

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 701



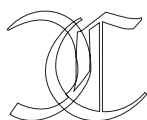
*Publication
bimensuelle*

*1^{er} mai
2009*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Par arrêt du 17 décembre dernier (*infra*, n° 617), la première chambre civile de la Cour de cassation, cassant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007 et parfois présenté comme autorisant le recours à la pratique du recours à une « mère porteuse » (publié intégralement au *Bicc* n° 674, du 15 janvier 2008, rubrique « Cours et tribunaux », p. 56-57), a reconnu le droit d'agir du ministère public en contestation d'actes de naissance d'enfant dressés à l'étranger, dès lors qu'il ressortait de ceux-ci que les enfants étaient issus d'une convention de gestation pour autrui, renvoyant aux juges du fond le soin de se prononcer sur la validité desdits actes. On notera (cf. Laurence Brunet, *Recueil Dalloz*, 5 février 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 340 et s.) qu'« une telle solution pouvait [...] s'autoriser de manière anticipée du nouvel article 336 du code civil, modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui a généralisé le droit d'agir en contestation du parquet... ».

Jurisprudence



La troisième chambre civile, le même jour (*infra*, n° 599), s'est prononcée sur la responsabilité des conséquences du naufrage du pétrolier « Erika », jugeant, après question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes (*Bicc* n° 689, du 15 octobre 2008, p. 8), « que le vendeur des hydrocarbures et affréteur du navire les transportant peut être considéré comme détenteur antérieur des déchets s'il est établi qu'il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage » et que « le producteur du produit générateur des déchets peut être tenu de supporter les coûts liés à l'élimination des déchets si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage ». Commentant cet arrêt, Mathilde Boutonnet (*Recueil Dalloz*, 12 mars 2009, p. 701 à 705) note qu'avec cette décision, « le juge ouvre la voie à une imputation élargie du coût de l'élimination des déchets provenant des hydrocarbures déversés ».

Doctrines



Cet arrêt et l'étude précitée («Vers une indemnisation des victimes des marées noires en dehors du droit de la responsabilité civile») sont par ailleurs à rapprocher d'un arrêt rendu par la chambre commerciale le 16 décembre dernier (*infra*, n° 633), dans une autre affaire, impliquant d'autres parties, aux termes duquel : «*La loi du 24 novembre 1961, qui rend le propriétaire d'une marchandise tombée d'un navire à la mer débiteur envers l'Etat des conséquences des opérations de sauvetage, de récupération, d'enlèvement, de destruction, ou de celles destinées à supprimer les dangers que présente cette épave que l'Etat a mises en oeuvre, ne fait pas obstacle au droit que l'Etat, qui a procédé à de telles opérations, tient des articles 1382 et suivants du code civil de rechercher la responsabilité de celui qui est à l'origine du sinistre*».

Enfin, la Cour de cassation, par arrêts d'assemblée plénière du 27 février 2009 et de la chambre sociale du 16 décembre 2008 (*infra*, n° 605), a jugé, d'une part, que «*si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé*» et, d'autre part, que la seule différence de diplômes équivalents n'autorise une différence de rémunération entre des salariés exerçant les mêmes fonctions que «*s'il est démontré [...] que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée*».

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

*Arrêt du 27 février 2009
rendu par l'assemblée plénière*

Travail réglementation, rémunération *Page 6*

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES *Numéros*

Abus de confiance	589
Appel civil	590-591
Arbitrage	592
Astreinte (loi du 9 juillet 1991)	593
Atteinte à l'autorité de l'Etat	594
Banque	595-596
Cassation	597-598
Communauté européenne	599
Commune	620
Concurrence	600-601
Conflit de lois	602
Construction immobilière	603
Contrat de travail, exécution	604-605
Contrat de travail, rupture	606 à 609
Conventions internationales	635
Divorce, séparation de corps	610
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	611-612
Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	613-614
Escroquerie	615
Etat civil	616-617
Exploit	618

Expropriation pour cause d'utilité publique	619
Juge de l'exécution	620
Nom	621
Partage	622
Peines	623
Prescription	624
Procédure civile	625 à 629
Profession médicales et paramédicales	630
Récidive	631
Représentation des salariés	632
Transports maritimes	633 à 635
Travail réglementation, rémunération	636
Vente	637 à 639

Cours et tribunaux *Numéros*

Jurisprudence des cours d'appel relative à la profession d'avocat	
Avocat	640-641

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

Jurisprudence des cours d'appel
en matière de procédure civile

Appel civil _____ 642

Injonction de payer _____ 643

Procédure civile _____ 644

Jurisprudence des cours d'appel
relative aux impôts et taxes

Impôts et taxes _____ 645 à 647

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 27 FÉVRIER 2009 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 6
Communiqué	Page 6
Arrêt	Page 7
Rapport	Page 9
Avis	Page 22

6
•

Travail réglementation, rémunération

Salaire - Egalité des salaires - Atteinte au principe - Cas - Différence de montant du complément de rémunération versé pour rétribuer le niveau de fonction et la maîtrise du poste - Condition.

Si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé, sans méconnaître le principe «à travail égal, salaire égal», à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé.

Dès lors, un arrêt de cour d'appel qui a relevé que l'objet du complément de rémunération dit «complément Poste» était défini non par référence aux catégories juridiques mais comme venant rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise du poste, constaté que l'agent de droit privé effectuait le même travail qu'un fonctionnaire de même niveau exerçant les mêmes fonctions et retenu que La Poste ne fournissait pas d'explication sur le niveau annuel inférieur du «complément Poste» versé à l'agent de droit privé, et donc que l'employeur ne justifiait par aucune raison objective pertinente la différence de traitement pour la période se situant entre 1998 et 2003, a exactement décidé que le principe «à travail égal salaire égal» avait été méconnu.

COMMUNIQUÉ

Dans un arrêt rendu le 27 février 2009, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Grenoble, rendu sur renvoi après cassation le 21 novembre 2007, qui avait accueilli la demande d'un agent contractuel de droit privé de La Poste en paiement d'une prime biannuelle, dite «complément Poste», versée durant un temps aux seuls fonctionnaires et agents de droit public de La Poste.

La Cour de cassation a énoncé que l'entreprise qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondée à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont les éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé.

Elle a précisé qu'il en va autrement, toutefois, d'un complément de rémunération fixé, par une décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel, sur le seul critère de la fonction ou du poste de travail occupé.

Cette décision de l'assemblée plénière constitue une application du principe dit « à travail égal, salaire égal », imposant à chaque employeur d'assurer l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre ses salariés placés dans une situation identique, sauf si des raisons objectives pertinentes et matériellement vérifiables justifient une différence de traitement.

Après consultation des partenaires sociaux et des administrations concernées, le premier avocat général avait conclu à la cassation dès lors que, selon ses conclusions développées devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, les agents de droit privé et de droit public de La Poste ne pouvaient être considérés comme placés dans une « situation identique » au regard du principe « à travail égal, salaire égal », compte tenu des disparités de régimes tant dans le calcul des rémunérations que dans la gestion de leur carrière.

(Source : service de documentation et d'études)

ARRÊT

La Poste s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon en date du 25 février 2005.

Cet arrêt a été cassé le 21 décembre 2006 par la chambre sociale de la Cour de cassation.

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Grenoble qui, saisie de la même affaire, a statué, par arrêt du 21 novembre 2007, dans le même sens que la cour d'appel de Lyon, par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation.

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble, M. le premier président a, par ordonnance du 4 septembre 2008, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière.

La demanderesse invoque, devant l'assemblée plénière, le moyen de cassation annexé au présent arrêt.

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Defrenois et Levis, avocat de La Poste.

Un mémoire en défense et des observations complémentaires ont été déposés au greffe de la Cour de cassation par M^e Jacoupy, avocat de M. X... ; la SCP Defrenois et Levis a déposé une note préalable aux observations orales.

Le rapport écrit de M. Mas, conseiller, et l'avis écrit de Mme Petit, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties.

[...]

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 21 novembre 2007), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-41.919), que la direction générale de l'établissement public national La Poste (La Poste) a décidé de regrouper l'ensemble des primes et indemnités versées à son personnel sous la forme d'un complément indemnitaire dit « complément Poste » en 1993, pour les agents fonctionnaires, puis en 1995, pour les agents contractuels de droit privé.

Que M. X..., agent contractuel de droit privé, soutenant que La Poste n'avait pas respecté les dispositions de la délibération du conseil d'administration du 25 janvier 1995 qui ont étendu le bénéfice du complément indemnitaire aux agents contractuels de droit privé, a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement du montant de la prime biannuelle versée aux fonctionnaires.

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche, qui est préalable :

Attendu que La Poste fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. X... une somme de 3 199,90 euros à titre principal et celle de 320 euros au titre des congés payés afférents, outre les intérêts au taux légal à compter du 20 août 2001, alors, selon le moyen, « que la fixation et les modalités de paiement du complément Poste concernant les fonctionnaires de la deuxième phase et les agents contractuels de droit privé de la troisième phase ont été arrêtées par décisions du conseil d'administration de La Poste des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, prises dans le cadre des pouvoirs conférés au conseil d'administration par les articles 5 et 12 du décret n° 90-1111 du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste et l'habilitant à définir et conduire la politique générale de l'entreprise ; qu'en accordant à l'agent contractuel de droit privé le versement du complément biannuel de 686,02 euros et en écartant l'application et les effets des actes administratifs à caractère réglementaire des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995 prévoyant, notamment, que le complément Poste des fonctionnaires relevant du personnel d'exécution serait versé pour partie mensuellement et pour partie au moyen d'un complément biannuel et que le complément Poste des agents contractuels de droit privé serait défini par les accords salariaux, en se fondant sur le code du travail, la cour d'appel s'est nécessairement fait juge de la légalité de ces actes administratifs et a violé le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, ensemble l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III, ainsi que les décisions des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, la décision n° 717 du 4 mai 1995 et l'instruction du 25 février 1994 » ;

Mais attendu que le moyen qui, au soutien d'un pourvoi sur un arrêt rendu sur renvoi après cassation, tend à soulever l'incompétence de la juridiction judiciaire pour statuer sur le litige est irrecevable.

Et, sur le moyen, pris en sa première branche :

Attendu que La Poste fait grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait, alors, selon le moyen, « que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés que s'ils sont placés dans une situation

identique ; que le personnel de La Poste est constitué d'agents fonctionnaires relevant du statut de la fonction publique et d'agents contractuels de droit privé soumis aux dispositions du code du travail et à la convention commune La Poste-France Télécom ; que cette différence objective de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé justifie que le complément Poste de certains fonctionnaires puisse être versé, en partie, au moyen d'un complément biannuel, et que celui des agents contractuels de droit privé relève d'un seuil minimal fixé dans le cadre d'accords salariés librement et annuellement négociés avec les syndicats ; qu'en affirmant que La Poste "ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celle (de l'agent concerné) et des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires", et en exigeant ainsi que le complément Poste versé au salarié soit identique dans son montant et ses modalités de versement à celui des agents fonctionnaires ayant des fonctions similaires, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles L. 140-2, L. 133- 5.4 et L. 122-45 du code du travail, et, par refus d'application, l'instruction du 25 février 1994, la décision du 25 janvier 1995 et la décision n° 717 du directeur de La Poste du 4 mai 1995 » ;

Mais attendu que si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés, en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé ;

Et attendu qu'ayant relevé que le « complément poste » regroupant l'ensemble des primes non spécifiques de la fonction publique mis en place, pour les agents fonctionnaires, par décision du directeur de La Poste du 27 avril 1993, avait été étendu aux agents contractuels de droit privé par décision du 25 janvier 1995, qu'à compter de cette date, le montant de ce « complément Poste » versé aux salariés de droit privé avait été inférieur à celui versé aux fonctionnaires jusqu'à ce que des accords conclus en 2001 et 2003 comblent l'écart existant, que l'objet de ce « complément Poste » était défini non par référence aux catégories juridiques mais comme venant rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise du poste et que M. X... effectuait le même travail qu'un fonctionnaire de même niveau exerçant les mêmes fonctions, et retenu que La Poste ne fournissait pas d'explication sur le niveau annuel inférieur du « complément Poste » servi à celui-ci, ce dont il résultait que la différence de traitement pour la période se situant entre 1998 et 2003 n'était justifiée par aucune raison objective pertinente, la cour d'appel a exactement décidé que le principe « à travail égal salaire égal » avait été méconnu.

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Ass. plén., 27 février 2009.

Rejet

N° 08-40.059 - CA Grenoble, 21 novembre 2009.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Mas, Rap. conseiller, assisté de Mme Zylberberg, auditeur - Mme Petit, P. Av. gén. - SCP Defrénois et Levis, M^e Jacoupy, Av.

Rapport de M. Mas

Conseiller rapporteur

Rappel des faits et de la procédure

Depuis le 1^{er} janvier 1991, en application de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, La Poste est dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat et d'une trésorerie individualisée. Les personnels fonctionnaires de La Poste sont régis par des statuts particuliers pris en application des loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, et n° 84-16 du 11 janvier, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (article 29).

La Poste a, par ailleurs, toujours recouru à des auxiliaires mais, depuis une loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, le recrutement des salariés qui ne relèvent plus du statut des fonctionnaires mais du droit du travail s'est à la fois accentué et diversifié.

Aujourd'hui, le nombre des agents contractuels s'élèverait à 116 397, soit 41,6 % du total des effectifs, alors qu'en 1997, il représentait 21 % des effectifs.

L'établissement public La Poste comprend donc, depuis cette loi du 2 juillet 1990, deux catégories de personnel :

- des agents fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique, rémunérés par un traitement dont le montant est fixé en fonction de leur grade, de leur échelon, et qui évolue en fonction de l'échelle, de l'ancienneté indiciaire et de la valeur du point, déterminée par décret pris en Conseil d'Etat ;
- des agents contractuels de droit privé, dont le salaire est défini au moment du recrutement eu égard à la fonction occupée, au niveau de classification et au barème correspondant, tels que définis par la convention collective et les accords salariaux de référence.

En 1992, le conseil d'administration de La Poste a pris la décision de simplifier le système de traitement et de rémunération de l'ensemble de ses personnels, fonctionnaires et contractuels, pour toutes les questions relatives aux primes et indemnités allouées.

Par délibération du 27 avril 1993, le conseil d'administration a institué un « complément indemnitaire » pour les fonctionnaires et agents de droit public. Il était prévu que les primes et indemnités attribuées à cette catégorie de personnel seraient intégrées dans ce « complément indemnitaire », au mois de septembre 1993 pour les agents d'une première vague et au mois de mars 1994 pour les agents de la deuxième vague (personnels d'exécution).

Une instruction du 25 février 1994 a défini la nature des primes et indemnités intégrées dans ce complément indemnitaire. Cette instruction déterminait également les modalités de versement de ces primes et indemnités. Il était ainsi prévu que, pour les agents de la deuxième vague :

- les primes et les indemnités seraient totalisées pour leur montant annuel ;
- de ce montant, serait déduite une somme forfaitaire, identique pour tous, de 4 500 F pour 1994 ;
- le montant annuel restant serait mensualisé pour le douzième de sa valeur ;
- en mars et septembre, en sus de ce complément mensuel, chaque agent percevrait une somme de 2 250 F.

Le 25 janvier 1995, le conseil d'administration de La Poste, en application de l'article 5 du décret n° 90-111 du 12 décembre 1990, a :

- décidé l'extension du « complément indemnitaire » aux agents contractuels de droit privé relevant de la convention commune de La Poste et France Télécom ;
- constaté la suppression d'un certain nombre de primes et indemnités qui, constituant un complément de rémunération, ont été regroupées dans le complément indemnitaire de chaque catégorie de personnel ;
- constaté que le complément indemnitaire, dénommé « complément Poste », constitue désormais un sous-ensemble de la rémunération de base de chaque catégorie de personnel.

Les règles de gestion et d'évolution du « complément Poste » ont été définies par une décision n° 717 du 4 mai 1995 et une décision n° 1637 du 16 novembre 1995. La décision n° 717 du 4 mai 1995 rappelle notamment que les 4 500 F versés en deux fois en février et septembre aux personnels fonctionnaires relevant de la seconde vague de mensualisation ne constituent qu'une modalité particulière de paiement d'une fraction de leur « complément Poste » et font partie intégrante de ce complément.

Ce versement biennuel n'était pas prévu pour les agents contractuels.

Le 10 juillet 2001, la direction générale de La Poste et les fédérations syndicales représentatives des Postes et télécommunications ont conclu un accord salarial pour l'année 2001, pour les personnels de La Poste placés sous le régime de la convention commune La Poste-France Télécom.

Cet accord prévoyait un processus de convergence permettant d'aboutir, en 2003, à une égalité des «*compléments Poste*» pour les fonctionnaires et les agents contractuels sous contrat à durée indéterminée de même niveau, notamment pour le versement biennuel susvisé. Une circulaire du 26 juillet 2001 a mis en œuvre cet accord.

Plusieurs agents contractuels de droit privé, dont M. X..., ont saisi le conseil de prud'hommes de Lyon, le 20 août 2001, d'une demande en paiement d'un rappel de la prime biennale depuis septembre 1996, outre les congés payés y afférents.

Par jugement du 6 février 2004, le conseil de prud'hommes les a déboutés de leur demande.

Statuant sur l'appel des agents, la cour d'appel de Lyon, réformant les jugements déferés, a, par arrêts du 25 février 2005, condamné La Poste à payer à chacun des agents une somme à titre de «*complément Poste*» due sur la période de septembre 1996 à février 2003, outre les congés payés y afférents.

La Poste s'est pourvue en cassation contre ces arrêts.

Par arrêt du 21 décembre 2006, la Cour de cassation a cassé les arrêts rendus par la cour d'appel de Lyon et a renvoyé les parties devant la cour d'appel de Grenoble.

Par arrêt du 21 novembre 2007, la cour d'appel de Grenoble a condamné La Poste à payer à M. X... la somme de 3 199,90 euros à titre principal et celle de 320 euros au titre de congés payés afférents, outre intérêts au taux légal à compter du 20 août 2001.

La Poste a formé, le 7 janvier 2008, un pourvoi contre cette décision.

Elle a déposé un mémoire ampliatif le 11 avril 2008 et demandé 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

M. X... a déposé des observations banales en défense le 9 juin 2008.

L'affaire a été renvoyée devant l'assemblée plénière par ordonnance du 4 septembre 2008.

M. X... a déposé un mémoire complémentaire le 15 septembre 2008 et a demandé 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le pourvoi apparaît recevable et la procédure en état.

Analyse succincte des moyens

La Poste propose un moyen unique de cassation divisé en deux branches, par lequel elle fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. X... la somme de 3 199,90 euros à titre principal et celle de 320 euros au titre des congés payés afférents, outre les intérêts au taux légal à compter du 20 août 2001.

La première branche est fondée sur une violation des articles L. 140-2, L. 133-5-4 et L. 122-45 du code du travail, de l'instruction du 25 février 1994, de la décision du 25 janvier 1995 et de la décision n° 717 du 4 mai 1995 du directeur de La Poste.

Elle fait valoir que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés que s'ils sont placés dans une situation identique, que la différence objective de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé justifie une différence dans le versement du complément Poste et que la cour d'appel ne pouvait donc exiger que ce complément versé au salarié soit identique, dans son montant et ses modalités de versement, à celui des agents fonctionnaires ayant des fonctions similaires.

La seconde branche, qui invoque une violation du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, de l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, du décret du 16 fructidor An III et des décisions des 27 avril 1993 et du 25 janvier 1995, ainsi que de la décision n° 717 du 4 mai 1995 et de l'instruction du 25 février 1994, soutient que la cour d'appel ne pouvait, pour accorder à l'agent contractuel de droit privé le versement du complément biennuel de 682,02 euros, écarter les textes susvisés et se fonder sur le code du travail.

Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi pose la question de la possibilité pour un établissement public qui emploie des fonctionnaires et des salariés contractuels de droit privé de prévoir une rémunération différente pour des salariés qui, effectuant le même travail, ressortent de l'une ou l'autre catégorie.

La seconde branche du moyen unique est relative à l'application du code du travail pour écarter des décisions du directeur de La Poste.

Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Pour casser l'arrêt de la cour d'appel de Lyon qui, réformant le jugement du conseil des prud'hommes, avait accueilli la demande de rappel de prime formée par M. X..., la chambre sociale avait notamment jugé qu'en retenant que La Poste ne démontrait pas que la disparité constatée du «*complément Poste*» perçu par les agents fonctionnaires et les agents contractuels s'expliquait par des différences de fonctions et de responsabilité ou par l'intérêt général de l'entreprise, alors que les agents contractuels dont la rémunération résultait de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement, la cour d'appel avait violé l'instruction du 25 février 1994 et la décision n° 717 du directeur de La Poste du 4 mai 1995.

La cour d'appel de Grenoble, statuant sur renvoi, a fait droit à la demande de M. X... en retenant que celui-ci ne se trouvait pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels il revendiquait une égalité de traitement, mais qu'une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffisait pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération, et qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence. Elle a ensuite retenu que La Poste ne justifiait pas de telles raisons.

La cour de renvoi a donc constaté, conformément à l'arrêt de la chambre sociale, que M. X... ne se trouvait pas dans une situation statutaire identique à celle des fonctionnaires, mais que cette seule circonstance ne suffisait pas à justifier une différence de rémunération. Elle a ajouté à la condition de différence de statut constatée des conditions supplémentaires tenant à des raisons objectives qu'elle n'a pas précisées, mais qu'elle a jugées non établies par l'employeur, sur lequel pèserait donc la charge de la preuve.

L'assemblée plénière doit trancher entre deux conceptions de «*la situation différente*» susceptible de justifier une inégalité de rémunération.

Elle peut retenir la position de la chambre sociale, pour laquelle la différence de statut juridique entre un salarié de droit privé et un fonctionnaire entraîne une différence de situation suffisante.

Elle peut suivre la cour de renvoi, pour laquelle cette différence de statut n'est pas, à elle seule, suffisante et doit être complétée par des raisons objectives contrôlées par les juges du fond.

Le choix à faire s'inscrit dans le cadre de l'application du principe général «*à travail égal salaire égal*».

La règle ainsi posée peut paraître simple, mais son application se révèle complexe.

Avant d'aborder la question de la détermination des éléments pouvant justifier un traitement différent, il convient d'examiner les sources du principe et son contenu.

Les sources

La loi

Pendant longtemps, la règle d'égalité des rémunérations était cantonnée à l'égalité des rémunérations hommes-femmes, laquelle était apparue pour la première fois en droit interne dans la loi du 11 février 1950 «*relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail*», instaurant la libre négociation des salaires.

Aujourd'hui encore, le principe général d'égalité des rémunérations n'est énoncé par le code du travail qu'au détour de textes visant un autre objet : l'article L. 133-5, codifié aujourd'hui sous les articles L. 2261-22 et R. 2261-1, et l'article L. 136-2, devenu L. 2271-1, du code du travail.

Le premier de ces textes concerne les conditions à remplir par une convention collective pour être susceptible d'extension : elle doit notamment préciser les modalités d'application du principe «*à travail égal, salaire égal*». Le second énumère les attributions de la commission nationale de la négociation collective, qui doit, en particulier, «*suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe «à travail égal, salaire égal*».

La jurisprudence de la Cour de cassation

C'est la Cour de cassation qui a conféré au principe la valeur d'une règle impérative, dans l'arrêt X... du 29 octobre 1996¹ : «*La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale "à travail égal, salaire égal" énoncée par les articles L. 133-5.4 et L. 136-2.8 du code du travail, ce dont il se déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique. Par suite, justifie légalement sa décision de condamner un employeur à payer à une de ses salariées un rappel de salaire le conseil de prud'hommes qui, ayant relevé qu'une salariée accomplissait, avec un coefficient salarial identique et une qualification supérieure, le même travail qu'une autre salariée et percevait une rémunération moindre, et que l'employeur se bornait, pour justifier cette situation, à alléguer la différence d'ancienneté entre les salariées, constate que l'ancienneté respective des salariées était prise en compte par une prime d'ancienneté distincte du salaire de base*».

Selon Philippe Waquet², l'arrêt X... [du 29 octobre 1996], qui appartient à la catégorie des arrêts «*imprévus*», comme n'ayant pas été préparé par une jurisprudence antérieure, «*découvre l'exacte portée de la règle communautaire de l'égalité entre les hommes et les femmes*». Il serait en effet, ajoute-t-il, incohérent de faire respecter le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, mais d'admettre qu'une différence est possible entre les rémunérations respectives de deux femmes, comme c'était le cas dans l'espèce de l'arrêt X... [du 29 octobre 1996].

Pour asseoir ce principe, la chambre sociale a dit que les articles L. 133-5 4^o et L. 136-2, 8^o du code du travail en étaient une application. Pourtant, comme il est remarqué dans le *Précis Dalloz de droit du travail*³, ces deux dispositions «*n'énoncent pas*» la règle en question, et le «*principe*» qu'elles évoquent n'a pas la teneur reconnue par l'arrêt à la règle qu'il décrit et applique. Ces dispositions visent «*le principe à travail égal,*

¹ Soc., 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359.

² Waquet Philippe, «*Retour sur l'arrêt [X... du 29 octobre 1996]*», *RDT* 2008, p. 22.

³ Pelissier Jean, Supiot Alain, Jeammaud Antoine, *Droit du travail*. Précis Dalloz, 23^e édition, collection Droit privé, n° 1027.

« salaire égal » pour faire de ses modalités d'application un objet obligatoire pour les conventions collectives de branche aspirant à l'extension (article L. 133-5) et un objet d'investigation pour la Commission nationale de la négociation collective (article L. 136-2). L'enquête sur la genèse des textes codifiés à ces articles enseigne d'ailleurs qu'ils concernaient l'égalité salariale entre femmes et hommes, et entre travailleurs jeunes et adultes. La Cour de cassation, qui parlait à l'origine d'une « règle » « à travail égal, salaire égal », utilise maintenant le terme « principe » et se dispense de préciser que le principe est « énoncé par les articles L. 133-5.4 et L. 136-2.8 du code du travail ».

