

Droit *du travail*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications



*Publication
trimestrielle*

*Janvier
Fevrier
Mars
2008*

N° 81

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS


COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

DROIT DU TRAVAIL

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – DOCTRINE

Table des matières

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

	<u>Page</u>
II. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES.....	3
II.1. – COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES.....	3
	<u>Numéros</u>
1. Santé et sécurité au travail	
1. <i>Maternité</i>	
1.1. Protection contre le licenciement	
* Salariée licenciée au cours d'un processus de procréation assistée.....	1
2. Rupture du contrat de travail	
2. <i>Licenciements</i>	
2.1. Indemnités de licenciement	
* Garantie de son paiement.....	2

COUR DE CASSATION (*)

	<u>Page</u>
I. – Arrêt de la chambre sociale du 5 mars 2008, publié avec le rapport du conseiller rapporteur et l'avis de l'avocat général.....	7
Contrat de travail, rupture	
	<u>Numéros</u>
II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES	
A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Contrats à durée déterminée.....	3-4
* Contrats à durée déterminée dits d'usage.....	5

(*) 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.

* Contrats à durée déterminée, rupture.....	6
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Clause de mobilité	7
3. <i>Modification dans la situation juridique de l'employeur</i>	
* Cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire	8
4. <i>Contrats particuliers</i>	
* Contrat emploi-consolidé	9
5. <i>Statuts particuliers</i>	
* Personnel d'EDF-GDF	65
B. – Durée du travail et rémunération	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Congé sabbatique.....	10
* Convention de forfait en jours	11
* Heures supplémentaires	12
* Temps de travail - temps effectif.....	13-14, 62
* Temps d'habillage et de déshabillage	15
* Temps partiel - temps complet	16-17
* Repos hebdomadaire et jours fériés	18
2. <i>Rémunérations</i>	
* « A travail égal, salaire égal »	19
* Plan d'épargne entreprise	20
C. – Santé et sécurité au travail	
1. <i>Obligation de sécurité pesant sur l'employeur</i>	
* Etendue.....	21
2. <i>Protection du salarié malade ou victime d'un accident</i>	
* Constat d'inaptitude – Portée.....	22
* Obligation de reclassement pesant sur l'employeur.....	23 à 25
* Obligation pesant sur l'employeur de saisir le médecin du travail.....	26
* Protection contre le licenciement du salarié malade ou victime d'un accident..	27
3. <i>Maternité</i>	
* Protection contre le licenciement	28
D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail	
1. <i>Accords collectifs et conventions collectives</i>	
* Conclusion d'un accord collectif.....	29
* Dénonciation d'un accord collectif	30-31
* Accords collectifs et conventions collectives divers.....	32-33
2. <i>Usages.....</i>	43
E. – Représentation du personnel et élections professionnelles	
1. <i>Elections professionnelles</i>	
* Election du représentant du personnel au CHSCT	34
* Opérations électorales	35
* Contestation de la régularité des élections.....	36

2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.1. Institutions représentatives du personnel	
* Comité d'entreprise et d'établissement – attributions.....	37
* Comité central d'entreprise	38
* Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail	39 à 41
* Délégué syndical.....	42
* Syndicat – activité syndicale.....	43-44-45
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre les modifications des conditions de travail.....	46
F. – Rupture du contrat de travail	
1. <i>Prise d'acte de la rupture.....</i>	59
2. <i>Licenciements</i>	
2.1. Mise en œuvre	
* Entretien préalable.....	47
* Renonciation de l'employeur	48
2.2. Licenciements disciplinaires	
* Faute grave.....	49
2.3. Licenciements économiques	
* Consultation des institutions représentatives des salariés	50
* Mesures d'accompagnement.....	51
2.4. Licenciement nul	
* Indemnisation.....	52-53
3. <i>Retraite et préretraite</i>	
* Indemnité de départ en retraite	54
* Mise à la retraite	55
G. – Actions en justice	
* Appel.....	56
* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes	57
* Chose jugée	58-59
* Mentions obligatoires sur le jugement.....	60
* Procédure spécifique à certains contentieux.....	61
* Syndicat – droit d'action	62-63
* Preuve – moyens de preuve (licéité ou non).....	64-65
* Qualité à agir	66
* Représentation des parties.....	67

COURS ET TRIBUNAUX

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. <i>Emploi et formation</i>	
* Contrats de travail à durée déterminée – rupture.....	68 à 70
* Contrats à durée déterminée dits d'usage.....	71 à 73

2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Pouvoir de direction de l'employeur	74-75
3. <i>Statuts particuliers</i>	
* Artiste du spectacle.....	76
* Emplois domestiques	77
* Marin.....	78
B. – Représentation du personnel et élections professionnelles	
1. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre les discriminations syndicales.....	79 à 81
C. – Rupture du contrat de travail	
1. <i>Licenciements</i>	
1.1. <i>Licenciements disciplinaires</i>	
* Faute grave.....	82
2. <i>Résiliation judiciaire</i>	
* Action intentée par le salarié	83 à 85

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

JURISPRUDENCE

COURS EUROPÉENNES

II. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

II.1. – Cour de justice des Communautés européennes

1. Santé et sécurité au travail

1. Maternité

1.1. Protection contre le licenciement

* *Salariée licenciée au cours d'un processus de procréation assistée*

N° 1

Faits :

Dans la présente affaire, une femme avait eu recours à un processus de procréation médicalement assistée. Alors que les embryons n'avaient pas encore été implantés, ses employeurs lui notifièrent son licenciement.

Droit communautaire en cause :

Le tribunal autrichien saisit la Cour d'une question préjudicielle relative à la portée de l'expression « travailleuse enceinte » de l'article 2, sous a, de la Directive n° 92/85/CEE, en particulier pour préciser si, lorsque l'entreprise a licencié l'intéressée, celle-ci pouvait être considérée comme étant enceinte, et donc protégée par cette disposition communautaire.

Plus précisément, il s'agit pour la Cour de déterminer le moment auquel débute la grossesse aux fins de la Directive en cause.

Décision :

La Cour recherche, au regard des objectifs poursuivis par la Directive, s'il convient d'étendre au cas d'espèce la protection édictée contre le licenciement.

Elle rappelle dans un premier temps les objectifs poursuivis par la Directive n° 92/85, soit l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, avant et après l'accouchement. Plus précie-

sément, il faut considérer le risque qu'un éventuel licenciement fait peser sur la situation physique et psychique des travailleuses enceintes. C'est pourquoi l'article 10 de la Directive n° 92/85 prévoit une protection particulière, en interdisant le licenciement d'une femme « pendant la période allant du début de la grossesse jusqu'au terme du congé de maternité » (§ 34). Aucune exception à cet article n'est prévue.

La Cour constate ensuite que, pour bénéficier de la protection de l'article 10 de la Directive n° 92/85, la grossesse doit avoir commencé. Afin de définir la date à laquelle la grossesse a débuté, la Cour retient la date la plus précoce. S'agissant, comme en l'espèce, d'une fécondation *in vitro*, la Cour retient la date de transfert des ovules fécondés dans l'utérus de la femme.

Mais la Cour relève qu'en l'espèce, le transfert des ovules fécondés *in vitro* dans l'utérus de Mme X... n'a pas encore été réalisé. La Cour reprend alors la solution de l'avocat général, selon laquelle une employée traitée pour une fécondation *in vitro* n'est pas une « travailleuse enceinte » si, lorsque son licenciement lui a été notifié, ses ovocytes avaient été fécondés dans un laboratoire, mais n'avaient pas été implantés dans son utérus. Dès lors, la Cour conclut à l'inapplicabilité de la Directive n° 92/85 à la situation en cause au principal.

Toutefois, la Cour reprend à nouveau les conclusions de l'avocat général et considère qu'à défaut d'application de la Directive n° 92/85, il pourrait être fait application de la Directive n° 76/207 sur la protection contre la discrimination fondée sur le sexe. En effet, en vertu du principe de non-discrimination, une protection contre le licenciement doit être reconnue à la femme pendant le congé de maternité, mais également pendant toute la durée de la grossesse. Ainsi, un licenciement fondé essentiellement sur un état de grossesse ne peut concerner que les femmes et constitue alors une discrimination directe fondée sur le sexe. Par analogie, la Cour estime que le licenciement d'une travailleuse, fondé essentiellement sur le fait du traitement de fécon-

dation *in vitro* et, notamment, sur les interventions spécifiques liées à ce traitement, serait également contraire à l'objectif de protection que poursuit l'article 2, paragraphe 3, de la Directive n° 76/207.

La décision de renvoi ne précisant pas les raisons pour lesquelles l'employeur a licencié Mme X..., il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer les circonstances pertinentes du litige dont elle est saisie et, dans la mesure où le licenciement de la requérante au principal est intervenu alors que celle-ci se trouvait en congé de maladie pour se soumettre à un traitement de fécondation *in vitro*, de vérifier si un tel licenciement est fondé essentiellement sur le fait qu'elle se soumettait à un tel traitement.

La Cour en conclut que « les articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la Directive n° 76/207 s'opposent au licenciement d'une travailleuse qui, dans des circonstances telles que celles au principal, se trouve à un stade avancé d'un traitement de fécondation *in vitro*, à savoir entre la ponction folliculaire et le transfert immédiat des ovules fécondés *in vitro* dans l'utérus de cette travailleuse, pour autant qu'il est démontré que ce licenciement est fondé essentiellement sur le fait que l'intéressée a subi un tel traitement » (§ 52).

Arrêt du 26 février 2008, Grande chambre, Sabine X... contre Y...

Affaire n° C-506/06.

2. Rupture du contrat de travail

2. Licenciements

2.1. Indemnités de licenciement

* Garantie de son paiement

N° 2

Faits :

La requérante, Mme Z..., a été employée par la société Y... entre le 28 mai 1998 et le 27 décembre 2007, date à laquelle cette société l'a licenciée. Cette entreprise a reconnu le caractère irrégulier du licenciement et s'est engagée, via un accord de conciliation, à verser à la requérante une indemnité de licenciement et les « *salarios de tramitación* » (salaires durant la procédure) prévus à l'article 56 du statut des travailleurs.

Suite à un jugement d'insolvabilité provisoire de la société rendu en date du 5 mars 2003, la requérante a demandé au *Fondo de garantía salarial* (*Fogasa*) le paiement de l'indemnité due et des « *salarios de tramitación* ». Ce fonds de garantie a accepté de verser à la demanderesse les « *salarios de tramitación* ». En revanche, il a refusé de lui verser l'indemnité de licenciement, au motif que celle-ci n'a pas été reconnue par un jugement, comme le prévoit le statut des travailleurs en son article 33 § 2.

Droit communautaire en cause et questions préjudicielles :

La juridiction nationale estime que cette législation est contraire au principe communautaire d'égalité. Néanmoins, ladite juridiction se demande si la Directive n° 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, telle que modifiée par la Directive n° 2002/74/CE, du 23 septembre 2002, trouve à s'appliquer en l'espèce. En effet, le jugement d'insolvabilité, bien que postérieur à la date d'entrée en vigueur de la Directive, à savoir le 8 octobre 2002, était antérieur à l'expiration du délai de transposition de la Directive, soit le 8 octobre 2005.

Le *Juzgado de lo Social Unico de Algeciras* a donc décidé de poser à la Cour les questions suivantes :

« 1) Dès lors que la juridiction de renvoi a constaté que la législation interne, en raison de ses carences, n'était pas conforme, à la date du 8 octobre 2005, à la Directive n° 2002/74 et à son interprétation par la Cour, au regard du principe communautaire d'égalité, consacré par l'ordonnance [María X... c/Fogasa, affaire n° C-177/05, 13 décembre 2005], convient-il de considérer que cette Directive a un effet direct et s'impose au *Fogasa*, l'institution de garantie de l'État, à partir du jour suivant, à savoir à partir du 9 octobre 2005 ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, convient-il également d'appliquer directement la Directive n° 2002/74, eu égard à son caractère plus avantageux pour le travailleur et moins avantageux pour l'État manquant à ses obligations, en cas d'insolvabilité intervenue – après une conciliation judiciaire non prévue par la législation interne incomplète – entre la date d'entrée en vigueur de la Directive, le 8 octobre 2002, et la date limite, à savoir le 8 octobre 2005, à laquelle l'État espagnol devait mettre en vigueur les dispositions légales, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ladite Directive ? »

Décision :

Sur l'effet direct de la Directive n° 80/987 :

La Cour rappelle qu'une directive ne peut avoir un effet direct qu'après l'expiration du délai de transposition, soit le 8 octobre 2005 en l'espèce. Ainsi, en l'absence de transposition en droit interne, au 8 octobre 2005, de la Directive, « l'éventuel effet direct [de la Directive] ne pourrait être invoqué, à compter du 8 octobre 2005, qu'en relation avec un état d'insolvabilité intervenu après cette date, ce qui n'est pas le cas dans l'affaire au principal » (§ 27).

Sur la violation du principe d'égalité :

La Cour s'est octroyée la possibilité de préciser cette question, bien que non posée expressément par la juridiction de renvoi, au motif que « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction

nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect » (§ 31). En effet, la législation espagnole est soumise au respect des principes généraux du droit communautaire, parmi lesquels figure le principe général d'égalité et de non-discrimination.

Selon ces principes, des situations comparables ne sauraient être traitées différemment, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée. A ce sujet, la Cour a déjà jugé que « *les travailleurs licenciés irrégulièrement se trouvent dans une situation comparable pour autant qu'ils ont droit à une indemnité en cas de non-intégration* » (§ 36). Or, en l'espèce, le gouvernement n'a pu fournir d'argument convaincant justifiant la différence de traitement entre le versement des indemnités issu d'un jugement et celui issu d'une procédure de conciliation.

La Cour en conclut que « *lorsque la réglementation nationale relève du champ d'application de la Directive*

n° 80/987, le juge national est tenu, s'agissant d'un état d'insolvabilité intervenu entre la date d'entrée en vigueur de la Directive n° 2002/74 et la date d'expiration du délai de transposition de celle-ci, de garantir une application de cette réglementation nationale conforme au principe de non-discrimination, tel que reconnu par l'ordre juridique communautaire » (§ 39).

Arrêt de la Cour (4^e chambre) du 17 janvier 2008, Mme Z... c/ Fondo de garantia salarial. - Affaire n° C-246/06.

Les résumés de ces arrêts sont extraits du document de veille élaboré par l'Observatoire du droit européen, dépendant du service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

Vous pouvez contacter cet observatoire pour obtenir l'intégralité de l'arrêt cité, sur simple demande, par mail, à l'adresse suivante : obs.europe.sde.cour-decassation@justice.fr

COUR DE CASSATION

I. – ARRÊT DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION PUBLIÉ
AVEC LE RAPPORT DU CONSEILLER RAPPORTEUR
ET L'AVIS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

Arrêt de la chambre sociale du 5 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 47

	Pages
– Titre et sommaire	9
– Arrêt	9
– Rapport	10
– Avis	15

CONTRAT DE TRAVAIL, RUPTURE

Licenciement économique – Mesures d’accompagnement – Convention de reclassement personnalisé – Adhésion du salarié – Portée.

Il résulte des articles L. 321-1 et L. 321-4-2, alinéa 4, du code du travail que si l’adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture réputée intervenir d’un commun accord, elle ne le prive pas de la possibilité d’en contester le motif économique.

Encourt dès lors la cassation l’arrêt qui retient que le contrat est rompu d’un commun accord par l’effet du consentement du salarié à la convention de reclassement personnalisé, pour en déduire qu’il n’est plus fondé à contester le caractère économique du licenciement.

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 321-1 et L. 321-4-2 I, alinéa 4, du code du travail ;

Attendu qu’il résulte de la combinaison de ces textes que si l’adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture qui est réputée intervenir d’un commun accord, elle ne le prive pas de la possibilité d’en contester le motif économique ;

Attendu, selon l’arrêt attaqué, que M. X..., engagé le 1^{er} janvier 1984 en qualité d’aide magasinier

par la société Auto self service, a été licencié pour motif économique le 11 août 2005 ; qu’il a adhéré à la convention de reclassement personnalisé qui lui avait été proposée lors de l’entretien préalable ; qu’il a ensuite saisi la juridiction prud’homale d’une contestation de son licenciement ;

Attendu que pour débouter le salarié de l’ensemble de ses prétentions, l’arrêt retient qu’il résulte des dispositions de l’article L. 321-4-2 du code du travail que le contrat de travail est rompu d’un commun accord par l’effet de son consentement à la convention de reclassement personnalisé et que l’intéressé n’est dès lors plus fondé à contester le caractère économique du licenciement ;

Qu’en statuant ainsi, la cour d’appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu’il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l’arrêt rendu le 23 février 2007, entre les parties, par la cour d’appel de Douai ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l’état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d’appel d’Amiens.

Soc., 5 mars 2008.

Cassation

N° 07-41.964. – CA Douai, 23 février 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén. Me Haes, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Rapport de M. Leblanc

Conseiller rapporteur

1. Rappel des faits et de la procédure

M. X..., engagé le 1^{er} janvier 1984 en qualité d'aide magasinier par la société Auto Self Service, a été licencié pour motif économique, le 11 août 2005. Il lui a été proposé d'adhérer à une convention de reclassement personnalisé. M. X... a adhéré à cette convention. Postérieurement, il a saisi la juridiction prud'homale d'une contestation de son licenciement. Par arrêt confirmatif du 23 février 2007, la cour d'appel a dit que le contrat de travail avait été rompu d'un commun accord et a débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes.

