

MENSUEL  
DU  
DROIT DU TRAVAIL



**N°34**  
**Juillet 2012**



## **SOMMAIRE**

<b>A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL</b>	<b>3</b>
<b>B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS</b>	<b>13</b>
<b>D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL</b>	<b>13</b>
<b>E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES</b>	<b>15</b>
<b>F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL</b>	<b>19</b>
<b>G - ACTIONS EN JUSTICE</b>	<b>24</b>

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

## **1. Emploi et formation**

*\*CDD - Cas de recours Autorisés*

### **Sommaire**

Un contrat à durée déterminée ne peut être conclu pour le remplacement de plusieurs salariés.

Viola l'article L. 1242-2, 1° du code du travail, l'arrêt qui déboute un salarié, engagé pour le remplacement d'un agent d'exploitation de stationnement, de sa demande de requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée, tout en constatant qu'il avait également remplacé un agent d'exploitation principale durant les congés payés de celui-ci.

**Soc., 11 juillet 2012**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1734 FS-P+B**

N° 11-12.243 - C.A. Aix-en-Provence, 31 mars 2010

M. Bailly, f. f. Pt. – Mme Goasguen, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

*\*CDD – Rupture*

### **Sommaire**

Le rappel dans le contrat de travail du dispositif général dans lequel pouvait s'inscrire une formation demandée par le salarié ne constituant pas une offre de formation effective, le conseil de prud'hommes en a justement déduit que l'indemnité de fin de contrat ne pouvait être réduite à 6% en application des dispositions de l'article L.1243-9 du code du travail et de l'accord national du 25 février 2003 relatif à la formation professionnelle modifiant l'accord national du 28 juillet 1998 modifié sur l'organisation du travail dans la métallurgie.

**Soc., 3 juillet 2012**

**REJET**

**Arrêt n° 1641 - FP - P + B**

N° 11-16.269 – CPH. Boulogne-Sur-Mer, 4 février 2011

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

### **Note**

Engagée par plusieurs contrats à durée déterminée, la salariée a demandé un complément d'indemnité de précarité à son employeur. Le taux de cette dernière avait été réduit à 6% par un accord collectif de branche prévoyant des contreparties en termes de formation professionnelle. L'existence du droit d'accès de la salariée à des actions de formation éligibles à ce titre était rappelée dans chacun de ses contrats de travail.

Considérant qu'une telle stipulation contractuelle était insuffisante pour justifier la réduction de l'indemnité, la juridiction saisie a condamné l'employeur au versement du solde de celle-ci, décision à l'encontre de laquelle ce dernier a formé un pourvoi en cassation.

En vertu de l'article L. 1243-8 du code du travail, l'arrivée à terme d'un contrat de travail à durée déterminée qui ne débouche pas sur la conclusion d'un contrat à durée indéterminée donne au salarié le droit à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation et dont le montant s'élève en principe à 10% de sa rémunération totale. Toutefois, selon l'article L.

1243-9 du code précité et l'accord national du 25 février 2003 relatif à la formation professionnelle dans la métallurgie, applicable en l'espèce, le taux de cette indemnité de précarité peut être réduit à 6% lorsqu'en contrepartie, un accord collectif offre aux salariés un accès privilégié à la formation professionnelle.

En l'occurrence, la Cour de cassation était amenée à se prononcer sur la forme que devait revêtir cet accès privilégié à la formation offert au salarié employé sous contrat à durée déterminée pour permettre la réduction de l'indemnité de précarité.

La jurisprudence de la chambre sociale a évolué sur ce point. Alors que dans un arrêt du 7 février 2007 (Soc., 7 février 2007, pourvoi n° 05-43.462, non publié au bulletin), elle a adopté une interprétation littérale des dispositions légales en estimant que « *ni la loi, ni l'accord [précité] n'imposaient à l'employeur de proposer individuellement au salarié ou de faire suivre à celui-ci des actions de formation* », elle est par la suite revenue sur cette solution. En effet, dans deux arrêts de revirement en date du 11 juillet suivant (Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.765, *Bull.* 2007, V, n° 118) et du 23 janvier 2008 (Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.190, *Bull.* 2008, V, n° 21), elle a affirmé que la réduction du taux d'indemnité exigeait une proposition individuelle de formation adressée au salarié. Ainsi, les contreparties prévues par la loi doivent lui être directement offertes par l'employeur et non seulement prévues par l'accord collectif. Si une partie de la doctrine a dénoncé cette interprétation estimant que la Cour de cassation dépassait l'intention du législateur en ajoutant à l'effort collectif, l'exigence d'un effort individuel envers chaque salarié, une autre partie a au contraire salué l'effet utile qu'elle donnait à une disposition légale imprécise.

En l'espèce, la question était posée en des termes presque identiques, mais le contexte différait quelque peu. En effet, s'y ajoutait une stipulation contractuelle rappelant l'existence du droit de la salariée au bénéfice d'actions de formation en application de l'accord de branche national du 28 juillet 1998, tel que modifié par l'accord du 25 février 2003. La salariée bénéficiait donc d'une information individualisée et contractualisée. Néanmoins, cette stipulation ne faisait que mentionner l'existence de mesures de formation prévues par l'accord précité, sans que l'employeur ne les lui propose directement.

Par l'arrêt du 3 juillet 2012, la Cour de cassation est donc venue préciser les contours de l'obligation de l'employeur, c'est-à-dire les conditions que doit remplir l'offre de formation pour satisfaire les exigences légales et conventionnelles imposées au titre de la réduction du taux de l'indemnité de précarité. Ainsi, un simple rappel contractuel du dispositif général prévu par l'accord collectif, s'il permet l'information individuelle de la salariée et l'appelle au plus à demander le bénéfice d'une formation, ne peut suffire à constituer une « offre de formation effective » selon les termes de la chambre sociale. En somme, l'employeur doit adopter un comportement actif ; il ne peut se contenter d'informer le salarié de son droit et ensuite attendre sa demande. Au contraire, il doit adresser individuellement à chaque salarié sous contrat de travail à durée déterminée une proposition effective de formation, s'il veut bénéficier du taux réduit prévu par l'article L. 1243-9 du code du travail.

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

*\*Discriminations entre salariés*

### **Sommaire n°1**

Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et viole les articles L. 1132-1, L. 2141-5 et L. 1134-1 du code du travail la cour d'appel qui décide que le licenciement est fondé par une cause réelle et sérieuse, alors qu'elle avait constaté que la lettre de licenciement reprochait au salarié la création d'un syndicat à laquelle il avait participé ainsi qu'un défaut de loyauté pour

avoir tardé à informer la direction de la création de ce syndicat et de sa participation à son bureau exécutif, ce dont il résultait que le salarié apportait des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale.

## Sommaire n°2

Sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées.

Viola l'article L. 1121-1 du code du travail la cour d'appel qui, pour déclarer le licenciement fondé par une cause réelle et sérieuse, retient qu'un tract rédigé à l'en-tête d'un syndicat mentionne : "l'angoisse, le stress, la méfiance et les incertitudes des uns et des autres et ce, face aux rumeurs et autres restructurations tant sournoises qu'hasardeuses, nous ont conduit à la création d'un syndicat autonome d'entreprise" et que les adjectifs utilisés pour qualifier la restructuration, «hasardeux» et surtout «sournois», sont clairement péjoratifs et injurieux envers la direction qui l'a décidée, alors que l'affichage de ce tract syndical, qui ne contenait aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérisait pas un abus de la liberté d'expression du salarié.

**Soc, 3 juillet 2012**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1646 FS-P+B**

N° 11-10.793 - C.A. Toulouse, 17 novembre 2010

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

### Note :

La présente affaire est l'occasion pour la chambre sociale de rappeler, tout d'abord, les règles de preuve en matière de discrimination.

Celles-ci font l'objet d'une jurisprudence bien établie depuis 1999 (Soc., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-42.940, *Bull.* 1999, V, n° 447; Soc., 29 juin 2011, pourvois n° 10-14.067 et 10-15.792, *Bull.* 2011, V, n° 166). Initiées par la jurisprudence communautaire (CJCE, 27 octobre 1993, affaire n° C-127/92, *Rec.*, I, n° 05535) et par une directive communautaire 97/80/CE du 15 avril 1997, ces règles sont désormais consacrées par les dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail qui prévoit un mécanisme probatoire en deux temps : il revient d'abord au salarié qui se prétend victime de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe ensuite à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Il n'est donc plus nécessaire pour le salarié de prouver l'existence de la discrimination elle-même, il doit seulement apporter des éléments de fait qui font présumer l'existence d'une discrimination.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que présentait des éléments laissant supposer une discrimination le salarié qui établit que son coefficient de carrière n'a pas évolué depuis sa désignation comme délégué syndical ainsi que l'existence de mesures prises à son encontre par l'employeur en raison de son activité syndicale (Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 06-45.939, *Bull.* 2009, V, n° 119) ou le fait pour un salarié, investi de divers mandats électifs, de n'avoir bénéficié d'aucune promotion individuelle pendant quatorze années et la mention dans ses fiches d'évaluation, au vu desquelles la direction arrêta ses choix de promotions, de ses activités prud'homales et syndicales et des perturbations qu'elles entraînaient dans la gestion de son emploi du temps (Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, pourvoi n° 08-40.988, *Bull.* 2009, V, n° 166). L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement l'existence d'une comparaison avec la situation d'autres salariés (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-42.849, *Bull.* 2009, V, n° 246 et Soc., 29 juin 2011, pourvois n° 10-14.067 et 10-15.792, *Bull.* 2011, V, n° 166).