La jurisprudence du Conseil d'Etat

Les termes utilisés par l'arrêt X... [du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359] « pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique » sont, pour Philippe Waquet⁴, « une référence explicite à la jurisprudence classique du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel ».

Dès le XIX^e siècle, le Conseil d'Etat a dû faire application du principe d'égalité des citoyens. Il considère le principe d'égalité comme un principe général du droit. Le fait, pour le juge administratif, de se référer au « principe général » d'égalité présente l'intérêt de permettre une application du principe d'égalité dans les domaines les plus variés, et pas seulement dans les hypothèses expressément visées par les textes de valeur constitutionnelle, et offre une plus grande souplesse dans l'application et des possibilités d'adaptation à chaque domaine considéré, notamment dans le droit fiscal ou le droit de la fonction publique.

On retrouve le principe d'égalité dans les hypothèses les plus diverses : égalité des citoyens devant la loi et les règlements, égale admissibilité de tous aux emplois publics, égalité des utilisateurs du domaine public, égalité devant les charges publiques, égalité devant l'impôt, égalité des sexes...

La jurisprudence administrative admet cependant que l'administration peut toujours traiter différemment des situations elles-mêmes différentes. On passe alors d'une égalité de traitement abstraite, atteinte par la généralité de la règle de droit, à l'application de mesures différentes à des situations de base elles-mêmes différentes.

Par exemple, en matière d'égalité de traitement des agents publics, le Conseil d'Etat a admis que le régime des rémunérations puisse varier selon les corps (CE, 16 juin 1976, Syndicat autonome des fonctionnaires des cours et tribunaux, *Rec. CE*, p. 310), selon que les intéressés sont des agents contractuels ou des agents titulaires (CE, 11 janvier 1980, X..., *Rec. CE*, table, p. 585), selon qu'ils sont vacataires ou non (CE, 3 décembre 1980, Association nationale des enseignants vacataires de l'enseignement supérieur, *Rec. CE*, table, p. 584), selon qu'ils sont fonctionnaires en stage ou élèves des instituts régionaux d'administration (CE, 23 octobre 1998, Union des fédérations CFDT des fonctions publiques, *Rec. CE*, table, p. 439).

Le lieu d'exercice des fonctions est un critère fréquemment admis par la jurisprudence, soit à l'intérieur même du territoire métropolitain (CE, section, 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires, *Rec. CE*, p. 241), soit dans les départements d'Outre-mer (CE, 29 février 1980, X..., *Rec. CE*, table, p. 584), soit pour justifier l'octroi d'une indemnité d'expatriation (CE, section, 10 décembre 1993, Fédération des professeurs français résidant à l'étranger, *Rec. CE*, table, p. 577). La jurisprudence tient en fait le plus grand compte des conditions concrètes d'exercice des fonctions (CE, 12 décembre 2003, requête n° 239683).

Par ailleurs, la juridiction administrative admet des atteintes au principe d'égalité si elles sont fondées sur l'intérêt général ou l'intérêt public en rapport avec le fonctionnement même du service public en cause. Ainsi, dans la fonction publique, le principe d'égalité de traitement entre agents d'un même corps admet que la volonté de favoriser une zone géographique entraîne une différence de traitement, à condition qu'elle soit justifiée par un motif d'intérêt général (CE, section, 11 juillet 2001, syndicat départemental CFDT de la DDE du Gard).

Sources internationales

Le principe « à travail égal, salaire égal » figure dans le préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du travail : « *Attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions : par exemple, en ce qui concerne [...] l'affirmation du principe à travail égal, salaire égal* ». Mais il n'a pas été développé par une convention et c'est le principe, plus restrictif, de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes qui a été adopté par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail à sa trente-quatrième session, le 29 juin 1951 (Convention n° 100).

L'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 énonce : « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes et à la protection contre le chômage. Tous ont droit sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal* ».

Le droit communautaire, quant à lui, détache difficilement la règle de l'égalité des rémunérations de la prohibition des discriminations salariales entre hommes et femmes.

Le Traité de Rome ne contenait que des dispositions sur l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes, et non des dispositions à portée plus générale.

L'article 141 (1) du Traité CE reprend ce principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins effectuant un même travail ou un travail de même valeur, mais le Traité ne contient pas de principe général d'égalité des rémunérations.

⁴ Waquet Philippe, « Retour sur l'arrêt [X..., *Bull.* 1996, V, n° 239] », *RDT* 2008, p. 22.

La Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, précise et met en application ce principe de non-discrimination entre hommes et femmes. Elle prescrit ainsi l'élimination, dans l'ensemble des éléments et des conditions de rémunération, de toute discrimination fondée sur le sexe pour un travail de valeur égale.

La Directive 2006/54/CE du Conseil, du 5 juillet 2006, qui refond et rassemble en un seul texte les dispositions relatives à la question de l'égalité des rémunérations, ne concerne elle aussi que la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

De la même façon, la jurisprudence communautaire ne fait pas du principe d'égalité salariale un principe général. Elle a seulement dit, dès 1976, que le principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleuses féminins, fixé par l'article 119 du traité de Rome, faisait partie des fondements de la Communauté (CJCE, 8 avril 1976, X..., affaire 43-75). Elle a également déduit des textes communautaires que dès qu'il existait une apparence de discrimination, il appartenait à l'employeur de démontrer que la pratique en cause était justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (CJCE, 24 février 1994, X... e.a., affaire C-343/92, CJCE, P.I-571). Ces règles de preuves ont ensuite été reprises par la Directive du 15 décembre 1997 (Directive 97/80/CE, relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe).

La Charte sociale européenne, signée le 18 octobre 1961 dans le cadre du Conseil de l'Europe et révisée depuis, qui a la force d'une convention internationale, semble quant à elle poser un principe d'égalité de rémunération plus large que celui de l'interdiction de discrimination en la matière entre hommes et femmes. En effet, son article 20 (première partie) dispose : « *Tous les travailleurs ont droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe* », alors que son article 4, troisièmement (deuxième partie), dispose quant à lui : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les parties s'engagent [...] : à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale* ». Ainsi, cet article, qui ne renvoie à l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe qu'en fin de phrase, comme pour un exemple particulier, revêt une portée plus large.

Il est à noter que le droit allemand ne reconnaît pas de principe « à travail égal, salaire égal », mais que cette règle est inscrite dans la Charte arabe de droits fondamentaux du 15 septembre 1994 (article 32 : « *L'Etat garantit aux citoyens l'égalité des chances, un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune* »).

Le contenu du principe

Selon les auteurs du *Précis Dalloz de droit du travail*⁵, « à travail égal, salaire égal » n'est pas l'énoncé de la règle en vigueur, mais seulement son nom.

Le principe pourrait s'énoncer de la manière suivante, plus proche de la terminologie utilisée dans les arrêts les plus récents : « *tout employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre tous les salariés placés dans une situation identique, sauf si des raisons objectives et vérifiables justifient la différence* ». En effet, les rémunérations peuvent être différenciées, mais ne sauraient l'être qu'en application de critères objectifs donnant prise à vérification.

Selon Antoine Lyon-Caen⁶, l'un des mérites de l'appellation « à travail égal, salaire égal » réside dans la claire distinction qu'elle invite à faire entre la règle qualifiée de principe et les règles de non-discrimination.

L'employeur est tenu d'assurer l'égalité entre tous les salariés, mais ne sont visés que les salariés d'un même employeur, même si cet employeur appartient à un groupe au sens du droit du travail ou à une unité économique et sociale reconnue. En effet, l'égalité de traitement, comme le fait remarquer Christophe Rade⁷, constitue moins un droit général et absolu opposable « *erga omnes* » qu'une obligation pesant sur l'employeur dans le cadre d'une « même entreprise », comme le mentionne d'ailleurs formellement l'article L. 140-2, alinéa premier, devenu l'article L. 3221-2 du code du travail, relatif à l'égalité hommes-femmes.

Sauf dispositions conventionnelles contraires, c'est en principe l'entreprise, en tant que personne juridique distincte, qui sert de cadre à l'application du principe d'égalité des rémunérations.

En la matière, la Cour de justice des Communautés européennes a décidé qu'il convenait d'exclure toute comparaison lorsque les différences de rémunération « ne peuvent être attribuées à une source unique » et qu'« il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement » (CJCE, 17 septembre 2002, affaire C-320/00, X... e.a.).

Ce périmètre de référence n'est modifié que dans deux cas : d'une part, il s'étend à celui de l'unité économique et sociale (UES) lorsque les conditions de rémunération de l'ensemble des salariés de celle-ci sont fixées par les mêmes règles légales ou réglementaires ou par une convention ou un accord collectif commun (ou un usage ou un engagement unilatéral valant pour toute l'unité), d'autre part, il s'étend à la collectivité des salariés d'employeurs différents mais formant une UES, lorsqu'ils travaillent dans un même établissement (Soc., 1^{er} juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 185).

⁵ Pelissier Jean, Supiot Alain, Jemmaud Antoine, *Droit du travail, Précis Dalloz*, 23^e édition, coll. Droit privé, n° 1027.

⁶ Lyon-Caen Antoine, « à travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

⁷ Rade Christophe, observations sous Soc., 1^{er} juin 2005, *Droit Social* 2005, n° 11, p.1050.

«Pour l'application du principe «à travail égal, salaire égal», il ne peut y avoir comparaison valable des conditions de travail des salariés appartenant à l'une des personnes juridiques comprises dans une unité économique et sociale **que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun**, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement».

Soc., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 235 : «Le principe "à travail égal, salaire égal" ne peut être invoqué par les salariés d'une entreprise pour bénéficier d'un avantage bénéficiant à des salariés d'une autre société ou **d'une commune en vertu d'un usage, d'un engagement unilatéral de leur employeur ou d'un statut de droit public**, nonobstant le fait que des salariés de la société ou de la commune étaient mis à disposition de l'entreprise au sein de laquelle cet avantage, consistant en un jour de repos supplémentaire par semaine d'astreinte, n'était pas en vigueur» (Voir aussi Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-46.104 et Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-45.579).

Dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière, les salariés sont tous employés par l'établissement La Poste.

- Pour que le principe puisse s'appliquer, il faut que les salariés accomplissent un travail égal ou, plus précisément, un travail de «*valeur égale*».

Thérèse Aubert-Monpeyssen⁸ rappelle que la notion de travail de «*valeur égale*» ne signifie nullement qu'on est en présence de «*postes de travail identiques*» ou équivalents, mais renvoie à des emplois de même classification ou de même coefficient, c'est-à-dire à des emplois ayant fait l'objet d'une évaluation les mettant à égalité dans les grilles de salaires (Soc., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.039 ; Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 354) ;

- Un travail effectué le jour n'a pas une valeur égale à celle du même travail effectué de nuit (Soc., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-40.068) ;

- Des attributions plus larges que celles confiées au salarié demandeur justifient une différence de traitement (Soc., 4 février 2004, pourvoi n° 02-40.527) ;

- Un travail exercé entièrement en horaire posté est différent d'un travail exercé partiellement en horaire posté (Soc., 7 février 2008, pourvoi n° 06-44.261).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le travail effectué par les contractuels et les fonctionnaires est un travail «égal ou de valeur égale».

- Le principe ne se limite pas seulement à l'exigence d'une égalité de salaire entendu strictement, mais s'étend à une exigence d'égalité de traitement en matière de rémunération.

Il concerne donc le salaire proprement dit, mais aussi tous les avantages annexes ou accessoires liés à l'appartenance à l'entreprise, tels que les gratifications ou, comme en l'espèce, des primes. Par exemple, dans l'arrêt de la chambre sociale du 10 octobre 2000 (pourvoi n° 98-41.389), c'est le coefficient apporté à une prime d'ancienneté qui est en cause.

Dans la présente affaire, c'est un complément indemnitaire qui fait l'objet d'une différenciation.

- Le principe «à travail égal, salaire égal» n'exclut pas qu'il puisse y avoir des différences de rémunération pour un travail jugé équivalent.

Dès l'arrêt X... [du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 369], on l'a vu, la Cour de cassation avait émis une réserve importante : le principe s'applique à des salariés *placés dans une situation identique*. L'identité de situation fixe le périmètre d'application de l'égalité. Ainsi, la formulation du principe est trompeuse : deux salariés occupés à des tâches identiques dans une même entreprise peuvent légitimement percevoir des salaires différents, mais la Cour de cassation exige, d'une part, que cette différence soit justifiée par l'employeur et en déduit un renversement de la charge de la preuve, d'autre part, que les justifications soient objectives et vérifiables.

Au fil du temps, la Cour a même augmenté ses exigences, puisqu'elle a, dans un premier temps, exigé des justifications objectives, puis des justifications objectives et pertinentes, et, enfin, que ces justifications soient appréciées «*in concreto*» par le juge, qui doit en contrôler concrètement la pertinence.

C'est la question de l'identification de ces différences de situations autorisant des différences de rémunération qui doit occuper notre assemblée et qui a suscité le plus de difficultés, le plus de jurisprudence et le plus de littérature. Cette difficulté était, selon Antoine Lyon-Caen⁹, prévisible : «*au lendemain de l'arrêt X... [du 29 octobre 1996], chacun sentait plus ou moins que la portée de la règle énoncée dépendait et dépendrait de la conception des similitudes et des différences de situations. Au demeurant, toute règle d'égalité est exposée à cette difficulté*».

Le droit européen retient que des «*raisons économiques objectivement justifiées*» (CJCE, X..., 27 octobre 1993, Affaire C-127/92) peuvent fonder une «*différence de rémunération entre deux fonctions de valeur égale*».

Le juge communautaire se borne à poser le principe des justifications possibles, et c'est à la juridiction nationale qu'il renvoie le soin «*d'apprécier, au regard de ses propres valeurs, la pertinence des arguments économiques invoqués par l'employeur*». Il faut préciser cependant que le droit européen adopte une conception limitative du motif économique, présentant quelques analogies avec le motif économique en droit

⁸ Aubert-Monpeyssen Thérèse, «Principe "à travail égal, salaire égal" - Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ?» *JCP* 2007, éd. E, n° 30, 1960.

⁹ Lyon-Caen Antoine, «A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens», *RDT* 2006, p. 16.

interne. Ainsi, « *un employeur ne saurait justifier une discrimination qui ressort d'un régime de travail à temps partagé au seul motif que l'élimination d'une telle discrimination entraînerait une augmentation de ses frais* » (CJCE, 17 juin 1998, Kathleen X..., affaire C-243/95, point 40).

La jurisprudence européenne admet également que des raisons liées à la personne du salarié justifient une différence de rémunération. Sont ainsi admis « *si on les rapporte aux besoins et aux objectifs de l'entreprise, différents critères tels que la formation professionnelle ou encore l'ancienneté du travailleur* » (affaire [X... du 27 octobre 1993, n° C-127/92] déjà citée).

Il est à noter que, pour justifier une différence de rémunération, le droit américain retient la notion d'« *affirmative defence* », qui comprend, à titre principal, l'ancienneté, le mérite, la productivité ou la qualité de travail fourni, et que l'on peut traduire par l'expression « *justification positive* ». L'intérêt de cette formule est de montrer que n'importe quel élément objectif ne peut pas être retenu à titre de justification d'une différence de rémunération. Le contrôle du juge reste essentiel. Il doit contrôler que la différence de rémunération n'est pas constitutive d'une inégalité de traitement, mais qu'au contraire, elle a pour objet et pour effet de rétablir l'inégalité menacée.

Les justifications d'une différence de rémunération admises par la Cour de cassation sont assez nombreuses.

Selon le rapport de M. Gosselin, rédigé en vue de l'arrêt de la chambre sociale du 15 mai 2007 (Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75), « *la chambre sociale admet qu'il n'y ait pas violation du principe "à travail égal, salaire égal" lorsque soit les salariés ne sont pas dans une situation identique à celle des salariés auxquels ils se comparent, soit des éléments objectifs justifient un traitement différent si les salariés sont dans des situations identiques* ». Néanmoins, à la lecture des arrêts, il n'est pas certain que la jurisprudence opère une distinction tranchée entre les cas où la situation est identique mais des éléments objectifs justifient une différence de traitement, et entre les cas où l'employeur justifie par des éléments objectifs que la situation est différente.

Thérèse Aubert-Monpeyssen estime que leur multiplication a vidé de sa substance le principe et regrette « *le laconisme excessif de certaines décisions*¹⁰ ». Elle remarque cependant que les dernières décisions de la chambre sociale rendues en la matière apportent plus de précisions sur les justifications retenues.

Certains auteurs¹¹ estiment « *qu'il est malaisé d'identifier la teneur actuelle de ce principe à partir de ce qu'en déduisent les arrêts* ».

Dans son commentaire de l'arrêt [X... du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359], Antoine Lyon-Caen remarquait déjà¹² : « *il faudra bien en passer par des critères* » et ce que « *l'arrêt du 29 octobre devrait apporter à terme, c'est beaucoup moins une différenciation restreinte qu'une différenciation rationalisée et explicite des rémunérations.* »

Nous rechercherons donc les éléments objectifs justifiant, dans la jurisprudence, une différence de rémunération, et plus particulièrement la différence de statut juridique comme justification d'une différence de traitement, puisque c'est celle-ci qui est en cause dans le pourvoi soumis à l'assemblée plénière.

- Eléments objectifs justifiant une différence de rémunération

Antoine Lyon-Caen¹³ doute qu'un classement des raisons objectives justifiant une différence de traitement soit possible, il écrit même que « *leur variété décourage toute quête sérieuse de typologie* ». Il reproche à la Cour de cassation de ne pas exiger, en réalité, de véritables justifications, mais de se contenter de simples explications.

Geneviève Pignarre¹⁴ souligne de son côté que la souplesse des concepts utilisés par la chambre sociale est telle que la marge laissée à l'interprétation s'en trouve accrue, suscitant chez les salariés le désir de saisir la justice dans l'espoir d'obtenir une décision qui les satisfasse.

On peut tenter de lister les justifications objectives admises par la Cour de cassation de la manière suivante :

La compensation d'un préjudice

1. Salarié embauché avant ou après un accord sur la réduction du temps de travail (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 347) ;
2. Sacrifice accepté lors d'une restructuration (Soc., 17 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 195) ;
3. Salarié embauché avant ou après la mise en œuvre d'un accord collectif organisant les modalités de rémunération.

Soc., 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.212 : « *Attendu cependant que ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal", dont s'inspirent les articles L. 22-3-3, L. 133-5 4, L. 136-2 8 et L. 140-2 du code du travail, l'employeur qui justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ;*

¹⁰ Aubert-Monpeyssen Thérèse, « Principe à travail égal, salaire égal, quels éléments justifient une différence de rémunération ? » *JCP*, 26 juillet 2007, éd. E, n° 30.

¹¹ Pelissier Jean, Supiot Alain, Jeammaud Antoine, *Droit du travail* Précis Dalloz, 23^e édition, coll. Droit privé, n° 1027.

¹² « De l'égalité de traitement en matière salariale, à propos de l'arrêt X..., Soc., 29 octobre 1996 », *Droit social* n° 12, 1996, p. 1013.

¹³ Lyon-Caen Antoine, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

¹⁴ Pignarre Geneviève, « Que reste-t-il du principe "à travail égal, salaire égal" ? application de la règle en cas de disparités organisées par le statut collectif dans la même entreprise », note sous Soc., 11 juillet 2007 (pourvoi n° 06-42.128), *RTD* 2007, p. 661.

Et attendu qu'un salarié engagé postérieurement à la mise en oeuvre d'un accord collectif organisant le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord et subissant, du fait de la modification de la structure de leur rémunération, une diminution de leur salaire de base que l'attribution de l'indemnité différentielle a pour objet de compenser» (Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 02-45.480 ; Soc., 31 octobre 2006, Bull. 2006, V, n° 320) ;

4. Le maintien des avantages acquis

Soc., 11 juillet 2007, Bull. 2007, V, n° 119 : *«Au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux, à la seule exception de celles résultant, pour les salariés engagés avant la dénonciation, des avantages individuels acquis par ceux-ci conformément à l'article L. 132-8, alinéa 6, du code du travail, lesquels ont pour objet de compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la dénonciation de l'accord collectif dont ils tiraient ces avantages.*

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui, constatant que les salariés demandeurs avaient été engagés après la date de dénonciation de l'accord, a rejeté leur demande de bénéficier de la rémunération résultant, pour les salariés engagés avant cette date, du maintien de leurs avantages individuels acquis.»

Pour Geneviève Pignarre¹⁵, si l'idée de compensation du préjudice est l'un des critères utilisés par la Cour régulatrice pour justifier la différence de traitement, ce critère est utilisé à tort en l'espèce. En effet, selon elle, si l'article L. 132-8, alinéa 6, devenu l'article L. 2261-13 du nouveau code du travail, prévoit que *«lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai»*, c'est pour permettre aux salariés de conserver certaines garanties acquises sous l'empire de l'accord collectif dénoncé, garanties pérennisées par le truchement du mécanisme de l'incorporation, et non pour réparer un préjudice quelconque.

Soc., 4 décembre 2007, Bull. 2007, V, n° 203 : Hélène Tissandier¹⁶ reproche à ce dernier arrêt d'assimiler le maintien des avantages acquis prévu par la loi (application de l'article L. 132-8, alinéa 6, devenu l'article L. 2261-13 du nouveau code du travail) et le maintien des avantages acquis par le jeu d'un accord collectif d'adaptation ;

5. Le maintien d'une rémunération alors qu'il y a eu déclassement d'emploi : Soc., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-41.414.

La décision justifiée par «des considérations liées à l'intérêt de l'entreprise»

Antoine Lyon-Caen comme Danielle Corrignan-Carsin¹⁷ remarquent que certaines décisions prennent en compte, sans le dire expressément, l'intérêt de l'entreprise. Cette jurisprudence semble se rapprocher de celle du Conseil d'Etat, qui admet, on l'a vu, que des différences de traitement soient fondées sur l'intérêt général ou l'intérêt public.

1. Différence de nationalité pour contribuer à la création d'un pôle d'excellence

Soc., 9 novembre 2005, Bull. 2005, V, n° 312 : *«Une inégalité de traitement entre des salariés peut être justifiée lorsqu'elle repose sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée.*

Il résulte des dispositions combinées du préambule de la Convention de Paris du 16 décembre 1988 relative à la construction et à l'exploitation d'une installation européenne de rayonnement Synchrotron, de la résolution n° 2 jointe à l'acte final, des articles 12 et 25 des statuts de la société Installation européenne de rayonnement Synchrotron annexés à ladite convention et 50 de la convention d'entreprise de la société précitée, dans sa rédaction applicable, que si la prime d'expatriation introduit une différence de traitement entre les salariés français et les salariés étrangers, cette inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international. Dès lors, l'avantage conféré aux salariés étrangers reposait sur une raison objective, étrangère à toute discrimination en raison de la nationalité» ;

2. Différence pour éviter la fermeture d'un établissement : Soc., 21 juin 2005, Bull. 2005, V, n° 206.

Différence justifiée par des parcours professionnels différents

Soc., 3 mai 2006, Bull. 2006, n° 160 : *«Des accords collectifs peuvent, sans méconnaître le principe "à travail égal, salaire égal", prendre en compte, pour le calcul des rémunérations, le parcours professionnel spécifique de certains salariés bénéficiant d'une promotion. D'autres salariés n'ayant pas eu le même parcours professionnel mais occupant le même emploi et percevant une rémunération moindre ne sont dès lors pas fondés à soutenir qu'ils auraient été victimes d'une inégalité salariale, en violation du principe précité, par rapport à leurs collègues promus.»*

¹⁵ Pignarre Geneviève, «Que reste-t-il du principe "à travail égal, salaire égal" ? Application de la règle en cas de disparités organisées par le statut collectif dans la même entreprise», note sous Soc., 11 juillet 2007 (pourvoi n° 06-42.128), RTD 2007, p. 661.

¹⁶ Tissandier Hélène, «Principe "à travail égal, salaire égal" et avantages individuels acquis : la confusion des genres ?», note sous Soc., 4 décembre 2007 (pourvoi n° 06-44.041), RDT 2008, p. 115.

¹⁷ Corrignan-Carsin Danielle, «Un nouvel embauché n'est pas fondé à invoquer une violation du principe "à travail égal, salaire égal", des "raisons objectives" justifiant la différence de rémunération», JCP 2006, éd. G, n° 5, II, 10017.

Selon Geneviève Pignarre¹⁸, cet arrêt suscite de sérieuses réserves, du fait qu'il libéralise l'application du principe «à travail égal, salaire égal». Elle considère que, sous couvert de l'existence de parcours professionnels dont la spécificité était ici «plus décrétée qu'avérée», les hauts magistrats n'ont pas craint de déplacer l'objet du litige pour opérer le constat que les salariés ne se trouvaient pas dans une situation identique (Voir aussi : Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-43.211 ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 05-44.503 ; Soc., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-43.566 ; Soc., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-44.134 ; Soc., 14 mars 2007, pourvoi n° 06-41.932 ; Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-41.472 ; Soc., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.425 ; Soc., 3 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.598).

Cependant, la Cour est devenue plus exigeante, réclamant une appréciation *in concreto* des éléments justificatifs et, désormais, une différence de parcours professionnel ne justifie plus, à elle seule, une différence de traitement (Soc., 20 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 39).

L'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte par une prime spéciale

Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.795 : «*Qu'en statuant ainsi, alors que l'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte dans une prime spéciale, et l'expérience acquise peuvent justifier une différence de rémunération, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.*»

(Soc., 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-42.054 ; Soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-40.866).

L'expérience professionnelle acquise : Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 03-42.033 ; Soc., 15 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 340 ; Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.795.

Différence de compétence reconnue de manière transparente : Soc., 17 octobre 2006, pourvoi n° 05-40.393.

L'analyse de la jurisprudence précitée montre que la chambre sociale a d'abord exigé des juges du fond un contrôle de la pertinence de l'élément objectif, ce qui laisse entendre qu'un élément objectif, vérifiable, ne serait pas nécessairement considéré comme pertinent par les magistrats, puis qu'elle a marqué une étape importante en donnant mission au juge de contrôler concrètement la réalité de la pertinence des raisons objectives invoquées par l'employeur.