2. Analyse succincte des moyens

Dans un moyen unique, le salarié fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, en invoquant trois branches :

– la première est tirée de la violation des articles L. 321-4-2 I, alinéa 4, L. 321-1, alinéas 1 et 2, L. 321-16, alinéa 2, du code du travail, 1108 et 1131 du code civil, au motif que la convention de reclassement personnalisé qui entraîne la rupture du contrat de travail d'un commun accord implique l'existence d'un motif économique qu'il appartient au juge de vérifier, alors que la cour d'appel a décidé le contraire ;

– la deuxième branche soutient qu'en contestant le motif économique, il remettait nécessairement en cause la validité de la convention de reclassement qui, en l'absence de motif économique, est privée de cause, de sorte qu'en affirmant qu'il ne contestait pas la validité de la convention, la cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du nouveau code de procédure civile ;

– la dernière branche fait valoir que la cour d'appel qui avait relevé qu'il avait fait l'objet d'un licenciement pour motif économique ne pouvait lui refuser le droit de le contester, sans méconnaître les articles L. 122-14-3 et L. 321-1 du code du travail.

3. Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le salarié qui a accepté une convention de reclassement personnalisé peut-il contester la cause économique de la rupture de son contrat de travail et le juge a-t-il le pouvoir d'en apprécier le bien-fondé ?

4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Les nouvelles dispositions de l'article L. 321-4-2 du code du travail, issues de la loi n° 2005-32 « de programmation pour la cohésion sociale » du 18 janvier 2005, obligent les employeurs occupant moins de 1 000 personnes à proposer à chaque salarié dont le licenciement est envisagé pour motif économique le bénéfice d'une convention de reclassement personnalisé. Ce dispositif remplace le PARE (plan d'aide au retour à l'emploi) anticipé.

Cette convention permet à l'intéressé de « *bénéficier, après la rupture de son contrat de travail, d'actions de soutien psychologique, d'orientation, d'accompagnement, d'évaluation des compétences professionnelles et de formation* ». L'alinéa 4 de l'article L. 321-4-2 dispose qu'en cas d'accord du salarié, le contrat de travail est **réputé** rompu d'un commun accord des parties.

Le caractère apparemment consensuel de la rupture interdit-il au salarié d'en contester le motif économique ?

Lorsque le régime des conventions de conversion était encore en vigueur, la même question s'était posée, l'article L. 321-6, alinéa 3, du code du travail précisant déjà que le contrat de travail d'un salarié ayant accepté de bénéficier d'une telle convention était rompu du fait du commun accord des parties. La Cour de cassation a décidé, en formation plénière, que l'adhésion à la convention de conversion impliquait l'existence d'un motif économique et n'empêchait pas le salarié de contester la rupture du contrat de travail (Soc., 29 janvier 1992, *Bull.* 1992, V, n° 52, *Droit social* 1992, p. 269 ; Soc., 19 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 564, revenant sur le seul arrêt en sens contraire, Soc., 10 janvier 1991, *RJS* 3/91, n° 368, pourvoi n° 88-40.461). Cette jurisprudence a été depuis constamment reprise et étendue, en permettant au salarié qui a adhéré à une convention de conversion de contester l'ordre des licenciements (Soc., 17 juin 1997, *Bull.* 1997, V, n° 222, *Droit social* 1997, p. 694 ; Soc., 17 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 146, *Droit social* 1998, p. 550, note J. Savatier) et de se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-14-2 du code du travail sur la motivation du licenciement (Soc., 30 septembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 292, *Droit social* 1997, p. 104, obs. Favennec-Héry, *JCP* 1998, II, n° 10013, note D. Corrigan-Carsin).

L'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé présente apparemment les mêmes caractéristiques que l'adhésion à une convention de conversion. La parenté entre les

deux dispositifs est reconnue (le rapport présenté à l'Assemblée nationale n° 1930, p. 366, énonce que le dispositif s'inspire de celui des conventions de conversion ; voir aussi *Rep. Dalloz travail*, p. 104).

Il s'agit, dans les deux cas, d'une convention proposée à l'initiative de l'employeur.

L'offre de cette convention constitue une obligation légale dont l'inobservation est sanctionnée. Elle s'adresse aux salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé ou compris dans un projet de licenciement. Enfin, les deux conventions offrent aux salariés qui y adhèrent des avantages comparables : allocations plus élevées, bénéfice d'aides personnalisées au reclassement, de formation, etc. Dans les deux cas, le salarié n'a pas le statut de chômeur.

A. – Arguments invoqués pour empêcher le salarié de contester le motif économique de la rupture de son contrat de travail

Pour dénier au salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé la possibilité de contester le motif économique de la rupture, alors qu'il pouvait le faire en cas d'acceptation d'une convention de conversion, certains auteurs font valoir d'abord que la jurisprudence adoptée alors s'expliquait par le texte instituant le dispositif des conventions de conversion. En effet, l'article L. 321-6, alinéa 4, du code du travail prévoyait expressément que les litiges relatifs à la rupture consécutive à l'adhésion à une convention de conversion relevaient de la compétence du conseil de prud'hommes dans les conditions prévues par l'article L. 511-1, lequel précise, en son alinéa 3, que les dispositions de l'article L. 122-14-3 sont applicables à l'ensemble de ces litiges (J.-C. Gouret, *JCP* 2006, éd. sociale, n° 51, p. 9 ; Béal et Rouspide Katchadourian, *JCP* 2006, éd. sociale, n° 38). Ainsi le texte sur les ruptures résultant d'une adhésion à une convention de conversion renvoyait à l'article faisant obligation au juge de s'assurer du caractère réel et sérieux des motifs de la rupture. Il s'en déduisait que le contrat de travail ne pouvait être résilié par la voie de l'acceptation d'une convention de conversion que s'il existait une cause économique réelle et sérieuse et que la contestation par le salarié du bien-fondé de la rupture était recevable. Le texte sur la convention de reclassement personnalisé ne comporte aucune disposition de ce genre. Il est également prétendu qu'en cas d'acceptation de la convention de reclassement personnalisé, la rupture intervient sans notification préalable d'une lettre de licenciement motivée, qui fixe les termes du litige, et que, dès lors, la cause économique ne peut être aucunement appréciée par le juge (Dijon, arrêt du 26 juin 2007, *Jurisdata* n° 2007-341888).

Il a aussi été souligné qu'à la différence des salariés adhérant à une convention de conversion, pour lesquels l'employeur devait mettre en oeuvre les critères de l'ordre des licenciements, les salariés adhérant à une convention de reclassement person-

nalisé peuvent se porter candidats à un départ volontaire, alors même que leur licenciement ne sera pas nécessairement prononcé.

Enfin, il est fait le rapprochement avec la jurisprudence de la chambre sociale sur la rupture négociée pour motif économique (Soc., 2 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 308), qui admet qu'on puisse encourager des départs volontaires pour des motifs économiques, sans pour autant que les ruptures du contrat de travail s'analysent en un licenciement. Or, la résiliation amiable pour motif économique échappe aux règles du licenciement, et notamment au contrôle par le juge de l'existence d'une cause réelle et sérieuse (article L. 122-14-3 du code du travail : cf. « Libérer le départ volontaire pour motif économique » par P. Morvan, *Droit social* 2005, p. 59).

B. – Arguments invoqués pour reconnaître au salarié le droit de contester le motif économique de la rupture de son contrat de travail

Pour reconnaître au salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé le droit de contester la cause économique de la rupture de son contrat de travail, il est d'abord fait remarquer que l'article L. 321-4-2 du code du travail s'adresse uniquement aux salariés dont le licenciement économique est envisagé (l'alinéa premier vise les salariés dont l'employeur envisage de prononcer le licenciement pour motif économique). La convention n'étant proposée que lorsqu'un licenciement pour motif économique est susceptible d'être prononcé, elle suppose nécessairement l'existence d'une cause économique. Les salariés étant ainsi menacés d'un licenciement, on a pu écrire que leur accord à la rupture du contrat de travail s'apparente à une fiction légale (Savatier, *Droit social* 1998, p. 560, à propos des conventions de conversion). Le salarié subit la rupture plus qu'il n'y consent. On peut d'ailleurs se demander si l'accord du salarié concerné par une procédure de licenciement ne porte pas uniquement sur les avantages offerts par la convention, et non sur la rupture du contrat de travail proprement dite. L'adhésion manifesterait ainsi l'acceptation des avantages procurés par la convention, sans pour autant impliquer la renonciation des salariés à contester la rupture. La situation est comparable à celle des salariés auxquels un plan de sauvegarde de l'emploi accorde divers avantages financiers et aides à la formation pour faciliter le reclassement, qui ne sont pas pour autant privés de la possibilité de critiquer leur licenciement (Soc., 23 mai 2000, *DS* 2000, p. 792, note Couturier).

La circonstance que l'article L. 321-4-2 du code du travail ne renvoie pas, comme le faisait l'article L. 321-6 sur les conventions de conversion, à l'article L. 122-14-3, via l'article L. 511-1, n'est pas déterminante. D'abord, un moyen analogue, tiré de l'absence de renvoi de l'article L. 511-1 à l'article L. 122-14-2 du code du travail, qui impose la motivation du licenciement et prévoit l'obligation pour l'employeur d'indiquer les critères de l'ordre de licenciement, avait été invoqué pour soutenir

que le salarié ayant adhéré à une convention de conversion ne pouvait pas contester l'ordre des licenciements ou se prévaloir de l'absence de motivation de la convention de conversion. Or, les arrêts précités des 17 juin et 30 septembre 1997 ont rejeté cet argument de texte (v. notamment les conclusions de l'avocat général P. Lyon-Caen, *Droit social* 1997, p. 694). Ensuite, d'autres dispositions peuvent justifier que la rupture du contrat de travail en cas d'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé obéisse aux mêmes règles que celles régissant le licenciement pour motif économique. Selon l'article L. 321-1, alinéa 2, issu de la loi du 29 juillet 1992, « *Les dispositions du chapitre sur le licenciement pour motif économique sont applicables à toute rupture de contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa 1* ». Certains auteurs estiment que cet article s'appliquera aux ruptures résultant de l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé (*Droit du travail*, par F. Gaudu, p. 200, n° 280), comme il a justifié l'évolution de la jurisprudence sur les conventions de conversion (« La rupture du contrat de travail lors de l'acceptation d'une convention de conversion » par M. Morand, *JCP* 2005, éd. E., I, n° 529).

Il existe donc une assimilation légale entre toute rupture pour motif économique et le licenciement, qui implique dans les deux cas l'existence d'un motif économique qu'il appartient au juge de rechercher en cas de contestation (ex., Soc., 5 février 2002, pourvoi n° 00-41.533).

L'analogie entre la rupture du contrat de travail résultant de l'adhésion à une convention de conversion ou de reclassement et le licenciement permet au salarié de recevoir, dans les deux cas, les aides prévues par le plan de sauvegarde (Soc., 23 mai 2000, *Droit social* 2000, p. 792, obs. Couturier) ou de faire jouer une garantie d'emploi (Soc., 11 juillet 2000, *Droit social* 2000, p. 1033, note J. Savatier).

Par ailleurs, le texte même de l'article L. 321-4-2 du code du travail précise que le contrat de travail est réputé rompu d'un commun accord. Une telle expression montre bien qu'il ne s'agit pas d'une véritable résiliation amiable née de la rencontre de deux volontés. Ne s'agit-il pas d'une formule destinée à justifier l'absence de délai-congé ou d'indemnité de préavis en cas d'accord sur la convention de reclassement ?

Quant à l'absence de lettre énonçant les motifs économiques de la résiliation lorsque le contrat est rompu du fait de l'acceptation de convention de reclassement, cela était déjà le cas pour la convention de conversion, et la jurisprudence avait précisé que la lettre notifiant un licenciement conditionnel pour le cas où la convention de conversion serait refusée devait être motivée (Soc., 30 septembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 293), avant d'imposer la motivation de la rupture dans tous les cas de figure (Soc., 27 octobre 1999, *JCP* 1999, II, 10256, note D. Corrigan-Carsin, *Droit social* 2009, p. 117, note Savatier). D'ailleurs, l'accord interprofessionnel du 5 avril 2005 prévoit que si, à la date à laquelle

l'employeur est autorisé à envoyer la lettre de licenciement, le salarié n'a pas encore fait connaître son choix d'accepter ou non la convention, il devra lui être adressé une lettre qui, en cas de refus de sa part, vaudra notification de licenciement et qui devra, par conséquent, préciser le motif économique (article 4 de l'accord). Ainsi, le salarié auquel est proposée une convention de reclassement personnalisé pourra faire l'objet d'un licenciement conservatoire pour motif économique s'il tarde à donner sa réponse (*Francis Lefebvre*, n° 5813). L'envoi d'une lettre énonçant les motifs de la rupture n'est donc aucunement exclu par le dispositif sur les conventions de reclassement personnalisé. L'employeur pourra notifier le licenciement au salarié, tout en lui offrant d'adhérer à une convention de reclassement personnalisé, auquel cas le licenciement ne prendra pas effet (*Répertoire Dalloz*, n° 105). En l'espèce, la société a notifié une lettre de licenciement avant que le salarié n'accepte la convention de reclassement. La remarque soulignant le fait que les salariés ayant adhéré à une convention de conversion étaient concernés par la mise en oeuvre des critères de l'ordre des licenciement n'est pas pertinente, dès lors que rien n'indique que les salariés qui adhèrent à une convention de reclassement ne soient pas eux-mêmes concernés.

Enfin, la situation des salariés adhérant à une convention de reclassement personnalisé se distingue de celle des salariés ayant négocié une rupture de leur contrat de travail pour motif économique par plusieurs particularités.

D'abord, la proposition d'une convention de reclassement constitue pour l'employeur une obligation légale, sous peine de sanction financière. La convention de reclassement personnalisé a donc une base légale alors qu'au contraire, les ruptures d'un commun accord pour motif économique ont un fondement exclusivement conventionnel. Elles résultent soit d'un accord d'entreprise soit de la convention des parties, sans aucune intervention de l'Etat.

Surtout, l'offre de convention de reclassement personnalisé entre dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique. Elle est transmise lors de l'entretien préalable au licenciement. Il s'agit d'un dispositif qui s'intègre complètement à la procédure prévue par le chapitre I du titre II du code du travail. La Cour de cassation avait considéré que la convention de conversion, qui, elle aussi, était proposée lors de l'entretien préalable au licenciement, ne constituait qu'une modalité du licenciement pour motif économique (Soc., 17 septembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 233, *RJS* 11/03, n° 1259, et déjà, Soc., 11 juillet 2000, *Droit social* 2000, p. 1033, note J. Savatier). Les dispositions de l'article L. 321-4-2 instituent, en réalité, une mesure d'accompagnement du licenciement pour motif économique en vue d'atténuer les effets d'un licenciement sec. Comme pour les conventions de conversion, l'objectif est d'assurer à tous les salariés un minimum d'aide au reclassement, compara-

ble aux dispositifs habituellement contenus dans les plans de sauvegarde de l'emploi. Il s'agit donc de généraliser des mesures d'aide et de reclassement pour tous les salariés concernés, sans qu'on puisse déceler dans cette démarche la volonté d'instituer un véritable mode alternatif de rupture au licenciement pour motif économique. La chambre sociale n'a reconnu la possibilité de rompre à l'amiable le contrat de travail pour motif économique qu'en cas de départ volontaire, soit parce que le salarié s'est porté candidat pour quitter l'entreprise dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise (Soc., 2 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 309 ; Soc., 7 décembre 2004, pourvoi n° 02-44.248 ; Soc., 13 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 252, *JCP* 2005, éd. sociale, n° 1259, note Verkindt), soit parce que qu'il a lui-même proposé une rupture amiable à son employeur (Soc., 2 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 308 ; Soc., 21 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 11).

Si le salarié accepte la convention de reclassement que l'employeur était dans l'obligation de lui présenter, il doit lui renvoyer le bulletin détachable prévu à cet effet (article 5 de la convention du 27 avril 2005). L'intéressé ne fait donc qu'adhérer aux mesures afférentes à cette convention, sans disposer d'aucun pouvoir de négociation.

Sa situation est donc différente de celle du salarié qui prend l'initiative de proposer à son employeur une rupture négociée ou qui décide de partir pour bénéficier des avantages d'un accord collectif. Lorsque la réduction du personnel est encouragée par un accord collectif ou qu'un licenciement collectif est mis en œuvre, le salarié qui choisit de quitter l'entreprise peut n'avoir jamais été menacé personnellement d'un licenciement, alors que le licenciement du salarié qui accepte la convention de reclassement personnalisé était nécessairement envisagé.

Une autre différence tient au fait que, pour être valable, la convention de résiliation amiable doit préserver les droits du salarié aux indemnités de rupture (Soc., 5 mars 1986, *Bull.* 1986, V, n° 60, et Soc., 2 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 308), alors que la rupture d'un commun accord résultant de l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé n'emporte, en principe, ni délai-congé ni indemnité de préavis (article L. 321-4-2, alinéa 4. La loi du 26 juillet 2005 a toutefois rétabli l'équilibre en faveur du salarié, en lui accordant une indemnité équivalente à l'indemnité de préavis).