Par le présent arrêt, la Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel au motif qu'il ressort des constatations de cette dernière que le salarié a bien rapporté la preuve d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale.

Il appartenait alors à l'employeur, dans le cadre de la seconde étape du mécanisme probatoire, de prouver que sa décision de licenciement était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La seconde branche du moyen concernait la question de la liberté d'expression du salarié et ses limites.

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

Il résulte de la jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation que, sauf abus, le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées (Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-30.107, *Bull.* 2011, V, n° 96 (1); Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-41.374, *Bull.* 2007, V, n° 82; Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 03-44.527, *Bull.* 2006, V, n° 151; Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 02-42.446, *Bull.* 2004, V, n° 175; Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-45.532, *Bull.* 2001, V, n° 142; Soc., 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-41.995, *Bull.* 1999, V, n° 488).

L'abus est constitué par des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs (Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.104, *Bull.* 2011, V, n° 104 (2); Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-45.532, *Bull.* 2001, V, n° 142; 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-41.995, *Bull.* 1999, V, n° 488).

A titre d'exemple, la chambre sociale a déjà décidé que, dès lors qu'il n'y figure aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne sont pas des abus d'expression :

- la signature d'une pétition portant sur une demande de personnel supplémentaire (Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.104, *Bull.* 2011, V, n° 104 (2))

- les déclarations d'un joueur de football dans la presse qui avait indiqué que l'entraîneur manquait de diplomatie et salissait les joueurs pour laver sa responsabilité, alors que, de son côté, l'entraîneur avait affirmé que le joueur n'avait plus le niveau de ligue 1 et était très orgueilleux et égocentrique, et, d'autre part, que le président n'avait pu ou avait été incapable d'arrêter un lynchage médiatique. Le salarié n'avait pas abusé de sa liberté d'expression, les propos reprochés s'inscrivant dans une polémique médiatique avec l'entraîneur (Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-30.107, *Bull.* 2011, V, n° 96 (1))

- le fait pour le secrétaire parlementaire d'un député de se retirer de la liste en formation constituée par ce député pour des élections municipales (Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 03-44.527, *Bull.* 2006, V, n° 151)

- la lettre ouverte diffusée par un salarié répondant à celle adressée par son employeur qui était à la mesure de l'émotion suscitée par la mise en cause publique de ses compétences alors que son travail n'avait jusqu'alors donné lieu à aucun reproche (Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 02-42.446, *Bull.* 2004, V, n° 175)

- l'envoi limité dans le temps de plusieurs lettres dont seul l'employeur était destinataire, en réplique à un avertissement que le salarié estimait injustifié (Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-45.532, *Bull.* 2001, V, n° 142)

- la remise par un salarié, chargé d'une mission administrative, comptable et financière de très haut niveau dans des circonstances difficiles, aux membres du comité de direction, auquel il appartenait, d'un document comprenant des critiques vives concernant la nouvelle organisation proposée par la direction (Soc., 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-41.995, *Bull.* 1999, V, n° 488).

En revanche, la chambre sociale a retenu des abus d'expression dans les cas suivants :

- des lettres adressées à des organismes sociaux et professionnels dans lesquelles le salarié jetait le discrédit sur l'employeur en des termes excessifs et injurieux (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284(3))

- des propos qui ne sont étayés par aucun élément tenus par un salarié à l'extérieur de l'entreprise dans le but de ruiner la réputation de l'employeur (Soc., 7 octobre 1997, pourvoi n° 93-41.747, *Bull.* 1997, V, n° 303 (1))

- la lettre de protestation d'une salariée adressée non seulement au président mais aussi aux membres du conseil d'administration de la société mettant en cause la direction et l'orientation de la société et tentant ainsi de déstabiliser l'entreprise (Soc., 15 octobre 1996, pourvoi n° 94-42.911, *Bull.* 1996, V, n° 327)

- l'envoi d'une lettre par un salarié à son employeur contenant une appréciation injurieuse sur son supérieur hiérarchique (Soc., 28 avril 1994, pourvoi n° 92-43.917, *Bull.* 1994, V, n° 159).

Dans la présente affaire, la Cour de cassation décide que l'abus de la liberté d'expression du salarié n'est pas caractérisé, le tract syndical ne contenant aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif.

## Sommaire

Pour l'application de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne (devenu 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) est seul déterminant le critère tiré de la constatation que la prestation litigieuse trouve son origine dans l'affiliation à un régime visant une catégorie particulière de travailleurs, salariés ou indépendants, réunis dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, peu important ses modalités de financement ou de gestion.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui, pour appliquer l'article 141 du Traité CE au régime de retraite complémentaire du personnel actif ou retraité des sociétés et des écuries de courses relève que l'allocation de retraite supplémentaire versée par l'organisme de retraite et de prévoyance des employés des sociétés de course, constitue un avantage payé indirectement par l'employeur en raison de l'emploi du travailleur et que ce régime qui vise les salariés d'un secteur professionnel déterminé, est un régime professionnel de sécurité sociale au sens du droit communautaire.

**Soc., 3 juillet 2012**

**Arrêt n° 1647 FS-P+B**

N° 10-23.013 - C.A. Paris, 11 juin 2010

M. Lacabarats, Pt. – Mme Mariette, Rap. – M. Weissmann, Av. Gén.

**REJET**

## Note

Une salariée a travaillé à temps partiel pour le groupement d'intérêt économique Pari Mutuel Hippodrome (GIE PMH). Une fois à la retraite, elle a sollicité le bénéfice de l'allocation de retraite

supplémentaire (ARS). L'organisme de retraite et de prévoyance des employés des sociétés de courses (ORPESC) a refusé de faire droit à sa demande au motif qu'elle n'avait pas travaillé au minimum 200 heures par trimestre durant quinze ans, comme l'exige l'article 21 de ses statuts.

La salariée a fait assigner l'ORPESC devant le tribunal de grande instance pour dire que ses statuts étaient contraires aux principes d'égalité et de non discrimination entre hommes et femmes.

La cour d'appel a décidé que l'article 21 des statuts en cause était inopposable à la salariée et que celle-ci avait droit au bénéfice de l'ARS.

L'ORPESC a formé un pourvoi en cassation, soulevant essentiellement deux questions :

- l'article 141 du Traité instituant la communauté européenne (Traité CE), devenu l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), est-il applicable en la présente cause ?
- l'article 21 des statuts de l'ORPESC constitue-t-il une discrimination prohibée par l'article 141 du Traité CE ? Dans l'affirmative quel est le périmètre qui doit être retenu pour apprécier une telle discrimination ? Plus précisément, l'existence d'une discrimination doit-elle s'apprécier par rapport aux seuls salariés du GIE PMH ou de l'ensemble des salariés des sociétés de courses adhérentes à l'ORPESC ?

Pour démontrer que l'article 141 du Traité CE n'était pas applicable en la cause, l'ORPESC soutenait que « *l'octroi d'une allocation de retraite (ARS) par un régime qui n'est financé ni par l'employeur, ni par des cotisations sur les salaires versés aux salariés à l'entreprise ne constitue pas une rémunération au sens de texte* » aux motifs que « *ce régime était financé par les gains non réclamés par les parieurs* ». Il concluait que « *les prestations de retraite supplémentaires versées aux anciens salariés des sociétés de course résultaient uniquement de la redistribution de sommes qui n'étaient pas la propriété de l'employeur, mais celle de l'Etat, elles ne constituaient pas des rémunérations au sens de l'article 141 du Traité CE, devenu 157 TFUE, lequel n'était donc pas applicable en la cause.* »

En effet, la seule réelle condition d'application de l'article 157 TFUE est la présence d'une rémunération. La cour de justice de l'Union européenne donne à la notion de rémunération une acception assez large, elle comprend les « *avantages, en espèce ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* » (CJCE, 9 février 1982, Garland, aff. 12/81, Rec. CJCE p. 359 [pt. 5]). Sont donc exclus de la notion de rémunération les régimes légaux de pensions de retraite destinés à l'ensemble de la population ou des travailleurs (CJCE, 25 mai 1971, Defrenne I, aff. 80/70 : Rec. CJCE 1971, p. 445 car la contribution ainsi apportée « *est moins fonction du rapport d'emploi entre l'employeur et travailleur que de considérations de politique sociale* »). Il en est de même des cotisations additionnelles versées par les salariés à titre volontaire à un fonds de pension en vue d'acquérir des prestations supplémentaires (CJCE, 28 septembre 1994, Coloroll, aff. C-200/91, n° 90) car elles sont versées indépendamment du lien d'emploi. Selon la Cour de justice, seul le critère tiré de la constatation que la prestation est versée au travailleur en raison de la relation de travail entre l'intéressé et son employeur, c'est-à-dire le critère de l'emploi, peut revêtir un caractère déterminant (CJCE, 28 septembre 1994, Beune, aff. C-7/93, Rec. CJCE p. I-4471, pt. 43).