C'est d'abord un arrêt du 21 février 2007 qui introduit l'exigence d'une appréciation *in concreto* par les juges (Soc., 21 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 27). Cet arrêt a été suivi par deux arrêts importants du 15 mai 2007, qui confirment cette évolution et posent l'obligation pour les juges du fond de «*rechercher concrètement si les différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables.*»

Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75 : «***Une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération. Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui justifie les différences de rémunération existant entre des salariés exerçant les mêmes fonctions de formateurs par le seul fait que certains sont sous contrat à durée indéterminée tandis que les autres sont des salariés "occasionnels", sans rechercher concrètement si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables.***»

Dans cet arrêt du 15 mai 2007, la chambre sociale affirme l'exigence d'une justification objective et pertinente des différences de rémunérations susceptibles de légitimer des entorses au principe d'égalité de traitement. La chambre sociale reproche aux juges du fond d'avoir vérifié superficiellement l'existence de motifs, sans procéder à un véritable contrôle de ceux-ci. La Cour de cassation précise que, pour constituer des dérogations admissibles au principe «à travail égal, salaire égal», les motifs invoqués par l'employeur doivent constituer des «*raisons objectives matériellement vérifiables, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence.*»

Pour Christophe Rade¹⁹, la Cour de cassation manifeste par cet arrêt la volonté de ne pas se laisser enfermer dans une logique trop formelle où certaines justifications seraient *a priori* admises, sans que le juge ne vérifie que cette justification était effectivement de nature à fonder la différence de traitement relevée.

Une autre illustration de cette nouvelle exigence se retrouve dans un arrêt ultérieur : Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.742.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel car elle estime qu'elle aurait dû procéder à une analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de la demanderesse avec celles des autres membres du comité de direction et rechercher, comme il le lui était demandé, si les fonctions respectives exercées par les uns et les autres étaient de valeur égale.

De la même manière, c'est son raisonnement abstrait que la Cour de cassation reproche à la cour d'appel dans un arrêt du 20 février 2008.

Soc., 12 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 36 : «*Au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un engagement unilatéral ne saurait justifier des différences de traitement entre eux.*»

Il n'est pas possible, non plus, de considérer que la différence de catégorie professionnelle est, *a priori*, quelle que soit la situation, de nature à justifier une différence de traitement (Soc., 20 février 2008, *Bull.* 2008, V, n° 39).

¹⁸ Pignarre Geneviève, «Une inégalité de rémunération peut être justifiée par une différence dans les parcours professionnels», *RTD* 2006, p. 108.

¹⁹ Rade Christophe, observations sous Soc., 15 mai 2007, *Droit social*, n° 7/8, p. 896.

A la lumière de cette jurisprudence qui s'est affinée au cours du temps et que la cour de renvoi a utilisé, comment doit-on répondre à la question, posée par le pourvoi, de l'incidence de la différence de statut juridique public/privé sur l'égalité de traitement ?

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rechercher si une différence de situation juridique pouvait justifier une différence de traitement.

Soc., 28 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 152 : « *Il n'y a pas méconnaissance du principe "à travail égal salaire égal" lorsque l'employeur justifie par des raisons objectives la différence de rémunérations allouées aux salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale ; et, pour l'application de ce principe, la rémunération d'un même emploi, à condition de ne pas être inférieure à celle d'un salarié occupant cet emploi sous un contrat de travail à durée indéterminée, peut tenir compte de la situation juridique du salarié dans l'entreprise. Le statut d'intermittent du spectacle d'un salarié, ainsi que son ancienneté non prise en compte par ailleurs, peuvent dès lors justifier à son profit une différence de rémunération par rapport à un autre salarié occupant un même emploi mais bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée* ».

Cette solution était, selon Jean-François Cesaro²⁰, justifiée par la précarité résultant de la situation juridique du salarié : le salarié répondait aux besoins de flexibilité de son employeur et ne pouvait espérer une progression de sa rémunération fondée sur l'ancienneté. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, s'étaient ici attachés à montrer que les salariés, moins bien rémunérés, se trouvaient dans une meilleure situation, étant « *intégrés au personnel permanent de la société* » et bénéficiant « *d'avantages tels que la mutuelle, les tickets, restaurants ou le plan épargne entreprise* ».

Antoine Lyon-Caen²¹, s'il estime légitime de rémunérer la précarité, reproche à la chambre sociale de ne pas indiquer en quoi consiste, dans une telle hypothèse, la différence de situation. Selon lui, la situation juridique peut difficilement constituer un repère pour qui s'efforce de comprendre ce que peut recouvrir une différence admissible de rémunération, car tout ou presque définit la situation juridique du travailleur. Il estime qu'entendue de manière large, l'expression ouvre la voie à une interprétation de la règle tendue vers une généralisation des différences légitimes. « *Chaque fois en effet que par voie d'accord individuel, ou par décision unilatérale, là où la loi ou la convention collective la rend possible, un salarié connaît une condition de travail, d'emploi, ou de rémunération spéciale, ou plutôt différente de celle que connaît son homologue, sa situation juridique est, par comparaison, singulière* ». L'usage légitime fait des possibilités, fondées en droit, de singulariser un rapport d'emploi suffirait ainsi à satisfaire les exigences de la règle « à travail égal, salaire égal ». Il souligne qu'il n'est pas sûr que la Cour de cassation envisage une règle aussi évanescence, mais considère que l'expression qu'elle consacre peut conduire à ce résultat. Cet auteur aurait préféré qu'en l'espèce, la Cour admette comme élément objectif, justifiant la différence de traitement entre salariés, le fait que les uns étaient sous contrat à durée déterminée et les autres sous contrat à durée indéterminée, cette différence ayant une portée bien moindre que la différence fondée sur la situation juridique.

De même, pour une affaire concernant précisément le « *complément Poste* » :

Soc., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-44.626 : « *Mais attendu que les salariés agents de droit privé dont la rémunération résulte de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement ; que la cour d'appel a ainsi, à bon droit, écarté l'application du principe "à travail égal, salaire égal" s'agissant de la prime dite complément Poste* ».

Christophe Rade écrit²² que la lecture de ces deux arrêts ne permettait pas de répondre à la question de savoir si la différence de situation juridique constituait une justification suffisante ou si elle devait être complétée par d'autres éléments puisque, dans la première affaire, la Cour avait indiqué que le juge « *peut tenir compte* » de ce critère (Soc., 28 avril 2006) et, dans la seconde, qu'une cour d'appel justifie « *à bon droit* » une différence de traitement par l'analyse de la différence de statut dans l'entreprise (Soc., 20 mars 2007). Il estimait alors qu'une clarification de la position de la haute juridiction sur le caractère suffisant ou non du critère de la différence de « *situation juridique* » s'imposait.

L'arrêt contre lequel se rebelle la cour d'appel de Grenoble, Soc., 21 décembre 2006, comme l'arrêt précédent (Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-43.026) adoptant la même solution, s'inscrivent dans cette jurisprudence.

Michel Morand²³ interprète ces arrêts comme signifiant que « *le principe à travail égal, salaire égal ne s'applique qu'à des salariés régis par le code du travail. L'existence de différenciation de rémunération entre agents de droit privé et fonctionnaires (de la poste) peut se justifier par la différence de situation entre ces personnels* ».

L'arrêt déjà cité du 15 mai 2007 (Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75) est-il venu modifier cette position²⁴ ? Rappelons-en les termes :

« Une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération. Encourt dès lors la cassation pour défaut de base légale l'arrêt qui justifie les différences de rémunération existant entre des salariés exerçant les mêmes

²⁰ Cesaro Jean-François, « Différence de statut, différence de salaire et devoir de motivation », *JCP* n° 48, 27 novembre 2007, 1909.

²¹ Lyon-Caen Antoine, « à travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », *RDT* 2006, p. 16.

²² Rade Christophe, observations sous Soc., 15 mai 2007, *Droit social*, n° 7/8, p. 896.

²³ Morand Michel, « Le principe à travail égal, salaire égal », *Lamy Liaisons sociales*, Thématis, mai 2008.

²⁴ Il est à noter que cet arrêt est postérieur à l'arrêt contre lequel la cour d'appel se rebelle.

fonctions de formateurs par le seul fait que certains sont sous contrat à durée indéterminée tandis que les autres sont des salariés "occasionnels", sans rechercher concrètement si ces différences de rémunération étaient fondées sur des raisons objectives matériellement vérifiables».

La cour d'appel avançait comme motif principal que «*les règles applicables variant selon le statut des personnes dispensant des heures de formation, on ne pouvait considérer qu'un formateur occasionnel se trouvait dans une situation identique à celle d'un salarié sous contrat à durée indéterminée*». Cette affirmation, parce qu'elle semblait érigée en principe, était contestable. L'arrêt était d'autant plus critiquable, selon Jean-François Cesaro²⁵, que les juges du fond ne précisaient pas clairement les conséquences pratiques de la différence de statut qu'ils avaient relevée. Ils semblaient, à cet égard, se fonder sur des possibilités et non des certitudes (on lit dans leurs motifs que la différence de statut «*peut s'expliquer par la précarité*»...)

L'arrêt est cassé pour manque de base légale, la Cour considérant que le défaut de motivation ne lui permet pas de vérifier que la différence de traitement reposait sur des raisons objectives. Cet arrêt apporte une précision à l'attention des juges du fond : «*ils sont invités à se livrer à une véritable casuistique de manière très empirique*»²⁶. Ainsi, une différence de statut, dès lors que ses conséquences sont clairement et concrètement présentées par le jugement ou l'arrêt, permettrait de fonder une différence de rémunération.

Christophe Rade²⁷ note que, dans cet arrêt, la notion de «*statut juridique*» a été préférée à celle de «*situation*» juridique jusque-là employée, ce qui lui semble préférable. Le «*statut juridique*» renvoie en effet de manière plus globale au régime auquel se trouvent soumis les salariés, compte tenu de la qualification de leur contrat, et intègre bien entendu la précarité de l'emploi. Cette notion est donc plus précise que celle de «*situation*» juridique, et fait référence à une analyse de la relation de travail aujourd'hui communément admise, même dans le secteur privé.

C'est précisément l'incidence de la différence de statut juridique qui est en cause dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière. Particulièrement, en l'espèce, l'appartenance au secteur public ou au secteur privé d'une même entreprise constitue-t-elle un élément objectif suffisant ?

La réponse positive de la chambre sociale à cette question résulte de plusieurs arrêts intervenus avant et après l'arrêt ayant provoqué la position contraire de la cour de Grenoble.

La chambre avait statué en ce sens, précisément pour des salariés de La Poste, dans un arrêt du 8 octobre 2003 (pourvois n° 01-42.409 à 01-42.424), puis dans un arrêt du 11 octobre 2005 déjà cité (pourvoi n° 04-43.026) :

«Attendu que, selon les jugements attaqués (conseil de prud'hommes, Lyon, 6 février 2004) la direction générale de La Poste a décidé de regrouper l'ensemble des primes et indemnités versées à son personnel sous la forme d'un complément indemnitaire dit «complément Poste», en 1993 pour les agents fonctionnaires, puis en 1995 pour les agents contractuels ; que, revendiquant le versement d'une prime biannuelle versée aux seuls agents fonctionnaires, Mme X... et trois autres agents contractuels ont saisi le conseil de prud'hommes aux fins d'en obtenir le paiement ;

Sur le second moyen : attendu que les salariés font encore grief aux jugements attaqués d'avoir violé le principe «à travail égal, salaire égal» ;

Mais attendu que le conseil de prud'hommes, ayant relevé que les salariés agents de droit privé dont la rémunération résultait de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé».

Elle a encore statué dans ce sens dans un arrêt postérieur du 20 mars 2007 (déjà cité) (pourvoi n° 05-44.626) :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 7 juillet 2005), qu'après avoir été engagés en juin 1988 et novembre 1985 en qualité d'agents contractuels de droit public par La Poste, MM. X... et Y... ont, le 15 septembre 1992, opté pour le statut d'agent de droit privé autorisé par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 ; qu'ils ont engagé une action prud'homale tendant à obtenir un rappel de salaire au titre de leur ancienneté, d'une part, et au titre du «complément Poste», d'autre part ;

Mais attendu que les salariés agents de droit privé dont la rémunération résulte de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement, que la cour d'appel a ainsi, à bon droit, écarté l'application du principe «à travail égal, salaire égal», s'agissant de la prime dite «complément Poste» ;

Ces décisions, l'une de cassation, l'autre de rejet, montrent qu'il existe une différence d'interprétation parmi les juges du fond sur la notion de situation identique ou équivalente.

On peut trouver un complément d'explication à la position de la chambre sociale dans un arrêt du 1^{er} juin 2005 (Bull. 2005, V, n° 185) :

«Attendu cependant qu'au sein d'une unité économique et sociale, qui est composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre

²⁵ Op. cit.

²⁶ Rade Christophe, observations sous Soc., 15 mai 2007, *Droit social*, n° 7/8, p. 896.

²⁷ Op. cit.

les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans constater que l'une de ces dernières conditions était remplie, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

On peut en déduire que la comparaison n'est possible que si les salariés sont soumis à un même régime légal ou conventionnel et si les salariés accomplissent leur travail dans un même établissement.

Cette affaire ne concerne pas une différence entre salariés de droit privé et fonctionnaires, mais, en la transposant dans la présente affaire du «*complément Poste*», on peut considérer que la justification de la différence de traitement résiderait dans le fait que les conditions de rémunération des fonctionnaires sont réglées dans le cadre de la loi, tandis que celles des salariés de droit privé sont fixées par des accords collectifs.

La chambre sociale a admis en d'autres occasions que l'application de la loi pouvait justifier une différence de traitement. Ainsi, dans un récent arrêt du 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-42.717, a-t-elle retenu, au visa de l'article L. 1224-1 du code du travail, qu'une cour d'appel devait rechercher si la différence de traitement n'était pas justifiée par l'obligation dans laquelle se trouvait un cessionnaire de maintenir au profit des salariés repris les droits qu'ils tenaient de leur contrat de travail au jour du transfert. On peut également citer l'arrêt déjà évoqué de la CJCE, selon lequel il convient d'exclure toute comparaison lorsque les différences de rémunération «*ne peuvent être attribuées à une source unique*» et qu'«*il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement*» (CJCE, 17 septembre 2002, affaire C-320/00 ... e.a.).

En l'espèce, il est cependant démontré que la différence de traitement a pu être supprimée par les dirigeants de La Poste à la suite des négociations salariales conduites pour la rémunération des salariés de droit privé, et le décret du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste (articles 5 et 12) donne compétence au conseil d'administration et à son président, dans le respect des statuts particuliers des personnels fonctionnaires, pour définir la nature des primes et indemnités des personnels, à l'exclusion de celles liées à la qualité d'agents de droit public. Le conseil d'administration et son président ont également compétence pour définir les primes des salariés de droit privé. Il existe donc une entité unique compétente pour définir certains éléments seulement de la rémunération des deux catégories de salariés.

Pour la cour d'appel de Grenoble, la différence de traitement ne peut être justifiée par la seule différence de statut juridique. Cette position peut s'appuyer sur l'arrêt (déjà cité) de la chambre sociale postérieur à l'arrêt ayant provoqué la saisine de la cour de Grenoble : Soc., 15 mai 2007 (pourvois n° 05-42.894 et 05-42.895, FP-P+B) :

« Attendu que pour juger qu'il n'y avait pas eu violation par l'employeur du principe «à travail égal, salaire égal», les arrêts retiennent que les règles applicables variant selon le statut des personnes dispensant des heures de formation, il ne peut être considéré qu'un formateur occasionnel se trouve dans une situation identique à celle d'un salarié sous contrat à durée indéterminée ; que, par suite, un taux horaire plus important payé à un formateur occasionnel ou à un formateur vacataire peut s'expliquer notamment par la précarité de leur situation, l'absence du déroulement de carrière prévu à l'article 22 de la convention collective, la nécessité de prendre en compte le temps de préparation ou le régime applicable de cotisations sociales ; que, de même, il peut être pris en compte des raisons objectives liées au statut de formateur, telles des diplômes ou sa compétence notoire ou la difficulté de la formation assurée, comme par exemple une préparation à des concours ;

Attendu, cependant, d'une part, qu'une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération ; d'autre part, qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs généraux, sans rechercher concrètement si les différences de rémunération constatées étaient justifiées en l'espèce par des raisons objectives matériellement vérifiables, la cour d'appel a privé sa décision de base légale, au regard du principe susvisé.

Cet arrêt précise bien que la différence de statut juridique **ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement** en matière de rémunération et ajoute que si les salariés sont placés dans la même situation, la différence de traitement doit reposer sur des raisons objectives.

On peut voir dans cette décision une contradiction avec l'arrêt de la même chambre rendu dans la présente affaire, puisque la chambre sociale avait alors jugé que les salariés de droit privé et les fonctionnaires (ayant donc des statuts juridiques différents) ne se trouvaient pas dans une situation identique.

Le seul fait que l'on soit en présence de salariés de droit privé et de fonctionnaires justifie-t-il cette contradiction apparente ?

Si nous admettons que la différence de statut doit, pour ce qui concerne la différence de traitement, s'apprécier au sein d'un même groupe de salariés soumis au code du travail, nous serons conduits à casser la décision de la cour d'appel de Grenoble, qui a fait une comparaison entre salariés de droit privé et fonctionnaires ; à l'inverse, si nous considérons qu'aucune différence de statut juridique ne justifie, **à elle**

seule, une différence de situation entraînant une possible différence de traitement, nous approuverons la cour de renvoi, puisque La Poste, sur qui pèse la charge de la preuve, n'invoquait aucune autre raison objective matériellement vérifiable.

Une décision claire s'impose pour éviter les différences d'interprétation déjà signalées dans un domaine où il existe encore de nombreuses situations de salariés ayant des statuts juridiques différents (droit privé/ fonctionnaires) et exerçant une activité similaire.

Si l'assemblée plénière décide de rejeter la première branche du moyen, elle devra statuer sur la seconde.

M. X... soutient l'irrecevabilité pour nouveauté du moyen sur ce point, en faisant valoir que La Poste n'avait pas contesté devant les juges du fond la compétence du juge judiciaire pour apprécier le respect par les décisions du conseil d'administration de La Poste du principe « à travail égal salaire égal ».

Il résulte des conclusions de La Poste devant la cour d'appel que cet établissement avait renoncé à débattre de la compétence des juridictions judiciaires dans le litige et qu'il reconnaissait la compétence de la cour d'appel de renvoi.

Par ailleurs, seules les juridictions judiciaires ont compétence pour statuer sur les difficultés opposant des salariés de droit privé à leur employeur.

Avis de Mme Petit

Premier avocat général

«Les choses qui sont semblables doivent être traitées semblablement alors qu'il faut traiter des choses dissemblables en proportion de leur dissemblance».

Ethique à Nicomaque. Aristote

INTRODUCTION

La notion d'égalité a-t-elle sa place en droit du travail ?

Le principe d'égalité paraît constituer un droit fondamental éminemment relatif, ce qui est heureux dans la mesure où retenir une conception absolue de l'égalité est susceptible de conduire à une situation d'insécurité juridique complète.

C'est pourquoi le Conseil constitutionnel, s'inspirant de la philosophie aristotélicienne, considère que le principe d'égalité «*n'interdit pas que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni (...) qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*».

Partageant cette vision, le professeur Antoine Lyon-Caen souligne que le droit du travail répudie l'égalité juridique pour prendre en compte des inégalités de fait, dépourvues jusqu'alors de pertinence juridique, et ce, d'une part, par l'octroi de droits particuliers discriminatoires en faveur des salariés, d'autre part, par l'institution de rapports contractuels collectifs¹.

On sait que le droit du travail s'est bâti sur la base d'inégalités primaires, verticales entre employeur et travailleur et inégalités horizontales entre travailleurs par le contrat de travail, en sorte qu'il serait «*le programme juridique dont ces inégalités constituent la raison d'être*» ; c'est d'ailleurs pourquoi on le qualifie souvent de «*droit de correction*».

Le principe d'égalité est donc à multiples facettes...

Principe fondateur de la démocratie, indissolublement lié à celui de la liberté, il couvre un large éventail de normes, au sommet desquelles figure l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : «*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*»

Egalement consacré par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ainsi que par l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958, le principe d'égalité est plus connu au niveau international sous le concept préféré de non-discrimination, dont l'objectif initial a été, au premier chef, l'instauration de l'égalité entre les hommes et les femmes.

L'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, les pactes onusiens de 1966, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, condamnent unanimement toute discrimination résultant de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, de l'opinion, de la naissance...

Bien évidemment, le champ de la relation du travail constitue le domaine premier de la lutte contre ces discriminations. Peu à peu, des pans entiers du droit du travail sont soumis au principe d'égalité, écrit Ph. Wacquet, qui va même jusqu'à évoquer «*un envahissement*»².

Variante de l'exigence du principe d'égalité, l'égalité de traitement en constitue une version atténuée³, puisqu'elle n'emporte pas les mêmes droits, avantages, obligations ou contraintes et n'exclut pas différence et distinction⁴. Son domaine de prédilection est là aussi l'égalité de traitement en matière professionnelle entre les hommes et les femmes, la Convention de l'OIT du 29 juin 1951 posant le principe d'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale.

Dans la même lignée, le Traité de Rome impose aux Etats membres, par l'article 119, devenu l'article 141 du Traité CE, d'appliquer le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour le même travail ou, depuis le Traité d'Amsterdam, pour «*un travail de même nature*»⁵.

Le rayonnement du principe d'égalité de traitement dans les relations du travail, et tout particulièrement en matière de rémunération dans l'entreprise, a pénétré notre législation interne sous la forme de l'adage «*à travail égal, salaire égal*», transcrit dans les articles L. 133-5 4°, L. 136-2 8° et L. 140-2 du code du travail, dorénavant L. 2261-22, L. 2271-1 et L. 1121-1.

¹ Cf. A. Lyon-Caen, *Droit social*. 1990, p. 68 et s.

² Cf. p. 10, Wacquet, «Le principe d'égalité en droit du travail», *Droit social* 2003, p. 276.

³ Cf. A. Janneaud, «Du principe d'égalité de traitement des salariés», *Droit social* 2004, p. 698.

⁴ Cf. G. Auzero, «L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise», *Droit social* 2006, p. 822.

⁵ Cf. étude sur l'égalité des salariés en droit du travail : P. Dailly, *Rapport annuel Cour de cassation* 2003, La Documentation française.

Le **pourvoi** qui légitime la réunion de l'assemblée plénière de votre cour pose la question de principe suivante :

Au regard de la portée de la règle « à travail égal, salaire égal », l'établissement public à caractère industriel et commercial de La Poste est-il tenu de verser le même « complément Poste »⁶ aux deux catégories d'agents qui coexistent en son sein – les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé – lorsqu'ils exercent des fonctions similaires ?

Rappel des faits et de la procédure

La loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 a transformé le statut de La Poste. D'exploitant public, elle est désormais un établissement à caractère de droit public, placé sous la tutelle du ministre chargé de la poste et des télécommunications et reconnue par le Conseil d'Etat⁷ comme EPIC.

L'article 29 de la loi du 2 juillet 1990 dispose : « les personnels de La Poste... sont régis par des statuts particuliers pris en application de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, et de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat... » ; l'article 31 de la même loi prévoit que « lorsque les exigences particulières de l'organisation de certains services ou la spécificité de certaines fonctions le justifient, les exploitants publics peuvent employer, sous le régime des conventions collectives, des agents contractuels, dans le cadre des orientations fixées par le contrat de plan ».

Le dernier rapport social de La Poste, établi au 31 décembre 2007, indique que, sur un effectif total de 279 755 salariés, on dénombre 163 398 fonctionnaires et 103 794 agents titulaires d'un contrat à durée indéterminée, enfin 12 603 agents titulaires d'un contrat à durée déterminée. La Poste ne recrute plus d'agents fonctionnaires depuis l'année 2001.

Les statuts des corps et grades de l'ancienne administration des PTT ont dû être modifiés, afin de prendre en considération leur rattachement à la nouvelle personne publique de La Poste. Cela a donné lieu à la création de corps et grades de reclassement ainsi qu'à des reclassifications.

Conformément aux dispositions de l'article 5 du décret du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste, le conseil d'administration définit et conduit la politique générale de La Poste conformément aux orientations fixées par le gouvernement et dans le respect des règles précisées par les statuts particuliers des personnels fonctionnaires... Il approuve le niveau et la structure des effectifs, définit la nature des primes et indemnités des personnes, à l'exclusion de celles liées à la qualité d'agent de droit public.

Dans sa séance du 27 avril 1993, le conseil d'administration de La Poste a approuvé le principe de la création d'un complément indemnitaire Poste ayant vocation à regrouper, parmi les primes et indemnités existantes, celles qui constituaient un complément de rémunération ; ce complément devait concerner tous les agents, qu'ils soient ou non fonctionnaires, et être mis en œuvre progressivement selon des modalités à négocier avec les organisations syndicales, suivant un calendrier cohérent avec le processus de reclassification.

L'instruction du 3 août 1993, portant création et modalités d'application du « complément indemnitaire poste », a précisé que sa mise en œuvre a pour objet d'ajouter, aux éléments traditionnellement mensualisés, les primes et indemnités versées périodiquement et limitativement énumérées.

Cette mise en œuvre s'est opérée en trois phases, la première concernant les cadres supérieurs, les cadres et les chefs d'établissement.

La deuxième phase, prévue par une instruction du 25 février 1994, complétant la précédente, visant les personnels titulaires fonctionnaires autres que ceux déjà mensualisés par la première instruction et précisant :

« Pour les personnels rattachés à cette seconde phase, l'intégration des primes et indemnités s'effectue ainsi qu'il suit :

- les primes et indemnités retenues seront totalisées (y compris la prime de résultat d'exploitation) pour leur montant annuel (référence 1993) ;
- de ce montant, sera déduite une somme forfaitaire, identique pour tous, de 4 500 francs pour 1994 ;
- le montant annuel restant sera mensualisé pour le douzième de sa valeur ;
- en mars et en septembre, en sus du complément mensuel, chaque agent percevra une somme de 2 250 francs ».