En réalité, la proposition de convention de reclassement peut être aussi bien une modalité de la résiliation amiable du contrat de travail que d'un licenciement (v. Soc., 23 juin 2004, pourvoi n° 02-43.499, à propos d'une convention de conversion, et « la rupture négociée pour motif économique à l'épreuve de l'assurance-chômage », *JCP* 2006, éd. sociale, p. 9), mais elle ne semble pas constituer en elle-même un mode autonome de rupture du contrat de travail. La chambre sociale a certes admis qu'en cas d'adhésion à une convention FNE, le salarié était privé de la possibilité de contester la cause réelle et

sérieuse de la rupture, mais cette solution se justifiait, d'une part, parce que, en ce cas, l'administration, avec laquelle est signée la convention FNE, ne s'engage qu'en fonction de la réalité et du sérieux de la cause économique, sur laquelle un contrôle est ainsi exercé, et, d'autre part, parce que le bénéficiaire de la convention FNE est considéré comme inapte à tout reclassement et profite d'une allocation jusqu'à sa retraite (rapport de M. Waquet, *Revue de jurisprudence sociale* n° 2/94, p. 104 et sous Soc., 27 janvier 1994, *Bull.* 1994, V, n° 33 ; Soc., 24 septembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 276, Soc., 7 novembre 2007, pourvoi n° 06-43.593).

En matière de convention de reclassement, la situation du salarié est tout autre, puisque ce dispositif tend au reclassement extérieur et ne comprend que des mesures d'une durée et d'une portée beaucoup plus limitées que celles d'une convention FNE.

Enfin, si l'un des objectifs de la loi du 18 janvier 2005 était de mieux assurer la sécurité juridique en matière de rupture du contrat de travail pour motif économique, ce but est atteint par l'institution de délais particulièrement courts pour agir en justice. Il n'est donc pas nécessaire d'y ajouter la fermeture à toute contestation. Au surplus, en cas de licenciement collectif, il apparaît difficile de traiter différemment les salariés concernés par la même procédure de licenciement pour motif économique selon qu'ils ont accepté ou refusé la convention de reclassement personnalisé et les aides qui y sont attachées. L'égalité entre les salariés commande un sort commun.

C. – Opinions de la doctrine

Selon le rapport parlementaire accompagnant la présentation de la loi du 18 janvier 2005, « rien dans cette adhésion ne prive le salarié de son droit de contester le licenciement » (Rapport Assemblée nationale, n° 1930, Mme de Panafieu et M. Dord, p. 367, article 37-4). Cette observation est importante dès lors que plusieurs dispositions de la loi avaient clairement pour objet de revenir sur des solutions jurisprudentielles (v. la remise en cause de la jurisprudence « Framatome-Majorette »). Rien n'empêchait le législateur d'affirmer nettement qu'en cas d'accord du salarié à la convention de reclassement, les dispositions sur le licenciement étaient inapplicables. Il ne l'a pas fait.

Selon M. Morvan (« Le droit des licenciements pour motif économique après la loi de cohésion sociale », *TPS* 2005, chronique p. 3, n° 38, et *Jurisclasseur*, fasc. 31-2, n° 159), il est indubitable que la jurisprudence relative aux conventions de conversion sera réanimée et transposée. Le salarié adhérant à une convention de reclassement personnalisé sera ainsi fondé à invoquer l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.

M. Couturier (« Encore une réforme du droit des licenciements économiques », *Semaine sociale Lamy*, supplément du 26 décembre 2005, n° 1242, p. 3), s'il reconnaît que la question n'est pas tran-

chée, considère cependant que la tendance est au maintien de la jurisprudence antérieure relative aux conventions de conversion.

Pour M. Verkindt (*Jurisclasseur*, fasc. 30-1, n° 92), le régime juridique de la rupture sera vraisemblablement le même que celui de la rupture d'un commun accord qui résultait de l'adhésion du salarié à une convention de conversion.

M. Kerbourc'h (« La convention de reclassement personnalisé », *Semaine sociale Lamy*, supplément, n° 1242) partage cette opinion, en rappelant que le Conseil d'Etat avait également admis que le salarié protégé ayant adhéré à une convention de conversion n'était pas privé de la possibilité de contester la décision administrative autorisant son licenciement (CE, 10 décembre 1993, n° 112947, *Revue de jurisprudence sociale* n° 3/94, n° 277).

D'autres auteurs sont plus circonspects, estimant que l'époque serait plus favorable à la résiliation amiable (E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, dernière édition, p. 308, faisant état du retour en force de l'article 1134 ; « Restructurations et droit du travail », n° 429, par E. Bénard et A. Cormier Le Goff).

D'autres enfin militent pour un abandon de la jurisprudence adoptée à l'époque des conventions de conversion (« Convention de reclassement personnalisé et contestation de la rupture », *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1313 par J.-C. Gouret, critiquant un arrêt du 22 mars 2007 rendu par la cour d'appel de Paris et *JCP* 2006, éd. sociale, p. 9, Béal et Rouspide-Katachadourian, *JCP* 2007, éd. sociale, n° 38, p. 19).

Les cours d'appel sont, en effet, très partagées, Douai, Dijon, Montpellier ayant exclu toute possibilité de contestation ultérieure, alors que Paris l'a reconnu.

La question à trancher est d'actualité puisque, dans le cadre des négociations en cours sur la « flexi-sécurité », est envisagée la création d'une rupture négociée du contrat de travail « sans reproches réciproques », interdisant au salarié toute contestation ultérieure.

En contestant le motif économique de la rupture du contrat de travail, le salarié entend par là-même contester la validité de la convention, puisqu'une telle convention n'a de cause que si un licenciement pour motif économique pouvait être envisagé.

En matière de convention de conversion, la jurisprudence décidait déjà qu'« en l'absence de motif économique, la convention n'avait pas de cause » (Soc., 26 mai 1998, pourvoi n° 96-40.604 ; Soc., 14 mai 1996, *Droit social* 1996, p. 743, obs. Favennec-Héry ; Soc., 26 novembre 2006, *Revue de jurisprudence sociale* 1997, n° 79 ; Soc., 7 mars 1995, pourvoi n° 93-44.110).

En l'espèce, le salarié ne s'est pas seulement vu proposer une convention de reclassement qu'il a accepté, mais a reçu une lettre de licenciement. Dès lors, en présence d'un licenciement prononcé, la convention de reclassement personnalisé ne pouvait s'inscrire dans le cadre d'une rupture négociée pour motif économique, comme celles ayant donné lieu aux arrêts du 2 décembre 2003.

Avis de M. Cavarroc

Avocat général

Un salarié adhère à une convention de reclassement personnalisé, dont on sait que les principes directeurs ont été posés par la loi du 18 janvier 2005 (devenue l'article L. 321-4-2 code du travail) et que les modalités d'application ont été déterminées par une convention agréée, signée entre les organisations syndicales le 15 février 2004 (arrêté d'agrément du 23 février 2006).

Ce pourvoi pose principalement la question de savoir si ce salarié conserve la possibilité de contester le motif économique ayant conduit à la rupture « d'un commun accord » de son contrat de travail. Autrement dit, le commun accord des parties, donc celui du salarié, sur la rupture du contrat de travail lui a-t-il définitivement fermé la voie d'une remise en question de son licenciement ?

Le pourvoi, à titre principal mais non exclusivement, oppose à la cour d'appel, qui a répondu à cette question par la négative, un raisonnement par analogie.

La référence est fournie par l'ancienne convention de conversion (aujourd'hui disparue) qui, à l'instar de la convention de reclassement personnalisé, entraînait également la rupture du contrat de travail. Et vous aviez jugé que l'application des dispositions abrogées « *impliqu(ait) l'existence d'un motif économique de licenciement qu'il appart(enait) au juge de rechercher en cas de contestation* » (Soc., 30 septembre et 17 juin 1997).

Il s'adosse en outre à un arrêt de la cour de Paris rendu le 22 mars 2007. Selon la cour d'appel, comparaison n'est pas raison : des éléments de droit et de texte font obstacle à la transposition invoquée. Par ailleurs, il existe, en faveur de l'impossibilité de contester, un courant jurisprudentiel très récent (arrêts des cours de Montpellier et de Dijon en date des 18 avril et 26 juin 2007). Enfin, une certaine doctrine va également en ce sens.

Le rapport établi par M. le conseiller Leblanc dresse un état très complet (arguments de textes, repères jurisprudentiels tirés de notre Cour, du Conseil d'Etat et des cours d'appel, travaux législatifs préparatoires et panorama de l'opinion des auteurs) des repères déjà posés et des analyses qui leur ont fait suite. De sorte que, ces éléments ayant été parfaitement rappelés, il serait vain et redondant de vouloir les reprendre un à un. Tout au plus, quelques observations du parquet général mettront l'accent sur ceux qui lui apparaîtront comme étant de nature à faire pencher la balance en faveur de l'une des deux thèses esquissées ci-dessus.

Deux points paraissent ainsi présenter une densité particulière et devoir retenir plus spécialement votre réflexion : il s'agit, d'abord, de la valeur de l'argument tiré du raisonnement par analogie, ensuite de la lecture qu'il convient de faire de la première phrase du quatrième alinéa de l'article L. 321-4-2 code du travail.

1. Convention de conversion et convention de reclassement personnalisé.

On se souvient que la loi du 30 décembre 1986 relative aux licenciements économiques imposait de proposer une convention de conversion aux salariés en cas de petit licenciement économique (ancien article L. 321-5 du code du travail) : le contrat de travail étant rompu, le salarié devenait un stagiaire de la formation professionnelle (Pélissier, 23^e éd., n° 146). Bien que ce système ait été globalement modifié depuis, il demeure que, pour les « petits » licenciements, le mécanisme mis en place par le législateur n'est pas fondamentalement différent de ce qu'il était : comme précédemment, le contrat se trouve rompu, la différence étant que le texte emploie l'expression de « commun accord », tandis que, par ailleurs, et comme selon le système ancien, le salarié est placé en position de stagiaire de la formation professionnelle, étant cette fois précisé qu'il sera « *bénéficiaire d'actions de soutien psychologique, d'orientation, d'accompagnement, d'évaluation des compétences professionnelles et de formation destinées à favoriser son reclassement* ».

Ce rapprochement présente en l'espèce un intérêt certain si l'on veut bien se souvenir de la jurisprudence de votre chambre, dégagée le 29 janvier 1992, selon laquelle la convention de conversion qui entraîne la rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties implique l'existence d'un motif économique de licenciement qu'il appartient au juge de rechercher en cas de contestation, jurisprudence maintenue et précisée par la suite.

Compte tenu du rapprochement qui vient d'être effectué et qui tend à démontrer que les conséquences de chacun des deux mécanismes sont sensiblement identiques, peut-on, en droit, exclure une identité du régime juridique applicable au salarié qui adhère à une convention de reclassement personnalisé : lui est-il possible, bien que se trouvant, avec son accord, dans les liens d'un dispositif conventionnel, de remettre en cause le caractère économique de son licenciement ?

2. La discussion sur l'identité du régime juridique des deux mécanismes

Il est ainsi soutenu, pour dénier au salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé de contester le motif économique de la rupture, alors qu'il pouvait le faire en cas d'acceptation d'une convention de conversion, que la position de votre chambre – qui autorisait la contestation dans l'ancien dispositif – s'expliquerait par le texte instituant les conventions de conversion (ou plutôt par la combinaison de ce texte, l'article L. 321-6, avec l'article L. 511-1, qui renvoie lui-même à L. 122-14-3 du code du travail).

Je ne partage pas cette analyse et souscris largement aux arguments figurant dans la liste présentée sous le B du rapport, qui récapitule les raisons avancées au soutien de la thèse selon laquelle le salarié dispose du droit de contester le motif économique de la rupture de son contrat de travail. Tout conduit en effet à confirmer l'existence d'une assimilation légale entre toute rupture pour motif économique et le licenciement, qui implique, dans les deux cas, l'existence d'un motif économique qu'il appartient au juge de rechercher en cas de contestation. Au demeurant, une telle discussion, qui s'articule principalement autour d'un texte aujourd'hui abrogé, n'est-elle pas vaine si l'on s'y livre à la lumière du nouveau texte, à savoir l'article L. 321-4-2 ?

3. L'apport capital du quatrième alinéa de l'article L. 321-4-2 du code du travail

En définitive, le débat serait-il maladroitement engagé ?

Il semble en effet, à la lecture des écritures qui exposent les éléments du problème, que le « commun accord » des parties à la rupture du contrat de travail soit considéré dans tous les cas comme une rencontre de volontés couronnant un processus de discussions parfaitement identifié et formalisé.

Or, il n'en est rien. L'article L. 321-4-2 du code du travail comporte un quatrième alinéa ainsi rédigé : « *En cas d'accord du salarié, le contrat est réputé rompu d'un commun accord* ». Et l'on voit bien que si le mot « accord » est employé à deux reprises en deux lignes, son objet est totalement différent :

- le premier accord est celui qui porte sur l'acceptation, par le salarié, du bénéfice de la convention de reclassement : il doit être exprès et formalisé ;
- tout autre est le second accord, lequel a pour objet la rupture du contrat de travail prévue par le

mécanisme mis en place, et celui-ci obéit à un tout autre régime et peut même ne pas être exprimé formellement et explicitement ; il est, en quelque sorte, consubstantiel au mécanisme d'adhésion à la convention de reclassement personnalisé. Autrement dit, automatique.

Il est capital de noter en effet que le législateur a ainsi posé une **présomption** pour fixer le régime de la preuve de la rupture du contrat de travail dans une telle hypothèse. De sorte que, à supposer même que l'on en vienne à admettre que la jurisprudence de votre chambre (qui reconnaissait au salarié le droit de contester le caractère économique du licenciement dans le cadre de l'ancienne convention de conversion) s'expliquait par des raisons tenant à la rédaction de l'ancien article L. 321-6 code du travail, cette observation n'a rien en soi de dirimant.

En effet, on peut légitimement soutenir, me semble-t-il, que c'est une même raison de texte, mais cette fois il s'agit de l'article L. 321-4-2, qui conduit à reconnaître au salarié le droit de contester le motif économique du licenciement intervenu sur fond de convention de reclassement personnalisé : cette raison réside dans le quatrième alinéa de cet article, qui institue une présomption. Et voilà pourquoi la discussion précédente est vaine...

Reste, pour conclure, un point à préciser : si présomption légale il y a, de quelle présomption s'agit-il ? Présomption simple ou présomption irréfragable ?

On sait que ces dernières sont exceptionnelles parce qu'absolues, et qu'elles découlent de considérations tenant à l'ordre public ; elles ne peuvent être combattues. Manifestement, nous ne nous trouvons pas en présence d'une présomption de cette nature ; la partie à qui elle est opposée peut rapporter la preuve que la situation présumée ne correspond pas à la réalité. En l'espèce, le salarié régi par les dispositions de l'article L. 321-4-3 code du travail ne peut donc être privé du droit de contester le motif de la rupture de son contrat de travail, donc le motif économique du licenciement. Et ce, même si, par ailleurs, il a donné son accord à la proposition de conversion de reclassement personnalisé.

*
* *

Telles sont les raisons pour lesquelles l'arrêt déferé paraît devoir être cassé, en ce qu'il a décidé que « *le salarié n'est donc plus fondé à contester le caractère économique du licenciement dont s'agit* ».

COUR DE CASSATION

II. – SOMMAIRES D'ARRÊT ET NOTES

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. *Emploi et formation*

* *Contrats à durée déterminée*

Soc. – 23 janvier 2008.

Rejet

N° 06-44.190. – CPH Thionville, 24 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Aldigé,
Av. Gén.

Voir *infra*, n° 60, sommaire n° 2

N° 3

En application des dispositions combinées des articles L. 122-1, L. 122-3-1 et L. 122-3-11 du code du travail, le contrat à durée déterminée ne peut comporter qu'un seul motif.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui requalifie en contrat à durée indéterminée le contrat à durée déterminée qui se réfère à deux motifs de recours successifs : le remplacement d'une salariée en congé de maternité, puis un surcroît d'activité.

Soc. – 23 janvier 2008.

Rejet

N° 06-41.536. – CA Montpellier, 25 janvier 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Marzi, Rap. – M. Aldigé,
Av. Gén.

Note

Pour la première fois, la chambre sociale décide qu'un contrat à durée déterminée ne peut comporter qu'un seul motif de recours, en sanctionnant un employeur qui avait recruté un salarié d'abord pour remplacer un employé absent pendant six mois, puis pour faire face à un surcroît d'activité les six mois suivants.

Mais cette décision, qui, certes, fait prévaloir l'interprétation littérale des articles L. 122-1 et L. 122-3-1 du code du travail, condamne également la pratique de l'employeur qui, par ce procédé, contournait

les dispositions de l'article L. 122-3-11 du code du travail relatives au délai de carence en cas de contrats successifs. La chambre a en effet jugé qu'un contrat à durée déterminée conclu pour surcroît exceptionnel d'activité ne pouvait succéder immédiatement à un contrat à durée déterminée pour remplacement d'une salariée en congé parental (Soc., 3 juillet 1991, *Bull.* 1991, V, n° 338).