En l'espèce, la chambre sociale a jugé que « *Pour l'application de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne (devenu 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) est seul déterminant le critère tiré de la constatation que la prestation litigieuse trouve son origine dans l'affiliation à un régime visant une catégorie particulière de travailleurs, salariés ou indépendants, réunis dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, peu important ses modalités de financement ou de gestion.*

*Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui, pour appliquer l'article 141 du Traité CE au régime de retraite complémentaire du personnel actif ou retraité des sociétés et des écuries de courses relève que l'allocation de retraite supplémentaire versée par l'organisme de retraite et de prévoyance des employés des sociétés de course, constitue un avantage payé indirectement par l'employeur en raison de l'emploi du travailleur et que ce régime qui vise les salariés d'un secteur professionnel déterminé, est un régime professionnel de sécurité sociale au sens du droit communautaire. »*

La solution retenue est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88, Rec. CJCE p. I-1889).

Sur la seconde question, l'auteur du pourvoi soutenait que « *le régime des ARS défini par les statuts de l'ORPESC était destiné, non pas aux seuls salariés du GIE PMH, mais aux salariés de l'ensemble des sociétés de courses adhérentes ou anciennes adhérentes ainsi que des groupements des sociétés de course approuvés par l'autorité de tutelle justifiant d'au moins deux cents heures rémunérées par trimestre, ce qui inclut un très grand nombre de salariés à temps partiel* ». Il ajoutait que « *l'existence d'une discrimination indirecte ne pouvait donc s'apprécier au regard des salariés de l'ensemble des sociétés de courses adhérentes à l'ORPESC travaillant moins de 200 heures par trimestre* ». Le demandeur au pourvoi concluait « *qu'en estimant néanmoins que la comparaison ne pouvait porter sur l'« effectif d'un même établissement » et que la discrimination serait caractérisée du fait que « le temps partiel affecte essentiellement les femmes au sein du GIE PMH », la cour d'appel a violé l'article 141 du Traité CE, devenu 157 TFUE.* »

La chambre a considéré que « *Lorsqu'il convient d'examiner si une réglementation est conforme aux exigences de l'article 141 paragraphe 1 du Traité CE, c'est en principe le champ d'application de cette réglementation qui détermine le cercle des personnes susceptibles d'être incluses dans la comparaison.*

*Doit être approuvé l'arrêt qui, pour déclarer, en l'absence de justification objective étrangère à toute discrimination fondée sur le sexe, l'article 21 des statuts de l'organisme de retraite et de prévoyance des employés des sociétés de courses inopposable à la salariée en ce qu'il constitue une discrimination indirecte à l'encontre des femmes, constate que la condition prévue par ce texte, d'avoir été rémunéré au moins 200 heures par trimestre pendant quinze ans pour pouvoir bénéficier de l'allocation de retraite supplémentaire, affecte les salariés à temps partiel et relève que, parmi l'ensemble des travailleurs soumis à ladite réglementation, la part des femmes à temps partiel par rapport au total des travailleurs féminins (81,45%) est considérablement plus élevée que celle des hommes à temps partiel par rapport au total des travailleurs masculins (40%). »*

Là encore, la décision est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, 13 janvier 2004, aff. C-256/01, Alloby : Rec. CJCE 2004, I, p. 873 [pt. 73] ; CJCE, 6 décembre 2007, aff. C-300/06, Ursula Voss : Rec. CJCE 2007, I, p. 10573 [pt. 40]). Cette dernière a estimé que : « (...) *pour établir si une mesure adoptée par un État membre affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte au sens de l'article 119 du traité, le juge national doit vérifier si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition imposée par ladite mesure. Si tel est le cas, il y a discrimination indirecte fondée sur le sexe, à moins que ladite mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* » (CJCE, Seymour-Smith et Perez, du 9 février 1999, aff. C-167/97 (point 65)).

Dans le même sens que la présente décision, la chambre sociale a, après avoir mis en évidence un cas de discrimination indirecte, approuvé une cour d'appel d'avoir ordonné l'affiliation de salariés au régime AGIRC (Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21.489, Bull. 2012, V, n° 168)

## **Sommaire**

Encourt la cassation l'arrêt qui a jugé sans cause réelle et sérieuse, le licenciement d'un salarié, consultant international, ayant refusé de se rendre à une réunion à Alger en retenant que la clause de mobilité doit, par principe, précisément définir sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée, que cette exigence d'un périmètre de mutation, défini géographiquement dans le contrat de travail conclu entre les parties, est une condition de validité même de la clause de mobilité, que la clause contractuelle dont se prévalait l'employeur était trop imprécise en l'absence d'indication sur la limite géographique dans laquelle la mobilité professionnelle du salarié pouvait intervenir, temporairement ou définitivement, qu'en l'absence ainsi de données prédéfinies entre les parties, il en résultait une indétermination de la zone géographique d'évolution du salarié emportant la nullité *ab initio* de ladite clause en application de l'article 1129 du code civil.

En effet, la cour d'appel, en statuant par des motifs inopérants tirés des conditions de validité d'une clause de mobilité alors qu'il résultait de ses constatations que le déplacement refusé par le salarié s'inscrivait dans le cadre habituel de son activité de consultant international, a violé les articles 1129 et 1134 du code civil, ensemble l'article L.1221-1 du code du travail.

**Soc., 11 juillet 2012**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1733 - FS - P + B**

N° 10.30.219 – C.A. Paris, 25 novembre 2009

M. Bailly, ff. Pt. – M. Ludet, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

## **Note**

Un salarié, recruté en qualité de consultant international, a été licencié pour faute grave pour avoir refusé de se rendre à une réunion professionnelle à Alger. Or, les parties avaient fait de sa mobilité géographique dans le cadre de ses fonctions une condition substantielle de leur engagement. A ce titre, le contrat de travail prévoyait que le salarié pourrait être amené à exécuter certaines missions à l'extérieur de l'entreprise, en France ou à l'étranger, pour une durée plus ou moins longue.

La juridiction saisie a estimé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse au motif que la clause contractuelle dont se prévalait l'employeur était trop imprécise et entraînait une indétermination de la zone géographique d'évolution du salarié, incompatible avec la validité d'une clause de mobilité.

La Cour de cassation était donc interrogée sur le point de savoir si l'employeur était en droit d'imposer à son salarié, exerçant des fonctions de consultant international et dont le contrat de travail prévoyait une certaine mobilité, un tel déplacement à Alger.

La décision des juges du fond a été cassée au visa des articles 1129 et 1134 du code civil, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail, la Cour de cassation ayant purement et simplement écarté du débat la question de la validité de ladite clause, pour se concentrer sur le point de savoir si le déplacement refusé entraînait ou non dans le cadre de l'activité habituelle du salarié.

En matière de localisation de travail, la jurisprudence fait traditionnellement référence au secteur géographique auquel appartenait le précédent lieu de travail pour déterminer si l'affectation demandée constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié ou si elle relève, au contraire, du pouvoir de direction de l'employeur, auquel cas un refus serait considéré comme fautif. Ainsi, une affectation, même temporaire, hors de ce secteur, nécessite en principe l'accord du salarié (Soc., 16 décembre 1998, pourvoi n° 96-40.227, *Bull.* 1998, V, n° 558).

Toutefois, le contrat de travail peut comporter certaines clauses qui modifient la donne. En effet, il est possible de fixer un lieu d'exécution du travail intangible. A l'inverse, une clause dite « de mobilité » peut élargir, au-delà du secteur géographique, l'espace au sein duquel une mutation pourra être imposée au salarié. A ce propos, et c'est sur ce point que se sont fondés les juges du fond, la jurisprudence a précisé qu'une telle clause devait définir précisément sa zone géographique d'application, sans conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45.846, *Bull.* 2006, V, n° 209). Enfin, il est possible de prévoir contractuellement que le salarié sera amené à effectuer des déplacements temporaires hors de son lieu d'affectation habituel, sans pour autant que ce dernier en soit modifié.