La troisième phase a été organisée par la décision n° 1802 du 9 décembre 1994 pour le complément Poste des agents contractuels de droit public et les personnels de droit privé relevant de la convention commune. Et, par décision du 25 janvier 1995, le conseil d'administration a :

- décidé l'extension du complément indemnitaire aux agents contractuels relevant de la convention commune « La Poste - France Télécom », catégorie « autres personnels » (à savoir les agents contractuels employés dans des fonctions d'exécution, de maîtrise, de technicien ou d'encadrement d'un niveau au plus égal à la classe III de la classification interne) ;
- approuvé le principe de la suppression des primes et indemnités, initialement regroupées dans le complément indemnitaire de chaque catégorie de personnel ;

⁶ Le complément Poste fait partie de la rémunération.

⁷ Cf. Conseil d'Etat, 13 novembre 1998, syndicat professionnel des médecins de prévention de La Poste et de France Télécom. RFD adm 1999, p. 262.

- constaté que le complément indemnitaire aujourd'hui dénommé « complément Poste » constituait désormais l'un des sous-ensembles de la rémunération de base de chaque catégorie de personnel.

Enfin, la **décision n° 717 du 4 mars 1995** a précisé la définition juridique du « complément Poste », qui constitue désormais un des sous-ensemble de la rémunération de base, au même titre que le traitement indiciaire ou certaines primes liées à la qualité d'agent de droit public. C'est une entité indissociable et non plus un agrégat de primes ou d'indemnités. **La rémunération de référence**, selon l'article 2-1, étant composée du traitement indiciaire pour les fonctionnaires ou du salaire de base pour les agents contractuels (auquel, pour ces derniers, s'ajoutent les éventuelles majorations d'ancienneté), dont l'évolution est fonction, dans le premier cas, de l'augmentation de la valeur du point fonction publique et, dans le second cas, de la négociation salariale.

Selon l'**accord salarial pour l'année 2001**, il a été convenu entre les partenaires sociaux de La Poste que, dans un processus de convergence des seuils de recrutement du complément Poste, « à partir de 2001, les compléments Poste des agents contractuels sous contrat à durée indéterminée (CDI ou CDI) des niveaux I1 à I12 comporteront une partie payée mensuellement et une partie payée semestriellement (complément bi-annuel). Les droits sont réglés chaque mois pour la partie mensuelle et en octobre 2001 (en raison du passage à l'euro) pour la partie biannuelle au titre de l'activité du premier semestre 2001, puis en février 2002 pour la partie biannuelle au titre de l'activité du second semestre 2001. A partir de 2002, les droits seront réglés respectivement en septembre pour les droits du premier semestre de l'année et en février de l'année suivante pour les droits du second semestre de l'année.

Il est convenu que fin 2003 les compléments Poste des agents contractuels des niveaux I2, I3, et I11 seront égaux aux montants des compléments Poste des fonctionnaires de même niveau. Une mesure exceptionnelle permettra de porter le versement biannuel effectué au deuxième semestre 2003 au niveau de celui effectué pour les fonctionnaires à cette même date. S'agissant des agents contractuels de niveau I1, le processus de convergence est également confirmé, avec l'engagement d'un montant de complément Poste atteignant 4 900 F (747 euros) au titre de 2002, montant composé de versements mensuels de 250 F au cours de l'année 2002 et de versements bi-annuels respectivement de 900 F en septembre 2002 et de 1 000 F en février 2003. »

Estimant, au vu de ses bulletins de paie, qu'il n'avait pas perçu le même montant de la prime biannuelle servie aux agents de la poste ayant la qualité de fonctionnaire, M. Eric X..., entré au service de La Poste selon contrat de travail à durée indéterminée en date du 6 janvier 1998, classé au niveau de fonction ACC12, a saisi, avec d'autres salariés de droit privé, le conseil de prud'hommes de Lyon pour demander paiement du rappel de cette prime pour la période allant du mois de février 1998 au mois de janvier 2001, outre l'indemnité incidente de congés payés ainsi que des dommages-intérêts.

Par jugement du 6 février 2004, le juge départiteur a rejeté l'exception d'incompétence invoquée par La Poste au bénéfice de la juridiction administrative et débouté M. X... de toutes ses prétentions. Il a estimé que le principe « à travail égal, salaire égal » n'avait pas été enfreint dès lors que M. X... ne se trouvait pas dans une situation identique, vis-à-vis de son employeur, à celle d'un agent fonctionnaire.

Par arrêt du 25 février 2005, la cour d'appel de Lyon, après avoir confirmé la compétence de la juridiction prud'homale, a réformé le jugement, considérant « que La Poste ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celles des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires et qu'elle n'apporte aucun élément laissant apparaître un niveau de fonction et de responsabilité différent, des conditions de travail distinctes ou une disparité s'expliquant par l'intérêt général de l'entreprise ».

La chambre sociale de votre Cour, par arrêt du 21 décembre 2006, a cassé la décision de la cour d'appel de Lyon au motif, sur la deuxième branche du moyen unique, que « les agents contractuels dont la rémunération résultait des négociations salariales annuelles dans le cadre de la convention collective ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement ».

Statuant sur renvoi, la cour d'appel de Grenoble, par arrêt du 21 novembre 2007 faisant sienne, de ce chef, la décision de la cour d'appel de Lyon, a également affirmé « qu'une différence de statut juridique entre salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffisait pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération ; qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans une même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence », ce que La Poste ne démontrait pas.

L'assemblée plénière de votre Cour est aujourd'hui saisie d'un nouveau pourvoi formé par La Poste, qui développe un moyen unique à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble. La question de principe est formulée dans la première branche qui fait valoir :

« **Alors, d'une part, que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés que s'ils sont placés dans une situation identique ; que le personnel de La Poste est constitué d'agents fonctionnaires relevant du statut de la fonction publique et d'agents contractuels de droit privé soumis aux dispositions du code du travail et à la convention commune La Poste - France Télécom ; que cette différence objective de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé justifie que le complément Poste de certains fonctionnaires puisse être versé, en partie, au moyen d'un complément bi-annuel, et que celui des agents contractuels de droit privé relève d'un seuil minimal fixé dans le cadre d'accords salariaux librement et annuellement négociés avec les syndicats ; qu'en affirmant que La Poste "ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution**

de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celle (de l'agent concerné) et des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires" et en exigeant ainsi que le complément Poste versé au salarié soit identique dans son montant et ses modalités de versement à celui des agents fonctionnaires ayant des fonctions similaires, **la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles L. 140-2 (L. 1121-1 du nouveau code), L. 133-5-4 (L. 2261-22) et L. 122-45 (L. 1132-1) du code du travail, et, par refus d'application, l'instruction du 25 février 1994, la décision du 25 janvier 1995, la décision n° 717 du directeur de La Poste du 4 mai 1995**».

La seconde branche fait grief à la cour d'appel d'avoir violé le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, ensemble l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III, ainsi que les décisions des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, la décision n° 717 du 4 mai 1995 et l'instruction du 25 février 1994, en s'étant nécessairement fait juge de la légalité de ces actes administratifs.

A travers l'énoncé de la première branche du moyen, c'est tout d'abord la définition du concept d'égalité dans les relations du travail qui est posée : égalité formelle, égalité concrète ? (1). C'est ensuite la traduction de l'égalité de traitement en matière salariale dans le cadre de l'affirmation « à travail égal, salaire égal » (cf. 2). C'est enfin la détermination du périmètre des « égaux » selon les différents statuts des salariés au sein de l'entreprise (cf. 3).

1. L'essor d'une exigence d'égalité de traitement dans les relations du travail : de l'égalité formelle à l'égalité concrète ?

Le paradoxe de l'égalité envisagée en tant que concept philosophique est d'être éminemment désirable et insaisissable, "une instruction contradictoire et pragmatique" écrivait le doyen Vedel⁸.

D'abord une valeur, l'égalité est considérée comme un principe fondateur de notre droit et sa plasticité lui permet fort heureusement de rester porteuse d'aspirations qui évoluent au cours du temps ; le principe d'égalité est aujourd'hui un principe en pleine mutation, aussi bien en droit interne qu'en droit communautaire.

1.1. Le principe d'égalité est tout d'abord un principe de valeur constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel lui reconnaît expressément cette valeur, en le rattachant aux sources constitutionnelles précédemment évoquées et en lui attribuant une valeur juridique explicite dans sa jurisprudence⁹. Toutefois, il s'agit plus d'un principe démocratique destiné à inspirer les pouvoirs publics que d'une règle de droit positif au contenu précis, et les décisions du Conseil constitutionnel font apparaître son souhait de se réserver une large marge d'appréciation « du principe d'égalité devant la loi ».

Le « considérant » de principe, rappelé en introduction, très fréquemment repris, indique bien que le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles et n'interdit pas qu'à des situations non semblables soient appliquées des règles différentes¹⁰.

Dès lors, lorsque le législateur intervient « à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes », il a le choix entre édicter des règles identiques ou stipuler des régimes particuliers à chaque catégorie ; par exemple, le principe d'égalité tel qu'il est entendu par le Conseil constitutionnel n'interdit nullement aux pouvoirs publics de distinguer parmi les chômeurs des catégories différentes, dès lors que l'objectif est « d'assurer, au mieux, le droit pour chacun d'obtenir un emploi »¹¹.

Comme l'explique fort bien le professeur F. Luchaire¹², c'est l'identité qui s'oppose à la différence et non la similitude ; chaque situation dépend peu ou prou de celui qui l'occupe et c'est la raison pour laquelle le principe de l'individualisation des peines n'a rien de contraire à la Constitution¹³.

Inutile par conséquent de se demander s'il y a ou non une différence entre deux situations, puisqu'il y en a toujours une ; il faut par contre rechercher si cette différence justifie ou même impose des règles différentes.

Le caractère semblable ou non ne se découvre pas par une recherche objective, il suppose une appréciation qui est nécessairement subjective ; ce qui compte par conséquent, c'est bien le rapport entre la spécificité de la situation et la règle différente, et non pas cette spécificité elle-même.

L'expression « situation » est donc trompeuse nous dit F. Luchaire, qui préconise de lui substituer l'expression « condition ».

Enfin, le juge constitutionnel, calquant son attitude sur celle du juge administratif, admet que des fins d'intérêt général puissent permettre de déroger au principe d'égalité¹⁴.

1.2. Le principe d'égalité au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat

Au départ simple principe de philosophie politique, le Conseil d'Etat a converti le principe d'égalité en règle de droit positif en lui donnant une force croissante.

La jurisprudence administrative l'a en effet très tôt considéré comme un principe général de droit applicable même sans texte, dont le respect s'impose à l'administration, tant dans l'exercice de son pouvoir normatif que dans les décisions individuelles qu'elle prend¹⁵.

⁸ Cf. *Droit des libertés fondamentales*, 3^e éd., Dalloz.

⁹ Cf. « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », F. Millo, *AJDA* 1982, Doctrine, p. 115 et s.

¹⁰ Cf. décision n° 82.128 DC du 21 janvier 1981, *JO* du 24 janvier 1981, p. 332.

¹¹ Cf. Conseil constitutionnel, 28 mai 1980 et 16 janvier 1986.

¹² Cf. *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 230.

¹³ Cf. Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, p. 15.

¹⁴ Cf. Conseil constitutionnel, décisions 87-229 DC, 93.320 DC et 93.333 DC.

¹⁵ Cf. D. Lochak, société de législation comparée 2006 : *La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen*.

Egalité devant la loi et le règlement, égalité devant l'impôt, égalité d'accès aux emplois publics, égalité devant les services publics...

Cette jurisprudence abondante converge autour de deux idées forces :

- le principe d'égalité doit être un principe de non-discrimination ;
- le principe d'égalité doit être appliqué avec réalisme et tenir compte des différences de situation¹⁶.

Comme le souligne le professeur Rivero, la jurisprudence administrative consacre trois séries de solutions différentes : tantôt l'égalité dans la règle elle-même, tantôt l'égalité dans l'application de la règle, tantôt l'égalité en dehors de toute règle¹⁷, mais, quelle que soit la voie de droit dans laquelle le droit public cherche l'égalité, il s'arrête dans cette recherche lorsqu'elle risquerait de le mettre en contradiction avec ce qui demeure sa norme fondamentale : l'intérêt public.

Quoi qu'il en soit, l'égalité ne se confond pas avec l'uniformité, c'est d'égalité proportionnelle qu'il s'agit.

Il faut en outre préciser que dans la plupart de ses arrêts, le Conseil d'Etat réserve le cas où une discrimination que ne justifieraient ni une différence de situation ni une nécessité d'intérêt général s'imposerait en tant que « conséquence nécessaire d'une loi », et que « le principe de l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre agents appartenant à un même corps et non entre agents appartenant à un corps différent »¹⁸.

Mais les déclinaisons juridiques du concept d'égalité ont été très profondément influencées par le droit communautaire.

1.3. Egalité et discrimination, l'apport du droit communautaire

Le développement du droit communautaire sur le terrain de la lutte contre les discriminations et de l'égalité de traitement trouve son ancrage dans la construction opérée par la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de l'égalité de traitement entre les travailleurs féminins et masculins.

Il s'est traduit par l'adoption de deux directives, en date du 29 juin 2000 pour le texte relatif à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

La non-discrimination a été posée dès l'origine comme un des fondements du droit communautaire.

Selon la remarquable étude comparative des deux concepts, égalité et discrimination, réalisée par Danièle Lochak¹⁹, l'inégalité est d'abord une situation de fait qui peut résulter soit de facteurs inhérents aux individus (âge, maladie, handicap...), soit de facteurs exogènes liés aux structures économiques et sociales, ou encore, bien sûr, de la conjonction des deux.

Alors que l'inégalité peut préexister à tout acte ou agissement d'autrui, la discrimination est le fait d'un agent. Donc, si la discrimination produit nécessairement de l'inégalité, l'inégalité n'est pas toujours la conséquence d'une discrimination. La frontière n'est manifestement pas simple à tracer...

En droit, pour qu'il y ait discrimination, il faudra qu'on puisse rapporter le phénomène observé à un auteur et qu'on puisse identifier cet auteur. Mais traiter des personnes ou des groupes de façon différente, voir inégalitaire, n'est pas forcément discriminatoire ; il n'y aura discrimination que si le comportement ou l'acte tombe sous le coup d'une règle ou d'un principe juridique qui le prohibe.

La Cour européenne des droits de l'homme adopte une conception plus extensive : toute différence de traitement non justifiée et qui porte donc atteinte au principe de l'égalité est une discrimination. Dans l'affaire « *linguistique belge* »²⁰ du 23 juillet 1968, au visa de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne met à jour deux critères cumulatifs de définition de la discrimination : une différence de traitement dans l'exercice ou la jouissance d'un droit connu, et un manque de justification objective et raisonnable.

On assiste à une montée en puissance du rôle joué par les justifications que le défendeur doit présenter pour éviter une condamnation fondée sur une cause de discrimination ; ainsi, dans l'arrêt X... [du 13 mai 1986]²¹, la Cour de justice des Communautés européennes a indiqué que lorsqu'il était prouvé qu'un groupe statistiquement identifié faisait l'objet d'une disposition défavorable, l'employeur pouvait démontrer que la mesure susceptible de masquer une discrimination était justifiée à condition d'obéir à un motif légitime, étranger à toute discrimination, à partir de moyens répondant à un véritable besoin de l'entreprise, nécessaire et proportionné.

La Cour de justice des Communautés européennes insiste bien sur le caractère objectif de la justification²², mais elle renvoie au juge national l'appréciation de ces justifications, en se réservant la possibilité d'en vérifier la réalité et l'adéquation.

Derrière ces distinctions, on voit bien se profiler deux conceptions de l'égalité : l'**égalité formelle**, qui privilégie la généralité de la règle sur son adaptation aux inégalités de fait, et l'**égalité concrète**, qui privilégie au contraire l'adaptation de la loi aux faits et conduit à multiplier les distinctions sur lesquelles on la fonde.

¹⁶ Cf. *Rapport public* 1996 du Conseil d'Etat, La Documentation française, 1997.

¹⁷ Cf. *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Association Henri-Capitant 1982, p. 343 et s.

¹⁸ Cf. Conseil d'Etat, 8 février 1999, M. X... et a.

¹⁹ Cf. Société de législation comparée précitée.

²⁰ Cf. Cour européenne des droits de l'homme, 23 juillet 1968. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, V. Berger, p. 433.

²¹ CJCE, 13 mai 1986, AH C 189/84.

²² Cf. arrêt X..., arrêt NIM 2, 7 février 1991, affaire C - 184/89, *Rec. I*, 314, arrêt X... du 27 octobre 1993, affaire C - 127/92.

Force est de constater que le droit communautaire a inscrit de façon déterminante son empreinte dans la place progressivement faite par notre droit interne au principe d'égalité de traitement en matière de rémunération.

2. L'égalité de traitement en matière de rémunération et le principe «A travail égal, salaire égal»

L'apparition en droit positif de la règle générale de l'égalité de rémunération est l'aboutissement d'une évolution qui a pris sa source, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, dans la recherche de l'égalité des salaires en faveur des femmes et des jeunes, puis des femmes et des hommes, mais on constate que le principe «à travail égal, salaire égal» n'apparaît dans le code du travail que de façon fugitive.

2.1. L'affirmation du principe «A travail égal, salaire égal»

Cette règle est posée dans un cadre légal pour la première fois dans la loi du 13 novembre 1982 organisant la refonte des conventions collectives.

Ainsi, l'article L. 133-5 du code du travail (nouvel article L. 2261-22) dispose : «*La convention de branche conclue au niveau national contient obligatoirement, pour pouvoir être étendue... des dispositions concernant (4^e d) les modalités d'application du principe "à travail égal, salaire égal" et les procédures de règlement des difficultés pouvant naître à ce sujet...*».

Selon l'article L. 136-2 (L. 2271-1 du nouveau code), la Commission nationale de la négociation collective est chargée (8e) de suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe «à travail égal, salaire égal» et du principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes..., l'article L. 40-2 (L. 3221-2 du nouveau code) précisant que tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Enfin l'article L. 3221-4 ajoute : «*sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse*».

C'est donc sur le fondement de ces textes que le pourvoi de La Poste s'appuie, outre l'article L. 122-45 (L. 1132-1 du nouveau code du travail) qui prohibe toute discrimination directe ou indirecte, notamment, en matière de rémunération.

Quatorze années plus tard, avec l'arrêt X... [du 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359] rangé, selon la formule de Jean-François Cesaro, au petit Panthéon des grands arrêts, la jurisprudence tirera les conséquences de la loi du 13 novembre 1982²³, donnant à la règle «à travail égal, salaire égal» le coup d'envoi de sa future célébrité.

S'affranchissant du cadre limitatif précédent, la chambre sociale énonce, le 29 octobre 1996, que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale «A travail égal, salaire égal» et que **l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant qu'ils soient placés dans une situation identique.**

Comme l'analyse A. Lyon-Caen, l'arrêt X... [du 29 octobre 1996] ne condamne pas toute différence, toute distinction ; il l'institue en latitude seconde, exigeant donc une justification²⁴ ; il annonce **un changement d'ordre probatoire.**

Dorénavant, en présence d'une allégation d'inégalité de traitement, l'employeur doit fournir aux juges les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée et supporte le risque de la preuve, se calquant ainsi sur les exigences du droit communautaire. Les règles probatoires mises en œuvre par la loi du 16 novembre 2001 viennent conforter ce mécanisme à la charge de l'employeur, sous réserve toutefois que le salarié ait préalablement établi une différence apparente de traitement et une identité apparente de situation.

Plusieurs arrêts de la chambre sociale de votre Cour²⁵ rappellent que s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe «à travail égal, salaire égal» de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, **il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs** justifiant cette différence.

Toutefois, la typologie des justifications des différences de rémunération est loin d'être évidente, ainsi que le relève la doctrine²⁶.

2.2. Le critère de justification objective

On peut distinguer tout d'abord les justifications liées aux conditions personnelles d'exécution de l'emploi²⁷.

Ont ainsi été reconnues comme justifiant objectivement une différence de rémunération :

- la performance rémunérée par des primes dont le calcul doit obéir à des critères objectifs et vérifiables (Soc., 18 janvier 2000, pourvoi n° 98-44.745 ; Soc., 18 janvier 2000, pourvoi n° 98-44.753) ;

- la qualité du travail fourni (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-41.633 ; Soc., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03.46.080) ;

²³ Cf. «Principe «à travail égal, salaire égal» et politique de gestion des rémunérations», Th. Aubert- Monpeysen, *Droit social* janvier 2005.

²⁴ Cf. «De l'égalité de traitement en matière sociale», *Droit social* 1996, p. 1013, A. Lyon-Caen.

²⁵ Soc., 13 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 1 ; 28 septembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 228 ; 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 206.

²⁶ Cf. A. Lyon-Caen, *RDT* 2006, p.16, «A travail égal, salaire égal», une règle en quête de sens».

²⁷ Cf. Michel Morano, «Le principe «A travail égal, salaire égal»», *Lamy Liaisons sociales*, Thématis, mai 2008.

- l'expérience acquise sur le site ou dans l'entreprise (Soc., 16 février 2005, pourvoi n° 03-40.465 ; Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 03-42.033), ou pour le compte de précédents employeurs (Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 03-47.924, et Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 03-47.156) ;
- les insuffisances techniques (Soc., 28 juin 2000, pourvoi n° 98-14.278) ;
- l'accomplissement d'un parcours professionnel spécifique en raison d'évolutions des dispositions conventionnelles. Un accord collectif peut ainsi valoriser le parcours professionnel de certains salariés bénéficiant d'une promotion (Soc., 3 mai 2006, pourvoi n° 03-42.920) ;
- l'évaluation des salariés (Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-42.368).

En ce qui concerne les justifications étrangères aux conditions d'exécution de l'emploi, ont été admises :

- l'ancienneté, dès lors qu'elle n'est pas prise en compte dans une prime spécifique intégrée au salaire de base (Soc., 20 juin 2001, pourvoi n° 99-43.905) ;
- la situation familiale (Soc., 26 février 2002, pourvois n° 00-45.501 à 00-45.509) ;
- des tâches plus larges dans un poste de travail identique (Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 00-42.536) ;
- une technicité particulière du poste (Soc., 8 janvier 2003, pourvoi n° 00-41.228) ;
- la charge de responsabilités particulières (Soc., 11 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.258) ;
- le diplôme, dès lors qu'il est en lien avec le travail confié (Soc., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.039 ; Soc., 19 octobre 2005, pourvoi n° 03-42.108) ;
- la nationalité, pour une prime d'expatriation fondée sur la volonté de créer un pôle d'excellence scientifique attractif pour les étrangers (Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.720) ;
- le statut d'intermittent du spectacle, qui emporte une différence de situation justifiant l'octroi d'une rémunération supérieure (Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 03-47.171).

Enfin, la réparation d'une situation préjudiciable est également admise.

Dans un certain nombre de décisions, la chambre sociale justifie une différence de rémunération au profit des salariés ayant subi un préjudice ou consenti des sacrifices essentiellement du fait de la modification ou de la disparition du statut collectif²⁸.

Ainsi, l'attribution d'un droit d'option sur des actions nouvellement émises est réservée par un accord d'entreprise aux seuls salariés d'une entreprise relevant du droit italien, en raison des sacrifices consentis par ces derniers dans le cadre d'un plan de restructuration²⁹.

2.3. Un champ d'application circonscrit à l'entreprise

S'inspirant de la jurisprudence communautaire³⁰, la chambre sociale écarte le principe « à travail égal, salaire égal » lorsqu'il s'agit d'entités distinctes. Ainsi, dans la même branche d'activité, des salariés d'entreprises différentes relevant de la même convention collective ne peuvent prétendre à des rémunérations identiques³¹ ; la CJCE rappelle pertinemment que l'égalité de rémunération suppose une entité responsable de l'irrégularité qui peut rétablir l'égalité de traitement.

Très largement commenté, l'arrêt de la chambre sociale du 1^{er} juin 2005³² affirme « *qu'au sein d'une unité économique et sociale qui est composée de personnes juridiques distinctes pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'UES que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ».

2.4. L'étendue du contrôle juridictionnel

Dans son arrêt du 15 mai 2007 (Soc., pourvoi n° 05-42.894, X... c/ groupe Arcade formation), la chambre sociale affirme de façon insistante l'exigence d'une justification objective **vérifiable** et **pertinente** des différences de rémunération susceptibles de légitimer les entorses au principe d'égalité de traitement³³.

Elle critique la cour d'appel d'avoir statué « *par des motifs généraux, sans rechercher concrètement si les différences de rémunération constatées étaient justifiées en l'espèce par des raisons matériellement vérifiables...* ».

Les juges du fond sont donc invités à procéder à un contrôle minutieux de la réalité et de la pertinence des motifs mis en avant à l'appui d'une dérogation au principe d'égalité salariale.

Au final, comme l'analyse très justement Jean-François Cesaro³⁴, est objectif le critère que tous considèrent comme valable, alors que sont en revanche prohibés les critères qui dépendent uniquement des choix personnels et arbitraires de l'employeur.

²⁸ Soc., 1^{er} décembre 2005, pourvoi n° 03-47.197, société Oecears.

²⁹ Cf. Soc., 17 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 195, Alitalia.

³⁰ CJCE, 17 septembre 2002. AH. C 320/88, X...

³¹ Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 04-43.523.

³² Pourvoi n° 04-42.143, SA Plastic Services c/ Mme X...

³³ Cf. François Vergne, « Principe "À travail égal, salaire égal", nouveau souffle et clarification ». *Jurisprudence Lamy* 2008, chronique n° 232.

³⁴ Cf. *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 23, 6 juin 2006, 1440.

La multiplicité des justifications d'une différence de rémunération ainsi admises montre de façon évidente la souplesse dont font preuve aussi bien la CJCE que la chambre sociale de votre Cour.