Ce faisant, la chambre reste dans le droit fil de ses arrêts du 28 juin 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 228), qui décidaient qu'en vertu de l'article L. 122-1-1 1° du code du travail, un contrat à durée déterminée ne pouvait être conclu que pour remplacer un seul salarié absent.

N° 4

Si, en vertu de l'article L. 715-7, devenu l'article L. 6161-7, du code de la santé publique, les établissements de santé privés à but non lucratif peuvent, par dérogation aux dispositions des articles L. 122-1, L. 122-1-1 et L. 122-1-2 du code du travail, recruter des praticiens par contrat à durée déterminée pour une période égale au plus à quatre ans, les conditions de renouvellement des contrats à durée déterminée ainsi conclus doivent donner lieu à un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu et répondre, à l'exception de la disposition relative à l'énonciation du motif du recours, aux exigences de l'article L. 122-3-1 du code du travail.

Soc. – 12 mars 2008.

**Cassation
partiellement sans renvoi**

N° 07-40.093. – CA Versailles, 27 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Allix,
Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article L. 715-7, devenu l'article L. 6161-7, du code de la santé publique, les établissements de santé privés à but non lucratif « peuvent, par dérogation aux dispositions des articles L. 122-1, L. 122-1-1 et L. 122-1-2 du code du travail, recruter des praticiens par contrats à durée déterminée pour une période égale au plus à quatre ans ».

La Cour de cassation, déjà appelée à se prononcer sur l'application de cette disposition, a été amenée à préciser que les praticiens concernés n'ont pas à avoir nécessairement la qualité de praticien hospitalier (Soc., 13 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 1 ; Soc., 29 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 359, voir cette même revue, n° 76, oct.-nov.-déc. 2006, arrêt n° 641, p. 30) et qu'il n'est pas nécessaire que le contrat de travail à durée déterminée conclu comporte la définition précise de son motif, au sens de l'article L. 122-3-1 du code du travail (Soc., 29 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 142).

La présente espèce posait la question du renouvellement de ce type de contrat.

La salariée recrutée avait vu son contrat renouvelé à plusieurs reprises, mais par des avenants ayant effet rétroactif qui lui avaient été transmis postérieurement aux termes initialement prévus. La relation de travail ayant cessé, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de ses contrats en un contrat à durée indéterminée, en se prévalant d'une transmission tardive de ses renouvellements. L'arrêt d'appel l'a déboutée de ses demandes, au motif que ce type de contrat n'a pas à respecter le formalisme du renouvellement du contrat à durée déterminée prévu par l'article L. 122-1-2 du code du travail.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si le formalisme prévu par le code du travail quant au renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée doit être respecté s'agissant du contrat de travail visé par l'article L. 715-7 du code de la santé publique.

La chambre sociale répond très clairement par l'affirmative, en énonçant que « *les conditions de renouvellement des contrats à durée déterminée ainsi conclus doivent donner lieu à un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu et répondre, à l'exception de la disposition relative à l'énonciation du motif du recours, aux exigences de l'article L. 122-3-1 du code du travail* ».

En effet, si l'article L. 122-1-2 du code du travail dispose bien que « *Les conditions de renouvellement sont stipulées dans le contrat ou font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu* », l'article L. 122-3-1 du même code, relatif aux mentions devant figurer au contrat, précise qu'il doit notamment comporter « *la date d'échéance du terme et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis* ».

Dès lors, l'article L. 6161-7 du code de la santé publique ne prévoyant une dérogation qu'aux articles L. 122-1, L. 122-1-1 et L. 122-1-2 du code du travail, le formalisme prévu par l'article L. 122-3-1 doit être respecté.

La Cour de cassation censure donc les juges du fond, en estimant que les renouvellements du contrat de travail auraient dû donner lieu à des avenants soumis à la salariée avant les termes initialement prévus.

* Contrats à durée déterminée dits d'usage

N° 5

S'il résulte de la combinaison des articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-3-10 et D. 121-2 du code du travail que dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 19 mars 1999 et mis en œuvre par la Directive n° 1999/70/CE du 28 juin 1999, qui a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives, qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi.

Encourt donc la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter les demandes de requalification en contrat à durée indéterminée formées par un journaliste pigiste engagé par une succession de contrats à durée déterminée pour des émissions télévisées, s'est déterminée par des motifs inopérants tirés du caractère temporaire des programmes de télévision, sans rechercher si l'emploi de journaliste pigiste occupé par le salarié dans le secteur de l'audiovisuel faisait partie de ceux pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée et si l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs était justifiée par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi (arrêt n° 1, pourvoi n° 06-43.040).

En revanche, justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, après avoir relevé que l'enseignement figurait dans les secteurs d'activité où il peut être recouru à des contrats à durée déterminée dits « d'usage », a constaté que le salarié avait occupé le même emploi de formateur – professeur d'éducation artistique – pendant quatorze années scolaires successives et que cet emploi n'avait pas un caractère temporaire, la conclusion de contrats à durée déterminée successifs n'étant ainsi pas justifiée par des raisons objectives et la requalification de ces contrats s'en déduisant (arrêt n° 2, pourvoi n° 06-44.197).

Arrêt n° 1 :

Soc. – 23 janvier 2008.

Cassation

N° 06-43.040. – CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Ludet, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Arrêt n° 2 :**Soc. – 23 janvier 2008.****Rejet**

N° 06-44.197. – CA Lyon, 31 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Par deux arrêts rendus le même jour en formation plénière, la chambre sociale s'est à nouveau prononcée sur les conditions dans lesquelles il peut être recouru aux contrats à durée déterminée dits d'usage, prévus par l'article L. 122-1-1 3° du code du travail.

Cette disposition permet de conclure un contrat à durée déterminée afin de pourvoir des emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est « *d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* ».

L'abondant contentieux auquel avait donné lieu l'application de l'article L. 122-1-1 3° traduisait les difficultés à concilier les différentes dispositions régissant la matière. En particulier, celles de l'article L. 122-1 du code du travail, qui prohibent le recours au contrat à durée déterminée dès lors qu'il s'agit de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, paraissaient contredire l'article L. 122-3-10 du code du travail, en ce qu'il est interprété comme autorisant la reconduction illimitée des contrats à durée déterminée d'usage. La jurisprudence de la chambre sociale témoignait, dans ces conditions, d'incertitudes quant à l'objet des vérifications que les juges du fond étaient tenus d'effectuer, en particulier à travers un certain nombre d'arrêts approuvant la requalification en contrat à durée indéterminée de contrats à durée déterminée d'usage, lorsque leur succession conduisait à considérer qu'ils permettaient de pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le souci de clarifier la matière afin de rendre moins malaisé le recours aux contrats à durée déterminée dans les secteurs d'activité où il en est fait un usage constant avait conduit la chambre sociale, par une série d'arrêts rendus le 26 novembre 2003 en formation plénière (Soc., 26 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 298), à modifier sa jurisprudence. Désormais, il suffisait, pour qu'il soit régulièrement recouru au contrat à durée déterminée dans le cadre de l'article L. 122-1-1 3°, que l'on se trouve dans l'un des secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, et que soit constatée, par une appréciation souveraine des juges du fond, l'existence, dans ce secteur, d'un usage constant permettant, pour l'emploi concerné, de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée. L'office du juge saisi d'une demande de requalification devait se limiter à cette double caractérisation. Suivant la formule du conseiller Bailly, « *la ligne défi-*

nie dans ces arrêts [rejetait] dans l'ombre toute discussion portant sur la durée effective du contrat, sur le lien entre l'emploi et l'activité permanente de l'entreprise et sur la nature des emplois en cause, autant d'éléments qui, dans la pratique, étaient une source d'incertitude et d'insécurité juridique » (« À propos du contrat à durée déterminée d'usage », *Revue de jurisprudence sociale* 2004, p. 7 et suivantes).

La chambre sociale a dû réexaminer la position résultant de ses arrêts du 26 novembre 2003 à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) relative à l'application de l'accord-cadre sur le contrat de travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la Directive n° 1999/70/CE, du 28 juin 1999. Dans son arrêt X... et autres du 4 juillet 2006 (affaire n° C-212/04), la CJCE, saisie de questions préjudicielles par une juridiction grecque, s'est attachée à l'interprétation de la clause 5, point 1, de l'accord-cadre qui, « *afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs* », impose aux États membres d'introduire dans leur ordre juridique, « *quand il n'existe pas de mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus* », une ou plusieurs mesures détaillées par la clause, dont celle, relative à l'exigence de « *raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats de travail à durée déterminée successifs* » (clause 5, point 1, a) de l'accord-cadre, qui était précisément en cause dans la deuxième question préjudicielle. Y répondant, la CJCE a dit pour droit que la notion de « *raisons objectives* » au sens de la clause concernée « *requiert que le recours à ce type particulier de relations de travail, tel que prévu par la réglementation nationale, soit justifié par l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice* » (point 75 de l'arrêt).

Dans son arrêt du 4 juillet 2006, la CJCE a rappelé que « *le principe d'interprétation conforme requiert [...] que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité de la directive en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci* » (point 111 de l'arrêt).

La chambre sociale, saisie de deux pourvois où étaient en cause des successions de contrats à durée déterminée d'usage, a considéré que la formulation de la position exprimée dans ses arrêts du 26 novembre 2003 était incomplète au regard des exigences résultant de la jurisprudence communautaire et de la nécessité de justifier le recours à des contrats à durée déterminée successifs par des raisons objectives, et plus précisément par « *l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice* ».

C'est pourquoi, intégrant ces exigences, l'attendu de principe des deux arrêts du 23 janvier 2008 énonce que « *l'accord-cadre susvisé impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs*

est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi. »

La ligne jurisprudentielle résultant des arrêts du 26 novembre 2003 s'infléchit donc, en ce sens que se trouve réintroduite, dans les vérifications que sont tenus d'effectuer les juges du fond, celle tenant à la nature, temporaire ou non, de l'emploi précisément pourvu par les contrats successifs en cause.

Faisant application de sa position ainsi révisée, la chambre sociale a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter les demandes de requalification en contrat à durée indéterminée formées par une journaliste pigiste engagée par une succession de contrats à durée déterminée pour des émissions télévisées, s'est prononcée par des motifs inopérants tirés du caractère temporaire des programmes de télévision, sans rechercher si l'emploi de journaliste pigiste occupé par la salariée dans le secteur de l'audiovisuel faisait partie de ceux pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée et si l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs était justifiée par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi (pourvoi n° 06-43.040).

* Contrats à durée déterminée, rupture

N° 6

En application de l'article L. 122-3-8 du code du travail, lorsqu'un salarié rompt le contrat de travail à durée déterminée en invoquant des manquements de l'employeur, il incombe au juge de vérifier si les faits invoqués sont ou non constitutifs d'une faute grave.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter un footballeur professionnel de sa demande de dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail à durée déterminée, retient qu'en l'absence de faute grave imputable au club sportif employeur, le salarié n'était pas fondé à rompre le contrat de travail.

Soc. – 23 janvier 2008.

Rejet

No 05-41.070. – CA Bastia, 14 décembre 2004.

Mme Collomp, Pt. – M. Blatman, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Par cette décision, la chambre sociale de la Cour de cassation réaffirme le caractère spécifique de la rupture du contrat à durée déterminée. Prévus par l'article L. 122-3-8 du code du travail, une telle rupture ne peut intervenir avant l'échéance, sauf accord des parties, qu'en cas de faute grave, de force majeure ou, depuis la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, lorsque le salarié justifie d'une embauche à durée indéterminée.

Comme, parallèlement, la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée s'est caractérisée par

le développement jurisprudentiel de la prise d'acte de la rupture, la question s'est posée de savoir si ce mode particulier de rupture pouvait aussi s'appliquer au contrat à durée déterminée.

Un arrêt rendu le 30 mai 2007, dans une espèce où une salariée avait rompu unilatéralement son contrat à durée déterminée en invoquant une insuffisance de paiement du salaire, avait débouté l'intéressée au motif que le seul manquement établi à l'encontre de l'employeur, procédant d'une simple erreur de calcul de la majoration du taux horaire prévue par la convention collective, ne constituait pas une faute grave (Soc., 30 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 89).

L'hypothèse ressemblait donc à celle d'une prise d'acte et, pourtant, la Cour de cassation avait utilisé l'expression « rompre » plutôt que celle de « prendre acte ». Ce choix avait-il une signification juridique ? Était-ce la marque d'un refus d'alignement des deux régimes de rupture ?

Le présent arrêt permet de répondre à cette question.

Reprenant en effet la même formulation, il approuve la cour d'appel d'avoir rejeté la demande de dommages-intérêts présentée par un joueur de football professionnel qui avait rompu unilatéralement le contrat à durée déterminée l'unissant à un club sportif.

Le motif retenu est que les faits invoqués à l'encontre de l'employeur n'étaient pas constitutifs de faute grave.

La terminologie employée n'est pas neutre : elle caractérise l'attachement de la chambre sociale à ce mode de rupture particulier qu'est celui du contrat à durée déterminée.

Les raisons de cette préférence doivent être recherchées dans les différences existant entre les deux régimes.

Lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat à durée indéterminée en raison de faits qu'il reproche à son employeur, celle-ci produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission (Soc., 25 juin 2003, plusieurs arrêts, dont société Ecoles de danse Gérard Louas, *Bull.* 2003, V, n° 203). Il appartient au salarié de rapporter la preuve de l'existence des faits qu'il invoque, lesquels doivent être « suffisamment graves » (Soc., 19 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 12). La chambre sociale a laissé au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de cette gravité (Soc., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 413 ; 4 avril 2007, *Bull.* 2007, V, n° 61) même si, à l'occasion, elle affirme que tel fait est constitutif d'une faute grave légitimant la rupture. Tel a été le cas des violences au travail : « manque gravement à ses obligations l'employeur qui porte atteinte à l'intégrité physique ou morale de son salarié » (Soc., 30 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 177).

Cependant, la notion de « faits suffisamment graves » retenue dans le droit de la prise d'acte

n'est pas identique à celle de « faute grave » exigée en matière de rupture anticipée de contrat à durée déterminée, et le degré de contrôle exercé par la chambre sociale dans les deux cas est différent ; par ailleurs, la démission du salarié n'est pas un mode normal de rupture de ce type de contrat puisque, intervenue en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-3-8 du code du travail, elle expose son auteur à des dommages-intérêts et le prive du droit à indemnisation ; pour toutes ces raisons, il est apparu préférable de conserver à la rupture du contrat à durée déterminée son économie propre.

L'option sémantique exercée par la chambre en parlant de « rupture » et non de « prise d'acte » traduit donc sa volonté de garder la spécificité du régime de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, en lui évitant de se diluer dans celui, généralement moins contraignant, de la prise d'acte.

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

* Clause de mobilité

N° 7

Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone d'application. L'article 61 de la convention collective nationale du personnel des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil, dite SYNTEC, du 15 décembre 1987, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988, qui se borne à énoncer que « toute modification du lieu de travail comprenant un changement de résidence fixe qui n'est pas acceptée par le salarié est considérée, à défaut de solution de compromis, comme un licenciement et réglée comme tel », ne saurait constituer une clause de mobilité licite, directement applicable au salarié en l'absence de clause contractuelle de mobilité.

N'encourt pas la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui décide que le licenciement fondé sur la seule violation de l'article 61 de ladite convention collective est sans cause réelle et sérieuse.

Soc. – 24 janvier 2008.

Rejet

N° 06-45.088. – CA Toulouse, 3 août 2006.

M. Texier, Pt (f.f.). et Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

L'arrêt commenté est une application de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les clauses de mobilité.

La Cour de cassation reconnaît depuis longtemps la validité de ce type de clauses (Soc., 6 décembre 1978, *Bull.* 1978, n° 832). Elle admet qu'une telle clause puisse s'appliquer au salarié, même si elle n'est pas prévue par le contrat de travail mais seulement par la convention collective, dès lors que le salarié a été informé, lors de son engagement, de

l'existence de ladite convention et mis en mesure d'en prendre connaissance (Soc., 27 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 222).

Mais elle exige que la clause de mobilité définisse de façon précise sa zone géographique d'application. A défaut, elle considère qu'une telle clause est illicite (Soc., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 241 ; Soc. 7 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 209).

Dans la présente espèce, l'employeur fondait le licenciement de son salarié, qui avait refusé une mutation, uniquement sur l'article 61 de la convention collective nationale du personnel des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils, dite SYNTEC, du 1^{er} janvier 1988, qui prévoit que « toute modification du lieu de travail comprenant un changement de résidence fixe qui n'est pas acceptée par le salarié est considérée, à défaut de solution de compromis, comme un licenciement et réglée comme tel ».

La Cour de cassation affirme clairement que cette clause ne saurait constituer une clause de mobilité licite, puisqu'elle ne définit aucune zone géographique d'application.

Et le licenciement fondé sur la seule violation de cette clause ne peut être que sans cause réelle et sérieuse.

3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

* Cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire

N° 8

Dès lors qu'il n'a pas été dénoncé, un engagement unilatéral pris par le cédant s'impose aux cessionnaires de l'entreprise, y compris lorsque la cession intervient à la suite du redressement judiciaire de l'employeur et en vertu d'une décision arrêtant un plan de cession, sans que les conditions mises par le repreneur dans son offre d'acquisition puissent y faire obstacle.