Or, pour apprécier si une mutation, un déplacement est obligatoire, la jurisprudence, faisant preuve de pragmatisme, tient compte des fonctions exercées par le salarié. En effet, certains emplois impliquent par nature une certaine mobilité, ce indépendamment de toute clause de mobilité. Le contrat de travail mentionne d'ailleurs souvent cette exigence particulière. Dans une telle hypothèse, le salarié est alors tenu d'accepter le déplacement temporaire hors de son lieu d'affectation, dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre habituel de son activité.

Ainsi, la Cour de cassation a déjà jugé qu'un consultant-cadre recruté pour sa maîtrise de la langue allemande et dont le contrat prévoyait des déplacements en province, ne pouvait refuser un déplacement professionnel en Allemagne (Soc., 21 mars 2000, pourvoi n° 97-44.851, *Bull.* 2000, V, n° 109). Ainsi, l'activité et les qualités professionnelles du salarié ont bien été prises en compte pour apprécier la nature de ces déplacements occasionnels et pour déterminer si le salarié disposait ou non de la possibilité de refuser ces déplacements. Par ailleurs, la chambre sociale a eu l'occasion de préciser qu'un tel déplacement occasionnel imposé au salarié, hors du secteur géographique auquel appartient son lieu de travail habituel, ne constitue pas une modification du contrat de travail subordonnée à son accord, dès l'instant où la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et si la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique une certaine mobilité géographique (Soc., 22 janvier 2003, pourvoi n° 00-43.826, *Bull.* 2003, V, n° 15).

Dans l'arrêt du 11 juillet dernier, la Cour de cassation a donc logiquement suivi le même raisonnement. Il entrait dans le cadre habituel de l'activité, par nature « mobile », d'un consultant international d'effectuer certains déplacements temporaires y compris à l'étranger, ce *a fortiori* lorsqu'il ne s'agissait que d'une simple réunion et que les parties en avaient *ab initio* expressément accepté le principe. Une telle hypothèse de mobilité temporaire ne requérait donc pas le consentement du salarié, dès lors qu'elle entrait dans le cadre de son activité habituelle, et ce sans égard pour l'existence ou la validité de la clause de mobilité. C'est pourquoi, après avoir qualifié d'inopérants les motifs tirés de cette dernière, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel condamnant l'employeur. Le salarié lui ayant opposé un refus injustifié, il pouvait légitimement en tirer conséquence en prononçant son licenciement.

## **5. Statuts particuliers**

*\*Pilotes de ligne*

### **Sommaire**

Saisie de la compatibilité avec les dispositions des articles 2 § 5 et 6 §1 de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, prévoyant la cessation obligatoire des fonctions de pilote de ligne à soixante ans, une cour d'appel, d'une part, après avoir retenu que les recommandations de l'Organisation de l'aviation civile internationale, admettaient expressément que, sous certaines conditions, l'exercice du métier de pilote de ligne pouvait se poursuivre après cet âge, ce que peu de temps après les faits litigieux le législateur avait reconnu en modifiant la législation nationale, décide exactement que si la limitation à soixante ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public poursuivait un but de sécurité

aérienne, elle n'était pas nécessaire à la satisfaction de cet objectif et, d'autre part, se référant aux travaux parlementaires établissant que la limitation à soixante ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public permettrait l'embauche de 130 à 150 pilotes en 1995 alors que le nombre de jeunes pilotes déjà formés et sans emploi était de 1 200, en a exactement déduit que la mesure ne constituait pas un moyen approprié et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi.

**Soc., 3 juillet 2012**

**REJET**

**Arrêt n° 1642 FS - P+B**

N° 11-13.795 – C.A. Rennes, 18 janvier 2011

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

### **Note**

Dans la présente affaire, la Cour de cassation a été confrontée à un problème qui n'est pas nouveau dans le contentieux de la chambre sociale.

Il s'agit de l'application de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, qui fixe à 60 ans l'âge limite pour l'exercice des fonctions de pilote. Ce même article impose, cependant, à l'employeur l'obligation de proposer un poste de reclassement au sol aux intéressés, dès lors qu'ils ont atteint cette limite d'âge.

La Cour de cassation a récemment précisé qu'était nul le licenciement d'un copilote du fait qu'il ne reposait que sur le fait que le salarié avait atteint l'âge limite de 60 ans et faute pour l'employeur d'avoir proposé un poste de reclassement au sol (Soc., 4 avril 2012, pourvoi n°11-10.706, *Bull.*2012, V, n° 118).

Dans la présente affaire, la Cour de cassation va encore plus loin dans son raisonnement en considérant que, bien que prévue par une disposition législative, la limitation d'âge constitue une discrimination prohibée car fondée sur l'âge.

Pour asseoir ce raisonnement la chambre sociale interprète les dispositions de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile sous le prisme de la Directive n°2000/78/CE du 27 novembre 2000.

En effet, elle juge qu'il s'agit d'une disposition qui n'est, ni indispensable à la satisfaction de l'objectif de sécurité aérienne, ni appropriée et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi.

Partant, la rupture du contrat est nulle, quand bien même elle repose sur une disposition législative en vigueur.

La solution n'est pas nouvelle.

En effet, la Cour de cassation avait dans deux cas précédents, cassé les arrêts de cours d'appel, pour ne pas avoir fait des vérifications suffisamment approfondies sur le respect par le droit interne des dispositions du droit de l'Union. (Soc., 11 mai 2010, pourvois n°08-45.307 et 08-43.681, *Bull.* 2010, V, n°105).

En l'espèce, la cour d'appel a bien fait cette vérification et a constaté que les dispositions internes ne respectaient pas les dispositions du droit de l'Union, la Cour de cassation approuve les juges du fond et rejette le pourvoi, laissant ainsi aux pilotes la possibilité d'exercer leur fonction plus longtemps, sous certaines conditions, afin de préserver le but de sécurité aérienne.

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

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

*\*Congés payés*

#### **Sommaire**

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que l'article 7 & 1 de la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé est subordonné à une période de travail effectif minimale de dix jours ou d'un mois pendant la période de référence.

Pour l'ouverture du droit au congé annuel payé, l'absence du travailleur pour cause d'accident de trajet doit être assimilée à l'absence pour cause d'accident du travail.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un salarié de sa demande tendant à l'obtention d'un congé payé au titre d'une période d'absence pour cause d'accident de trajet.

**Soc., 3 juillet 2012**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1640 FP - P+B**

N° 08-44.834 – C.A. Limoges, 16 décembre 2008

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

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

### **3 - Conflits collectifs du travail**

#### **3-1 Grève**

##### **Sommaire n° 1**

Si, dans les services publics, la grève doit être précédée d'un préavis donné par un syndicat représentatif et si ce préavis, pour être régulier, doit mentionner l'heure du début et de la fin de l'arrêt de travail, les salariés qui sont seuls titulaires du droit de grève ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée indiquée par le préavis.

Il en résulte qu'une cour d'appel décide à bon droit que l'employeur ne peut, dans la période ainsi définie, déduire de la constatation de l'absence de salariés grévistes que la grève est terminée, cette décision ne pouvant être prise que par le ou les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis de grève.

##### **Sommaire n° 2**

Ni la durée du mouvement de grève ni l'existence d'une pluralité de motifs ne pouvant suffire à caractériser en elles-mêmes une fraude, une cour d'appel qui a constaté que l'employeur n'apportait aucun élément pour démontrer que l'exercice du droit de grève aurait eu un caractère abusif, en a exactement déduit que le caractère illicite du mouvement n'était pas établi.

**Note :**

Dans la présente affaire, un syndicat avait déposé un préavis pour une grève devant débiter le 6 novembre et s'achever le 31 décembre de la même année. Le 15 novembre, il n'y avait plus qu'un seul salarié gréviste et les 16,17 et 18 novembre aucun gréviste n'était déclaré. L'employeur avait alors assigné le syndicat aux fins de faire juger que le mouvement de grève avait pris fin le 14 novembre et que depuis la grève était illicite.

La question posée à la chambre sociale de la Cour de cassation par le premier moyen du pourvoi était la suivante : l'employeur peut-il, de sa propre initiative, considérer une grève comme terminée dès lors que les salariés n'y participent plus, tandis que le préavis court toujours ?

Il est de jurisprudence constante que *“dans les services publics, la grève doit être précédée d'un préavis donné par un syndicat représentatif et si ce préavis, pour être régulier, doit mentionner l'heure du début et de la fin de l'arrêt de travail, les salariés qui sont seuls titulaires du droit de grève ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée indiquée par le préavis.”* (Soc., 12 janvier 1999, pourvoi n° 96-45.717, *Bull.* 1999, V, n° 6; Soc., 29 février 2000, pourvoi n° 98-43.145; Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 00-22.328) et qu'un salarié isolé peut décider à tout moment, dans le cadre du préavis, de rejoindre un mouvement de grève (Soc., 8 décembre 2005, pourvoi n° 03-43.934, *Bull.* 2005, V, n° 362; Soc., 17 juillet 2007, pourvoi n° 05-43.953).

