur le régime de la loyauté de la preuve, plutôt que par référence à l'utilisation d'objets de la vie privée sur le lieu du travail.

**Qualité à agir*

Sommaire

Il résulte d'une part des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail que, dans les commerces de détail alimentaire, le repos dominical des salariés doit être respecté à partir de 13 heures, et, d'autre part, de l'article 873 alinéa 1^{er} du code de procédure civile que le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déclare irrecevable l'action d'une société aux fins de faire condamner deux autres sociétés à respecter les règles du repos hebdomadaire des salariés qu'elles emploient au motif qu'elle n'est pas en droit d'exciper d'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession de commerçant en alimentation de détail, alors que cette société avait un intérêt légitime à faire cesser la situation constatée en raison du préjudice que cette rupture d'égalité pouvait lui causer.

Soc., 30 mai 2012

Arrêt n° 1335 P+B

N° 10-25.349 - C.A. Paris, 2 juillet 2010

M. Gosselin, f. f. Pt. – M. Gosselin, Rap.

CASSATION PARTIELLE

Note

Deux sociétés exerçaient une activité de commerce de détail similaire à proximité d'une troisième. Cette dernière, invoquant une baisse de son chiffre d'affaires résultant de l'ouverture illicite des deux autres magasins le dimanche a, sur le fondement de l'article 873 du code de procédure civile, saisi en référé le président du tribunal de commerce afin de les voir, notamment, condamner sous astreinte à respecter les règles relatives à la fermeture hebdomadaire dominicale.

La cour d'appel a déclaré l'action de la société irrecevable, au motif que la qualité à agir devant le juge des référés aux mêmes fins que l'inspecteur du travail pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail l'emploi illicite de salariés en infraction à l'article L.3132-3 du code du travail n'a été reconnue qu'aux organisations professionnelles représentant des employeurs qui exercent la même activité en respectant la règle

du repos hebdomadaire dominical, en raison de la rupture d'égalité dont ils sont victimes. Elle a ajouté que la société demanderesse n'était pas en droit d'exciper d'une telle atteinte à l'intérêt collectif de la profession de commerçant en alimentation de détail.

La question posée par la présente affaire était celle de savoir si un demandeur, qui ne représente pas l'intérêt collectif d'une profession, avait qualité pour agir devant le juge des référés pour voir ordonner les mesures propres à faire cesser la violation des règles relatives au repos dominical des salariés.

La chambre sociale a désapprouvé la cour d'appel en jugeant que la société demanderesse avait un intérêt légitime à faire cesser cette situation en raison du préjudice que cette rupture d'égalité pouvait lui causer.

L'article L. 3132-3 du code du travail dispose que « *le repos hebdomadaire est donné le dimanche.* » L'article L. 3132-13, alinéa 1^{er}, du même code ajoute que « *dans les commerces de détail alimentaire, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de treize heures.* »

Aux termes de l'article L. 3132-31, alinéa 1^{er}, du code du travail, « *L'inspecteur du travail peut, nonobstant toutes poursuites pénales, saisir en référé le juge judiciaire pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13.* »

Outre l'inspecteur du travail, les organisations syndicales de salariés peuvent également saisir en référé le juge pour voir ordonner les mesures propres à faire cesser la violation des règles relatives au repos dominical (Soc., 16 juin 2010, pourvoi n° 09-11.214, *Bull.* 2010, V, n° 143). Il en est de même pour les organisations patronales. En effet, l'Assemblée plénière a décidé que le non-respect du repos hebdomadaire engendre une rupture d'égalité au préjudice des employeurs qui respectent la règle légale et porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession, justifiant que le syndicat qui la représente ait qualité pour agir en référé (Ass. Plén., 7 mai 1993, pourvoi n° 91-12.611, *Bull.* 1993, Ass. Plén., n° 10).

Seules les organisations syndicales patronales représentant la profession exercée par les employeurs en infraction sont recevables à agir (Soc., 2 février 1994, pourvoi n° 90-14.771, *Bull.* 1994, V, n° 40).

Les actions des associations de commerçants sont également recevables, dès lors qu'en raison de leur objet il apparaît qu'une atteinte a été portée aux intérêts collectifs de leurs membres (Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 90-11.206, *Bull.* 1994, V, n° 266).

Avec la présente décision de la chambre sociale, le demandeur n'a plus à représenter l'intérêt collectif de la profession ou des membres d'une association pour pouvoir agir. Il lui suffit d'être en mesure d'exciper d'un intérêt légitime en raison du préjudice né de la rupture d'égalité pour cause de non application du repos dominical par un ou plusieurs concurrents exerçant une activité similaire.

**Unicité de l'instance*

Sommaire

La règle de l'unicité de l'instance résultant de l'article R 1452-6 du code du travail n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond.

Encourt la cassation l'arrêt qui déclare irrecevables les demandes formées par un salarié au motif qu'elles concernaient une période antérieure à la date d'effet de la péremption ayant mis fin à une précédente instance.

Soc., 23 mai 2012

CASSATION

Arrêt n° 1307 FS - P+B

N° 10-24.033 - C.A. Douai, 30 juin 2010

M. Lacabarats, Pt. - M. Contamine, Rap. - M. Aldigé, Av. gén.

Note

Ce nouvel arrêt de la chambre sociale confirme et précise la jurisprudence relative à l'application de la règle de l'unicité de l'instance.

Cette règle est exprimée par l'article R. 1452-6 du code du travail, aux termes duquel « *toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance.* »

Cette règle n'est pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes ».

Après une période d'interprétation rigoureuse de cet article, la chambre sociale a assoupli son application afin d'éviter tout déni de justice. Par un arrêt du 16 novembre 2010 (Soc., 16 novembre 2012, pourvoi n° 09-70.404, *Bull.* 2010, V, n° 260), elle a jugé que la règle de l'unicité de l'instance n'est opposable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond.

Un arrêt du 9 mars 2011 (Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-65.213, *Bull.* 2011, V, n° 72) a confirmé cette évolution, au visa de l'article 880-2 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie, en l'appliquant au désistement d'instance.

La chambre sociale a écarté l'application de l'unicité de l'instance au cas de reprise d'instance après décision de défaut non avenue faute de notification (Soc., 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-23.322, *Bull.* 2011, V, n° 224), ainsi qu'au cas d'acquiescement par le défendeur, le demandeur gardant la possibilité de présenter de nouvelles demandes dans une instance postérieure (Soc., 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-15.249, *Bull.* 2011, V, n° 223).

Plus récemment, elle a décidé que « *Le principe de l'unicité d'instance ne peut être opposé devant la juridiction prud'homale en raison d'une action introduite devant une juridiction étrangère* » (Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-27.940, *Bull.* 2012, V, n° 66).

Par le présent arrêt, la chambre décide d'étendre sa jurisprudence, désormais établie, au cas de la péremption. Ainsi, les incidents qui éteignent l'instance mais non l'action laissent aux parties la possibilité de saisir à nouveau la juridiction prud'homale.



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

Site internet : www.courdecassation.fr

Twitter : @courdecassation