Justifie donc légalement sa décision une cour d'appel qui retient que le cessionnaire est tenu d'exécuter cet engagement au bénéfice d'un salarié passé à son service en exécution du plan de cession.

Soc. – 12 mars 2008.

Rejet

N° 06-45.147. – CA Lyon, 17 août 2006.

M. Bailly, Pt (f.f.). et Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Il est constant qu'en cas de cession d'une entité économique autonome, les engagements pris par le cédant au bénéfice de son personnel s'imposent au cessionnaire (Soc., 4 février 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 47 ; Soc., 17 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 143 ; Soc., 21 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 260).

Ce transfert de la charge de l'obligation pesant sur l'employeur n'est qu'une conséquence de l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, tel qu'il doit être interprété au regard de la Directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001. Ainsi, la Cour de justice a retenu qu'un engagement pris par le cédant, en matière de retraite anticipée, était opposable au cessionnaire (CJCE, 6 novembre 2003, X..., Y... et Z... c/ South Bank University, affaire n° C- 4/01). Le contenu d'une offre de reprise présentée dans le cadre du redressement judiciaire de l'employeur et retenue ensuite par un jugement arrêtant le plan de cession ne peut avoir pour effet de libérer le cessionnaire de ses obligations légales, de même qu'en matière de cession d'une unité de production, une clause de l'acte de cession homologué par le juge-commissaire ne peut avoir pour effet de dispenser le cessionnaire de son obligation de poursuivre les contrats de travail en cours (Ch. mixte, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 5). Les particularités du droit des procédures collectives ne peuvent en effet primer sur les dispositions impératives du code du travail et sur les directives européennes, en fonction desquelles elles doivent être interprétées et appliquées.

4. Contrats particuliers

* Contrat emploi-consolidé

N° 9

Il résulte des articles L. 322-4-8-1 du code du travail et 5 du décret n° 98-1109 du 9 décembre 1998, alors applicables, que lorsque l'État et l'employeur ont passé une convention pour favoriser l'embauche d'un demandeur d'emploi et qu'un contrat emploi-consolidé a été conclu avec un salarié en vertu d'une telle convention, le dispositif, comprenant notamment des actions d'orientation professionnelle et de validation d'acquis en vue de construire et de faciliter la réalisation de son projet professionnel ainsi qu'un bilan de compétences, doit être prévu non pas dans le contrat de travail mais dans cette convention, laquelle, d'une durée de douze mois, est renouvelable par voie d'avenant.

En l'espèce, une cour d'appel avait, pour débouter une salariée de sa demande en requalification de contrat emploi-consolidé en contrat à durée indéterminée, retenu que le contrat litigieux, qui avait pris fin à sa troisième échéance, aurait pu comporter des actions de formation s'il s'était poursuivi jusqu'à la fin de la cinquième année, et qu'au moment du renouvellement qui avait été soumis à l'agrément de la direction départementale du travail de l'emploi et de la formation professionnelle, aucune obligation de formation n'avait été imposée à l'employeur.

En statuant ainsi, alors que l'irrégularité de la convention liant l'État et l'employeur, au regard de la prévision d'un dispositif d'orientation ou de formation professionnelle, et celle qui résulterait de l'agrément donné par l'administration pour son

renouvellement en dépit d'une carence relative à une telle obligation suscitaient une difficulté sérieuse qui échappait à la compétence de la juridiction judiciaire et qu'il lui appartenait de renvoyer les parties à faire trancher par la juridiction administrative la question préjudicielle dont dépendait la solution du litige et de surseoir à statuer à cette fin, la cour d'appel a violé les textes susvisés, ensemble la loi des 16-24 août 1790.

Soc. – 27 mars 2008.

Cassation

N° 06-45.929. – CA Montpellier, 22 février 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Blatman, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

Note

Le contrat emploi-consolidé, prévu par l'article L. 322-4-8-1 du code du travail, abrogé depuis par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, entrant dans la catégorie des contrats aidés et avait pour objet de faciliter l'insertion de personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi.

Ces contrats de travail étaient conclus en vertu de conventions passées entre l'État et les employeurs, conventions qui devaient prévoir « des dispositifs comprenant notamment des actions d'orientation professionnelle et de validation d'acquis en vue de construire et de faciliter la réalisation de leur projet professionnel ».

L'article 5 du décret n° 98-1109 du 9 décembre 1998 relatif aux contrats emploi consolidé précisait bien pour sa part que « La convention qui est conclue entre l'État et l'employeur doit comporter les mentions suivantes :

[...]

j) Les actions d'orientation professionnelle et de validation d'acquis ».

Dans la présente affaire, une salariée a été engagée par contrat emploi-consolidé à durée déterminée, qui a été renouvelé deux fois et qui a pris fin à l'occasion de sa dernière échéance en l'absence de renouvellement, la salariée étant en arrêt de travail pour maladie. Elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de ses contrats en un contrat de travail à durée indéterminée, en arguant notamment d'un non-respect par l'employeur de son obligation de formation et d'orientation professionnelle. Elle fut déboutée de sa demande par les juges du fond, aux motifs que le contrat de travail « a pris fin à sa troisième échéance, et aurait pu comporter des actions de formation s'il s'était poursuivi jusqu'à la fin de la cinquième année » et que « le contrat emploi-consolidé, pour être renouvelé, doit être validé par la DDTEFP et cet agrément n'a comporté aucune obligation de formation pour l'employeur ».

La chambre sociale prononce une cassation de l'arrêt en cause, en précisant tout d'abord que le dispositif comprenant notamment des actions d'orientation professionnelle et de validation d'acquis doit être prévu par la convention liant l'État

et l'employeur, et non pas par le contrat de travail, conformément à la lettre des articles L. 322-4-8-1 du code du travail et 5 du décret du 9 décembre 1998.

Dès lors, l'irrégularité résultant du défaut d'un tel dispositif touche la convention liant l'État et l'employeur et non le contrat de travail, et la Cour de cassation affirme alors ensuite que l'appréciation de cette irrégularité, et de celle résultant de l'agrément donnée par l'administration en dépit de cette carence, relève d'une question préjudicielle de la compétence du juge administratif, et nécessite un sursis à statuer à cette fin.

La chambre sociale s'inscrit ainsi dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure concernant les contrats emploi-solidarité, jurisprudence qui retenait une solution identique pour cette autre catégorie de contrats aidés.

Elle a en effet affirmé à plusieurs reprises que l'appréciation de la légalité de la convention de droit public liant l'État et l'employeur relevant de la seule compétence du juge administratif, la juridiction judiciaire doit lui renvoyer l'examen de cette question préjudicielle (Soc., 16 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 113 (1) ; Soc., 8 juillet 1999, *Bull.* 1999, V, n° 338).

5. Statuts particuliers

* Personnel d'EDF-GDF

Soc. – 18 mars 2008. Cassation

N° 06-45.093. – CA Nîmes, 27 juillet 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Voir *infra*, n° 65, premier sommaire

B. – Durée du travail et rémunération

1. Durée du travail, repos et congés

* Congé sabbatique

N° 10

Si, aux termes de l'article L. 122-32-19 du code du travail, le salarié qui souhaite prendre un congé sabbatique doit informer l'employeur de la date de son départ et de la durée du congé au moins trois mois à l'avance, le non-respect de ce délai, s'il peut conduire l'employeur à différer la date du départ, comme l'y autorise l'article L. 122-32-20 du code du travail, ne saurait dispenser l'employeur, dans les entreprises de deux cents salariés et plus, de répondre au salarié dans les conditions prévues à l'article L. 122-32-24 du code du travail, dans un délai de trente jours à compter du dépôt de la demande. A défaut de réponse de l'employeur dans ce délai, son accord est réputé acquis.

Dès lors, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté que l'employeur n'avait

pas répondu dans le délai de trente jours à l'information tardive du salarié, a estimé, le salarié pouvant se prévaloir d'un accord de son employeur sur la date de son départ, que le licenciement pour faute grave fondé sur l'absence du salarié à compter de cette date était sans cause réelle et sérieuse.

Soc. – 12 mars 2008. Cassation partielle sans renvoi

N° 06-43.866. – CA Grenoble, 26 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

La chambre sociale a eu peu d'occasions de se prononcer sur des difficultés d'application des dispositions relatives au congé sabbatique, tel qu'institué par les articles L. 122-32-17 et suivants du code du travail.

Ayant été saisie pour l'essentiel des conditions de retour à son travail du salarié qui a pris un congé sabbatique (Soc., 23 octobre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 438 ; Soc., 2 juin 1992, *Bull.* 1992, V, n° 360), la chambre n'avait statué qu'à une seule occasion sur les conditions de départ du salarié en congé sabbatique (Soc., 19 avril 1989, *Bull.* 1989, V, n° 297).

Le présent arrêt retient d'autant plus l'attention qu'il marque une évolution de la jurisprudence de la chambre par rapport à ce précédent. En effet, la chambre avait alors jugé que la salariée qui n'avait pas présenté à son employeur sa demande de congé sabbatique dans le délai légal, soit, selon l'article L. 122-32-19 du code du travail, trois mois avant la date de son départ, s'était vue, à juste titre, refuser ledit congé.

Cette solution est apparue trop sévère à la chambre dans le cas des entreprises de deux cents salariés et plus, entreprises dans lesquelles l'employeur ne peut s'opposer à la prise d'un congé sabbatique par un salarié qui réunit les conditions pour en bénéficier, sauf à en différer, dans les limites et pour les motifs que prévoient les textes, la date de départ.

C'est pourquoi la chambre a décidé d'approuver l'arrêt de la cour d'appel qui avait considéré qu'en l'absence de texte sanctionnant une demande tardive du salarié, il y avait lieu de considérer que l'employeur, s'il pouvait s'emparer du non-respect du délai prévu par l'article L. 122-32-19 du code du travail pour différer la date de départ en congé sabbatique, n'était nullement dispensé de répondre au salarié dans le délai d'un mois fixé par l'article L. 122-32-24 du code du travail, son accord étant acquis en cas de non-réponse dans ce délai.

Dans l'espèce, l'accord de l'employeur résultant de son absence de réponse dans le délai de trente jours, il ne pouvait procéder au licenciement pour faute grave, en raison d'une « absence illégale et délibérée », du salarié parti en congé sabbatique.

* *Convention de forfait en jours*

N° 11

1° Les conventions individuelles de forfait établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle pour les cadres visés par l'article L. 212-15-3 I du code du travail doivent nécessairement être passées par écrit.

Dès lors qu'aucune convention individuelle de forfait n'a été conclue par écrit, la durée de travail d'un salarié ne peut pas être décomptée en jours sur une base annuelle.

2° Selon l'article L. 212-15-3 III du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, la conclusion des conventions de forfait en jours doit être prévue par une convention ou un accord collectif étendu ou par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, qui définit les catégories de salariés concernés, pour lesquels la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps.

En l'état d'un accord d'entreprise énonçant que les cadres susceptibles de conclure une convention de forfait annuel en jours « *appartiennent aux catégories suivantes : cadre dirigeant, cadre commercial* », une convention de forfait annuel en jours ne saurait être appliquée à un cadre technique, catégorie non visée par l'accord.

Soc. – 26 mars 2008. Cassation partielle

N° 06-45.990. – CA Aix-en-Provence, 11 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

Dans cette affaire, était posée pour la première fois à la Cour de cassation la question de la preuve de l'existence d'une convention individuelle de forfait, prévue pour les cadres dits autonomes par l'article L. 212-15-3 du code du travail, issu de la loi du 19 janvier 2000.

Traditionnellement, on admettait que les parties au contrat de travail pouvaient convenir de rémunérer d'une manière forfaitaire un certain nombre d'heures supplémentaires, la rémunération globale convenue incluant le paiement des heures « normales » et des heures supplémentaires. La jurisprudence, qui a encadré les conditions de licéité des conventions de forfait, exige notamment que l'accord des parties soit établi : « *Même si le principe en est posé par la convention collective, le paiement des heures supplémentaires selon un forfait ne peut résulter que d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié* » (Soc., 10 mars 2004, Bull. 2004, V, n° 77). Mais « *aucune disposition légale ou réglementaire n'exige l'existence d'un écrit pour l'établissement d'une convention de forfait* » (Soc., 11 janvier 1995, pourvoi n° 93-41.525).

Les forfaits applicables aux cadres sont d'une nature différente puisqu'il s'agit non d'un outil de calcul de la rémunération, mais d'un outil de calcul du temps de travail.

L'article L. 212-15-3 du code du travail était ainsi libellé, dans sa rédaction d'origine :

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

III. – *La convention ou l'accord collectif prévoyant la conclusion de forfait en jours (...) définit les catégories de salariés concernés pour lesquels la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps. »*

En l'espèce, une cour d'appel avait jugé qu'un salarié pouvait voir décompter son temps de travail selon un régime de forfait annuel en jours, l'accord des parties étant caractérisé en dépit de l'absence d'écrit.

La chambre sociale censure cette analyse en énonçant que « *les conventions individuelles de forfait établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle pour les cadres visés par l'article L. 212-15-3 I du code du travail doivent nécessairement être passées par écrit* ». Ainsi, dès lors qu'aucune convention individuelle de forfait n'a été conclue par écrit entre les parties, la durée de travail d'un salarié ne peut être décomptée sur une base annuelle en jours.

Il convient de souligner à cet égard que les cadres ayant conclu une convention de forfait en jours sont uniquement soumis aux dispositions relatives aux repos quotidien, repos hebdomadaire, jours fériés et congés payés. Ils ne sont pas soumis à la réglementation des heures supplémentaires, ni aux durées maximales hebdomadaire et journalière.

Par ailleurs, la chambre censure également les juges du fond en ce qu'ils ont considéré que l'accord d'entreprise prévoyant la possibilité de conclure une convention de forfait annuel en jours avec les cadres commerciaux permettait la conclusion d'une telle convention avec le cadre concerné, alors que celui-ci était cadre technique et relevait donc d'une catégorie non visée par l'accord.

Il avait déjà été jugé qu'un accord d'entreprise conclu en 1999, qui a instauré un forfait en jours concernant les agents de maîtrise de l'entreprise, alors que l'article L. 212-15-3 du code du travail, issu de la loi du 19 janvier 2000, réserve ce mode de

décompte de la durée du travail aux seuls cadres, ne saurait être appliqué à la situation d'un salarié, agent de maîtrise, pour s'opposer à sa demande de rappel au titre d'heures supplémentaires (Soc., 5 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 142).

* Heures supplémentaires

N° 12

L'article 26 de l'ordonnance du 16 janvier 1982 a pour objet de fixer à trente-cinq heures hebdomadaires la durée maximale de travail, appréciée en moyenne sur l'année, des salariés travaillant de façon permanente en équipes successives selon un cycle continu, et l'article L. 212-5, puis l'article L. 212-7-1, du code du travail disposent que, dans les entreprises travaillant en continu par cycles successifs, seules les heures effectuées au-delà d'une durée moyenne hebdomadaire de trente-neuf heures, puis de trente-cinq heures à compter du 1^{er} janvier 2000, calculée sur la durée du cycle, sont des heures supplémentaires.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui attribue aux salariés un rappel d'heures supplémentaires décomptées à partir de la trente-sixième heure jusqu'au 1^{er} octobre 1999, et à partir de la trente-troisième heure en application d'un accord d'entreprise à partir de cette date, alors que, si ce texte prévoit que les salariés concernés effectuent trente-deux heures hebdomadaires, il précise que les heures supplémentaires sont celles qui sont effectuées au-delà de la durée légale du travail.

Soc. – 26 mars 2008. Cassation partielle

N° 06-45.578. – CA Bourges, 22 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

L'article L. 212-5 du code du travail, issu de la loi du 19 juin 1987 applicable dans la présente espèce, disposait que « Lorsque sont organisés des cycles de travail, seules sont considérées comme heures supplémentaires pour l'application du présent article et des articles L. 212-5-1 et L. 212-6 celles qui dépassent la durée moyenne de trente-neuf heures calculées sur la durée du cycle de travail ». Cet article est devenu l'article L. 212-7-1 issu de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, qui a remplacé la durée de trente-neuf heures par celle de trente-cinq heures.

Le décret n° 87-897 du 30 octobre 1987, relatif à l'application du cycle dans les entreprises privées de gardiennage, de surveillance et de sécurité, dispose, dans son article 2, que, dans le cas de cycles de travail, « seules sont considérées comme heures supplémentaires pour l'application des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6, celles qui dépassent la durée moyenne de trente-neuf heures calculées sur la durée du cycle de travail ».

Quant à l'article 26 de l'ordonnance du 16 janvier 1982, il prévoit que « Dans les entreprises

entrant dans le champ d'application de l'article L. 212-1 du code du travail, la durée du travail des salariés travaillant de façon permanente en équipes successives selon un cycle continu ne devra pas être supérieure en moyenne, sur une année, à trente-cinq heures par semaine travaillée, au plus tard le 31 décembre 1983 ».