Le droit de grève, bien que d'exercice collectif, est un droit dont le salarié reste titulaire à titre individuel. Il s'en déduit que les salariés pouvant exercer individuellement leur droit de grève dans le cadre du préavis fixé collectivement par le ou les syndicats représentatifs, l'employeur ne peut dans la période ainsi définie déduire de la situation de fait que la grève est terminée, cette décision ne pouvant être prise que par le ou les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis s'ils estiment que le recours à la grève n'est plus justifié.

Dans le second moyen du pourvoi, l'employeur faisait valoir que le dépôt d'un préavis couvrant une longue période, pour des motifs très divers, avait pour but, non de couvrir une cessation du travail durant toute cette période, mais de permettre des cessations de travail momentanées à tout moment au cours de cette période, sans avoir à respecter les procédures préalables résultant de la loi sur le dialogue social et la continuité du service public.

La Cour de cassation rejette le moyen au motif que ni la durée du mouvement de grève ni l'existence d'une pluralité de motifs ne peuvent suffire à caractériser en elles-mêmes une fraude.

En effet, l'article L.2512-2 du code du travail exige uniquement, concernant la procédure du préavis syndical de grève dans les services publics, que le préavis précise les motifs du recours à la grève et sa durée, limitée ou non. Un préavis peut donc avoir une durée illimitée (Soc., 11 janvier 2000, pourvoi n° 97-18.215, *Bull.* 2000, V, n° 16 (2))

La Cour de cassation écarte également le caractère abusif de la grève car l'employeur n'apporte pas la preuve d'une désorganisation de l'entreprise qui seule peut caractériser l'abus du droit de grève (Soc., 4 novembre 1992, pourvoi n° 90-41.899, *Bull.* 1992, V, n° 529).

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

### **1- Elections professionnelles**

*\*Contentieux des élections électorales*

#### **Sommaire**

Le respect des dispositions des articles L.2314-8 et L.2324-11 relatives aux collèges électoraux imposent que soit attribué à chaque collègue au moins un siège afin qu'une catégorie de personnel ne soit pas exclue de toute participation aux élections des représentants du personnel et de toute représentation dans les instances élues.

Par ailleurs, la circonstance que le protocole préélectoral réponde aux conditions de validité prévues par les articles L.2314-3-1 et L.2324-4-1 du code du travail ne fait pas obstacle à ce que puissent être contestées devant le juge judiciaire les stipulations de ce protocole contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral.

Il s'ensuit que doit être censuré le jugement du tribunal d'instance qui s'est déclaré incompétent pour statuer, au motif que l'autorité administrative avait estimé remplie la condition de double majorité fixée par les articles L.2314-3-1 et L.2324-4-1 du code du travail alors qu'il constatait que le protocole préélectoral n'affectait aucun siège au premier collègue.

**Soc., 4 juillet 2012**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1697 F - P+B**

N° 11-60.229 - TI Puteaux, 10 juin 2011

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. -

#### **Note**

La question soulevée à l'occasion de ce pourvoi était la suivante : la circonstance qu'un protocole préélectoral réponde aux conditions de validité et précisément à celle de double majorité imposée pour sa signature fait-elle obstacle à ce que puissent être contestées devant le juge judiciaire des stipulations de celui-ci non respectueuses des règles d'attribution de sièges aux deux collèges électoraux ?

En l'espèce, un syndicat a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation d'un protocole préélectoral. Il contestait le fait que le protocole n'avait prévu l'attribution d'aucun siège au premier collègue électoral.

Le tribunal d'instance a débouté le syndicat en demande et a validé le protocole préélectoral en ce qu'il avait été signé à la double majorité nécessaire.

Reprochant au tribunal d'instance d'avoir validé le protocole préélectoral, le syndicat a formé un pourvoi en cassation. Il considérait notamment que le fait de ne pas attribuer de siège à un collègue électoral constitue une atteinte au droit de participation aux élections et de représentation dans les instances élues.

La chambre sociale casse le jugement du tribunal d'instance. Elle considère, s'agissant des modalités de validité et de contestation d'un protocole électoral, que la circonstance que le protocole préélectoral réponde aux conditions de validité prévues par les articles L.2314-3-1 et L.2324-4-1 du code du travail ne fait pas obstacle à ce que puissent être contestées devant le juge judiciaire les stipulations de ce protocole contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral.

La chambre sociale a récemment jugé que le fait de ne pas attribuer de siège à un collège électoral portait atteinte au droit de participation aux élections et de représentation dans les instances élues.

En effet, dans un arrêt rendu le 9 novembre 2011 (pourvoi n° 10-25.766, *Bull.* 2011, V, n° 254), elle a relevé que : « *si le protocole préélectoral prévoyait la création de deux collèges, il n'attribuait aucun siège au second, écartant ainsi une catégorie de personnel de toute participation aux élections des représentants du personnel et de toute représentation dans les instances élues* », et décidé que : « *c'est à bon droit que le tribunal, devant lequel la répartition des sièges entre les collèges n'était pas critiquée, a retenu que M. X devait être inscrit dans le seul collège auquel tous les sièges étaient attribués et qu'il y était éligible.* »

*\*Election au Comité d'entreprise – UES*

## **Sommaire**

Lorsque les élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement se déroulent au sein d'un collège unique réunissant toutes les catégories professionnelles, un syndicat affilié à la CFE-CGC peut valablement y présenter des candidats ; dans le cas où l'entreprise est divisée en établissements distincts, la représentativité de ce syndicat dans l'entreprise tout entière doit être appréciée sur l'ensemble des suffrages exprimés dans les collèges où il pouvait présenter des candidats, peu important qu'il n'ait pas fait usage de cette faculté dans les établissements comportant un collège unique et n'ait présenté de candidats que dans ceux en comportant plusieurs.

**Soc., 4 juillet 2012**

**REJET**

**Arrêt n° 1684 FS-P+B**

N° 11-60.239 – T.I. Valence, 22 juillet 2011

M. Béraud, f. f. Pt. et Rap.

## **2 - Représentation du personnel**

### **2.2 Institutions représentatives du personnel**

*\*Comités d'entreprise et d'établissement- Fonctionnement*

## **Sommaire**

Il résulte de l'article L. 2323-27 du code du travail que lorsqu'il est consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail, le comité d'entreprise doit disposer de l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Il s'ensuit que le comité d'entreprise est recevable à invoquer dans le cadre de sa propre consultation l'irrégularité de la procédure de consultation préalable du CHSCT.

**Soc., 4 juillet 2012**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1676 FS - P+B**

N° 11-19.678 – C.A. Poitiers, 12 avril 2011

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

## **Note**

Le présent arrêt apporte une précision sur l'ordre de consultation des organes représentatifs du personnel, notamment entre le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail lorsque les deux doivent être consultés sur une même problématique.

En l'espèce, le comité d'entreprise a agi en référé devant le tribunal de grande instance, estimant qu'il ne pouvait rendre son avis, dans la mesure où le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail n'avait pas rendu un avis conforme.

Interprétant mal la demande, les juges du fond ont estimé que le comité d'entreprise n'était pas fondé à agir à la place du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

La Cour de cassation censure l'arrêt rendu par la cour d'appel en considérant que le comité d'entreprise avait bien un intérêt à agir et qu'en réalité il n'agissait pas à la place du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail mais bien dans son propre intérêt.

En effet, ce n'est pas à proprement parler la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui était en cause, mais à travers cette consultation c'était la régularité de la consultation du comité d'entreprise qui était entachée.

Ainsi, c'est à tort que la cour d'appel a cru que le comité d'entreprise empiétait sur les prérogatives du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

Le comité d'entreprise est en droit d'agir dès lors que sa consultation n'est pas régulière.

Son argument était ainsi de dire que l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail faisait partie des informations auxquelles il peut prétendre lors de sa consultation, afin de rendre son propre avis.

Par conséquent, non seulement le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail doit être consulté avant, mais son avis doit être transmis au comité d'entreprise à défaut de voir la consultation de ce dernier jugée irrégulière.

*\*Syndicat – Représentativité*

## **Sommaire**

En principe, la représentativité des organisations syndicales au sein des sociétés composant une unité économique et sociale où a été institué, pour l'élection des représentants du personnel, un collège électoral unique incluant des salariés de droit privé et des fonctionnaires doit être appréciée au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège, sauf dispositions légales particulières.

**Soc., 2 juillet 2012**

**AVIS**

**Avis n°**

N° 12-00.009 – T.I. Lille, 17 avril 2012

M. Lacabarats, Pt. – M. Struillou, Rap., assisté de M. Bationo, auditeur – M. Foerst, Av. Gén.

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

### **3-3 Protection contre les modifications des conditions de travail**

#### **Sommaire**

Le salarié protégé qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail, peut justifier des manquements de son employeur aux règles applicables au contrat de travail et aux exigences propres à l'exécution des mandats dont il est investi, peu important les motifs retenus par l'autorité administrative à l'appui de la décision par laquelle a été rejetée la demande d'autorisation de licenciement antérieurement à la prise d'acte.