Reste encore à analyser la délicate question de l'application de ce principe d'égalité de rémunération dans l'hypothèse de statuts juridiques distincts des personnels au sein d'une même entreprise.

3. La détermination du périmètre des « égaux » au sein de l'entreprise : statut de droit public, statut de droit privé

La règle « A travail égal, salaire égal », énoncée par le code du travail, s'est progressivement imposée dans les rapports privés traditionnellement régis par le contrat. L'arrêt X... [du 29 octobre 1996] a introduit une exigence d'égalité dans les rapports liés au contrat de travail, jusque-là réservée à la sphère publique³⁵.

3.1. Le principe « **A travail égal, salaire égal** » doit être resitué dans la logique du droit privé

Selon Thérèse Aubert-Monpeyssen, nombre d'erreurs viennent d'une confusion avec la logique du statut propre au droit public. En effet, la coexistence dans la population active de deux cultures voisines - droit public/droit privé - est souvent la source d'incompréhensions dans les débats sur les rémunérations.

Dans la logique du droit public, la fixation de la rémunération de base n'est pas fondée à titre essentiel sur l'emploi occupé, elle dépend du statut et de l'ancienneté du fonctionnaire³⁶ ; le traitement constitue un élément du statut du fonctionnaire ; il est fixé unilatéralement par l'autorité administrative et son échelonnement se fait selon une grille à partir d'une rémunération de base³⁷.

Dans le secteur privé, il en va tout autrement ; ce qui est censé être négocié lors de l'embauche, c'est l'emploi auquel est attaché une rémunération, qui doit être identique à celle des emplois équivalents dans l'entreprise.

Même si le droit du travail imprègne de plus en plus la fonction publique, théoriquement, le régime de droit public est exclusif de celui du salariat privé, car il est conçu pour faire face non aux opportunités des entreprises et groupements particuliers, mais aux nécessités du service public.

Le principe de continuité du service public entraîne l'impossibilité d'appliquer de nombreuses règles de droit du travail³⁸, et les agents publics ne peuvent demander l'application des principes de la négociation collective des conditions de travail.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat énonce dans l'arrêt X... du 28 février 1999 : « *Le principe d'égalité de traitement ne s'applique qu'entre agents appartenant à un même corps et non entre agents appartenant à des corps différents ; qu'ainsi, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le décret attaqué méconnaîtrait le principe d'égalité, en instituant, pour les fonctionnaires de La Poste et de France Télécom, des conditions de notation et d'avancement moins favorables que celles prévues par le décret du 14 février 1959, applicables aux fonctionnaires servant dans d'autres corps de la fonction publique* »³⁹.

En ce sens également : « *Au regard du statut particulier de France Télécom, le gouvernement pouvait légalement fixer, par le décret attaqué qui est un décret en Conseil d'Etat, des modalités d'organisation propres à cet exploitant public, différentes de celles que prévoit le décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires ; que le décret attaqué n'a introduit, ce faisant, aucune rupture d'égalité illégale entre les corps de fonctionnaires affectés à France Télécom et les autres corps de fonctionnaires* »⁴⁰.

3.2. Statut de droit privé : une liberté contractuelle encadrée par les négociations collectives

Le statut collectif des salariés joue un rôle déterminant dans l'application du principe « à travail égal, salaire égal », ainsi que le rappellent les articles L. 2261-22 et L. 2271-1 du code du travail.

La norme collective, même limitée à un établissement, assure, en principe, une égalité de traitement, étant observé que l'accord collectif peut déterminer librement les critères de différenciation entre salariés ayant des fonctions identiques, en limitant certaines dispositions à un ou plusieurs établissements. La Commission nationale de la négociation collective est, nous l'avons vu, chargée de suivre annuellement l'application, dans les conventions collectives, du principe « à travail égal, salaire égal ».

Le rôle particulier de la convention collective dans la détermination de la rémunération a été mis en lumière par plusieurs arrêts importants de la chambre sociale de votre Cour⁴¹.

Elle a ainsi ouvert la possibilité de réparer, par une disposition d'un accord collectif, les conséquences défavorables à certains salariés du nouveau statut collectif, en permettant de créer une disparité nouvelle entre salariés anciennement et récemment embauchés (Soc., 11 juillet 2007, *Bull.* 2007, V, n° 119).

Dans une décision très remarquée en date du 3 mai 2006 (*RJS* 7/06, n° 839), elle a également largement ouvert les possibilités de différenciation de la rémunération entre salariés ayant des fonctions identiques, par

³⁵ Cf. Th. Aubert-Monpeyssen, *La Semaine juridique*, édition entreprise et affaire, n° 30, 26 juillet 2007, 1960.

³⁶ Cf. loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

³⁷ Cf. Louis Dubouis, Gustave-Persen, *Droit public*, Dalloz, 18^e éd.

³⁸ Cf. CE, syndicat CFDT des PTT du Haut-Rhin, 18 janvier 1980, *Rec.* p. 31.

³⁹ CE, 8 février 1999, M. X... et autres, requêtes n° 180058, 180207, 180334, cf. production.

⁴⁰ CE, 15 mars 2002, requête n° 225276, cf. production.

⁴¹ Cf. Soc., 19 juin 2007, *Droit social* 2007, 1045, obs. Rade ; 3 octobre 2007, n° 06-43.418 ; Soc., 18 février 2006, *RJS* 4706, n° 478.

le biais de la convention collective. Elle a, en effet, estimé licite le contenu d'un accord qui prévoyait une nouvelle classification des emplois et un redéploiement des échelons conventionnels des salariés des organismes de sécurité sociale⁴².

Ainsi que le souligne J.-M. Gasser, l'égalité des rémunérations n'est pas une fin en soi, mais le principe « A travail égal, salaire égal » permet d'empêcher, dans les relations individuelles de travail, des différences de traitement arbitraires, grâce au contrôle par le juge du caractère objectif et pertinent du critère utilisé.

En tout état de cause, les partenaires sociaux ne sauraient s'affranchir du principe d'égalité devant la norme collective.

3.3. Agents de droit privé, agents de droit public : deux statuts dont les différences excluent l'identité de situation

La coexistence au sein de La Poste de deux catégories d'agents, relevant du droit public ou du droit privé, exerçant la même activité, résulte du choix expressément opéré par le législateur par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, qui a prévu que les corps et grades des fonctionnaires sont pris en application des titres I et II du statut général de la fonction publique. Le président et le conseil d'administration sont tributaires, en ce qui concerne ces agents, des négociations salariales menées par le gouvernement pour l'ensemble des fonctionnaires⁴³.

Exclus du bénéfice de la convention commune de La Poste, réservée aux seuls agents de droit privé, les agents de droit public sont régis selon les principes fondamentaux de la fonction publique, résultant des textes législatifs complétés par un grand nombre de textes réglementaires.

Les deux catégories d'agents obéissent à un régime juridique distinct, qu'il s'agisse :

- du recrutement : concours pour les fonctionnaires, contrat de travail pour les agents contractuels ;
- du déroulement de leur carrière : concours ou ancienneté pour les fonctionnaires ; avenants au contrat de travail pour les agents contractuels ;
- de la gestion des rémunérations : augmentation du traitement indiciaire pour les fonctionnaires en fonction de l'échelle, de l'ancienneté, de la valeur du point déterminé par décret ; négociations collectives et individuelles pour les agents contractuels ;
- de la rupture des relations du travail : révocation sans indemnités pour les fonctionnaires, procédure de licenciement pour les agents contractuels ;
- du régime de retraite : prise en compte des six derniers mois pour les agents fonctionnaires, des vingt-cinq dernières années pour les agents de droit privé.

Cette disparité de statut juridique se traduit également dans le dialogue social, l'article 12 de la loi du 2 juillet 1990 prévoyant des représentations distinctes, selon les catégories d'agents, au conseil d'administration. Deux instances ont été consacrées par la loi n° 2005-516.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments objectifs que la chambre sociale de votre Cour a adopté une jurisprudence qui n'a pas varié en matière d'égalité des rémunérations entre les deux catégories d'agents au sein de La Poste.

3.4. Une jurisprudence constante de la chambre sociale

A de nombreuses reprises, la chambre sociale a énoncé : « *les salariés, agents de droit privé dont la rémunération résulte des négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective, ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement* » (Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-43.024).

De même, par arrêt du 9 mai 2006 (pourvoi n° 04-46.771), la chambre sociale a cassé une décision de la cour d'appel au motif « *qu'en statuant ainsi, sans indiquer si la comparaison à laquelle elle procédait excluait les fonctionnaires et agents publics contractuels dont la situation d'emploi, régie par les dispositions légales mentionnées à l'article 29 de la loi du 2 juillet 1990, n'est pas identique à celle des agents recrutés par La Poste sous le régime des conventions collectives en application de l'article 31 de la même loi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

C'est, bien sûr, la position retenue par l'arrêt du 21 décembre 2006, objet du présent pourvoi.

3.5. Une jurisprudence qui recueille l'assentiment des partenaires sociaux consultés ainsi que des administrations concernées

- **Le syndicat CGT de la fédération des activités postales et télécommunications**⁴⁴ tient à préciser qu'à l'instar des autres syndicats, il ne s'est jamais associé aux recours déposés par les agents contractuels de droit privé pour les litiges relatifs au complément Poste.

Il explique que le montant du complément Poste biannuel est discuté dans le cadre de négociations collectives par les agents de droit privé, que le montant est fixe et tributaire de l'ancienneté.

Le syndicat CGT revendique un complément Poste de 20 % du salaire pour tous.

⁴² Cf. J.-M. Gasser, *RJS* 8-9/07, chronique p. 687.

⁴³ Cf. *Actualité juridique Droit administratif*, 20 mai 2008, « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », J. Chorin.

⁴⁴ Entretien avec M. Franchi, responsable juridique CGT de la fédération des activités postales et télécommunication, le 24 décembre 2008.

En 2009, toutes les primes seront mensualisées et, actuellement, la convention collective est en négociation. Il considère que le principe "A travail égal, salaire égal" ne s'applique pas aux deux catégories indistinctement, car le salaire de référence est totalement différent.

- **La direction des ressources humaines de La Poste**⁴⁵ explique, en substance, que les difficultés relatives au complément Poste ont pour origine le fait que la prime d'exploitation uniforme forfaitaire n'a pas été mensualisée pour les fonctionnaires lors de la réforme de La Poste car les syndicats ne le souhaitaient pas, alors que, pour les agents de droit privé, elle a été versée dès le départ mensuellement, ce qui a, par la suite, généré des suspicions jusqu'à l'accord de 2001.

Elle souligne que les bulletins de salaire des agents fonctionnaires et ceux des agents de droit privé sont très différents et font ressortir des modes de rémunération tributaires des statuts distincts.

Par exemple, le complément Poste d'un fonctionnaire n'est pas soumis à la cotisation sociale ; le régime de protection sociale complémentaire défavorise les fonctionnaires qui ne peuvent bénéficier d'un régime obligatoire...

- **Le directeur général du travail**⁴⁶ :

En résumé, chaque statut, selon lui, a un mode spécifique d'élaboration en matière de rémunération, qui apparaît clairement lorsqu'on énumère les rubriques composant les bases des traitements.

Les agents fonctionnaires dépendent des négociations avec la fonction publique, les agents de droit privé de la négociation collective. Les deux logiques, qui visent à protéger le salarié, ne sont pas comparables.

Les évolutions de carrière ont peu de points communs, et il considère que la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur ce sujet correspond bien aux dynamiques propres à chaque statut.

- **La direction de la fonction publique**⁴⁷ :

Le droit de la fonction publique est un droit totalement autonome par rapport au droit du travail, même s'il existe un début de convergence.

Le fonctionnaire n'est pas dans une situation contractuelle. Il est soumis à un ensemble de lois, de décrets, qui ne sont pas discutables. Il est placé dans une situation statutaire et réglementaire ; il s'agit d'un régime unilatéral, fixé par le gouvernement.

L'agent qui entre dans la fonction publique entre dans un corps, soumis à une grille ; chaque grade est divisé en échelons et il va changer d'échelon en fonction de son ancienneté. Pour accéder au grade supérieur, il doit soit passer par la voie du concours, soit être inscrit sur une liste d'aptitude. Le fonctionnaire n'a aucune marge de discussion pour son traitement et l'employeur est lui-même très encadré.

Le rapport employeur-employé est donc totalement différent de celui qui existe dans une entreprise privée entre l'employeur et son salarié. La structure de la rémunération n'est pas la même : ainsi les primes sont très importantes dans la fonction publique parce qu'elles n'impactent pas la grille de la fonction publique et ne sont pas prises en compte pour la retraite, contrairement au régime général, qui les intègre.

Les régimes sociaux et fiscaux diffèrent également profondément. Pour la direction de la fonction publique, la structuration des rémunérations est tellement différente qu'une comparaison des deux statuts n'a pas de sens.

Conclusion : le choix de l'égalité concrète

Le général de Gaulle écrivait : « *le désir de privilège et le goût de l'égalité sont les deux passions dominantes des Français* » ; si l'on en juge par la multiplication des contentieux fondés sur le principe « *à travail égal, salaire égal* » au cours de ces dernières décennies, cette passion ne paraît pas s'être démentie...

La coexistence des personnels de droit public et de droit privé au sein d'un même établissement et la dualité des statuts génère, nous le voyons, une gestion particulièrement complexe, afin de respecter les règles statutaires propres aux agents fonctionnaires et de droit privé.

Le concept de « *situation identique* » auquel se réfère l'arrêt X... [du 29 octobre 1996] et sur lequel s'appuie le principe « *à travail égal, salaire égal* » ne permet pas, au vu de ce qui précède, de considérer que les agents relevant d'un statut de droit public puissent être englobés dans son champ d'application, lequel implique un contrat entre l'employeur et le salarié⁴⁸.

Le débiteur de la règle d'égalité, comme le rappelle J.-F. Cesaro⁴⁹, doit être identifiable : ce sera celui qui est à l'origine de la rupture d'égalité, généralement l'employeur, mais l'employeur ne peut être garant de l'égalité que dans sa sphère de pouvoir. Or, s'agissant des conditions de rémunération des agents publics, leur traitement, on l'a dit, se situe en majeure partie hors de cette sphère.

En définitive, s'éloignant de la logique purement formelle, la chambre sociale de votre Cour a fait le juste choix de l'égalité concrète, proportionnée, dans la même ligne de pensée que la Cour de justice des Communautés européennes⁵⁰.

⁴⁵ Rencontre du 12 décembre 2008 avec le directeur des ressources humaines et le directeur juridique.

⁴⁶ Rencontre du 31 décembre 2008 avec Jean-Denis Combrexelle et son adjointe.

⁴⁷ Entretien avec Mme Bernard, directrice chargée de la fonction publique, et le bureau des statuts, le 7 janvier 2009.

⁴⁸ Cf. P. Lokiec, *La Semaine juridique, éd. générale*, n° 27, 6 juillet 2005, II, 10092.

⁴⁹ Cf. Un nouveau droit de l'égalité professionnelle, *Droit social*, juin 2008.

⁵⁰ Cf. Yann Leroy, *RJS* 11/02, p. 887.

Faisant également le choix de l'égalité dans la différence, je conclus à la **cassation** de l'arrêt rendu le 27 novembre 2007 par la cour d'appel de Grenoble.

Au cas où votre Cour rejetterait la première branche du moyen unique, il conviendra d'examiner **la deuxième branche**, qui invoque une violation du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, dès lors que la cour d'appel se serait nécessairement fait juge de la légalité des décisions du conseil d'administration de La Poste des 27 avril 1993 et 25 janvier 1995, prises dans le cadre des pouvoirs conférés au conseil d'administration par les articles 5 et 12 du décret n° 90-1111 du 12 décembre 1990 portant statut de La Poste et l'habilitant à définir et à conduire la politique générale de l'entreprise, en écartant l'application et les effets de ces actes administratifs à caractère réglementaire prévoyant notamment que le complément Poste des fonctionnaires relevant du personnel d'exécution serait versé pour partie mensuellement et pour partie au moyen d'un complément bi-annuel, et que le complément Poste des agents de droit privé serait défini par les accords salariaux en se fondant sur le code du travail.

Se pose la question de **la recevabilité** de cette exception d'incompétence, dès lors que, devant la cour d'appel de Grenoble, La Poste a expressément affirmé dans ses conclusions : « *A titre liminaire, La Poste tient tout d'abord à indiquer qu'elle renonce à débattre de la compétence de la cour d'appel de renvoi* ».

Or, votre Cour a énoncé à diverses reprises « *qu'un moyen, fût-il d'ordre public et de pur droit, est irrecevable dès lors qu'il est incompatible avec la position adoptée devant les juges du fond par les demandeurs au pourvoi* »⁵¹, et l'article 74 du code de procédure civile fait interdiction de soulever les exceptions pour la première fois devant la Cour de cassation, fussent-elles d'ordre public.

Je considère donc la deuxième branche du moyen unique irrecevable.

⁵¹ Com., 21 janvier 1992, *Bull.* 1992, IV, n° 21.

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 589

Abus de confiance

Préjudice. - Définition. - Propriétaire, détenteur ou possesseur des fonds. - Transfert de fonds. - Délit constitué (non).

Le délit d'abus de confiance ne cause un préjudice personnel et direct qu'aux propriétaires, détenteurs ou possesseurs des effets ou deniers détournés.

Encourt dès lors la censure l'arrêt qui, pour condamner la prévenue du chef de recel d'abus de confiance, retient que l'infraction principale, reprochée à une association, résulte de l'utilisation abusive de sa trésorerie bénéficiant, pour partie, d'une subvention municipale, alors que la propriété des fonds avait été transférée à ladite association.

Crim. - 17 décembre 2008.
CASSATION SANS RENVOI

N° 07-87.611. - CA Paris, 17 octobre 2007.

M. Dulin, Pt (f.f.). - M. Rognon, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 3, mars 2009, Jurisprudence, p. 130, note Guillaume Royer (« L'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile du remettant »).

N° 590

Appel civil

Effet dévolutif. - Portée. - Conclusions de l'intimé. - Conclusions au fond. - Défaut. - Office du juge. - Invitation à conclure au fond. - Exclusion.

Saisie par l'effet dévolutif de l'appel, une cour d'appel peut statuer sur l'ensemble des données du litige sans être tenue d'inviter l'intimé qui n'a conclu qu'à l'irrecevabilité de l'appel à s'expliquer sur le fond.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.
REJET

N° 07-21.906. - CA Paris, 15 juin et 19 octobre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 591

Appel civil

Ouverture. - Conditions. - Décision entachée d'excès de pouvoir. - Excès de pouvoir. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Violation alléguée des règles relatives à la présentation des prétentions dans une procédure orale.

Dès lors que la violation alléguée des règles relatives à la présentation des prétentions dans une procédure orale constitue, à la supposer établie, un mal-jugé par erreur de droit mais non un excès de pouvoir, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui déclare irrecevable l'appel-nullité formé contre le jugement.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.
REJET

N° 07-20.662. - CA Paris, 18 septembre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 592

Arbitrage

Arbitre. - Amiable compositeur. - Sentence. - Référence à l'équité. - Caractérisation. - Portée.

L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ; le juge d'appel, lorsque les parties se sont réservées expressément cette possibilité, statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission ; il doit alors faire référence à l'équité ou à la mission d'amiable compositeur qui lui a été conférée.

1^{er} Civ. - 17 décembre 2008.
CASSATION

N° 07-19.915. - CA Aix-en-Provence, 12 juin 2007.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Pascal, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Monod et Colin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 173, note X. Delpech (« Sentence arbitrale, équité et amiable composition »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 4, 22 janvier 2009, Jurisprudence, n° 1074, p. 18-19, note Jacques Béguin (« Arbitrage en amiable composition : ne pas oublier la référence à l'appréciation en équité ») et n° 11, 12 mars 2009, Jurisprudence, n° 1233, p. 19 à 21, note Gérard Chabot (« Arbitrage en amiable composition : contrôle

de l'appréciation en équité»), et La Semaine juridique, édition générale, n° 4, 21 janvier 2009, *Jurisprudence*, n° 10013, p. 35 à 37, note Jacques Béguin («Arbitrage en amiable composition : contrôle de l'appréciation en équité»).

N° 593

Astreinte (loi du 9 juillet 1991)

Liquidation. - Poursuite. - Poursuite contre les héritiers du débiteur. - Caractère personnel de l'astreinte. - Absence d'influence.

Le caractère personnel de l'astreinte ne s'oppose pas à ce que sa liquidation, qui tend à une condamnation pécuniaire, puisse être poursuivie contre les héritiers du débiteur pour la période antérieure à son décès.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-20.562. - CA Paris, 13 septembre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Tiffreau, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 11, 19 mars 2009, Chronique de la Cour de cassation – deuxième chambre civile, p. 766-767, note Jean-Michel Sommer («Astreinte : erreur sur le point de départ de l'astreinte et caractère personnel de l'astreinte»).

N° 594

Atteinte à l'autorité de l'Etat

Atteinte à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique. - Manquement au devoir de probité. - Prise illégale d'intérêts. - Eléments constitutifs. - Elément légal. - Prise d'intérêt dans une opération dont l'agent public a l'administration ou la surveillance. - Président d'université. - Cas.

Est constitutif du délit de prise illégale d'intérêts le fait, pour un président d'université, de signer un contrat d'enseignement engageant un membre de sa famille en qualité de professeur contractuel de l'université, administration dont il avait en charge la direction, la gestion et la surveillance.

Crim. - 17 décembre 2008.

REJET

N° 08-82.318. - CA Lyon, 27 février 2008.

M. Pelletier, Pt. - Mme Ract-Madoux, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 3, mars 2009, commentaire n° 36, p. 38-39, note Michel Véron («La responsabilité d'un président d'université»).

N° 595

Banque

Crédit documentaire. - Obligations du banquier. - Paiement. - Exclusion. - Cas. - Fraude portant sur la mise en place ou l'exécution du crédit documentaire.

En raison de l'autonomie du crédit documentaire par rapport au contrat de base, le donneur d'ordre ne peut en paralyser la réalisation, lorsqu'il est stipulé irrévocable, qu'en établissant une fraude portant sur la mise en place ou l'exécution de ce crédit documentaire.

Dans ce cas, il peut faire obstacle à l'exécution par la banque de ses engagements en recourant à une saisie conservatoire,

sous réserve de justifier d'une créance sur le bénéficiaire du crédit documentaire paraissant fondée en son principe, et des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.

Com. - 16 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-18.729. - CA Versailles, 31 mai 2007.

Mme Favre, Pt. - M. Gérard, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - M^e Balat, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 161-162, note Xavier Delpech («Crédit documentaire et fraude»). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 5, 29 janvier 2009, Jurisprudence, n° 1106, p. 21-22, note Jean Stoufflet («Conditions de la saisie conservatoire d'un crédit documentaire à l'initiative du donneur d'ordre»).

N° 596

Banque

Secret professionnel. - Opposabilité à la caution ou à son ayant droit. - Cas. - Action en paiement du banquier contre elle. - Demande de communication de documents concernant le débiteur principal.

Dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire.

Com. - 16 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-19.777. - CA Colmar, 7 juin 2007.

Mme Favre, Pt. - M. Gérard, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 163, note V. Avena-Robardet («Caution : le droit de la preuve l'emporte sur le secret bancaire») et n° 11, 19 mars 2009, Etudes et commentaires, p. 784 à 787, note Jérôme Lasserre Capdeville («Inopposabilité du secret bancaire aux ayants droit d'une caution auxquels le banquier réclame un paiement»). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 3, 15 janvier 2009, Jurisprudence, n° 1037, p. 11-12, note Thierry Bonneau («Le secret bancaire n'est pas opposable à la caution ou ses ayants droit») et la Revue de droit bancaire et financier, n° 1, janvier-février 2009, commentaires n° 14, p. 52-53, note Dominique Legeais («Opposabilité du secret bancaire») et n° 1, p. 43, note Francis-J. Crédot et Thierry Samin.

N° 597

Cassation

Jurisdiction de renvoi. - Saisine. - Délai. - Nature. - Portée.

Le délai de saisine de la cour de renvoi prévu par l'article 1034 du code de procédure civile est un délai de forclusion dont la sanction est soumise au régime des fins de non-recevoir.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.

REJET

N° 08-11.103. - CA Aix-en-Provence, 30 octobre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Nicolaï, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 598

Cassation

Pourvoi. - Ouverture. - Exclusion. - Cas. - Décision ne mettant pas fin à l'instance. - Définition. - Décision statuant sur contredit, évoquant le fond et enjoignant aux parties de communiquer des pièces et des informations.

Ne peut être frappé immédiatement d'un pourvoi en cassation, même si la cour d'appel tranche dans le dispositif de sa décision la question de fond dont dépend la compétence, l'arrêt qui, après avoir retenu la compétence de la juridiction prud'homale, évoque le fond et enjoint aux parties de communiquer des documents et informations, une telle décision statuant sur une exception de procédure sans mettre fin à l'instance

Soc. - 16 décembre 2008.

IRRECEVABILITÉ

N° 07-43.346. - CA Angers, 15 mai 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 599

COMMUNIQUÉ

Dans un arrêt rendu le 17 décembre 2008, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Rennes du 13 février 2002 qui avait débouté la commune de Mesquer de son action dirigée contre deux sociétés du groupe Total pour obtenir le paiement des dépenses de nettoyage et de dépollution de sa côte, engagées à la suite du naufrage du pétrolier Erika.

Le 12 novembre 1999, le pétrolier Erika, affrété par la société Total international Ltd pour transporter 30 000 tonnes de fioul lourd produit par la société Total Raffinage, a sombré au large du littoral atlantique français, déversant une partie de sa cargaison en mer. La commune de Mesquer a assigné ces sociétés en remboursement des dépenses engagées pour faire face à cette pollution, en invoquant les dispositions de l'article L. 541-2 du code de l'environnement.

Ce texte, qui transpose en droit français la Directive européenne du 15 juillet 1975 relative aux déchets, prévoit que toute personne qui produit ou détient des déchets dans des conditions de nature à porter atteinte à la santé de l'homme et à l'environnement est tenue d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination.