La Cour de cassation considérait jusqu'à présent que l'article 26 de l'ordonnance du 16 janvier 1982 limitait légalement la durée du travail des salariés concernés (Soc., 7 décembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 478 ; Soc., 14 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 364, et Soc., 14 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 374). Elle jugeait qu'« en disposant que la durée du travail des salariés travaillant en équipes successives dans une entreprise organisée en cycle continu ne devra pas être supérieure, en moyenne, sur l'année, à trente-cinq heures par semaine travaillée, l'article 26 de l'ordonnance du 16 janvier 1982 a légalement limité la durée du travail de ces salariés. Dès lors, toute heure effectuée au-delà de cette durée doit supporter la majoration prévue par l'article L. 212-5 du code du travail et ouvre droit au repos compensateur » (Soc., 14 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 374, précité).

Cette interprétation de l'ordonnance du 16 janvier 1982 revenait à conférer à la durée hebdomadaire moyenne maximale sur l'année le rôle de seuil de déclenchement des heures supplémentaires, au même titre que la durée légale du travail.

C'est à cette interprétation que met fin le présent arrêt. Ainsi, le décompte des heures supplémentaires s'effectue au-delà de la durée légale du travail et non de la durée moyenne maximale, dépassement apprécié par ailleurs sur la durée du cycle, et non de manière hebdomadaire.

Cette solution était d'ailleurs celle retenue par l'accord d'entreprise du 18 juin 1999, qui indiquait que, pour l'ensemble du personnel, « le déclenchement des heures supplémentaires et du repos compensateur s'effectue, conformément aux dispositions des articles L. 212-5 et suivants du code du travail, au-delà de la durée légale du travail encore fixée aujourd'hui à trente-neuf heures, mais réduite à trente-cinq heures à compter du 1^{er} janvier 2000 ».

* Temps de travail – temps effectif

Soc. – 16 janvier 2008. Rejet

N° 07-10.095. – CA Versailles, 18 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Voir *infra*, n° 62, sommaire n° 2

N° 13

1° Il ne peut être tenu compte d'un système d'équivalence au sens de l'article L. 212-4, alinéa 5, du code du travail pour vérifier, en matière de temps de travail effectif, le respect des seuils et plafonds communautaires fixés par la Directive n° 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés euro-

péennes (1^{er} décembre 2005, affaire n° C-14/04), et notamment celui de la durée hebdomadaire maximale de quarante-huit heures.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui, faisant application de cette Directive au litige, énonce que les heures de permanence effectuées dans les locaux de l'entreprise doivent être prises en compte intégralement pour apprécier le respect de la durée hebdomadaire maximale de quarante-huit heures, malgré l'existence d'un système d'équivalence prévu par l'article 22 *bis* de l'annexe I à la convention collective nationale des transports routiers, puis par l'article 3 du décret n° 2001-679 du 30 juillet 2001, relatif à la durée du travail dans les entreprises de transports sanitaires.

2° L'article 4 du décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 relatif à la durée du travail dans les transports routiers prévoit que la durée du travail peut être calculée sur deux semaines consécutives, à condition que cette période comprenne au moins trois jours de repos et que soit respectée, pour chacune des semaines, la durée maximale hebdomadaire telle que définie à l'article L. 212-7 du code du travail.

Il résulte de ce texte que le dépassement de la durée hebdomadaire maximale de quarante-huit heures sur une semaine ou le non-respect des trois jours de repos par quatorzaine interdisent un décompte par période de deux semaines de la durée du travail, pour les deux semaines considérées.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui décompte les heures supplémentaires par semaine civile pour l'ensemble de la période litigieuse, au motif que le salarié a dépassé la durée hebdomadaire maximale et qu'il n'a pas bénéficié des trois jours de repos à de nombreuses reprises, sans opérer un décompte de la durée du travail par quatorzaine.

Soc. – 26 mars 2008. Cassation partielle

N° 06-45.469. – CA Riom, 12 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

L'article 4 du décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier prévoit la possibilité de calculer la durée hebdomadaire du travail non pas sur une, mais sur deux semaines. Il dispose en effet : « Pour le personnel roulant effectuant des transports de voyageurs, la durée hebdomadaire peut être calculée sur deux semaines consécutives, à condition que cette période comprenne au moins trois jours de repos.

Sous réserve que soit respectée pour chacune des semaines la durée maximale pouvant être accomplie au cours d'une même semaine telle que définie à l'article L. 212-7 du code du travail [à savoir quarante-huit heures], il peut être effectué, au cours de l'une ou de l'autre semaine, des heures de travail en nombre inégal. La durée hebdomadaire de travail des intéressés est considérée comme étant le résultat de la division par deux du

nombre d'heures accomplies pendant les deux semaines » (ces dispositions ont été reprises à l'article 4 du décret n° 2003-1242 du 22 décembre 2003).

Ce système permet de lisser le temps de travail sur une quatorzaine et de limiter ainsi le nombre d'heures supplémentaires éventuellement dues.

Par ailleurs, la convention collective nationale des transports routiers instituait, à l'article 22 *bis* § 7 de son annexe 1, un mécanisme d'équivalence horaire pour les permanences, qualifiées d'« astreintes », avec une distinction selon qu'elles étaient effectuées à domicile ou dans les locaux de l'entreprise.

Dans la présente affaire, un salarié engagé en qualité de chauffeur ambulancier par une société d'ambulances relevant de la convention collective des transports routiers a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en paiement, et notamment en rappel de salaires relatifs à des astreintes et heures supplémentaires effectuées. En effet, si l'employeur se prévalait du système de décompte sur deux semaines prévu par le décret du 26 janvier 1983, le salarié faisait valoir qu'il avait dépassé à de nombreuses reprises, au cours de la période litigieuse, la durée maximale de travail hebdomadaire de quarante-huit heures, interdisant ainsi de recourir au calcul par quatorzaine, l'une des deux conditions d'application de ce dispositif faisant défaut. Les juges du fond ont fait droit à cette demande en écartant, pour le décompte du temps de travail effectif afin de vérifier le respect de la durée maximale hebdomadaire de travail, le système d'équivalence horaire institué par la convention collective nationale des transports routiers, et en retenant un décompte par semaine civile des heures supplémentaires sur l'ensemble de la période litigieuse.

Le pourvoi formé par l'employeur reprochait tout d'abord à l'arrêt d'avoir pris en compte les heures de permanence effectuées par le salarié dans les locaux de l'entreprise dans leur intégralité, et non pas en appliquant le régime d'équivalence horaire, afin de vérifier le respect, au cours d'une même semaine, de la condition relative à la durée maximale hebdomadaire de travail de quarante-huit heures.

Il convient de distinguer selon que les gardes sont effectuées à domicile ou dans les locaux de l'entreprise.

Dans le premier cas, la Cour de cassation a déjà été amenée à préciser que « les périodes d'astreinte effectuées par les salariés à leur domicile ne constituaient pas un temps de travail effectif, hors les périodes d'intervention » et que « l'article 22 *bis* § 7 de l'annexe I de la convention collective nationale des transports routiers, applicable aux services d'ambulances, alors en vigueur, n'instaurait nullement un horaire d'équivalence mais une rémunération forfaitaire de l'astreinte » (Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 05-40.252). Dès lors, les temps d'astreinte effectués à domicile ne sont pas du temps de travail effectif, solution qu'a reprise l'article L. 212-4 *bis* du code du travail, et ne

doivent pas être comptabilisés pour déterminer la durée hebdomadaire de travail effectuée, ce qu'ont fait à bon droit les juges du fond.

En revanche, s'agissant des permanences effectuées dans les locaux de l'entreprise, la Cour de cassation juge, depuis un arrêt du 4 mai 1999, qu'elles constituent « une période de travail effectif », qui peut « éventuellement être décomptée selon un horaire d'équivalence, à la condition d'être prévue par un décret ou par un accord collectif » (Soc., 4 mai 1999, Bull. 1999, V, n° 187). Si elle a bien rappelé par la suite que « les heures de permanence effectuées par le salarié dans les locaux de l'entreprise constituent des heures de travail effectif », elle a précisé que c'est « la rémunération de ces heures [qui] doit être faite dans les conditions prévues par l'article 22 bis § 7 précité, lesquelles s'analysent en un horaire d'équivalence, dès lors que celui-ci a été régulièrement institué » (Soc., 27 mai 2003, Bull. 2003, V, n° 175 ; Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 04-48.250).

Convenait-il alors d'appliquer le système d'équivalence horaire afin de déterminer la durée hebdomadaire de travail ?

Les juges du fond ont rejeté la prise en compte de l'équivalence horaire en se fondant sur la Directive n° 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, estimant que ce serait contraire à cette Directive et à l'interprétation qui en a été faite par la Cour de justice des Communautés européennes. La CJCE a en effet précisé, dans un arrêt du 1^{er} décembre 2005, qu'« en application d'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, les heures de présence du travailleur dans l'établissement de son employeur pendant les services de garde, qui comprennent des périodes d'inactivité, ne sont prises en compte que partiellement, conformément à des coefficients de nature forfaitaire, pour le calcul des heures supplémentaires et, partant, pour la détermination des durées maximales de travail, alors que le droit communautaire exige que ces heures de présence soient comptabilisées intégralement en tant qu'heures de travail », et que « la qualification de temps de travail au sens de la Directive n° 93/104 d'une période de présence du salarié sur le lieu de son travail ne saurait dépendre de l'intensité de l'activité du travailleur, mais est fonction uniquement de l'obligation pour ce dernier de se tenir à la disposition de son employeur » (CJCE, 1^{er} décembre 2005, Abdelkader X..., affaire n° C-14/04).

Le Conseil d'État en a tiré les conséquences dans un arrêt du 28 avril 2006, en jugeant que « si la Directive du 23 novembre 1993 ne fait pas obstacle à l'application des rapports d'équivalence aux durées maximales de travail fixées par le droit national, il ne saurait en résulter une inobservation des seuils et plafonds communautaires, pour l'appréciation desquels les périodes de travail effectif doivent être comptabilisées dans leur intégralité, sans possibilité de pondération » (CE, 28 avril 2006, n° 242727, publié au Recueil Lebon).

La Cour de cassation, par le présent arrêt, s'inscrit dans le droit fil de cette jurisprudence et approuve les juges du fond en affirmant « qu'il ne peut être tenu

compte d'un système d'équivalence, au sens de l'article L. 212-4, cinquième alinéa, du code du travail, pour vérifier, en matière de temps de travail effectif, le respect des seuils et plafonds communautaires fixés par la Directive n° 93/104/CE du Conseil, telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes (1^{er} décembre 2005, aff. n° C-14/04, Abdelkader X...), dont celui de la durée hebdomadaire maximale de 48 heures ».

La chambre sociale prend bien soin de préciser que la durée hebdomadaire maximale de travail de quarante-huit heures est un plafond communautaire, qui était applicable en l'espèce, tel que cela résulte de l'article 6 de la Directive n° 93/104 pour sa durée, et de l'article 2 de la Directive n° 2002/15 pour son champ d'application.

Il convient de noter qu'un accord-cadre du 4 mai 2000, étendu par arrêté du 30 juillet 2001 relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail dans les entreprises de transport sanitaire, a supprimé la distinction entre astreinte à domicile et permanence dans les locaux de l'entreprise et mis en place un système généralisé d'équivalence portant sur l'ensemble de la durée du travail, en qualifiant toutes les gardes, dans l'entreprise comme à domicile, de temps de travail effectif. Conformément à l'article L. 212-4 du code du travail, c'est un décret n° 2001-679 du 30 juillet 2001 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport sanitaire qui a institué cette équivalence générale.

Le pourvoi formé par l'employeur faisait ensuite grief à l'arrêt d'avoir considéré que le dépassement de la durée maximale hebdomadaire de quarante-huit heures, pendant certaines quatorzaines de la période litigieuse, interdisait d'utiliser le décompte sur deux semaines consécutives pour la totalité de cette période, et d'avoir décompté les heures supplémentaires par semaine civile sur l'ensemble de la période litigieuse.

Sur ce point, la chambre sociale de la Cour de cassation censure les juges du fond, en relevant que « le dépassement de la durée hebdomadaire maximale de quarante-huit heures sur une semaine ou le non-respect des trois jours de repos par quatorzaine interdisent un décompte par période de deux semaines de la durée du travail pour les deux semaines considérées ». Dès lors, il appartenait à la cour d'appel de « faire le décompte des heures supplémentaires par quatorzaine pour chacune des périodes de deux semaines pendant lesquelles la durée hebdomadaire maximale de quarante-huit heures et l'octroi des trois jours de repos avaient été respectés ».

Le fait de ne pas respecter les conditions posées par le décret du 26 janvier 1983 pendant un nombre limité de quatorzaines n'empêche pas l'employeur de faire application de ce texte pour les autres quatorzaines qui s'y conforment.

N° 14

1° Il résulte de l'article L. 212-4 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 18 janvier 2005, que le temps habituel du trajet entre le domicile et le lieu de travail ne constitue pas du temps de travail effectif.

Viola ce texte la cour d'appel qui, bien qu'ayant constaté que des conducteurs d'autobus n'étaient tenus de passer au dépôt de leur entreprise ni avant ni après leur prise de service et ne s'y rendaient que par convenance personnelle, qualifie de temps de travail effectif les trajets effectués par eux entre leur domicile et ce dépôt, alors qu'elle aurait dû en déduire que ces temps de trajet, pendant lesquels les intéressés n'étaient pas à la disposition de l'employeur et ne devaient pas se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, ne constituaient pas un temps de travail effectif.

2^o Aux termes de l'article L. 212-4, alinéa 3, du code du travail, « Lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions législatives ou réglementaires, par des clauses conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail, et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties soit sous forme de repos, soit financières, devant être déterminées par convention ou accord collectif ou, à défaut, par le contrat de travail (...) ». Il en résulte que le bénéfice de ces contreparties est subordonné à la réalisation des deux conditions cumulatives prévues par ce texte.

Viola ces dispositions la cour d'appel qui enjoint à l'employeur d'engager des négociations permettant de conclure un accord sur la compensation du temps nécessaire pour revêtir ou quitter l'uniforme au sein de l'entreprise, alors qu'elle avait constaté que les salariés, astreints, en vertu du règlement intérieur, au port d'une tenue obligatoire, n'avaient pas l'obligation de la revêtir et l'enlever sur leur lieu de travail.

Soc. – 26 mars 2008. Cassation partielle

N^o 05-41.476. – CA Lyon, 21 janvier 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Blatman, Rap. – M. Petit, Av. Gén.

Note

Dans un arrêt prononcé le 26 février 2008, rendu dans une affaire opposant la Société de transports publics de l'agglomération stéphanoise à des organisations syndicales, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue apporter d'importantes précisions sur les contours de la notion de temps de travail.

Une partie des chauffeurs de cette société de transport urbain prennent leur service le matin dans un dépôt, pour l'achever l'après-midi en centre-ville, tandis que d'autres les relaient en centre-ville et finissent leur service au dépôt.

Estimant, d'une part, que les salariés étaient ainsi tenus de déposer leur véhicule au dépôt pour prendre leur service en un autre lieu ou en revenir et, d'autre part, que les intéressés étaient dans l'obligation de revêtir leur tenue de travail sur le lieu de leur travail, des organisations syndicales ont saisi un tribunal de grande instance d'une demande tendant

notamment à ce que le temps de trajet nécessaire pour effectuer la relève ou regagner le dépôt en fin de service soit considéré comme du temps de travail effectif et rémunéré comme tel, et que la société soit condamnée à ouvrir des négociations permettant de conclure un accord sur la compensation du temps nécessaire pour revêtir ou quitter l'uniforme.

Déboutés en première instance, ils obtenaient satisfaction devant la cour d'appel, laquelle retenait, sur la question des temps de trajet, que « même si le retour au dépôt n'est pas imposé par le règlement, c'est bien l'organisation même du service, par la dissociation des sites de prise et de fin de service nécessitée par la continuité du service public, qui impose aux conducteurs d'effectuer, à la fin de leur service ou avant la prise de relève, ce passage au dépôt » et que, durant ce temps de trajet, « le conducteur ne peut vaquer à ses activités personnelles puisqu'il est soumis à un horaire ». Sur la question des temps d'habillage et de déshabillage, la cour d'appel juge que l'employeur ne pouvant imposer à un salarié de revêtir ou d'enlever sa tenue de travail à son domicile, il y avait lieu d'enjoindre à la société de transport d'engager des négociations sur les contreparties devant être déterminées par accord collectif.

Par un arrêt rendu le 26 mars 2008, la chambre sociale censure cette décision.

Elle rappelle, d'abord, qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 212-4 du code du travail, le temps de travail effectif est celui pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur et doit se conformer à ses directives, sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. Par conséquent, dès lors qu'en l'espèce, les salariés n'étaient pas tenus de retourner au dépôt en fin de service et ne s'y rendaient que pour convenances personnelles, ils ne pouvaient être considérés comme étant à la disposition de leur employeur, au sens de l'article L. 212-4, durant le trajet les ramenant à ce dépôt pour récupérer leur véhicule personnel.

La chambre sociale opère par ailleurs un revirement de jurisprudence sur les conditions de mise en œuvre des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 212-4 du code du travail, relatives au temps d'habillage et de déshabillage de la tenue de travail.

Selon ce texte, « lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions législatives ou réglementaires, par des clauses conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties soit sous forme de repos, soit financières, devant être déterminées par convention ou accord collectif ou, à défaut, par le contrat de travail ».