**Soc., 4 juillet 2012**

**REJET**

**Arrêt n° 1678 FS-P+B**

N° 11-13.346 - C.A. Toulouse, 23 février 2011

M. Lacabarats, Pt. – Mme Wurtz, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

### **Note**

Un magasinier a cessé son activité puis a adressé une lettre à son employeur pour lui signifier son droit de retrait du poste de housage des palettes en raison de troubles physiques liés à son état de santé.

Le salarié étant membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, l'employeur a saisi l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de le licencier. L'inspecteur du travail a refusé de faire droit à la demande.

Le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail.

La cour d'appel a jugé que cette prise d'acte de la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle a estimé qu'en affectant le salarié à une tâche sans qu'une alternance ne soit organisée avec d'autres activités, contrairement aux préconisations du médecin du travail, l'employeur avait modifié les conditions de travail du salarié protégé, ce dont il résultait un manquement grave à ses obligations justifiant la nullité de la rupture du contrat de travail pour violation du statut protecteur du salarié.

L'employeur s'est pourvu en cassation soutenant, notamment, que l'inspecteur du travail s'était prononcé sur le caractère fautif des faits reprochés au salarié et que cette décision sur l'existence de la faute s'imposait au juge judiciaire.

Quelle est la portée des motifs de la décision de refus de l'autorisation administrative de licencier sur l'analyse par le juge judiciaire de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié ? Telle était la question posée par la présente espèce.

La chambre sociale a approuvé les juges du fond en retenant que « *Le salarié protégé qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail, peut justifier des manquements de son employeur aux règles applicables au contrat de travail et aux exigences propres à l'exécution des mandats dont il est investi, peu important les motifs retenus par l'autorité administrative à l'appui de la décision par laquelle a été rejetée la demande d'autorisation de licenciement antérieurement à la prise d'acte.* »

Le juge judiciaire ne peut, en l'état de l'autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier un salarié ayant la qualité de représentant du personnel et sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement (Soc., 25 avril 1990, pourvoi n° 87-44.069, *Bull.* 1990, V, n° 189 ; Soc., 21 septembre 1993, pourvoi n° 90-46.083, *Bull.* 1993, V, n° 219 ; Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 01-42.943, *Bull.* 2004, V, n° 211).

Il ressort de la présente décision que lorsque l'autorisation administrative a été refusée, le juge judiciaire, saisi d'un contentieux relatif à une prise d'acte de la rupture du contrat de travail par un salarié protégé, n'est pas lié par les qualifications données aux faits par l'inspecteur du travail. Il n'est même pas tenu par les motifs sur lesquels l'administration a fondé sa décision. Dès lors, ce juge retrouve sa liberté d'analyse.

Lorsqu'un salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture, produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le

salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission (Soc., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-46.009, *Bull.* 2006, V, n° 237 ; Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-41.822, *Bull.* 2009, V, n° 18 ; ).

Dans le cas d'espèce, le médecin du travail avait rédigé une première note en ces termes : « *Je certifie que M. X est médicalement apte au poste de housage de palette produits finis en alternance avec les autres tâches définies dans sa fiche de poste.* » Dans une seconde note il a précisé que : « *Pas de modification par rapport à la fiche d'aptitude du 20 octobre 2008, M. X est apte au poste de magasinier en horaire de journée et conformément à l'alternance des différentes tâches constituant la fiche de poste du 29 octobre 2008.* »

La cour d'appel a constaté que le salarié, alors qu'il était affecté jusqu'en octobre 2008, au housage des palettes un jour sur deux et une semaine sur deux, en alternance avec d'autres membres de l'entreprise, s'était vu imposer par son employeur les 19 et 20 janvier 2009 un housage des palettes toute la matinée, sans qu'une alternance ne soit organisée avec d'autres tâches, contrairement aux préconisations du médecin du travail.

Aucune modification de leur contrat de travail et aucun changement de leurs conditions de travail ne peuvent être imposés aux salariés protégés (Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-44.624, *Bull.* 2001, V, n° 149 ; Soc., 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-43.270, *Bull.* 2001, V, n° 373 ; Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-40.499, *Bull.* 1999, V, n° 159).

En ne respectant pas les préconisations du médecin du travail, même pour une seule matinée, « *l'employeur avait modifié les conditions de travail du salarié protégé, ce dont il résultait un manquement grave à ses obligations justifiant la nullité de la rupture du contrat de travail pour violation du statut protecteur* » a estimé la chambre sociale.

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

### **2 - Licenciements**

#### **2.1- Mise en œuvre**

*\*Préavis*

#### **Sommaire**

Il résulte de l'application combinée des articles L. 1234-5 et L. 1231-4 du code du travail que le salarié dispensé de l'exécution de son préavis ne peut être tenu, même en application d'un engagement pris dans le contrat de travail, de restituer l'avantage en nature constitué par la mise à sa disposition d'un véhicule de fonction pour un usage professionnel et personnel.

**Soc., 11 juillet 2012**

**CASSATION PARTIELLE SANS  
RENOI**

**Arrêt n° 1735 FS- P+B**

N° 11-15.649 – C.A. Versailles, 15 février 2011

M. Bailly, FF Pt. – M. Goasguen, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

#### **Note**

La particularité de cette décision réside dans les faits de l'espèce.

Un contrat de travail prévoyait un préavis de douze mois en cas de rupture, et chose singulière, prévoyait également que la voiture de fonction devrait être restituée à la date de la notification de la rupture dans l'hypothèse où le salarié serait dispensé de son préavis.

Or, en l'espèce, le salarié dispensé de son préavis n'a effectué la restitution de son véhicule qu'à l'expiration de la période de préavis, soit près d'un an après la fin effective de son contrat.

L'employeur avait, dans le cadre d'une clause, tenté de mettre en échec l'article L. 1234-5 du code du travail.

Cet article pose, pourtant, la règle que l'inexécution du préavis même en cas de dispense par l'employeur ne peut pas entraîner de diminution du salaire et avantages.

La Cour de cassation fait une application très stricte de cette règle s'agissant des voitures de fonction. Dans un arrêt du 8 mars 2000, elle a considéré qu'en cas de dispense de préavis, le salarié n'est pas tenu de restituer sa voiture de fonction, celle-ci étant un avantage au sens de l'article L. 1234-5. (Soc., 8 mars 2000, pourvoi n° 99-43.091, *Bull.* 2000, V, n° 92).

Ainsi, pour asseoir sa jurisprudence relative à l'article L. 1234-5 du code du travail, la Cour de cassation rappelle, en l'espèce, le caractère d'ordre public de cette disposition, de façon à ce qu'aucune clause, même acceptée par les deux parties ne puisse y faire obstacle.

Cette règle répond à un souci de protection des droits du salarié qui se voit dispenser d'effectuer son préavis par la volonté unilatérale de son employeur.

La Cour de cassation a d'ailleurs toujours été très vigilante de cette protection comme le souligne des arrêts dans lesquels l'article L. 1234-5 trouvait application même en cas de faute lourde (Soc., 2 juillet 2003, pourvoi n° 01-41.728, diffusé).

*\*Motifs de licenciement*

## **Sommaire**

Dès lors que la réglementation applicable à l'entreprise de pompes funèbres impose la vaccination contre l'hépatite B des salariés exerçant des fonctions les exposant au risque de contracter cette maladie, la cour d'appel qui constate la prescription de ladite vaccination à un salarié par le médecin du travail et l'absence de contre-indication médicale de nature à justifier le refus de l'intéressé, en déduit exactement que ce dernier ne pouvait s'opposer à cette vaccination.

**Soc., 11 juillet 2012**

**REJET**

**Arrêt n° 1739 F - P+B**

N° 10-27.888 – C.A. Nîmes, 26 janvier 2010

M. Bailly, FF Pt. – M. Hénon, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

## **2.3. Licenciements disciplinaires**

*\*Faute grave*

## **Sommaire**

Si l'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail exclusive de l'application des dispositions relatives aux licenciements et de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle n'est pas constitutive en soi d'une faute privative des indemnités de rupture.

L'employeur qui entend invoquer une faute grave distincte de la seule irrégularité de l'emploi doit donc en faire état dans la lettre de licenciement, et, s'étant placé sur le terrain disciplinaire, respecter les dispositions relatives à la procédure disciplinaire.

**Soc., 4 juillet 2012**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1675 FS - P+B**

N° 11-18.840 - CA Amiens, 27 octobre 2010

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

### **Note**

Un salarié a été licencié pour faute grave au motif d'absence d'autorisation de travail valable sur le territoire français.

Il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement de diverses indemnités au titre de la rupture.