Pour juger que la commune n'était pas fondée à invoquer les dispositions de l'article L. 541-2, la cour d'appel avait retenu que les sociétés du groupe Total ne pouvaient être considérées, au sens de ce texte, comme productrices ou détentrices des déchets retrouvés sur les plages, dans la mesure où le produit pétrolier qu'elles avaient fabriqué n'était devenu déchet que par le fait du transport.

Saisie d'un pourvoi en cassation formé contre cet arrêt, la troisième chambre civile a posé, le 28 mars 2007, des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes sur la notion de déchets au sens de la Directive communautaire. Par un arrêt du 24 juin 2008, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé :

- «*que des hydrocarbures accidentellement déversés en mer à la suite d'un naufrage, se retrouvant mélangés à l'eau ainsi qu'à des sédiments et dérivant le long des côtes d'un Etat membre jusqu'à s'échouer sur celles-ci, constituaient bien des déchets au sens de la Directive de 1975, dès lors qu'ils n'étaient plus susceptibles d'être exploités et commercialisés sans opération de transformation préalable ;*

- *que le vendeur de ces hydrocarbures et affréteur du navire les transportant pouvait être considéré comme détenteur antérieur de ces déchets s'il est établi qu'il avait contribué, par son activité, au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage, en particulier s'il s'est abstenu de prendre les mesures propres à prévenir un tel événement, notamment quant au choix du navire ;*

- *que si le coût lié à l'élimination de ces déchets n'est pas pris intégralement en charge par un fond d'indemnisation, par le propriétaire ou l'affréteur du navire, le droit des Etats membres doit permettre qu'il soit supporté par le producteur du produit générateur des déchets si, conformément au principe de pollueur-payeur, il a, lui aussi, contribué, par son activité, au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire».*

La troisième chambre civile de la Cour de cassation, interprétant l'article L. 541-2 du code de l'environnement à la lumière des objectifs ainsi assignés aux Etats membres par la Directive du 15 juillet 1975 telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes, a considéré que la cour d'appel ne pouvait, sans violer le code de l'environnement, retenir que les sociétés du groupe Total n'étaient ni productrices ni détentrices des déchets retrouvés sur les plages tout en constatant qu'elles avaient, l'une, produit le fioul et, l'autre, l'avait acquis puis vendu et avait affrété le navire le transportant. L'avocat général avait également conclu en ce sens.

Il appartiendra à la cour d'appel de Bordeaux, désignée comme cour de renvoi, de déterminer si les sociétés Total, producteur et vendeur/affréteur, ont contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage.

(Source : service de documentation et d'études)

1^o Communauté européenne

Environnement - Déchets - Directive 75-442 - Notion de déchets - Exclusion - Cas - Fioul lourd vendu en tant que combustible - Critères - Détermination.

2^o Communauté européenne

Environnement - Déchets - Directive 75-442 - Notion de déchets - Hydrocarbures accidentellement déversés en mer - Conditions - Détermination - Portée.

1^o La Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit qu'une substance telle que du fioul lourd vendu en tant que combustible ne constitue pas un déchet au sens de la Directive 75/442/CEE du 15 juillet 1975, relative aux déchets, telle que modifiée par la Décision 96/350/CE de la Commission, du 24 mai 1996, dès lors qu'elle est exploitée ou commercialisée dans des conditions économiquement avantageuses et qu'elle est susceptible d'être effectivement utilisée en tant que combustible sans nécessiter d'opération de transformation préalable.

Justifie en conséquence sa décision la cour d'appel qui retient que la cargaison du navire pétrolier Erika, qui a sombré en mer le 12 décembre 1999, ne peut être qualifiée de déchet après avoir retenu que, selon l'expertise ordonnée par la juridiction administrative, il s'agissait de fuel lourd n° 2 tel que défini par l'arrêté du 18 septembre 1967 et que ces conclusions étaient confirmées, après analyses, par la direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement de Haute-Normandie, l'institut français du pétrole et le centre de documentation, de recherche et d'expérimentation sur les pollutions accidentelles des eaux (CEDRE), et constaté que le fuel lourd n° 2 était un produit issu du processus de raffinage, qui répondait aux spécifications de la société qui en avait passé commande et était destiné à une utilisation directe comme combustible pour les besoins de la production électrique.

2° La Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que des hydrocarbures accidentellement déversés en mer à la suite d'un naufrage, se retrouvant mélangés à l'eau ainsi qu'à des sédiments et dérivant le long des côtes d'un Etat membre jusqu'à s'échouer sur celles-ci, constituent des déchets au sens de l'article premier, sous a, de la Directive 75/442/CEE, telle que modifiée par la Décision 96/350/CE, dès lors que ceux-ci ne sont plus susceptibles d'être exploités ou commercialisés sans opération de transformation préalable et qu'aux fins de l'application de l'article 15 de la Directive 75/442/CEE, telle que modifiée par la Décision 96/350/CE, au déversement accidentel d'hydrocarbures en mer à l'origine d'une pollution des côtes d'un Etat membre, le juge national peut considérer le vendeur de ces hydrocarbures et affrèteur du navire les transportant comme producteur desdits déchets, au sens de l'article premier, sous b, de la Directive 75/442/CEE, telle que modifiée par la Décision 96/350/CE, et, ce faisant, comme « détenteur antérieur » aux fins de l'application de l'article 15, second tiret, première partie, de cette Directive, si ce juge, au vu des éléments que lui seul est à même d'apprécier, aboutit à la conclusion que ce vendeur-affrèteur a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par ce naufrage, en particulier s'il s'est abstenu de prendre les mesures visant à prévenir un tel événement telles que celles concernant le choix du navire, et que s'il s'avère que les coûts liés à l'élimination des déchets générés par un déversement accidentel d'hydrocarbures en mer ne sont pas pris en charge par le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ou ne peuvent l'être en raison de l'épuisement du plafond d'indemnisation prévu pour ce sinistre et que, en application des limitations et/ou des exonérations de responsabilité prévues, le droit national d'un Etat membre, y compris celui issu de conventions internationales, empêche que ces coûts soient supportés par le propriétaire du navire et/ou l'affrèteur de ce dernier, alors même que ceux-ci sont à considérer comme des « détenteurs » au sens de l'article premier, sous c, de la Directive 75/442/CEE, telle que modifiée par la Décision 96/350/CE, un tel droit national devra alors permettre, pour assurer une transposition conforme à l'article 15 de cette Directive, que lesdits coûts soient supportés par le producteur du produit générateur des déchets ainsi répandus ; cependant, conformément au principe du pollueur-payeur, un tel producteur ne peut être tenu de supporter ces coûts que si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire.

Dès lors, viole l'article L. 541-2 du code de l'environnement, interprété à la lumière des objectifs assignés aux Etats membres par la Directive 75/442/CEE du 15 juillet 1975, la cour d'appel qui, pour débouter une commune victime d'une pollution à la suite du naufrage de l'Erika de sa demande en paiement des dépenses engagées au titre des opérations de nettoyage et de dépollution, retient que les sociétés qui ont fabriqué un produit pétrolier devenu déchet uniquement par le fait du transport ne peuvent être considérées, au sens de ce texte, comme producteur ou détenteur des déchets retrouvés sur les plages après le naufrage, alors que le vendeur des hydrocarbures et affrèteur du navire les transportant peut être considéré comme détenteur antérieur des déchets s'il est établi qu'il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage et que le producteur du produit générateur des déchets peut être tenu de supporter les coûts liés à l'élimination des déchets si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage.

3^e Civ. - 17 décembre 2008.
CASSATION PARTIELLE

N° 04-12.315. - CA Rennes, 13 février 2002.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Pronier, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 12 mars 2009, Etudes et commentaires, p. 701 à 705, note Mathilde Boutonnet (« Vers une indemnisation des victimes des marées noires en dehors du droit de la responsabilité civile »).

N° **600**

Concurrence

Transparence et pratiques restrictives. - Rupture brutale des relations commerciales. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Contrats de sous-traitance. - Critères.

Justifie légalement sa décision au regard de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce la cour d'appel qui, pour écarter l'existence d'une relation commerciale établie entre deux sociétés, dont l'une est sous-traitant de l'autre, retient que les relations entre ces sociétés résultent de contrats indépendants, intervenant en fonction de l'ouverture des chantiers obtenus par le donneur d'ordre, qui n'avait pas passé d'accord-cadre avec le sous-traitant, ne lui avait pas garanti de chiffre d'affaires ou d'exclusivité et avait confié au cours de la période considérée, après consultations, l'exécution d'une prestation à un concurrent du sous-traitant plus compétitif.

Com. - 16 décembre 2008.
REJET

N° 07-15.589. - CA Versailles, 14 décembre 2006.

Mme Favre, Pt. - M. Jenny, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Pivnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 29 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 225-226, note Eric chevrier (« La relation établie n'est pas la juxtaposition de contrats indépendants »). Voir également la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 3, mars 2009, commentaire n° 274, p. 242-243, et la revue « Contrats - concurrence - consommation », n° 3, mars 2009, commentaire n° 73, p. 22-23, note Nicolas Mathey (« Relation commerciale établie et succession de contrats »).

N° **601**

Concurrence

Transparence et pratiques restrictives. - Rupture brutale des relations commerciales. - Domaine d'application. - Fourniture d'un produit ou d'un service.

Toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce.

Viole dès lors les dispositions de ce texte la cour d'appel qui retient, pour rejeter une action en responsabilité pour rupture de relations commerciales établies, que les prestations réalisées par un architecte, issues d'une création purement intellectuelle et exclusive de toute acquisition antérieure en vue de la revendre, constituent une activité par essence civile.

Com. - 16 décembre 2008.
CASSATION

N° 07-18.050. - CA Paris, 6 juillet 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Pezard, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Boullez, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 164, note E. Chevrier (« Rupture brutale d'une prestation intellectuelle »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 8, 18 février 2009, Jurisprudence, n° 10034, p. 33 à 36, note

Anne-Laure Archambault («*Un professionnel libéral exerçant une activité civile peut entretenir une relation commerciale établie*»).

N° 602

Conflit de lois

Application de la loi étrangère. - Conflit dans le temps. - Résolution. - Loi applicable. - Détermination.

Selon l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 1^{er} août 1981, la dissolution du mariage est régie par la loi du pays dont les époux ont tous deux la nationalité ; en cas de modification de la loi étrangère désignée, c'est à cette loi qu'il appartient de résoudre les conflits dans le temps.

1^{re} Civ. - 17 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-18.851. - CA Versailles, 19 juin 2007.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Pascal, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Odent, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 167-168, note Inès Gallmeister («Divorce : application des règles du droit transitoire étranger»). Voir également la revue Droit de la famille, n° 2, février 2009, commentaire n° 21, p. 34-35, note Michel Farge («Conflit de droit transitoire étranger : ancienne Moudawana ou nouveau code de la famille marocain ?») et la revue Actualité juridique Famille, n° 3, mars 2009, Jurisprudence, p. 129-130, note Alexandre Boiché («Application d'office de la loi étrangère et obligation pour les juges de prendre en compte les règles de droit transitoire étrangères»).

N° 603

Construction immobilière

Immeuble à construire. - Vente en l'état futur d'achèvement. - Vendeur. - Obligations. - Garantie des vices apparents. - Action en garantie. - Délai. - Point de départ.

En matière de vente d'un immeuble en l'état futur d'achèvement, le délai d'action de l'acquéreur en garantie des vices apparents ne court qu'à compter de la réception des travaux ou de l'expiration du délai d'un mois à compter de la prise de possession par l'acquéreur, et non de la date d'achèvement de l'immeuble.

3^e Civ. - 17 décembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-17.285. - CA Paris, 23 mai 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Nési, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Piwnica et Molinié, M^e Copper-Royer, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit immobilier, n° 3, mars 2009, Chroniques, p. 183 à 185, note Olivier Tournafond («Vice apparent : dol du vendeur d'immeuble à construire et point de départ du délai de garantie»).

N° 604

Contrat de travail, exécution

Employeur. - Discrimination entre salariés. - Discrimination fondée sur le sexe. - Principe communautaire d'égalité de traitement. - Portée.

Il résulte des dispositions de l'article L.123-1 du code du travail, devenu L.1142-1 du même code, interprété à la lumière des articles 2, paragraphe 3, et 5, paragraphe 1, de

la Directive 7/207/CEE, du 9 février 1976, du Conseil des Communautés européennes, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, qu'une salariée, pour laquelle une promotion a été envisagée par l'employeur, ne peut se voir refuser celle-ci en raison de la survenance d'un congé de maternité.

Doit être approuvée une cour d'appel qui, pour décider qu'une salariée était fondée en sa demande de dommages-intérêts pour discrimination, retient, d'une part, que l'employeur ne fournissait aucun élément pour expliquer les raisons pour lesquelles la nomination de la salariée à un poste de responsable de division n'était pas intervenue à son retour de congé de maternité alors qu'elle avait exercé seule l'ensemble des fonctions correspondant à ce poste pendant dix-sept mois dans la continuité de sa candidature retenue en 1994, d'autre part, que le salarié masculin nommé à ce poste venait d'un autre secteur et qu'à son départ à la retraite, un autre collègue masculin avait été préféré.

Soc. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 06-45.262. - CA Paris, 5 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Martinel, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Note sous Soc., 16 décembre 2008, n° 604 ci-dessus

Dans l'espèce, une salariée, qui occupait de fait les fonctions de poste de responsable de direction depuis dix-sept mois, et qui remplissait les conditions pour le faire, n'avait pas été nommée à ce poste à son retour de congé de maternité. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que l'employeur avait agi de manière discriminatoire en nommant sur ce poste un salarié masculin venant d'un autre secteur, puis, après le départ à la retraite de ce dernier, un autre collègue masculin, seul le congé de maternité pouvant expliquer que la salariée n'ait pas été retenue.

Cet arrêt s'inscrit dans la logique jurisprudentielle tant de la Cour de cassation que de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Un arrêt du 19 juillet 1998, rendu après question préjudicielle posée à la CJCE, a jugé que «*les articles, 2, paragraphe 3, et 5, paragraphe 1, de la Directive du 9 février 1976 du Conseil des Communautés européennes, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, s'opposent à une réglementation nationale qui prive une femme du droit d'être notée et, par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle par suite d'une absence de l'entreprise en raison d'un congé de maternité*» (Soc., 18 juillet 1998, Bull. 1998, V, n° 392, et CJCE, 30 avril 1998). Il s'agissait en l'espèce d'une discrimination indirecte, ce qui n'est pas le cas dans le nouvel arrêt. Mais une telle analyse est bien évidemment transposable à un cas de discrimination directe.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 171, note L. Perrin («Egalité entre hommes et femmes : promotion professionnelle et congé de maternité»). Voir également la revue Droit social, n° 3, mars 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 363 à 365, note Christophe Radé et La Semaine juridique, édition social, n° 13, 24 mars 2009, Jurisprudence, n° 1133, p. 26-27, note Joël Cavallini («Pas de refus de promotion en raison d'un congé de maternité»).

N° 605

Contrat de travail, exécution

Salaire. - Egalité des salaires. - Atteinte au principe. - Défaut. - Conditions. - Éléments objectifs justifiant la différence de traitement. - Office du juge.

Au regard du principe «à travail égal, salaire égal», la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui estime fondée la différence de traitement existant entre deux salariés occupant la même fonction de chef de zone export et possédant des diplômes de niveau équivalent, sans préciser en quoi les diplômes du salarié le mieux rémunéré attestent de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée, de sorte qu'ils justifiaient une différence de rémunération.

Soc. - 16 décembre 2008.
CASSATION

N° 07-42.107. - CA Paris, 27 février 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Duplat, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

Note sous Soc., 16 décembre 2008, n° 605 ci-dessus

La chambre sociale a précisé à quelles conditions une différence de diplômes entre des salariés qui occupent les mêmes fonctions peut justifier une différence de rémunération.

Elle juge que la possession d'un diplôme est indispensable pour pouvoir bénéficier d'une classification lorsque la convention collective l'exige (Soc., 16 février 1999, *Bull.* 1999, V, n° 77), et retient l'absence de possession du diplôme requis pour rejeter les prétentions d'un salarié au titre du principe «à travail égal, salaire égal» (Soc., 11 juillet 2006, pourvoi n° 05-40.527).

Mais lorsque les salariés occupent la même fonction, en l'occurrence de chef de zone export, et qu'ils possèdent des diplômes de niveau équivalent, en l'occurrence de troisième cycle, sans qu'un diplôme spécifique ne soit exigé par la convention collective, l'employeur peut-il fonder une différence de rémunération sur la seule différence de diplômes ?

C'est à cette question qu'a répondu la chambre sociale par le présent arrêt, en énonçant qu'au regard du principe «à travail égal, salaire égal», la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont de niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières, utiles à l'exercice de la fonction occupée.

Faute pour la cour d'appel d'avoir précisé dans cette espèce en quoi les diplômes obtenus par la salariée la mieux rémunérée attestent de ces connaissances, la différence de traitement ne pouvait être considérée comme étant justifiée.

Un commentaire de cette décision est par dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 1-2, 6 janvier 2009, Jurisprudence, n° 1005, p. 26-28, note Jean-François Cesaro («A travail égal, salaire égal : vers un palmarès judiciaire des meilleurs diplômés ?»). Voir également la revue Droit social, n° 3, mars 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 361-362,

note Christophe Radé, et la Revue de droit du travail, n° 2, février 2009, Chroniques, p. 173-174, note Thérèse Aubert-Monpeyssen («Diplôme et égalité de traitement»).

N° 606

Contrat de travail, rupture

Clause de non-concurrence. - Indemnité de non-concurrence. - Suppression par une disposition de droit local. - Possibilité (non).

Selon l'article 6-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, le droit au travail comprend la possibilité qu'a toute personne de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté. Ce texte, qui est applicable en droit interne, s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non-concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave.

Viole ce texte et l'article 75, alinéa 3, du code de commerce local, applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et la Moselle, la cour d'appel qui, pour débouter un salarié tenu au respect d'une clause de non-concurrence de sa demande relative à la contrepartie financière prévue par l'article 74 du même code, retient qu'en vertu de l'article 75, en cas de faute grave, le salarié ne peut prétendre à cette indemnité.

Soc. - 16 décembre 2008.
CASSATION PARTIELLE

N° 05-40.876. - CA Colmar, 15 décembre 2004.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est par dans la revue Droit social, n° 2, février 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 236 à 238, note Jean Mouly. Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 11, 10 mars 2009, Jurisprudence, n° 1114, p. 30 à 33, note Isabelle Beyneix («Contrepartie financière de la clause de non-concurrence en cas de faute grave du salarié»).

N° 607

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Définition. - Réorganisation de l'entreprise. - Origines économiques admises. - Détermination. - Portée.

Pour avoir une cause économique, le licenciement pour motif économique doit être consécutif soit à des difficultés économiques, soit à des mutations technologiques, soit à une réorganisation de l'entreprise, soit à une cessation d'activité ; la réorganisation, si elle n'est pas justifiée par des difficultés économiques ou par des mutations technologiques, doit être indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient.

Manque par conséquent de base légale l'arrêt qui retient qu'en l'absence de difficultés économiques ou mutations technologiques invoquées dans la lettre de licenciement, la réorganisation qui y est mentionnée ne constitue pas l'énoncé d'une cause économique dès lors que l'employeur ne se prévalait pas de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette réorganisation n'était pas justifiée par des difficultés économiques.

Soc. - 16 décembre 2008.
CASSATION

N° 07-41.953. - CA Douai, 23 février 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Bobin-Bertrand, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est par dans la revue Droit social, n° 2, février 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 243 à 245, note Gérard Couturier. Voir également la Revue de droit du travail, n° 2, février 2009, Chroniques, p. 103 à 105, note Jean-Yves Frouin («Le motif économique du licenciement»).

N° 608

1^o Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours. - Projet de licenciement. - Consultation des représentants du personnel. - Consultation des délégués du personnel. - Délais d'examen du projet de licenciement. - Caractère suffisant. - Défaut. - Cas. - Portée.

2^o Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Entreprise en difficulté. - Liquidation judiciaire. - Annulation en appel du jugement prononçant la liquidation judiciaire. - Ouverture d'office par le juge d'appel d'une procédure de redressement judiciaire. - Portée.

1^o La cour d'appel qui constate qu'une réunion avec le délégué du personnel sur le projet de licenciement collectif pour motif économique n'a été organisée que la veille du jour de la notification des licenciements fait ressortir que celui-ci n'a pas été mise en mesure de faire valoir utilement ses observations.

2^o L'annulation en appel d'un jugement de liquidation judiciaire de l'employeur prive de fondement et d'effet les licenciements pour motif économique prononcés en vertu de cette décision par le liquidateur judiciaire, qui sont alors dépourvus de cause réelle et sérieuse, à moins que la cour d'appel annulant le jugement ouvre par la même décision une liquidation judiciaire.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, alors que la décision annulant le jugement de liquidation judiciaire a ouvert une procédure de redressement judiciaire, retient que les licenciements notifiés par le liquidateur judiciaire en vertu du jugement annulé ont une cause réelle et sérieuse.

Soc. - 16 décembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-43.285 à 07-43.297. - CA Amiens, 16 mai 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 12, 17 mars 2009, Jurisprudence, n° 1125, p. 31 à 34, note Laurence Fin-Langer («Portée de l'annulation d'un jugement de liquidation judiciaire»).

N° 609

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Mesures d'accompagnement. - Mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement en vue de reclassement. - Bénéfice. - Etendue. - Détermination. - Cas. - Résiliation amiable du contrat de travail en raison de circonstances caractérisant un motif économique.

En cas de résiliation amiable du contrat de travail d'un salarié conclue en raison de circonstances caractérisant un motif

économique, l'employeur est tenu de proposer au salarié les mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement prévues par l'article L. 321-4-2 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable. A défaut, il doit verser une contribution aux organismes visés à l'article L. 351-21, alinéas 1 et 2, devenu l'article L. 5427-1 de ce code.

Dès lors, c'est à bon droit qu'une juridiction de proximité, qui a constaté que la résiliation du contrat de travail d'un salarié avait un caractère économique et que son employeur ne lui avait pas proposé les mesures précitées, a décidé que l'opposition de l'employeur à la contrainte émise par l'ASSEDIC pour avoir paiement de la contribution n'était pas justifiée

Soc. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 07-15.019. - Juridiction de proximité de Saint-Etienne, 31 janvier 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Chauviré, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Bouleze, Av.

Un commentaire de cette décision est par dans la revue Droit social, n° 3, mars 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 374-375, note Gérard Couturier. Voir également la Revue de droit du travail, n° 3, mars 2009, Chroniques, p. 165-166, note Alexandre Fabre («L'application du PARE anticipé à la résiliation amiable pour motif économique»).

N° 610

Divorce, séparation de corps

Divorce sur conversion de la séparation de corps. - Demande. - Loi applicable. - Détermination. - Portée.

La demande en conversion d'une séparation de corps prononcée en 1998 en divorce, introduite par une assignation de 2002 et jugée en première instance en 2003, est soumise à la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, comme étant la loi en vigueur au moment de la requête en séparation de corps. Cette loi est également applicable en appel à l'instance en conversion pendante le 1^{er} janvier 2005, lors de l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, en vertu de l'article 33 IV de cette dernière loi. Les dispositions de la loi de 2004 concernant les demandes de conversion de la séparation de corps en divorce, et notamment l'article 33 V, ne sont pas applicables en appel lorsque le jugement de conversion a été prononcé antérieurement au 1^{er} janvier 2005.

C'est à juste titre qu'une cour d'appel décide de ne pas appliquer la loi du 11 juillet 1975 dans sa rédaction initiale, mais de tenir compte de la modification des articles 271 à 279 du code civil résultant de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000.

1^{re} Civ. - 17 décembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 06-19.125. - CA Paris, 4 mai 2006.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Trapero, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, SCP Le Griel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 2, février 2009, Jurisprudence, p. 79-81, note Stéphane David («Prestation compensatoire : primauté du capital et incidence de l'exécution provisoire»). Voir également la revue Droit de la famille, n° 2, février 2009, commentaire n° 13, p. 24-25, note Virginie Larribau-Terneyre («De l'inapplicabilité en appel de la loi du 26 mai 2004 aux demandes de conversion de la séparation de corps en divorce»).

N° 611

**1^o Entreprise en difficulté
(loi du 26 juillet 2005)**

Ministère public. - Communication des causes. - Défaut. - Pourvoi. - Qualité. - Ministère public exclusivement. - Exclusion. - Cas. - Décision rendue après avis du ministère public.

**2^o Entreprise en difficulté
(loi du 26 juillet 2005)**

Généralités. - Loi du 26 juillet 2005. - Application dans le temps. - Dispositions relatives à la résolution des plans de redressement par voie de continuation. - Date du prononcé de la résolution. - Portée.

1^o Les dispositions de l'article L. 661-8 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, ne sont pas applicables lorsque la loi prévoit que la décision sera rendue après avis du ministère public.

Il en résulte que le débiteur est recevable en son moyen fondé sur le non-respect de cette formalité.

2^o Les dispositions de l'article L. 626-27 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, sont applicables aux procédures de redressement judiciaire en cours au 1^{er} janvier 2006.

Il en résulte que, lorsque la résolution d'un plan de redressement par voie de continuation arrêté en faveur d'un débiteur n'a pas été prononcée avant cette date, sa mise en liquidation judiciaire concomitante suppose que soit constatée la cessation de ses paiements au cours de l'exécution du plan.

Com. - 16 décembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-17.130. - CA Pau, 23 avril 2007.

Mme Favre, Pt. - M. Gadrat, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Bouilloche, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 2, 15 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 94, note A. Lienhard («Résolution du plan pour cessation des paiements»).

N° 612

**Entreprise en difficulté
(loi du 26 juillet 2005)**

Redressement judiciaire. - Déroutement. - Poursuite de l'activité au cours de la période d'observation. - Fin du redressement judiciaire pour extinction du passif. - Conditions. - Pouvoirs des juges.