Dans un précédent arrêt du 26 janvier 2005, elle avait jugé que lorsque le port d'une tenue de travail était imposé aux salariés, les opérations d'habillage et de déshabillage devaient être réalisées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. Autrement dit, le caractère obligatoire du port d'une tenue suppo-

sait obligatoirement que le temps d'habillage et de déshabillage ait lieu au sein de l'entreprise ou sur le lieu du travail.

Dans son arrêt du 26 février 2008, la chambre sociale revient sur cette jurisprudence. Elle considère en effet désormais que l'article L. 212-4, alinéa 3, pour être applicable, suppose que l'habillage et le déshabillage aient obligatoirement lieu dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. Elle en déduit que l'employeur n'est tenu d'allouer une contrepartie au temps nécessaire à l'habillage et au déshabillage que si les deux conditions prescrites par le texte sont réunies, à savoir le port d'une tenue de travail obligatoire, d'une part, et l'habillage et le déshabillage dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, d'autre part.

Or, en l'espèce, les conducteurs stéphanois, bien qu'astreints, en vertu du règlement intérieur, au port d'une tenue de travail, n'avaient pas l'obligation de la revêtir et de l'enlever sur leur lieu de travail. Ils n'étaient par conséquent pas fondés à exiger de l'employeur l'ouverture de négociations destinées à conclure un accord sur la compensation du temps nécessaire pour revêtir ou quitter leur uniforme.

Cet arrêt a été rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général.

* Temps d'habillage et de déshabillage

N° 15

En application de l'article L. 212-4 du code du travail, lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions législatives ou réglementaires, le règlement intérieur ou le contrat de travail, et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, sans qu'ils soient assimilés à du temps de travail effectif, le temps nécessaire à ces opérations doit faire l'objet de contreparties, soit sous forme de repos soit financières, déterminées par accord collectif ou par contrat de travail.

Il résulte de ces dispositions qu'en l'absence d'accord collectif ou de clauses dans le contrat de travail, il appartient au juge de fixer la contrepartie dont doivent bénéficier les salariés qui le saisissent, en fonction des prétentions des parties.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui énonce qu'en l'absence d'accord collectif, il appartient aux salariés ou à leurs représentants de saisir la juridiction compétente pour solliciter la conclusion d'un accord ou l'octroi d'indemnités.

Soc. – 16 janvier 2008. Cassation partielle

N° 06-42.983. – CA Paris, 28 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, qui a introduit dans le code du travail l'alinéa 3 de l'article L. 212-4,

a fixé le régime juridique du temps d'habillage et de déshabillage lorsque le port d'une tenue vestimentaire de travail est imposé. Ce temps n'est pas nécessairement assimilé à un temps de travail effectif, et il doit alors faire l'objet d'une contrepartie, soit sous forme de repos soit sous forme financière, lorsque les opérations d'habillage et de déshabillage se réalisent dans l'entreprise ou sur le lieu de travail.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi, la chambre sociale de la Cour de cassation a peu eu l'occasion de statuer sur les conditions d'application de ce texte et sa portée.

Dans la présente espèce, les salariés réclamaient que leur soit payée une contrepartie financière au temps qu'ils passaient à leur habillage et déshabillage, alors qu'aucune convention, accord collectif ou clause de leur contrat ne la prévoyait. Le conseil des prud'hommes avait accueilli leurs demandes, mais l'employeur, en cela suivi par la cour d'appel, soutenait que le juge ne pouvait pas fixer cette contrepartie.

La question inédite qui se posait donc à la chambre était de savoir si le juge qui constate l'applicabilité des dispositions de l'article L. 212-4 du code du travail à un ou plusieurs salariés peut accorder ou non les contreparties demandées, en l'absence d'accord collectif ou de clause du contrat de travail en déterminant la nature et le *quantum*, ou s'il doit renvoyer les parties à la négociation d'un accord collectif, à charge pour les salariés de solliciter, à défaut, l'octroi de dommages-intérêts.

La chambre sociale affirme clairement qu'il appartient au juge de fixer la contrepartie, dont il a admis le principe.

La solution inverse conduirait, dans l'hypothèse où la négociation d'un accord ou d'un avenant au contrat de travail n'aboutirait pas, à ne pas garantir l'effectivité du droit dont les salariés bénéficient.

* Temps partiel - temps complet

N° 16

Aux termes de l'article L. 212-4-5 du code du travail et de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, les salariés employés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi et les accords collectifs.

Si, conformément à l'article L. 212-4-5 du code du travail, une convention collective peut prévoir des modalités d'adaptation spécifiques des droits conventionnels pour les salariés à temps partiel, elle ne peut les exclure entièrement du bénéfice de cette convention.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette la demande d'application des stipulations de la convention collective nationale du 8 février 1957 des personnels des organismes de sécurité sociale, formulée par des médecins généralistes ou spécialistes à temps partiel exerçant au sein des centres de bilan de santé de l'adulte ou de l'enfant de la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de

Paris, aux motifs que l'article premier de l'avenant du 30 septembre 1977 les exclut du bénéfice de ces stipulations et que leur situation est différente de celle des médecins à temps complet, dans la mesure où ces derniers ne sont pas libres d'exercer une autre activité.

Soc. – 16 janvier 2008. Cassation

N° 06-41.471 et 06-42.771. – CA Paris, 18 janvier 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

La question qui était posée à la cour dans la présente espèce était de savoir si l'article premier de l'avenant du 30 septembre 1977 à la convention collective nationale du 8 février 1957 des personnels des organismes de sécurité sociale, qui écarte du bénéfice de cette convention les médecins à temps partiel, est licite au regard de l'article L. 212-4-5 du code du travail.

La Cour de cassation avait déjà jugé, à plusieurs reprises, que si l'article L. 212-4-5 du code du travail permet de prévoir des modalités spécifiques d'application des droits conventionnels pour les salariés à temps partiel, il ne peut avoir pour effet d'exclure les salariés à temps partiel du champ d'application d'une convention collective (Soc., 15 janvier 2002, *Bull.* 2002, V, n° 17 ; Soc., 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 157 ; Soc., 24 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 203).

Mais elle avait considéré dans un arrêt non publié (Soc., 8 juin 2005, pourvoi n° 03-43.367), s'agissant de l'avenant du 30 septembre 1977, que les médecins à temps partiel ne se trouvant pas dans la même situation que les médecins à temps plein, le principe « à travail égal, salaire égal » ne trouvait pas à s'appliquer. L'article 3 de l'avenant du 30 septembre 1977 dispose en effet que les médecins exerçant à temps complet doivent consacrer la totalité de leur activité professionnelle à l'établissement dont ils dépendent.

La chambre fait ici prévaloir le principe général d'égalité de traitement entre salariés à temps plein et salariés à temps partiel, posé tant en droit interne par l'article L. 212-4-5 du code du travail qu'en droit communautaire par l'accord-cadre sur le temps partiel, mis œuvre par la Directive n° 97/81/CE, du 15 décembre 1997. Elle considère ainsi, implicitement, qu'il n'y avait aucun élément objectif, au sens de la Directive, susceptible de justifier un traitement différent entre médecins à temps plein et médecins à temps partiel.

La solution inverse neutraliserait les effets de l'article L. 212-4-5 du code du travail.

N° 17

La mise en œuvre du travail à temps partiel modulé, au sens de l'article L. 212-4-6 du code du travail, qui se traduit par une modification de la répartition du travail par semaine ou sur le mois,

constitue, pour le salarié déjà titulaire d'un contrat de travail à temps partiel, une modification de son contrat de travail qui nécessite son accord exprès.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui, constatant l'absence d'accord entre les parties quant à la modulation pratiquée, en déduit que le salarié n'était pas tenu d'effectuer les heures complémentaires demandées par l'employeur.

Soc. – 20 février 2008. Rejet

N° 06-43.349. – CA Riom, 11 avril 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Gosselin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article L. 212-4-6 du code du travail permet la modulation des horaires à temps partiel, c'est-à-dire la variation de la durée hebdomadaire ou mensuelle du temps de travail sur tout ou partie de l'année. Il dispose que le travail à temps partiel modulé peut être mis en œuvre en application d'une convention ou d'un accord collectif étendu, ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'exécède pas, en moyenne, la durée stipulée au contrat de travail à temps partiel. Il fixe les mentions que doit contenir l'accord et indique que « *le contrat de travail mentionne la qualification du salarié, les éléments de sa rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence* ».

La question de droit posée pour la première fois à la chambre sociale de la Cour de cassation était la suivante : la mise en œuvre du travail à temps partiel modulé prévu par l'article L. 212-4-6 du code du travail exige-t-elle la conclusion d'un contrat spécifique ou d'un avenant au contrat existant ?

La cour d'appel avait considéré qu'en application des dispositions de l'article L. 212-4-6 du code du travail, le contrat de travail à temps partiel modulé devait être obligatoirement constaté par écrit et comporter un certain nombre de mentions. En l'absence d'un tel contrat, la modulation ne pouvait être imposée au salarié titulaire d'un contrat de travail à temps partiel.

L'employeur, quant à lui, faisait valoir que ni l'article L. 212-4-6 du code du travail ni l'accord collectif n'exigeait la conclusion d'un contrat écrit spécifique, les seules obligations mentionnées étant remplies par la rédaction obligatoire d'un contrat de travail à temps partiel de droit commun, étant observé en outre que le salarié avait été informé de la teneur de l'accord de modulation.

La Cour de cassation tranche le débat en décidant que la mise en œuvre du travail à temps partiel modulé nécessite l'accord exprès du salarié déjà titulaire d'un contrat à temps partiel, car la modulation constitue une modification de son contrat de travail. Il faut donc qu'un acte positif d'acceptation soit caractérisé.

*** Repos hebdomadaire et jours fériés****N° 18**

Lorsque la journée de solidarité est fixée un jour férié précédemment chômé pour lequel le salarié aurait été rémunéré par l'effet de la mensualisation, l'absence de l'intéressé pour grève (arrêt n° 1, pourvoi n° 06-42.327) ou pour un autre motif (arrêt n° 2, pourvoi n° 06-43.124) autorise l'employeur à pratiquer une retenue sur salaire, laquelle ne constitue pas une sanction pécuniaire.

Doit dès lors être approuvé le conseil de prud'hommes qui déboute un salarié ayant fait grève lors de la journée de solidarité, fixée dans l'entreprise au lundi de Pentecôte, de sa demande en remboursement de la retenue sur salaire effectuée à ce titre (arrêt n° 1).

Par contre, encourt la cassation le jugement qui accueille la demande identique d'un salarié s'étant trouvé absent lors de la journée de solidarité (arrêt n° 2).

Arrêt n° 1 :**Soc. – 16 janvier 2008.****Rejet**

N° 06-42.327. – CPH Boulogne-sur-Mer, 9 février 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Arrêt n° 2 :**Soc. – 16 janvier 2008.****Cassation partielle sans renvoi**

N° 06-43.124. – CPH Romans-sur-Isère, 4 avril 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

La chambre sociale, par ces arrêts, statue pour la première fois sur l'application des dispositions de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004, laquelle a introduit dans le code du travail les articles L. 212-16 et L. 212-17, qui instituent une journée de solidarité en vue d'assurer le financement des actions en faveur de l'autonomie des personnes âgées ou handicapées.

La date de la journée de solidarité doit être fixée par une convention, un accord de branche ou une convention ou un accord d'entreprise, soit un jour férié précédemment chômé autre que le 1^{er} mai, soit un jour de réduction du temps de travail tel que prévu à l'article L. 212-9 du code du travail, soit un jour précédemment non travaillé en application de dispositions conventionnelles ou des modalités d'organisation des entreprises. En l'absence de convention ou d'accord, la journée de solidarité est le lundi de Pentecôte.

Dans les espèces soumises à la chambre sociale, la journée de solidarité avait été fixée dans les entreprises dont il s'agit au lundi de Pentecôte. Une retenue

sur salaire avait été pratiquée pour les salariés qui avaient été absents ce jour-là, soit pour grève, soit sans justification. Les salariés concernés en demandaient le remboursement, en faisant valoir que, selon l'article L. 212-16 du code du travail, la journée de solidarité « prend la forme d'une journée supplémentaire de travail non rémunéré pour les salariés (...). Le travail accompli, dans la limite de sept heures, durant la journée de solidarité ne donne pas lieu à rémunération lorsque le salarié est rémunéré en application de la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle ». Ils en déduisaient que la journée de solidarité étant une journée de travail non payée, l'employeur ne peut, faute de contrepartie, effectuer une retenue sur le salaire des salariés absents ce jour-là sans prononcer une sanction pécuniaire prohibée.

Les pourvois posaient donc la question de savoir si un salarié mensualisé qui fait grève ou qui est absent pour un autre motif lors de la journée de solidarité, fixée dans l'entreprise à un jour férié, peut se voir retenir une fraction de son salaire correspondante à une journée de travail.

La chambre répond très fermement par l'affirmative, en énonçant que lorsque la journée de solidarité est fixée un jour férié précédemment chômé pour lequel le salarié aurait été rémunéré par l'effet de la mensualisation, l'absence de l'intéressé autorise l'employeur à pratiquer une retenue sur salaire, laquelle ne constitue pas une sanction pécuniaire.

Cette solution se situe dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure.

En effet, s'agissant de la question générale des incidences de la grève sur le salaire, la grève suspendant l'exécution du contrat de travail, l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire pendant toute la durée de l'arrêt de travail et le bénéfice des jours fériés chômés et payés inclus dans une période de grève ne peut pas être revendiqué par le salarié gréviste (Soc., 24 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 335 ; Soc., 14 avril 1999, *Bull.* 1999, V, n° 179).

Par ailleurs, abstraction faite du 1^{er} mai, l'employeur est en droit de faire travailler ses salariés un jour férié sans leur verser de rémunération supplémentaire et de pratiquer une retenue sur le salaire de ceux qui se trouveraient en absence injustifiée, sauf si le chômage de ce jour constitue un droit pour les salariés, en vertu par exemple d'un usage ou d'un texte conventionnel (Soc., 4 décembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 421 ; Soc., 3 juin 1997, pourvoi n° 94-42.197).

Enfin, une retenue pour grève ou pour un autre motif d'absence ne constitue pas une sanction pécuniaire, comme telle prohibée par l'article L. 122-42 du code du travail, dès lors du moins que la somme retenue sur le salaire n'excède pas le temps non travaillé (Soc., 11 juillet 1989, *Bull.* 1989, V, n° 516 ; Soc., 8 juillet 1992, *Bull.* 1992, V, n° 445 ; Soc., 19 juillet 1994, *Bull.* 1994, V, n° 241).

En conséquence, la chambre sociale décide que la journée de solidarité, lorsqu'elle est fixée un jour férié, appelle le même traitement que n'importe quel jour férié travaillé. La journée de solidarité étant en réalité non pas une journée de travail non rémunérée mais une journée ne donnant pas lieu à rémunération supplémentaire car déjà rémunérée par l'effet de la mensualisation, la retenue sur salaire pour absence, quelle que soit le motif de celle-ci, est licite.

2. Rémunérations

* « A travail égal, salaire égal »

Soc. – 12 février 2008. Cassation partielle

N° 06-45.397 à 06-45.401. – CA Riom, 12 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Voir *infra*, n° 43 sommaire n° 4

N° 19

La seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence.

Dès lors, la cour d'appel qui a décidé que l'employeur qui avait réservé l'octroi de tickets-restaurant au seul personnel non-cadre de son entreprise ne justifiait ainsi d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité a fait une exacte application des textes prétendument violés.

Soc. – 20 février 2008. Cassation partielle

N° 05-45.601. – CA Paris, 10 mai et 12 octobre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Par un arrêt du 29 octobre 1996 (Soc., 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 359), la Cour de cassation a fait du principe « à travail égal salaire égal » un principe général, détaché du cadre spécifique de l'exigence d'absence de discrimination homme/femme : « 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 ».

Depuis, la Cour de cassation a précisé qu'une différence de salaire devait être justifiée par des « éléments objectifs » dont l'existence doit être contrôlée par le juge et, au fil de ses décisions, elle a précisé ce qu'il fallait entendre par « élément objectif ».

Elle a ainsi jugé que ne constituait pas un élément objectif justifiant une différence de salaire : une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur (Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75), non plus que l'engagement du salarié avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif (Soc., 21 février 2007, *Bull.*, V, n° 27), ou sa dénonciation (Soc., 11 juillet 2007, *Bull.* 2007, V, n° 119).

Dans la présente espèce, la chambre sociale applique le principe non au salaire en lui-même, mais au complément de salaire que constituent les tickets-restaurant, et elle considère, dans la droite ligne de sa jurisprudence, qu'une différence de catégorie professionnelle ne constitue pas à elle seule un élément objectif justifiant une différence de traitement, du moins lorsque les salariés sont placés, comme en l'espèce, dans une situation identique au regard dudit avantage.

* Plan d'épargne entreprise

N° 20

L'employeur est, en vertu de l'article L. 443-1, alinéa 7, du code du travail, et dès la souscription d'un plan d'épargne d'entreprise, débiteur d'une obligation d'information qui ne porte pas seulement sur l'existence de ce plan, mais doit aussi concerner son contenu.