La cour d'appel a confirmé l'existence d'une faute grave mais a alloué au salarié une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement.

Le salarié a alors formé un pourvoi en cassation. Il fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir débouté de sa demande d'indemnités au titre de la rupture.

La question posée est celle des effets sur un contrat de travail de l'irrégularité du séjour d'un travailleur étranger. L'absence d'un titre de travail régulier constitue-t-elle une cause objective de licenciement, et si oui est-elle suffisante à justifier un licenciement pour faute grave ?

Le pourvoi a donné l'occasion à la chambre sociale de se prononcer sur le régime du licenciement d'un travailleur étranger, licencié uniquement pour défaut d'autorisation de travailler sur le territoire national. Les travailleurs étrangers employés en l'absence de titre de travail régulier sont-ils soumis en ce qui concerne la rupture de leur contrat de travail à des règles spécifiques exclusives du droit commun ?

L'article L. 8251-1 du code du travail dispose notamment, dans son premier alinéa, que « *Nul ne peut, directement ou indirectement, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France* ».

En outre, l'article L. 8252-1 du même code admet qu'un salarié étranger employé en méconnaissance de ses dispositions soit assimilé à un salarié régulièrement engagé au regard de certaines dispositions du code du travail strictement énumérées (grossesse, durée du travail, repos et congés, santé et sécurité au travail, prise en compte de l'ancienneté).

Il en résulte qu'un employeur est obligé de licencier tout salarié en situation irrégulière et que les règles régissant le licenciement ne s'appliquent pas toutes à la rupture du contrat de travail d'un salarié étranger motivée que par son emploi irrégulier.

Néanmoins, le salarié irrégulièrement employé conserve certains droits au moment de la rupture du contrat de travail. En effet, l'article L. 8252-2-2° du code du travail dispose que le salarié étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite, en cas de rupture de la relation de travail, « *à une indemnité forfaitaire égale à « trois mois » de salaire* », sauf dispositions plus favorables.

La jurisprudence de la chambre sociale est conforme aux textes : l'employeur doit mettre fin au contrat de travail d'un travailleur en situation étrangère, et l'assimilation à un salarié régulièrement

engagé ne joue pas en cette matière. Par deux arrêts rendus les 29 janvier et 13 novembre 2008 (pourvois n° 06-44.983 et 07-40.689, *Bull.* 2008, V, n° 27 et 221), la chambre sociale a clairement posé le principe selon lequel les règles régissant le licenciement ne s'appliquent pas à la rupture du contrat de travail d'un salarié étranger motivée par un emploi irrégulier.

La chambre sociale inscrit le présent arrêt dans la suite de sa jurisprudence antérieure. Elle casse l'arrêt de la cour d'appel en rappelant, d'une part, que l'irrégularité de séjour est une cause de licenciement exclusive de l'application des dispositions relatives aux licenciements. Elle décide, d'autre part, que cette cause est néanmoins insuffisante à justifier un licenciement pour faute grave.

Il en résulte qu'un employeur peut invoquer une faute grave à l'encontre du salarié en irrégularité, mais qu'elle doit être distincte de la seule irrégularité de son emploi. Dans cette hypothèse, il doit en faire état dans la lettre de licenciement et respecter les dispositions relatives à la procédure disciplinaire.

## **2.4 Licenciement économique**

### **Sommaire**

Une cour d'appel ne peut se fonder sur sa qualité de salarié à temps partiel pour décider qu'un salarié devait être licencié de préférence à un autre salarié à temps complet.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour débouter un salarié à temps partiel de ses demandes relatives à l'ordre des licenciements économiques, retient que l'employeur ne pouvait légalement se dispenser d'un pharmacien à temps plein, ce salarié occupant seul à temps plein un emploi de la même catégorie que le salarié à temps partiel devant être maintenu dans son poste, même s'il avait une moindre ancienneté.

**Soc., 4 juillet 2012**

**CASSATION**

### **Arrêt n° 1680 FS - P+B**

N° 11-12.045 – C.A. Aix-en-provence, 7 décembre 2010

M. Lacabarats, Pt. – M. Contamine, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

### **Note**

La présente décision est relative à l'appréciation du critère d'ordre des licenciements dans le cadre d'un licenciement économique.

En l'espèce, il s'agissait de déterminer l'ordre de licenciement, pour motif économique, de deux pharmaciens, l'un à temps plein et l'autre à temps partiel mais avec plus d'ancienneté.

Le salarié à temps partiel a été licencié par préférence au salarié à temps plein qui avait une ancienneté moindre.

L'argument de l'employeur était de faire valoir qu'il avait des obligations légales qui lui imposaient d'avoir un pharmacien à temps plein dans l'entreprise.

Cependant, cet argument qui, *a priori*, paraît logique n'emporte pas la conviction de la Cour de cassation.

Celle-ci rappelle que les critères d'ordre des licenciements en matière économique sont posés par l'article L. 1233-5 du code du travail et que celui du temps partiel n'en fait pas partie.

Ainsi la catégorie professionnelle, telle qu'elle est définie par l'arrêt la Samaritaine (Soc., 13 février 1997, pourvoi n° 95-16.648, *Bull.* 1997, V, n° 63), ne prend pas en compte le temps de travail parmi les critères de différenciation.

L'employeur aurait donc du procéder autrement et notamment embaucher un autre pharmacien à temps partiel de façon à combler les périodes d'absences du pharmacien déjà à temps partiel.

La solution n'est pas nouvelle, la Cour de cassation avait déjà admis que le temps partiel ou le temps plein ne sont pas des arguments valables pour établir les critères d'ordre des licenciements (Soc., 3 mars 1998, pourvoi n° 95-41.610, *Bull.* 1998, V, n° 113).

La Cour de cassation rappelle simplement ici que si l'employeur peut rajouter des éléments aux critères d'ordre des licenciements, il ne peut en aucun cas éluder ceux définis par la loi.

## **2.7 Indemnités de licenciement**

*\*Cumul d'indemnités sollicité*

### **Sommaire**

En application des dispositions des articles L.1132-1, L.1132-4, L.1134-1 et L.1234-9 du code du travail, le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, alors que le licenciement d'un salarié avait été annulé par jugement sans être suivi de réintégration malgré la demande de l'intéressé, refuse de déduire du montant des indemnités de préavis et de licenciement allouées à celui-ci à la suite de son action postérieure en résiliation judiciaire du contrat de travail, le montant des indemnités de rupture précédemment versées au titre de son licenciement nul.

**Soc., 11 juillet 2012**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1736 FS - P+B**

N° 10-15.905 – C.A. Aix-en-provence, 11 janvier 2010

M. Bailly, FF Pt. – Mme Vallée, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

### **Note**

Une salariée, en arrêt de travail pour maladie, a été déclarée apte à mi-temps thérapeutique par le médecin du travail.

Elle a été ensuite licenciée par son employeur pour refus de venir travailler les lundis et de reprendre un poste à temps plein.

Saisie par la salariée, la juridiction prud'homale a constaté, notamment, que le licenciement était nul de plein droit avec toutes les conséquences de droit.

Après avoir demandé en vain à son employeur de la réintégrer dans son emploi, la salariée a saisi de nouveau le conseil de prud'hommes pour obtenir la résiliation de son contrat de travail et le paiement de diverses sommes.

Les juges du fond ont notamment prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail et alloué à la salariée des sommes au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, de l'indemnité de licenciement et des congés payés sur préavis. Ils ont estimé que ces sommes sont dues au titre de la rupture résultant de la résiliation judiciaire prononcée et ne sont pas en lien avec le licenciement

notifié par l'employeur, en sorte qu'il n'y a pas lieu de déduire les sommes versées au titre du préavis et de l'indemnité de licenciement du chef du licenciement.

L'employeur a formé un pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel soulevant la question suivante : les indemnités versées au titre d'un licenciement, ensuite déclaré nul, doivent-elles être déduites du montant des indemnités de préavis et de licenciement dues postérieurement en raison de la résiliation judiciaire du contrat de travail?

La chambre sociale répond par l'affirmative à cette question, les indemnités versées au titre d'un licenciement nul doivent être déduites du montant des indemnités de préavis et de licenciement dues pour cause de résiliation postérieure du contrat de travail.

Elle a déjà jugé que lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi, ou à défaut, dans un emploi équivalent (Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 00-44.811, *Bull.* 2003, V, n° 152). Il peut aussi, malgré l'irrégularité de la rupture, ne pas demander sa réintégration.

Ainsi, le salarié victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration, a droit, d'une part aux indemnités de rupture, d'autre part à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 [codifié L. 1235-2] du code du travail (Soc., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-43.439, *Bull.* 2000, V, n° 250).

Par le présent arrêt, la chambre sociale juge que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre au paiement d'indemnité de rupture.