Après avoir retenu que la possibilité pour une société débitrice en redressement judiciaire de régler le passif échü n'avait été concrétisée qu'en cause d'appel, après plusieurs promesses en ce sens et au prix d'un nouvel emprunt auprès d'une banque et de nouvelles dettes à l'égard des associés, de sorte que la possibilité d'assurer la pérennité de l'entreprise n'était pas démontrée, une cour d'appel ne fait qu'user du pouvoir souverain qu'elle tient de l'article L. 631-16 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, en ne faisant pas usage de la faculté offerte par ce texte de mettre fin au redressement judiciaire.

Com. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 07-22.033. - CA Metz, 30 octobre 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Vaissette, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 2, 15 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 94-95, note A. Lienhard («Redressement judiciaire : clôture pour désintéressement des créanciers»).

N° 613

**Entreprise en difficulté
(loi du 25 janvier 1985)**

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Gestion. - Créance née après le jugement d'ouverture. - Domaine d'application. - Créance du Trésor public. - Taxe sur la valeur ajoutée au titre de la livraison à soi-même de l'immeuble resté en stock.

La taxe sur la valeur ajoutée qui a grevé l'acquisition d'un immeuble est regardée comme déductible tant que cet immeuble demeure, pendant la durée du délai de cinq ans fixée à l'article 257-7 du code général des impôts, destiné à la vente. L'immeuble invendu à l'expiration de ce délai, changeant d'affectation, sort du champ d'application de cet article. A défaut d'un reversement de la taxe sur la valeur ajoutée, celle-ci est due au titre d'une livraison à soi-même de l'immeuble resté en stock, en application des dispositions de l'article 258-8-1 du même code.

Viole dès lors les articles L. 621-32 et L. 621-43 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, ensemble les articles 257 7^o et 257 8^o 1 c du code général des impôts, la cour d'appel qui, après avoir constaté que certains biens acquis par une société n'ont pas été revendus dans le délai de cinq ans, délai au cours duquel une procédure collective a été ouverte, et que l'administration fiscale a notifié un redressement de taxe sur la valeur ajoutée au titre de la livraison à soi-même des immeubles restés en stock, dit la créance fiscale éteinte faute de déclaration, alors que le fait générateur de cette créance était l'expiration du délai de cinq ans, de sorte que la créance, qui n'était pas née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, n'avait pas à faire l'objet d'une déclaration.

Com. - 16 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-13.081. - CA Aix-en-Provence, 30 novembre 2006.

Mme Favre, Pt. - Mme Betch, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - M^e Foussard, M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 164-165, note A. Lienhard («Créance prioritaire : fait générateur des créances fiscales»). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 11, 12 mars 2009, Jurisprudence, n° 1267, p. 70 à 75, note Laura Sautonie-Laguionie («Fait générateur d'une créance de TVA et privilège des créances postérieures»).

N° 614

**Entreprise en difficulté
(loi du 25 janvier 1985)**

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de continuation. - Créance née postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective. - Créance fiscale. - Recouvrement. - Conditions. - Détermination.

En matière de procédure collective, la date du fait générateur de l'impôt permet de déterminer si la créance doit être déclarée

au titre de l'article L. 621-43 du code de commerce ou si son recouvrement peut être poursuivi au titre de l'article L. 621-32 du même code.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel retient que le fait générateur de l'impôt sur les sociétés et la taxe y afférente résulte, en application des articles 36, 38 et 209 du code général des impôts, de la clôture de l'exercice comptable et non pas de la perception des impôts, et, après avoir constaté que le principe de la créance des impôts en cause est né après l'ouverture de la procédure collective, en déduit que celle-ci relève de l'article L. 621-32 du code de commerce.

Com. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 08-12.142. - CA Versailles, 11 décembre 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Betch, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 164-165, note A. Lienhard («Créance prioritaire : fait générateur des créances fiscales»).

N° 615

Escroquerie

Tentative. - Commencement d'exécution. - Incendie d'un bien assuré. - Plainte pour vol. - Absence de déclaration de sinistre à l'assurance.

La destruction volontaire d'un bien et la plainte pour vol de ce dernier ne constituent que des actes préparatoires qui ne sauraient, en l'absence de déclaration de sinistre à l'assurance, constituer un commencement d'exécution justifiant une condamnation pour tentative d'escroquerie.

Crim. - 17 décembre 2008.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-82.085. - CA Paris, 27 février 2008.

M. Dulin, Pt (f.f.). - Mme Slove, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 3, mars 2009, commentaire n° 35, p. 37-38, note Michel Véron («Tentative d'escroquerie à l'assurance»). Voir également la revue Actualité juridique Pénal, n° 3, mars 2009, Jurisprudence, p. 130-131, note Jérôme Lasserre Capdeville («Pas de tentative d'escroquerie à l'assurance en l'absence de déclaration de sinistre»).

N° 616

Etat civil

Acte de l'état civil. - Actes dressés à l'étranger. - Force probante. - Applications diverses. - Acte de naissance régulièrement dressé dans les établissements français de l'Inde et non transcrit sur les registres d'état civil français.

Selon l'article 47 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 novembre 2003, tout acte d'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, fait foi ; il résulte de l'article 2, alinéa 2, du décret du 24 avril 1880, portant organisation de l'état civil des natifs dans les établissements français de l'Inde, que la naissance d'un enfant né de parents français en pays étranger pourra toujours être inscrite sur les registres de l'état civil lorsqu'elle sera constatée par des certificats émanant des autorités compétentes du lieu de naissance.

Viole ces dispositions la cour d'appel qui décide que les règles spéciales de l'article 2, alinéa 2, précité excluent qu'un acte d'état civil de naissance dressé en Inde et non transcrit sur les registres d'état civil français puisse avoir une quelconque force probante.

1^{re} Civ. - 17 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-20.293. - CA Paris, 2 mars 2006.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Pascal, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, Av.

N° 617

COMMUNIQUÉ

Dans un arrêt du 17 décembre 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait déclaré irrecevable l'action du ministère public tendant à faire annuler la transcription sur les registres de l'état civil d'un acte de naissance établi en Californie pour des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui.

La gestation pour autrui, plus couramment dénommée «mère porteuse», consiste à inséminer une femme, la donneuse, avec les gamètes d'un homme et d'une autre femme. Elle est interdite en France depuis un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 31 mai 1991 et la loi bioéthique du 29 juillet 1994, qui a inséré, dans le code civil, un article 16-7 selon lequel «*toute convention sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*».

Elle est en revanche autorisée dans certains pays, comme, par exemple, l'Etat de Californie.

En 1998, un couple de français, après avoir découvert que l'épouse souffrait d'une malformation congénitale rendant impossible toute gestation, a décidé de recourir aux services d'une mère porteuse aux Etats-Unis, pays où ils voyageaient pour les besoins de leurs professions respectives.

La mère porteuse a été inséminée avec les gamètes du mari et d'une donneuse, amie du couple restée anonyme.

Un jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 a établi que le mari et l'épouse seraient «père et mère des enfants à naître», portés par la gestatrice, le mari étant reconnu comme père génétique, l'épouse comme «mère légale».

A la naissance en Californie des enfants, des jumelles, des actes de naissance ont été établis selon le droit californien, mentionnant le mari et la femme comme père et mère.

Ces derniers ont alors demandé la transcription des actes de naissance des enfants sur les registres français au consulat général de France à Los Angeles, lequel lui a opposé un refus, en raison de l'impossibilité de produire un certificat d'accouchement de l'épouse et d'une suspicion de gestation pour autrui.

Le couple est rentré en France avec des passeports américains pour les enfants, celles-ci, nées aux Etats-Unis, bénéficiant de la nationalité américaine.

Le procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils étaient domiciliés a alors introduit une procédure devant les juridictions civiles.

Après avoir demandé la transcription des actes de naissance des jumelles sur les registres du service central d'état civil de Nantes, il a assigné le couple devant un tribunal de grande instance aux fins d'obtenir l'annulation de ces actes, en faisant valoir que l'épouse n'était pas la mère biologique des enfants et que la transcription des actes de naissance était contraire à l'ordre public français.

Le tribunal de grande instance de Créteil puis la cour d'appel de Paris ont déclaré l'action du ministère public irrecevable, au

regard de l'ordre public, dans la mesure où celui-ci ne conteste ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usitées dans cet Etat.

Cette décision est cassée par la première chambre civile de la Cour de cassation qui, sans se prononcer sur le fond du dossier, rappelle que le ministère public a un intérêt à agir dès lors que les mentions inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, en violation de l'article 16-7 du code civil.

Il reviendra à la cour d'appel de Paris, autrement composée, devant laquelle l'affaire a été renvoyée, de se prononcer sur la validité des actes d'état civil des enfants.

L'arrêt a été rendu sur avis conforme de l'avocat général.

(Source : service de documentation et d'études)

Etat civil

Acte de l'état civil. - Actes dressés à l'étranger. - Transcription. - Action en annulation du ministère public. - Recevabilité. - Cas. - Défense de l'ordre public à l'occasion des faits portant atteinte à celui-ci. - Applications diverses. - Procréation ou gestation pour le compte d'autrui.

Aux termes de l'article 423 du code de procédure civile, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci, et de l'article 16-7 du code civil, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

Viole ces dispositions l'arrêt qui, pour déclarer irrecevable l'action du ministère public fondée sur une contrariété à l'ordre public, retient que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité en France du jugement étranger ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés à l'étranger, alors qu'il ressortait des constatations de l'arrêt que les mentions de ces actes ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité.

1^{re} Civ. - 17 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-20.468. - CA Paris, 25 octobre 2007.

M. Bague, Pt. - Mme Monéger, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 2, février 2009, Jurisprudence, p. 81-82, note François Chénéde («Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de transcription des actes d'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui»). Voir également La semaine juridique, édition générale, n° 6, 4 février 2009, Jurisprudence, n° 10020, p. 37 à 39, note Aude Mirkovic («Mère porteuse : analyse de droit de la famille») et n° 10021, p. 39 à 41, note Louis d'Avout («Mère porteuse : analyse de droit international privé»), le Recueil Dalloz, n° 5, 5 février 2009, Etudes et commentaires, p. 332 à 340, avis de l'avocat général Dominique Sarcelet et, p. 340 à 344, note Laurence Brunet («Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ?»), cette même revue, n° 3, 22 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 166-167, note V. Egéa («L'action du ministère public face aux gestations pour autrui»), et n° 11, 19 mars 2009, Etudes et commentaires - droit de la filiation, p. 777-778, note Frédérique Granet-Lambrechts («Gestation pour autrui»), ainsi que la revue Procédures, n° 2, février 2009, commentaire n° 52, p. 21, note Méliana Douchy-Oudot («Ministère public, état civil et gestation pour autrui»), la Revue juridique personnes et familles, n° 1, janvier 2009, p. 16, note Isabelle Corpart («L'action du ministère public visant à annuler la transcription des actes de naissance d'enfants nés d'une mère porteuse est recevable»), la revue Droit de la

famille, n° 2, février 2009, commentaire n° 15, p. 26-27, note Pierre Murat («Le ministère public et les actes de l'état civil étrangers consacrant une gestation pour autrui : annulation de la transcription recevable») et le Répertoire du notariat Defrénois, n° 5, 15 mars 2009, Jurisprudence, p. 549 à 552, note Jacques Massip.

N° **618**

Exploit

Signification. - Domicile. - Lettre recommandée. - Mention de l'envoi. - Omission. - Diligences accomplies par l'huissier. - Portée.

Il résulte des articles 555 et 558 que l'huissier qui délivre une citation à l'adresse déclarée par l'appelant, conformément à l'article 503-1 du code de procédure pénale, est tenu d'effectuer les diligences prévues par des articles 555 et suivants dudit code lorsque le destinataire de l'exploit demeure bien à l'adresse indiquée.

Méconnaît ces dispositions l'arrêt qui, pour statuer par décision contradictoire à signifier à l'égard des prévenus, absents à l'audience, énonce que ceux-ci ont été cités à l'adresse figurant dans l'acte d'appel, par exploits d'huissier délivrés à mairie, alors qu'il ne ressort pas des mentions des citations que l'huissier a adressé aux prévenus les lettres recommandées prévues par l'article 558, alinéa 3, du code de procédure pénale.

Crim. - 17 décembre 2008.

CASSATION

N° 08-83.699. - CA Rouen, 17 octobre 2007.

M. Dulin, Pt (f.f.). - Mme Labrousse, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén.

N° **619**

Expropriation pour cause d'utilité publique

Cassation. - Ordonnance d'expropriation. - Cassation par voie de conséquence. - Pourvoi antérieur à l'annulation des arrêtés déclaratifs d'utilité publique et de cessibilité. - Recevabilité.

La faculté donnée à tout exproprié, par les articles L. 12-5 et R. 12-5-1 et suivants du code de l'expropriation, de faire constater par le juge de l'expropriation la perte de fondement juridique d'une ordonnance portant transfert de propriété, en cas d'annulation par une décision irrévocable du juge administratif de la déclaration d'utilité publique ou de l'arrêté de cessibilité, ne prive pas l'exproprié du droit de former un pourvoi en cassation contre l'ordonnance, pour demander la cassation par voie de conséquence de l'annulation à intervenir.

3^e Civ. - 17 décembre 2008.

RADIATION

N° 07-17.739. - TGI Grenoble, 9 mars 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). et Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° **620**

1^o Juge de l'exécution

Compétence. - Difficultés relatives aux titres exécutoires. - Demande tendant à remettre en cause le fondement du titre (non).

2^o Commune

Créance d'une commune. - Recouvrement. - Emission d'un titre exécutoire. - Conditions. - Bases de la liquidation. - Constatations nécessaires.

1^o En application de l'article L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution ne peut être saisi des difficultés relatives à un titre exécutoire qu'à l'occasion de contestations portant sur des mesures d'exécution forcées engagées ou opérées sur le fondement de ce titre.

Décide dès lors justement que le tribunal de grande instance est compétent pour connaître du contentieux relatif à des titres exécutoires émis pour recouvrer des astreintes la cour d'appel qui relève que la société conteste seulement le fondement de ces titres.

2^o Il résulte de l'article 81, alinéa premier, du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique que tout ordre de recettes doit indiquer les bases de la liquidation.

Prive en conséquence sa décision de base légale au regard de ce texte la cour d'appel qui rejette la demande d'une société tendant à faire annuler des états exécutoires émis par le maire d'une commune, sans constater que celui-ci avait indiqué, soit dans le titre lui-même, soit par référence expresse à un document joint à l'état exécutoire ou précédemment adressé au débiteur, les bases et les éléments de calcul sur lesquels il se fondait pour mettre les sommes en cause à la charge du redevable.

Com. - 16 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-20.939. - CA Rennes, 18 septembre 2007.

Mme Favre, Pt. - Mme Betch, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, SCP Nicolay, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° **621**

Nom

Nom patronymique. - Acquisition. - Possession. - Possession prolongée et loyale. - Portée.

Si la possession loyale et prolongée d'un nom ne fait pas obstacle en principe à ce que celui qui le porte, renonçant à s'en prévaloir, revendique le nom de ses ancêtres, il appartient au juge, en considération notamment de la durée respective et de l'ancienneté des possessions invoquées ainsi que des circonstances dans lesquelles elles se sont succédées, d'apprécier s'il y a lieu d'accueillir cette revendication.

Dès lors, une cour d'appel qui constate, d'une part, que l'usage du nom patronymique revendiqué «Charles de la Blandinière» n'est établi que pour une durée de 68 ans, en l'absence de toute pièce antérieure à 1752, d'autre part, que, depuis 150 ans, les ascendants de la requérante ont porté le patronyme «Delablandinière» sans jamais revendiquer le retour au patronyme originel, un jugement en rectification d'état civil de 1903 n'ayant concerné que l'autre branche de la famille, enfin, que, depuis 1877, le patronyme «Delablandinière» a continué à être constamment et volontairement porté dans la famille et utilisé dans tous les actes d'état civil jusqu'à nos jours a pu en déduire que les ascendants de la requérante avaient renoncé à utiliser le nom de «Charles de la Blandinière» et a souverainement estimé qu'eu égard aux circonstances, et notamment à la durée des possessions, il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande de rectification dont elle était saisie.

1^{re} Civ. - 17 décembre 2008.

REJET

N° 07-10.068. - CA Paris, 2 novembre 2006.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Trapero, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - M^e Haas, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 2, février 2009, Jurisprudence, p. 86-87, note Sébastien Milleville («Rectification de l'état civil : conditions de la revendication du nom d'un ancêtre»). Voir également la Revue juridique personnes et familles, n° 2, février 2009, p. 14, note Isabelle Corpart («Où la possession loyale et prolongée d'un nom empêche la reprise d'un nom plus ancien») et le Recueil Dalloz, n° 11, 19 mars 2009, Chronique de la Cour de cassation - première chambre civile, p. 747 à 749, note Pascal Chauvin («Nom de famille : la revendication du nom porté par ses ancêtres»).

N° **622**

Partage

Lésion. - Rescision. - Action en rescision. - Actes susceptibles. - Détermination. - Portée.

L'action en rescision pour lésion est recevable non seulement contre les partages proprement dits, mais également contre les actes qui, en vue de la réalisation du partage et concourant à sa réalisation, attribuent des biens indivis à certains copartageants, dès lors que, par cette opération assimilable à un partage, les biens sont définitivement sortis de l'indivision entre les parties qui y ont figuré.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour déclarer irrecevable l'action en rescision pour lésion exercée par un époux commun en bien soutenant que des valeurs mobilières déposées sur des comptes bancaires ouverts au nom de l'épouse avaient été omises de l'état liquidatif stipulant qu'il revêtait un caractère forfaitaire et transactionnel, retient que la généralité des termes employés dans cet acte démontre que les ex-époux ont eu l'intention de transiger sur l'intégralité de l'actif communautaire, mobilier ou immobilier, conformément à un «protocole d'accord» conclu pendant l'instance en divorce, que l'époux avait connaissance de l'existence des comptes bancaires et avoirs revendiqués, de sorte qu'il n'est pas fondé à arguer d'une erreur sur l'objet de la transaction et que l'omission de biens alléguée ne peut donner lieu qu'à une action en complément de partage, en l'espèce irrecevable à raison de la transaction, et non à une action en rescision pour lésion, alors qu'une telle action était recevable à l'encontre d'une convention comportant des attributions faisant cesser l'indivision et qui, interdisant aux ex-époux d'introduire une action en complément de partage, avait pour effet d'attribuer à l'épouse des valeurs mobilières qu'elle détenait.

1^{re} Civ. - 17 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-15.459. - CA Caen, 22 février 2007.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Bignon, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **623**

Peines

Prononcé. - Emprisonnement. - Délits commis en état de récidive légale. - Seuil légal de la peine d'emprisonnement. - Dérogations. - Condition.

Selon l'article 132-19-1 du code pénal, la juridiction ne peut prononcer, pour les délits commis en état de récidive légale, une peine inférieure aux seuils de la peine d'emprisonnement prévus par ce texte, ou une peine autre que l'emprisonnement, que par une décision spécialement motivée en considération

des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.

Crim. - 16 décembre 2008.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-85.671. - CA Angers, 15 juillet 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Blondet, Rap. - M. Mathon, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 29 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 230-231, note M. Léna (« Motivation de la dérogation au seuil des peines plancher »). Voir également la revue Droit pénal, n° 3, mars 2009, commentaire n° 31, p. 32-33, note Michel Véron (« Le prononcé de "peines plancher" en matière délictuelle ») et la revue Actualité juridique Pénal, n° 3, mars 2009, Jurisprudence, p. 127-128, note Martine Herzog-Evans (« Deux illustrations de la régression du pouvoir du fait des lois récidive I et II »).

N° 624

1^o Prescription

Action publique. - Délai. - Point de départ. - Atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

2^o Prescription

Action publique. - Interruption. - Acte d'instruction ou de poursuite. - Instructions du procureur général au procureur de la République. - Instructions à l'effet de procéder à une enquête.

1^o Le délai de prescription de l'action publique du délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, infraction instantanée, commence à courir à partir du jour où les actes irréguliers sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

2^o Les instructions données par le procureur général au procureur de la République, à l'effet de procéder à une enquête, constituent un acte de poursuite interruptif de prescription au sens des articles 7 et 8 du code de procédure pénale.

Crim. - 17 décembre 2008.
REJET

N° 08-82.319. - CA Lyon, 27 février 2008.

M. Pelletier, Pt. - Mme Ract-Madoux, Rap. - M. Lucazeau, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 3, mars 2009, Jurisprudence, p. 131 à 133, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Report du point de départ du délai de prescription de l'action publique »). Voir également la revue « Procédures », n° 3, mars 2009, commentaire n° 92, p. 24-25, note Jacques Buisson (« La dissimulation des faits emporte recul du point de départ de la prescription ») et la revue « Droit pénal », n° 3, mars 2009, commentaire n° 36, p. 38-39, note Michel Véron (« La responsabilité d'un président d'université »).

N° 625

Procédure civile

Conclusions. - Conclusions d'appel. - Dernières écritures. - Domaine d'application.

Viole l'article 954, alinéa 2, du code de procédure civile la cour d'appel qui répute abandonnés des prétentions et moyens non repris dans les dernières écritures, alors que celles-ci ne déterminaient pas l'objet du litige et ne soulevaient pas un incident de nature à mettre fin à l'instance.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.
CASSATION

N° 07-20.238. - CA Basse-Terre, 23 avril 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 2, février 2009, commentaire n° 36, p. 11, note Roger Perrot (« Dernières écritures »).

N° 626

Procédure civile

Instance. - Péremption. - Suspension. - Sursis à statuer. - Décision. - Ordonnance de retrait du rôle. - Effet.

L'ordonnance de retrait du rôle prononcée à la suite d'une décision de sursis à statuer est sans effet sur la suspension de l'instance en résultant, laquelle a interrompu le délai de péremption jusqu'à l'événement attendu.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.
CASSATION

N° 07-21.140. - CA Versailles, 12 septembre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Paul-Loubière, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 8, 26 février 2009, Etudes et commentaires, p. 536-537, note Christian Paul-Loubière (« Le régime du sursis à statuer prévaut sur celui du retrait du rôle »). Voir également cette même revue, n° 11, 19 mars 2009, Chronique de la Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 761 à 763, note Jean-Michel Sommer (« Sursis à statuer : appel du jugement de sursis, retrait du rôle et sursis à statuer, question préjudicielle communautaire ») et la revue Procédures, n° 3, mars 2009, commentaire n° 73, p. 11-12, note Roger Perrot (« Effet de l'ordonnance de retrait du rôle »).

N° 627

Procédure civile

Fin de non-recevoir. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Défaut de citation du défendeur ou de mise en cause du civilement responsable.

Le défaut de citation du défendeur ou de mise en cause du civilement responsable ne constitue pas une fin de non-recevoir.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.
CASSATION

N° 07-20.889. - Juridiction de proximité Paris 18, 30 octobre 2006.

M. Gillet, Pt. - M. André, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 11, 19 mars 2009, Chronique de la Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 759-760, note Jean-Michel Sommer (« Défaut de comparution du défendeur et carence du demandeur »).

N° 628

Procédure civile

Procédure de la mise en état. - Conseiller de la mise en état. - Ordonnance du conseiller de la mise en état. - Ordonnance déclarant un appel recevable. - Défaut d'autorité de la chose jugée au principal. - Portée.

L'ordonnance du conseiller de la mise en état déclarant un appel recevable étant dépourvue de l'autorité de la chose jugée au principal, la cour d'appel est tenue de statuer sur cette fin de non-recevoir si celle-ci est à nouveau soulevée devant elle.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-20.599. - CA Lyon, 18 janvier 2007.

M. Gillet, Pt. - M. André, Rap. - M. Lautru, Av. Gén. - SCP Bouleuz, M^e Odent, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 629

COMMUNIQUÉ

Par arrêt du 18 décembre 2008, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que la demande de renvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), formulée par une partie en application de l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne pour interprétation des textes communautaires, peut être présentée en tout état de cause.

Elle a en conséquence cassé un arrêt de cour d'appel qui, appliquant à tort à cette demande les dispositions de l'article 74 du code de procédure civile, l'avait déclarée irrecevable, au motif qu'elle n'avait pas été présentée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

Cela ne signifie pas pour autant que les juges du fond sont tenus d'accueillir une telle demande de renvoi devant la CJCE. Il convient en effet de rappeler que le renvoi est en principe facultatif pour le juge (Com., 26 avril 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 138) et ne devient obligatoire que si la question de l'interprétation du droit communautaire est soulevée « devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne » (article 234 du Traité CE).

Les modalités de mise en oeuvre du renvoi préjudiciel ont été précisées dans une brochure élaborée par le service des affaires européennes et internationales (SAEI) du ministère de la justice, avec le concours de l'observatoire de droit européen du service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

Cette brochure peut être consultée sur le site intranet du ministère de la justice.

(Source : service de documentation et d'études)

Procédure civile

Sursis à statuer. - Question préjudicielle. - Droit communautaire. - Interprétation des textes communautaires. - Renvoi de l'affaire devant la Cour de justice des Communautés européennes. - Moment. - Détermination. - Portée.

En application de l'article 74 du code de procédure civile, la demande de sursis à statuer dans l'attente de la décision d'une juridiction administrative doit, à peine d'irrecevabilité, être présentée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

En revanche, il résulte des dispositions combinées de cet article et de l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne que la demande qui tend au renvoi de l'affaire

devant la Cour de justice des Communautés européennes pour interprétation des textes communautaires peut être présentée en tout état de cause, et même à titre subsidiaire.

2^e Civ. - 18 décembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-11.438. - CA Besançon, 28 novembre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Lacabarats, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 3, mars 2009, commentaire n° 75, p. 12-13, note Roger Perrot (« Recevabilité d'un sursis à statuer »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 11, 19 mars 2009, Chronique de la Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 761 à 763, note Jean-Michel Sommer (« Sursis à statuer : appel du jugement de sursis, retrait du rôle et sursis à statuer, question préjudicielle communautaire ») et La Semaine juridique, édition générale, n° 12, 18 mars 2009, Jurisprudence, n° 10048, p. 55 à 58, note Didier Cholet (« Les questions préjudicielles en procédure civile et le droit communautaire »).

N° 630

Professions médicales et paramédicales

Médecin-chirurgien. - Exercice illégal de la profession. - Soins de détartrage dentaire. - Conditions. - Détermination.

Les soins de détartrage dentaire réalisés à l'occasion d'un traitement dispensé par un médecin stomatologue relèvent de l'exercice de la médecine.

En conséquence, la pratique habituelle de tels soins, pour le compte d'un médecin stomatologue, par une personne qui n'est inscrite ni à l'ordre des médecins ni à celui des chirurgiens-dentistes, constitue le délit d'exercice illégal de la médecine.

Crim. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 08-80.453. - CA Paris, 13 décembre 2007.

M. Farge, Pt (f.f.). - Mme Radenne, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - M^e Luc-Thaler, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 3, mars 2009, commentaire n° 33, p. 34-35, note Jacques-Henri Robert (« Ne confondez plus un stomatologue et un arracheur de dents »).

N° 631

Récidive

Condamnation antérieure. - Peine correctionnelle. - Sursis avec mise à l'épreuve. - Prohibition d'un nouveau sursis avec mise à l'épreuve.

Méconnaît les prescriptions de l'article 132-41 du code pénal la cour d'appel qui condamne, pour violences aggravées en récidive, à une peine d'emprisonnement assortie en totalité d'un sursis avec mise à l'épreuve une personne ayant déjà fait l'objet d'une condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve pour une infraction identique ou assimilée, au sens de l'article 132-16-4, et se trouvant en état de récidive légale.

Crim. - 16 décembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-85.469. - CA Angers, 1^{er} juillet 2008.

M. Pelletier, Pt. - M. Blondet, Rap. - M. Charpenel, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 4, 29 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 229-230, note M. Léna (« Récidive et sursis avec mise à l'épreuve »). Voir également la revue Actualité juridique Pénal, n° 3, mars 2009, Jurisprudence, p. 127-128, note Martine Herzog-Evans (« Deux illustrations de la régression du pouvoir du fait des lois récidive I et II »).

N° 632

1^o Représentation des salariés

Cadre de la représentation. - Unité économique et sociale. - Reconnaissance. - Objet. - Détermination. - Effets. - Absence de personnalité morale.

2^o Représentation des salariés

Cadre de la représentation. - Unité économique et sociale. - Reconnaissance. - Reconnaissance résultant d'un accord collectif. - Effets. - Etendue. - Détermination.

1^o La reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale (UES) entre des entités juridiques distinctes a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs.

En résulte que si la reconnaissance d'une UES permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale.

2^o La reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail étant un droit exclusivement attaché à la personne, il ne peut donc être imposé à un salarié sans son accord un changement d'employeur, sauf disposition législative expresse ; si un accord collectif reconnaissant une unité économique et sociale peut étendre ses effets au-delà des institutions représentatives du personnel et créer des obligations pour les différentes entités juridiques composant l'UES, il ne peut donc faire d'une unité économique et sociale l'employeur des salariés.

Soc. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 07-43.875. - CA Paris, 31 mai 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 6, 5 février 2009, Jurisprudence, n° 1149, p. 45-46, note Stéphane Béal (« L'UES n'est pas un employeur »). Voir également La Semaine juridique, édition social, n° 13, 24 mars 2009, Jurisprudence, n° 1140, p. 38 à 40, note Guillaume Blanc-Jouvan (« Une UES n'a pas la personnalité morale »).

N° 633

Transports maritimes

Marchandises. - Responsabilité. - Action en responsabilité. - Action de l'Etat contre le responsable de la chute en mer d'une marchandise d'un navire. - Possibilité. - Loi du 24 novembre 1961. - Portée.

La loi du 24 novembre 1961, qui rend le propriétaire d'une marchandise tombée d'un navire à la mer débiteur envers l'Etat des conséquences des opérations de sauvetage, de récupération, d'enlèvement, de destruction, ou de celles destinées à supprimer les dangers que présente cette épave

que l'Etat a mises en oeuvre, ne fait pas obstacle au droit que l'Etat, qui a procédé à de telles opérations, tient des articles 1382 et suivants du code civil de rechercher la responsabilité de celui qui est à l'origine du sinistre.

Com. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 07-21.943. - CA Versailles, 11 octobre 2007.

Mme Favre, Pt. - M. de Monteynard, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - M^e Le Prado, M^e Foussard, Av.

N° 634

Transports maritimes

Marchandises. - Transport international. - Connaissance. - Clause attributive de juridiction. - Effets à l'égard du tiers porteur du connaissance. - Détermination.

Une clause attributive de juridiction, convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissance, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissance pour autant que, en l'acquérant, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Dans le cas contraire, il convient de vérifier son consentement à la clause, au regard des exigences de l'article 17 de la Convention de Lugano.

En ne recherchant pas préalablement si le tiers porteur avait, selon le droit applicable, succédé aux droits du chargeur, la cour d'appel a violé ce texte.

1^{re} Civ. - 16 décembre 2008.

CASSATION

N° 07-18.834. - CA Aix-en-Provence, 5 juillet 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Monéger, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 2, 15 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 89 à 91, note Xavier Delpech (« Opposabilité des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissances maritimes »).

N° 635

1^o Transports maritimes

Marchandises. - Transport international. - Connaissance. - Clause attributive de juridiction. - Effets à l'égard du tiers porteur du connaissance. - Détermination.

2^o Conventions internationales

Accords et conventions divers. - Convention de Rome du 19 juin 1980. - Loi applicable aux obligations contractuelles. - Article 3. - Loi choisie par les parties. - Effets à l'égard du tiers porteur d'un connaissance. - Détermination.

1^o Une clause attributive de juridiction, convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissance, produit ses effets à l'égard du tiers porteur de ce connaissance pour autant que, en l'acquérant, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Dans le cas contraire, il convient de vérifier son consentement à la clause, au regard des exigences de l'article 23 du Règlement (CE) n° 44/2001, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui écarte l'application d'une clause de compétence territoriale insérée dans un connaissance dans un litige opposant le transporteur émetteur du connaissance et le tiers porteur de celui-ci, aux motifs qu'elle est inopposable

à ce dernier qui ne l'a pas spécialement acceptée, sans rechercher, préalablement, si, selon le droit national applicable, le tiers porteur avait succédé aux droits et obligations du chargeur.

2^o Viole l'article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 l'arrêt qui, dans le même litige, ne détermine pas la loi applicable au contrat de transport au regard de ce texte, mais retient que la clause insérée au connaissement soumettant à tel droit national les litiges à naître est inopposable au tiers porteur de ce connaissement qui ne l'a pas spécialement acceptée.

Com. - 16 décembre 2008.

CASSATION

N° 08-10.460. - CA Aix-en-Provence, 11 octobre 2007.

Mme Favre, Pt. - M. Potocki, Rap. - M. Raysséguier, P. Av. Gén. - M^e Le Prado, SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Roger et Sevaux, SCP Peignot et Garreau, Av.

**Note sous 1^{re} Civ. et Com., 16 décembre 2007,
commune aux n° 634 et 635 ci-dessus**

Les deux arrêts prononcés simultanément, le 16 décembre 2008, l'un par la première chambre et l'autre par la chambre commerciale de la Cour de cassation consacrent une évolution et une convergence de la position de ces deux formations sur la délicate question de l'opposabilité au tiers des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissements maritimes.

On sait que les connaissements maritimes négociables représentent la marchandise et, comme tels, circulent au gré des opérations commerciales dont la cargaison fait l'objet. En cas de litige dû à une avarie, il est fréquent que le transporteur oppose à celui qui l'assigne la compétence territoriale des juridictions désignées par la clause de for contenue dans le connaissement, bien que le détenteur de ce titre, demandeur à l'action, n'ait pas donné son accord à cette stipulation. Cette situation, qui oppose notamment les intérêts des opérateurs du commerce international et ceux des acheteurs des marchandises transportées, donnait lieu à des jurisprudences divergentes de la première chambre et de la chambre commerciale de la Cour de cassation. La première chambre considérait que l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international faisait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'imposait à l'assureur subrogé dans les droits du destinataire (1^{re} Civ., 12 juillet 2001, *Bull.* 2001, I, n° 224). La chambre commerciale, dans une approche fondée sur le consensualisme et l'effet relatif des contrats, estimait que la clause attributive de juridiction n'était pas opposable aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire, porteur du connaissement, faute d'avoir été acceptée au plus tard lors de la livraison (Com., 4 mars 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 33).

Or, pour les litiges soumis au droit de l'Union européenne (Convention de Bruxelles ou de Lugano, et maintenant Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I »), la Cour de justice des Communautés européennes a donné l'orientation à suivre, dans les termes suivants : « Une clause attributive de juridiction, qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en acquérant ce dernier, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Si tel n'est pas le cas, il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard des exigences de l'article 17, premier alinéa, de ladite Convention, modifiée » (Coreck, 9 novembre 2000, affaire C-387/98).

C'est cette ligne que les deux arrêts qui viennent d'être rendus adoptent de façon très claire. En effet, la première chambre et la chambre commerciale cassent les arrêts qui leur étaient soumis, en adoptant exactement la même énonciation de principe :

« Attendu qu'une clause attributive de juridiction, convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en l'acquérant, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable ; [...] dans le cas contraire, il convient de vérifier son consentement à la clause, au regard des exigences de l'article 17 de la convention susvisée ».

La chambre commerciale est amenée à poser une règle complémentaire. Le connaissement litigieux comportait, en plus de la clause de for, une clause soumettant au droit allemand les litiges à naître. La cour d'appel avait écarté cette stipulation au motif, là encore, que la partie au litige à laquelle elle était opposée ne l'avait pas acceptée. L'arrêt est donc également cassé pour ne pas avoir déterminé la loi applicable conformément à l'article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ».

N° 636

**Travail réglementation,
rémunération**

Plan d'épargne salariale. - Plan d'épargne d'entreprise. - Régime social et fiscal. - Cotisation. - Exonération. - Condition. - Détermination. - Portée.

Aux termes de l'alinéa 4 de l'article L. 443-8, devenu L. 3332-27, du code du travail, pour ouvrir droit aux exonérations fiscales et sociales, les règlements des plans d'épargne d'entreprise, établis à compter de la publication de la loi n° 2001-152 du 19 février 2001, doivent être déposés à la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle du lieu où ils ont été établis. Pour l'application de ce texte, toute modification, autre que de forme, apportée au règlement d'un plan d'épargne équivaut à l'établissement d'un règlement nouveau.

Dès lors, une cour d'appel qui a constaté que le règlement institué par deux sociétés postérieurement à la publication de la loi du 19 février 2001 supprimait le montant minimum des versements complémentaires imposé par le règlement dans son état antérieur a exactement décidé qu'il devait, pour ouvrir droit aux exonérations sociales, faire l'objet d'un dépôt à la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Soc. - 16 décembre 2008.

REJET

N° 07-14.610 et 07-14.611. - CA Lyon, 8 mars 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Chauviré, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Delvolvé, Av.

Un commentaire de cette décision est par dans la revue *Droit social*, n° 3, mars 2009, *Actualité jurisprudentielle*, p. 370 à 372, note Yan-Eric Logeais et David Jonin.

N° 637

Vente

Garantie. - Vices cachés. - Définition. - Applications diverses.

Caractérise l'existence d'un vice caché affectant les éléments essentiels de la structure de l'immeuble au moment de la vente la cour d'appel qui relève que si, dans l'acte de vente, le vendeur avait déclaré que, dans les mois ayant suivi sa propre acquisition, il avait été constaté la présence d'insectes ennemis des bois dans une partie de la charpente et si des travaux de remise en état destinés à leur éradication avaient été réalisés

en 1989, la charpente se trouvait en mauvais état lors de la vente, intervenue en 2003, à la suite d'une infestation quasi généralisée due aux insectes à larves xylophages.

3^e Civ. - 17 décembre 2008.

REJET

N° 07-20.450. - CA Paris, 15 mars 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Jacques, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Pivnica et Molinié, Av.

N° 638

Vente

Immeuble. - Droit de préemption des locataires. - Obligations du bailleur. - Offre de vente. - Prix. - Prix incluant des honoraires de négociation. - Effet.

L'offre de vente faite aux locataires titulaires d'un droit de préemption est nulle dès lors que le prix inclut des honoraires de négociation.

3^e Civ. - 17 décembre 2008.

REJET

N° 07-15.943. - CA Versailles, 16 mars 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Gabet, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Thomas-Raquin et Bénabent, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 2, 15 janvier 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 101, note Y. Rouquet («Droit de préemption du locataire, clause ambiguë et effet relatif des contrats»). Voir également La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 5, 30 janvier 2009, Jurisprudence, n° 1052, p. 15 à 17, note William Altide («Sort de la commission d'agence en cas d'exercice

de son droit de préemption par le locataire»), la Revue des loyers, de la copropriété et des fermages, février 2009, Jurisprudence, p. 74-75, note Jacques Rémy («La notification du prix de vente») et la revue Loyers et copropriété, n° 3, mars 2009, commentaire n° 55, p. 12, note Béatrice Vial-Pedroletti («Droit de préemption [loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975, article 10] : offre de vente à un prix incluant des honoraires de négociation»).

N° 639

Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur. - Renonciation de l'acquéreur. - Moment. - Détermination.

Dès lors que la date fixée par la promesse de vente pour la signature de l'acte authentique de vente constituait le point de départ de l'exécution forcée du contrat, la renonciation de l'acquéreur à la condition suspensive stipulée dans son intérêt exclusif devait intervenir avant cette date.

3^e Civ. - 17 décembre 2008.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-18.062. - CA Lyon, 28 juin 2007.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Nési, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, M^e Le Prado, M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est par dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 12, 18 mars 2009, Jurisprudence, n° 10047, p. 54-55, note Yannick Dagorne-Labbe («Jusqu'à quand le bénéficiaire d'une condition suspensive peut-il y renoncer ?»).

Cours et tribunaux

Les décisions des juges de première instance ou d'appel publiées dans le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* sont choisies en fonction de critères correspondant à l'interprétation de lois nouvelles ou à des cas d'espèce peu fréquents, ou répondant à des problèmes d'actualité. Leur publication n'engage pas la doctrine des chambres de la Cour de cassation.

Dans toute la mesure du possible - lorsque la Cour s'est prononcée sur une question qui se rapproche de la décision publiée - des références correspondant à cette jurisprudence sont indiquées sous cette décision avec la mention « à rapprocher », « à comparer » ou « en sens contraire ».

Enfin, les décisions présentées ci-dessous, seront, lorsque les circonstances le permettent, regroupées sous un même thème, visant à mettre en valeur l'état de la jurisprudence des juges du fond - ou d'une juridiction donnée - sur une problématique juridique précisément identifiée.

Jurisprudence des cours d'appel relative à la profession d'avocat

N° 640

Avocat

Formation professionnelle. - Centre régional de formation professionnelle. - Conditions d'accès. - Examen. - Jury. - Délibération. - Recours. - Compétence. - Détermination.

Relève de la compétence des juridictions de l'ordre administratif l'action indemnitaire consécutive à l'annulation de la délibération d'un jury d'examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle passé avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004.

CA Montpellier (1^{re} ch. - section AS), 23 février 2009. - RG n° 08/07576.

M. Husson-Trochain, P. Pt. - MM. Prouzat et Grimaldi, conseillers.

N° 641

Avocat

Formation professionnelle. - Centre régional de formation professionnelle. - Conditions d'accès. - Examen. - Jury. - Délibération. - Recours. - Compétence. - Détermination.

Relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, l'action indemnitaire consécutive à l'annulation de la délibération d'un jury d'examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle passé avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004.

CA Toulouse (1^{re} ch. - section 1), 18 février 2008 - RG n° 07/04584.

M. Milhet, Pt. - MM Fourniel et Martin, conseillers.

Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi en cassation

A rapprocher :

Tribunal des conflits, 18 décembre 2006, *Bull.* 2006, T. conflits, n° 37 (*Les recours à l'encontre des décisions concernant la formation professionnelle des avocats, qui sont soumis à la cour d'appel compétente, ne comprennent pas ceux concernant l'examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle des avocats, cet examen ne faisant pas partie de la formation professionnelle des avocats. Par suite, le recours formé par un candidat contre la délibération du jury de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle des*

avocats, organisé par une université, établissement public à caractère administratif, ressortit à la compétence de la juridiction administrative).

Note sous CA Montpellier, 23 février 2009, et Toulouse, 18 février 2008, n° 640 et 641 ci-dessus

Quel est l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur l'action indemnitaire consécutive à l'annulation de la délibération d'un jury d'examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle, s'agissant d'un examen passé avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 ?

Cette question illustre la possible divergence d'appréciation de l'application de la loi dans le temps par le juge, en l'absence de disposition législative spéciale de droit transitoire.

L'article 12 de la loi du 31 décembre 1971, telle que modifiée par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, était rédigé en ces termes :

« *La formation professionnelle exigée pour l'accès à la profession d'avocat comprend [...] : 1° Un examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle [...]* ».

L'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle faisait donc partie de la formation professionnelle. Le dernier alinéa de l'article 14 de la loi indiquait :

« *Les recours à l'encontre des décisions concernant la formation professionnelle sont soumis à la cour d'appel compétente* ».

La compétence des juridictions de l'ordre judiciaire découlait de ces textes¹.

Selon l'article 12 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de l'article 15 de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004, « *la formation professionnelle exigée pour l'exercice de la profession d'avocat est subordonnée à la réussite à un examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle et comprend une formation théorique et pratique d'une durée d'au moins dix-huit mois, sanctionnée par le certificat d'aptitude à la profession d'avocat* ».

L'article 14 n'est pas modifié.

Le Tribunal des conflits, dans sa décision en date du 18 décembre 2006², en déduit que les recours formés contre les délibérations des jurys de l'examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle des avocats, organisé par une université, établissement public à caractère administratif, ressortissent à la compétence de la juridiction administrative.

L'examen d'accès à un centre régional de formation professionnelle des avocats est un examen universitaire, qui

¹ 1^{re} Civ., 14 juin 2005, *Bull.* 2005, I, n° 242 (rejet) ; *JCP* 2005, I, 176.

² Tribunal des conflits, *Bull.* 2006, T. conflits, n° 37.

relève en tant que tel de la compétence des juridictions administratives ; le contentieux des examens universitaires se trouve ainsi unifié³.

La contestation portait en l'espèce sur une délibération arrêtant des résultats d'examens organisés en 2005.

Mais comment appliquer ce transfert de compétence aux instances en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi du 11 février 2004 ? En d'autres termes, quelle portée donner à cette décision du Tribunal des conflits ?

C'est la question à laquelle ont dû répondre les cours d'appel de Toulouse et de Montpellier.

La première, dans un arrêt en date du 18 février 2008⁴, retient sa compétence en appliquant la loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1990.

Cette décision est pendante devant la Cour de cassation.

La seconde, dans un arrêt du 23 février 2009⁵, considère que le litige relève de la compétence administrative, conduisant à un conflit négatif⁶ et au renvoi de l'affaire devant le Tribunal des conflits, en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849, pour trancher la question de compétence.

La lecture des conclusions commissaire du gouvernement dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du Tribunal des conflits susvisée nous indique que :

« *Le garde des sceaux, ministre de la justice a fait connaître que les articles 12 et 14 de la loi du 31 décembre 1971, dans leur rédaction issue de la loi du 11 février 2004, en ce qui concerne la compétence juridictionnelle en matière de recours sur les décisions relatives à la formation, étaient immédiatement applicables et que la compétence de la cour d'appel était donc limitée à la formation professionnelle hors examen d'accès au centre régional de formation professionnelle.*

« *Le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieure et de la recherche s'est associé aux observations du garde des sceaux, ministre de la justice.* ».

C'est l'objet du troisième visa de la décision.

Fallait-il en déduire que l'entrée en vigueur de la loi de 2004 rendait applicable aux instances en cours le transfert de compétence aux juridictions de l'ordre administratif ?

C'est la question que devront trancher le Tribunal des conflits et la Cour de cassation.

Jurisprudence des cours d'appel en matière de procédure civile

N° 642

Appel civil

Demande nouvelle. - Recevabilité.

L'article 564 du code de procédure civile dispose que « *les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait* ».

L'action fondée sur l'article L. 652-1 4° du code de commerce et l'action fondée sur l'article L. 651-2 du même code n'obéissent pas aux mêmes conditions et ne tendant pas aux mêmes fins,

³ AJDA 2007, p. 913, « Unification du contentieux des examens universitaires », Jean-François Calmette, maître de conférences à l'université des Antilles et de la Guyane.

⁴ Cour d'appel de Toulouse, première chambre, section 1, arrêt du 18 février 2008, RG n° 07/04584, supra, n° 641.

⁵ Cour d'appel de Montpellier, première chambre, section AS, arrêt du 23 février 2009, RG n° 08/07576, supra, n° 640.

⁶ La cour administrative d'appel de Marseille avait décliné sa compétence sur la même demande par un arrêt du 25 octobre 2005, qui n'est plus susceptible de recours.

par voie de conséquence, la seconde constitue une demande nouvelle, formulée pour la première fois devant la cour d'appel et, par conséquent, irrecevable, en application de l'article 564 précité.

CA Agen (ch. commerciale), 20 août 2008. - RG n° 07/00381.

M. Muller, Pt. - Mmes Nolet et Marguery, conseillères.

N° 643

Injonction de payer

Ordonnance d'injonction de payer. - Voies de recours.

En application des dispositions de l'article 1409 du code de procédure civile, un établissement bancaire qui n'a obtenu que des intérêts au taux légal doit, s'il n'est pas d'accord avec le fait que sa requête en injonction de payer n'a été accordée que pour partie, ne pas signifier l'ordonnance et agir selon les voies de droit commun.

A défaut, il ne peut plus solliciter les intérêts conventionnels qu'il s'est vu rejeter, ni même réclamer des intérêts au taux légal pour la période antérieure à celle indiquée dans l'ordonnance d'injonction de payer.

CA Besançon (2^e ch. civile), 28 mai 2008. - RG n° 07/00623.

M. Sanvido, Pt. - MM. Polanchet et Vignes, conseillers.

N° 644

Procédure civile

Procédure de la mise en état. - Ordonnance de clôture. - Révocation de l'ordonnance. - Conditions.

Il n'y a pas lieu de révoquer la clôture de l'instruction sur le fondement de l'article 784, alinéa premier, du code de procédure civile, dans la mesure où la partie qui en fait la demande connaissait l'existence des causes de révocations invoquées bien antérieurement à la clôture.

Sur le fondement de l'article 4 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, il apparaît que l'obligation pour le juge civil de suspendre l'action exercée devant lui ne joue que pour les instances relatives à la réparation du dommage causé par l'infraction, et qu'il lui est loisible, dans les autres cas, de ne pas suspendre le jugement des actions portées devant lui, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil.

CA Aix-en-Provence (2^e ch.), 3 juillet 2008. - RG n° 05/13952.

M. Simon, Pt. - MM. Fohlen et Jacquot, conseillers.

Jurisprudence des cours d'appel relative aux impôts et taxes

N° 645

Impôts et taxes

Enregistrement. - Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège.

Au vu de l'arrêt du 11 octobre 2007 de la Cour de justice des Communautés européennes, une personne morale n'ayant pas son siège de direction effective en France peut bénéficier d'un régime dérogatoire à la taxe de l'article 990 D du code général des impôts, mais à la condition de faire preuve de transparence, en donnant à l'administration fiscale les renseignements visés à l'article 990 E.

CA Aix-en-Provence (1^{re} ch. B), 13 mars 2008 - RG n° 07/02757.

M. Grosjean, Pt. - Mme Zenati et M. Farjon, conseillers.

N° 646

Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Redressement contradictoire. - Notification. - Textes. - Visa.

Est irrégulière, pour manquement à l'obligation de motivation au sens de l'article L. 57 du livre des procédures fiscales, la proposition de rectification tendant à imposer comme donation un acte ayant l'apparence d'une vente qui ne vise pas les dispositions de l'article 894 du code civil, texte définissant les libéralités, qui est le fondement de la requalification opérée par l'administration, et donc de la rectification proposée.

CA Orléans (ch. commerciale), 26 juin 2008 - RG n° 07/02540.

M. Remery, Pt. - MM. Garnier et Monge, conseillers.

N° 647

Impôts et taxes

Redressement et vérifications (règles communes). - Vérification fiscale. - Nom et qualité du contrôleur assistant le vérificateur. - Défaut de communications. - Irrégularité substantielle (non).

Hors le cas où cette assistance est requise pour contrôler une comptabilité tenue au moyen d'un système informatisé, le fait, pour le vérificateur fiscal, de s'être fait assister, dans l'exercice de la mission, d'un contrôleur dont le nom et la qualité n'avaient pas été portés au préalable à la connaissance du contribuable n'entache pas la procédure de vérification d'une irrégularité substantielle.

CA Bourges (ch. civile), 29 mai 2008 - RG n° 07/01473.

M. Puechmaille, Pt. - Mmes Ladant et Le Meunier-Poels conseillères.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **120,90 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **22,60 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M.: uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2009, frais de port inclus.

191097010-000409



Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le conseiller à
la Cour de cassation, directeur du service de
documentation et d'études : Alain Lacabarats

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

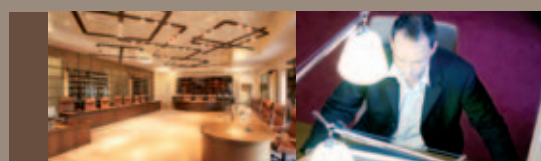
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



**Direction
des Journaux
officiels**

26, rue Desaix
75727 Paris
cedex 15

renseignements :
01 40 58 79 79

info@journal-officiel.gouv.fr

Commande :
par courrier
par télécopie :
01 45 79 17 84
sur Internet :

www.journal-officiel.gouv.fr

Prix : 7 €
ISSN 0750-3865