Cette décision est logique. En effet, la demande de réintégration permet à la nullité de produire ses effets, c'est-à-dire la disparition rétroactive de la rupture et de toutes ses conséquences, dont le paiement des indemnités de rupture. Tout se passe donc comme si la rupture n'était jamais intervenue. En l'absence de rupture, point d'indemnités de rupture.

## **G - ACTIONS EN JUSTICE**

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

### **Sommaire**

Si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal.

Constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve ainsi obtenu l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel.

**Soc., 4 juillet 2012**

**Arrêt n° 1818 FS-P+B**

N° 11-30.266 - C.A. Chambéry, 15 mars 2011

M. Lacabarats, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

**CASSATION**

### **Note**

Suite à un accroissement du nombre de signalements de lettres ouvertes sur un centre postal, La poste a décidé d'introduire dans la tournée d'une factrice, suspectée, des lettres dites « festives », lesquelles ont la particularité de diffuser une encre bleue si elles sont ouvertes.

Prise au piège, la salariée est revenue de sa tournée les mains maculées d'encre bleue. Elle a alors été licenciée pour faute grave pour avoir ouvert une lettre.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement des indemnités de rupture conventionnelles et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Sa demande a été rejetée par la cour d'appel qui a estimé que « *La Poste, chargée d'une mission de service public, étant tenue de garantir aux usagers le secret et l'intégrité des correspondances confiées, le nombre accru de signalisations relatives à des lettres ouvertes dans le centre dont dépendait la salariée justifiait l'introduction de lettres dites « festives » dans sa tournée, lettres ayant la particularité de diffuser une encre bleue si elles sont ouvertes, afin de mettre fin à des agissements frauduleux ; que ces lettres banalisées ne constituent pas un procédé de surveillance destiné à collecter des informations sur les salariés mais ont vocation à être traitées de la même façon que les autres correspondances et qu'il n'y a donc ni stratagème ni provocation à commettre une infraction, ni utilisation d'un procédé déloyal par l'employeur.* »

La salariée a formé un pourvoi en cassation.

L'utilisation par La Poste de lettres dites « festives » constitue-t-elle un mode de preuve déloyal ? Telle était la question soumise à la chambre sociale par la présente affaire.

La Cour de cassation a considéré, sous le visa de l'article 9 du code de procédure civile, que « *si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal.* »

La chambre sociale a déjà jugé dans son arrêt fondateur Néocel que « *Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. Une cour d'appel ne peut donc, sans violer l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, retenir à l'encontre d'une salariée l'existence d'une faute grave, en se fondant sur un enregistrement effectué par l'employeur, au moyen d'une caméra, du comportement et des paroles de la salariée, tandis qu'il résulte du procès-verbal de transport sur les lieux effectué par les juges du second degré que la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent.* » (Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, Bull. 1991, V, n° 519).

Elle a également décidé que « *La loyauté qui doit présider aux relations de travail interdit le recours par l'employeur à des artifices et des stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute. Dès lors, viole l'article L 122-14-3 du Code du travail une cour d'appel qui pour juger que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse retient à l'encontre du salarié des faits résultant d'une provocation de l'employeur.* » (Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n° 89-41.052, Bull. 1991, V, n° 15).

Le même principe a été appliqué à divers procédés :

- « *Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur.* » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, Bull. 2007, V, n° 85) ;
- « *Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés. Dès lors, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, ayant relevé que l'employeur avait fait suivre par un détective privé un salarié,*

donc à l'insu de celui-ci, a décidé que les comptes-rendus de filature constituaient un moyen de preuve illicite. » (Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44.078, Bull. 1995, V, n° 164) ;

- « Les résultats d'un procédé de surveillance clandestin et déloyal du salarié, procédant d'un stratagème, ne peuvent être retenus comme moyen de preuve. Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui se fonde, pour retenir une faute du salarié, sur des rapports dressés par d'autres agents mandatés par un supérieur hiérarchique pour se rendre dans le restaurant exploité par l'épouse de l'intéressé afin de vérifier si celui-ci y travaillait pendant ses heures de service, en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite. » (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, Bull. 2008, V, n° 64) ;
- « Si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche, il n'est pas permis à celui-ci d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve. La cour d'appel, qui a relevé que l'employeur s'était assuré le concours d'un huissier pour organiser un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces puis avait procédé, après la fermeture de la boutique et hors la présence du salarié, à un contrôle des caisses et du registre des ventes, a exactement déduit de ces constatations, dont il ressortait que l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles mais qu'il avait eu recours à un stratagème pour confondre le salarié, qu'un constat établi dans ces conditions ne pouvait être retenu comme preuve. » (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-40.852, Bull. 2008, V, n° 65) ;
- « Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence. Viole l'article L. 1222-4 du code du travail la cour d'appel qui refuse de rétracter une ordonnance sur requête rendue en application de l'article 145 du code de procédure civile désignant un huissier de justice aux fins de visionner les enregistrements des caméras de vidéosurveillance placées à l'entrée de la société cliente, qui permettaient le contrôle des heures d'arrivée et de départ sur le lieu du travail des salariés sans qu'ils en aient été informés. » (Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.482, Bull. 2012, V, n° 2) ;
- « Manque à ses obligations professionnelles l'huissier de justice, commis en sa qualité d'officier ministériel, dans le cadre de l'ordonnance du 2 novembre 1945 pour effectuer des constatations purement matérielles, qui prend une fausse qualité pour obtenir des renseignements d'un interlocuteur ; il en résulte que le procès-verbal de constat établi dans ces conditions ne peut être retenu comme preuve. Par suite, viole l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel qui déboute le voyageur représentant placier de sa demande au motif que n'étaient pas privées de leur force probante les constatations de l'huissier qui ne s'était pas borné à taire son identité mais avait téléphoné à une société en prétendant, pour obtenir des renseignements, qu'il avait l'intention d'ouvrir un magasin de matériel agricole, alors que, pour établir les actes de concurrence reprochés au salarié, l'employeur ne se fondait sur aucun autre élément de preuve que le constat dressé dans de telles conditions. » (Soc., 5 juillet 1995, pourvoi n° 92-40.050, Bull. 1995, V, n° 237) ;
- « Il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile, et L. 120-2 du Code du travail qu'une filature organisée par l'employeur pour surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être

*justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur. » (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, Bull. 2002, V, n° 352) ;*

- *« 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. Viole 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, pourvoi n° 10-23.521, Bull. 2012, V, n° 156).*

*\*Séparation des pouvoirs*

## **Sommaire**

Le principe de la séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce que le juge judiciaire apprécie la régularité de la procédure de licenciement postérieure à la notification par l'administration de son autorisation.

En conséquence, encourt la cassation l'arrêt qui rejette la demande tendant à ce qu'il soit jugé que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, faute de qualité à agir du signataire de la lettre de licenciement adressée à la suite de l'autorisation administrative, au motif que le juge judiciaire ne peut, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement autorisé par l'inspecteur du travail par une décision dont la légalité a été validée par le juge administratif.

**Soc., 4 juillet 2012**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1687 F - P+B**

N° 10-28.799 – C.A. Paris, 2 novembre 2010

M. Béraud, FF Pt. – M. Struillou, Rap.

## **Note**

En l'espèce, une salariée protégée a contesté le bienfondé de son licenciement au motif que le signataire de la lettre de licenciement n'avait pas qualité à agir.

La cour d'appel a rejeté sa demande au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Elle a considéré que le juge judiciaire n'était pas en mesure d'apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement dans la mesure où celui-ci avait été autorisé par l'inspecteur du travail.

La cour d'appel a précisé que la légalité de la décision de l'inspecteur du travail avait été validée par le juge administratif.

Cependant, la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond en considérant que le juge judiciaire était à même d'apprécier la régularité de la procédure de licenciement postérieure à la notification par l'administration de son autorisation.

Le juge judiciaire ne peut pas contrôler la régularité de la procédure de licenciement, mais il peut apprécier la régularité de la procédure postérieure à l'autorisation administrative.

Dans un arrêt récent, la chambre sociale a confirmé la compétence du juge judiciaire dès lors que la question soulevée concernait uniquement les conséquences indemnitaires du licenciement (Soc, 20 juin 2012, pourvoi n° 10-28.516, *Bull.* 2012, V, n° 194).

Il apparaît que tout ce qui relève de l'autorisation de l'inspecteur du travail et de son contrôle dans la procédure de licenciement est du ressort des juridictions administratives.

En revanche, dès lors que cela concerne le pouvoir disciplinaire de l'employeur, la phase postérieure à l'autorisation de licencier ou les conséquences indemnitaires, alors le juge judiciaire retrouve son pouvoir d'appréciation.

La Cour de cassation avait déjà décidé que le salarié protégé est bien fondé à contester devant le juge judiciaire le défaut de qualité de la personne lui notifiant son licenciement (Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-44.034, diffusé).



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

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

**Twitter :** @courdecassation