Viole dès lors les dispositions de ce texte la cour d'appel qui, ayant constaté qu'un salarié, bien qu'ayant eu connaissance de l'existence d'un plan d'épargne d'entreprise, n'avait été informé de son contenu que dix-huit mois après sa souscription, décide que l'employeur a satisfait à son obligation d'information.

Soc. – 5 mars 2008. Cassation partielle

N° 06-45.205. – CA Angers, 19 septembre 2006.

M. Chauviré, Pt (f.f.). – Mme Darret-Courgeon, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Le plan d'épargne d'entreprise, défini par l'article L. 443-1, alinéa premier, du code du travail comme « un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières », est régi par un plan de règlement qui détermine, en vertu de l'article L. 443-1, alinéa 7, les conditions dans lesquelles les salariés sont informés de l'existence et du contenu de celui-ci.

La circulaire interministérielle du 6 avril 2005, relative à l'épargne salariale, précise : « L'information donnée aux salariés ne peut se limiter à la simple existence du plan d'épargne d'entreprise. Elle doit porter également sur le contenu du plan et en particulier sur les diverses formes de placement offertes et leurs caractéristiques en terme d'actifs détenus, de rendement et de risque. L'information doit être suffisante pour éclairer le choix de placement du salarié. Elle comporte notam-

ment la fourniture des notices d'information des SICAV et FCPE. Les modalités de l'abondement offert par l'entreprise devront être décrites clairement en précisant les éventuelles modulations liées au type d'épargne, soit à toute autre règle à caractère général. Devront également être mentionnées les règles régissant les modifications du choix de placement... »

Dès lors, l'employeur ne peut se borner à porter à la connaissance de son salarié l'existence du plan sans autre diligence.

Cet arrêt pose, pour la première fois, la question de l'étendue de l'obligation d'information pesant sur l'employeur et de la date à laquelle cette information doit être délivrée.

C. – Santé et sécurité au travail

1. Obligation de sécurité pesant sur l'employeur

* Etendue

N° 21

L'obligation de sécurité de résultat à laquelle est tenu l'employeur lui impose d'adopter les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs, et lui interdit en conséquence de prendre, dans l'exercice de son pouvoir de direction et dans l'organisation du travail, des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés.

Soc. – 5 mars 2008.

Rejet

N° 06-45.888. – CA Versailles, 14 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

On sait que l'employeur est tenu d'assurer la sécurité et de protéger la santé de son personnel dans l'accomplissement du travail, et que cette obligation constitue une obligation de résultat. Cette obligation trouve son fondement dans les dispositions de l'article L. 230-2 du code du travail, telles qu'elles résultent de la loi du 31 décembre 1991, transposant la Directive n° 89/391/CE, du 12 juin 1989, laquelle impose à l'employeur « d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects du travail » (article 5.1) et de prendre « les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, y compris les activités de prévention des risques professionnels », notamment en évitant les risques, en évaluant ceux qui ne peuvent être évités, en les combattant à leur source et en planifiant la prévention (article 6.2, a, b, c, g). La Cour de justice des Communautés européennes a certes jugé que la Directive n'imposait pas aux Etats membres de mettre en place un régime de responsabilité sans faute et que ceux-ci disposaient d'une « marge de manœuvre » dans la

transposition du texte européen, y compris en ce qu'il les autorise à limiter la responsabilité de l'employeur « pour des faits dus à des circonstances qui sont étrangères à ces derniers, anormales et imprévisibles, ou à des événements exceptionnels dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées » (14 juin 2007, Commission c/ Royaume-Uni, n° C-127/05). Mais les causes d'exonération ainsi envisagées caractérisent, en droit français, une obligation de résultat (sur cet aspect de la question : *Rapport annuel 2006*, p. 221-226). Cette obligation de résultat a été consacrée par la Cour de cassation dans des arrêts du 28 février 2002 (Soc., *Bull.* 2002, V, n° 81) et du 24 juin 2005 (Ass. plén., 24 juin 2005, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7), en matière de responsabilité de l'employeur au titre des maladies et accidents liés au travail. Sa prise en compte a également conduit la chambre sociale à juger que l'employeur devait, à ce titre, prendre les mesures nécessaires pour que les salariés soient protégés, sur leur lieu de travail, contre les dangers d'une exposition au tabagisme (29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 219, *Rapport annuel 2005*, p. 247) et à retenir que, pour protéger leur santé, le temps nécessaire à la propreté de salariés exposés à des travaux salissants devait être rémunéré comme temps de travail (17 octobre 2007, pourvoi n° 06-41.444).

Le présent arrêt approuve une cour d'appel d'avoir suspendu les effets d'une note de service de l'employeur qui mettait en place une nouvelle organisation du travail de surveillance et de maintenance d'installations, dans un site industriel classé « Séveso ». La chambre sociale relève que l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur lui impose de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et, en sens inverse, qu'elle ne lui permet pas de mettre en place des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité du personnel. L'arrêt répond ainsi à la première critique qui était faite à la décision attaquée, et qui était celle d'avoir porté atteinte au pouvoir de direction de l'employeur et de s'être immiscée dans l'exercice de ce pouvoir, sans que la méconnaissance d'une obligation particulière de sécurité soit constatée. Or, d'une part, l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur dans l'organisation du travail trouve sa limite nécessaire dans la méconnaissance des obligations qui lui incombent légalement, notamment pour garantir la santé et la sécurité du personnel, d'autre part, les constatations des juges d'appel étaient de nature à établir que le nouveau dispositif de maintenance mis en place dans un souci de rationalisation, mais aussi d'économie, aggravait les risques inhérents aux fonctions exercées par les travailleurs concernés, sans que les procédures d'assistance prévues s'avèrent suffisantes pour garantir leur sécurité. La Cour d'appel pouvait donc considérer que les mesures prises par l'employeur devaient être suspendues, dès lors qu'elles étaient de nature à compromettre la santé et la sécurité des salariés, en créant pour eux de nouveaux risques.

2. Protection du salarié malade ou victime d'un accident

* Constat d'inaptitude – portée

N° 22

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 122-24-4 et R. 241-51-1 du code du travail que lorsque l'inaptitude du salarié à son poste de travail est constatée régulièrement dans le cadre d'un seul examen constatant que le maintien du salarié à ce poste entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celle de tiers, le délai d'un mois à l'issue duquel l'employeur, à défaut de reclassement ou de licenciement du salarié, doit reprendre le paiement des salaires court à compter de cet examen unique.

Soc. – 6 février 2008.

Rejet

N° 06-45.551. – CA Poitiers, 19 septembre 2006.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – Mme Auroy, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

L'article L. 122-24-4 du code du travail dispose, en matière d'inaptitude d'origine non professionnelle, que si le salarié n'est ni reclassé ni licencié à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail.

L'article R. 241-51-1 du code du travail impose quant à lui que cette inaptitude soit constatée par le médecin du travail après deux examens médicaux.

La Cour de cassation en a déduit que le point de départ du droit pour le salarié de bénéficier à nouveau de son salaire est la date du second examen médical : « [...] le délai d'un mois visé à l'article L. 122-24-4 du code du travail à l'issue duquel l'employeur est tenu de verser au salarié déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre son emploi ou tout emploi dans l'entreprise en conséquence d'une maladie ou d'un accident non professionnel, et qui n'est ni reclassé dans l'entreprise ni licencié, le salaire correspondant à l'emploi occupé avant la suspension de son contrat de travail ne court qu'à partir de la date du second de ces examens médicaux » (Soc., 28 janvier 1998, Bull. 1998, V, n° 39, jurisprudence constante depuis).

Pour autant, l'article R. 241-51-1 prévoit une exception à l'exigence du double examen médical : un seul examen suffit quand « le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celles des tiers ».

Dès lors, quel est le point de départ du délai d'un mois à l'issue duquel l'employeur doit reprendre le versement des salaires, en cas de constat régulier d'inaptitude à l'issue d'un seul examen médical justifié par la situation de danger immédiat ?

Telle était la question à laquelle devait répondre la chambre sociale de la Cour de cassation dans la présente affaire. Un salarié avait fait l'objet d'un constat régulier d'inaptitude à la suite d'un seul examen médical et avait été régulièrement licencié par son employeur sept mois après la date de cet examen unique. Le salarié avait intenté une action en paiement de rappel de salaires pour la période débutant un mois après l'examen médical et finissant à la date du licenciement. L'employeur, demandeur au pourvoi, contestait l'octroi par les juges du fond de cette somme, soutenant que le délai d'un mois ne débutait qu'à compter du second examen médical et que ce délai n'avait donc pu commencer à courir, puisqu'il n'y avait eu qu'un seul examen.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en affirmant très clairement que, dans ce cas, le délai commence à courir à compter de cet examen unique.

Un arrêt précédemment rendu par la chambre sociale le 18 novembre 2003 semble ne pouvoir être compris qu'au vu de l'adoption d'une telle solution.

La Cour a en effet censuré les juges du fond pour avoir déclaré le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse alors qu'ils avaient constaté que l'employeur n'avait pas repris le paiement des salaires à l'issue du délai d'un mois après l'examen médical, qui était unique en raison de la situation de danger (Soc., 18 novembre 2003, Bull. 2003, V, n° 286).

Il semble en effet logique qu'à partir du moment où la loi autorise un examen unique pour constater l'inaptitude dans une hypothèse bien définie, le délai d'un mois court bien à compter de cet examen, puisque le second n'aura jamais lieu en raison d'une dispense légale.

* Obligation de reclassement pesant sur l'employeur

N° 23

Dans l'hypothèse où le salarié conteste la compatibilité du poste auquel il est affecté avec les recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de solliciter à nouveau l'avis de ce dernier.

Dès lors, viole l'article L. 241-10-1 du code du travail l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute de ses demandes le salarié licencié pour insubordination pour avoir refusé son affectation à des postes aménagés par l'employeur, dont il contestait la compatibilité avec les recommandations du médecin du travail.

Soc. – 6 février 2008.

Cassation

N° 06-44.413. – CA Lyon, 18 novembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

L'arrêt du 6 février 2008 précise la portée de l'article L. 241-10-1 du code du travail (article L. 4624-1 nouveau) au regard du rôle de l'employeur en matière d'obligation de reclassement pour inaptitude et de la désignation de l'autorité compétente pour solutionner les désaccords entre salarié et employeur, relativement à la compatibilité du poste de reclassement avec les recommandations du médecin du travail.

Un ouvrier professionnel, victime d'un accident du travail à la suite duquel il avait été placé en arrêt de travail, s'était vu prescrire, par le médecin du travail, une reprise à mi-temps thérapeutique, dans un poste limitant le port de charges à 30 kg et ne nécessitant pas l'utilisation d'outils vibrants. L'intéressé avait refusé son affectation momentanée aux postes de moulage et de remmoulage décidée par l'employeur, au motif notamment que ceux-ci n'étaient pas compatibles avec les contre-indications du médecin du travail. Il avait alors été licencié pour insubordination, la lettre de licenciement énonçant que les postes en question correspondaient bien à son aptitude réduite.

Pour débouter le salarié de ses demandes indemnitaires, la cour d'appel avait relevé que l'employeur, « non tenu de consulter à nouveau le médecin du travail », justifiait avoir prévu pour l'intéressé un aménagement des deux postes proposés les rendant compatibles avec les restrictions émises.

Saisie du pourvoi contre cette décision, la Cour de cassation avait à répondre à deux questions : l'employeur peut-il passer outre le refus du salarié, déclaré médicalement apte sous certaines réserves, d'occuper un poste de reclassement au motif que celui-ci n'était pas compatible avec les limitations posées par le médecin du travail ? Dans la négative, quelle instance est à saisir : s'agit-il du médecin du travail ou l'inspecteur du travail ?

La chambre sociale, pour répondre à ces interrogations, s'est placée sur le terrain de l'article L. 241-10-1 du code du travail (article L. 4624-1 nouveau), texte considéré comme étant le siège de l'obligation de reclassement du salarié médicalement inapte ou à aptitude réduite (Soc., 24 mars 1988, *Bull.* 1988, V, n° 205 et *Bull.* 1988, V, n° 206), et ainsi rédigé : « *Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs.*

Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite.

En cas de difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail. »

Puis, au visa de cet article, elle a, par un arrêt de cassation, formulé une position de principe dans les termes suivants : « *dans l'hypothèse où le salarié conteste la compatibilité du poste auquel il est affecté*

avec les recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de solliciter à nouveau l'avis de ce dernier ».

Obligations de l'employeur : Dans une situation telle que celle du cas d'espèce, l'employeur ne peut se prévaloir d'emblée de son pouvoir de direction pour licencier le salarié qui refuse son reclassement dans un nouveau poste, au motif que celui-ci ne correspond pas aux réserves émises par le médecin du travail. Il faut, selon l'économie de l'arrêt, que la question de la légitimité de la contestation du salarié soit préalablement examinée, afin de savoir si celui-ci court ou non un risque pour sa santé en exécutant les tâches demandées. L'enjeu est donc au premier chef celui de la protection de la santé du salarié au travail (cf. étude du *Rapport annuel de la Cour de cassation* sur la santé). La formulation générale utilisée par la chambre sociale ne distingue d'ailleurs pas, au regard de l'obligation mise à la charge de l'employeur, selon qu'il s'agit d'une inaptitude proprement dite ou d'une aptitude avec réserve, d'une inaptitude totale ou d'une inaptitude partielle.

Mais le souci d'une préservation de l'emploi du salarié médicalement inapte est aussi présent en la circonstance, puisque, d'une part, la compatibilité du poste de reclassement avec les préconisations du médecin du travail est un facteur de conservation de son travail par l'intéressé et que, d'autre part, l'appréciation du caractère justifié ou non du refus du poste de reclassement par le salarié est différée jusqu'au nouvel avis du médecin du travail.

Et c'est à l'employeur lui-même qu'il incombe de solliciter à nouveau ce médecin.

Saisine de l'autorité compétente : La chambre opte en effet pour la compétence du médecin du travail au lieu de celle de l'inspecteur du travail. La solution n'était cependant pas évidente. En effet, le dernier alinéa de l'article L. 241-10-1 du code du travail (article L. 4624-1 nouveau) prévoit qu'« *en cas de difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail* ».

On aurait ainsi pu concevoir que, par application de ce texte, ce soit l'inspecteur du travail qui doive apprécier le bien-fondé de la contestation.

Une autre lecture a cependant prévalu, qui a considéré que la décision de l'autorité administrative ne concernait pas le point particulier de la compatibilité de la nouvelle affectation du salarié avec les recommandations du médecin du travail.

Il est ainsi confié à ce dernier le soin de vérifier si ses propositions ont été entendues et réellement prises en compte par l'employeur. Cette solution s'inscrit dans une logique de simplicité et d'efficacité, car le médecin du travail, « *conseiller du chef d'entreprise (...) en ce qui concerne notamment l'adaptation des postes, des techniques et des rythmes de travail à la physiologie humaine* » (article R. 241-41 du code du travail – R. 4623-1 nouveau) est déjà appelé, en vertu de ses diverses missions, à procéder à des études

de postes et à exercer une « action sur le milieu de travail » (articles R. 241-41 – R. 4623-1 nouveau – et suivants). De plus, il connaît la situation concrète du salarié, pour avoir procédé à l'examen de celui-ci.

Enfin, ce recours préventif au médecin du travail, propre à contribuer à la résolution du litige et à éviter un contentieux, devrait aussi être de nature à faciliter la tâche des juridictions ultérieurement saisies, dans la mesure où le débat technique sur la compatibilité ou non du poste de reclassement avec les recommandations du médecin du travail aura déjà été amorcé.

N° 24

Le refus sans motif légitime, par un salarié, fût-il protégé, d'un poste approprié à ses capacités et comparable à l'emploi précédemment occupé peut revêtir un caractère abusif et entraîner la privation du bénéfice des indemnités spécifiques de rupture de l'article L. 122-32-6 du code du travail.

Prive dès lors sa décision de base légale la cour d'appel qui, pour allouer à un salarié protégé une indemnité compensatrice sur le fondement dudit article, n'explique pas en quoi le refus de reclassement opposé par l'intéressé n'était pas abusif.

Soc. – 20 février 2008. Cassation partielle

N° 06-44.867 et 06-44.894. – CA Nîmes, 6 juillet 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Selon l'article L. 122-32-6 du code du travail, le licenciement d'un salarié déclaré inapte suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis et à une indemnité spéciale de licenciement qui, sous réserve de dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité légale. Toutefois, en vertu de l'alinéa 2 du même article, ces indemnités – exorbitantes du droit commun – « ne sont pas dues par l'employeur qui établit que le refus par le salarié du reclassement qui lui est proposé est abusif ». Notons que le caractère abusif du refus du salarié déclaré inapte suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle ne rend pas le salarié responsable de la rupture et ne constitue pas une faute, mais a pour – seul – effet de le priver du bénéfice des indemnités spéciales de rupture.

Selon une jurisprudence constante, n'est pas abusif le refus par un salarié d'un poste de reclassement, dès lors que la proposition de reclassement entraîne une modification du contrat de travail (Soc., 15 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 380 ; Soc., 14 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 228), tandis qu'est abusif le refus, sans motif légitime, d'un poste de

reclassement approprié aux capacités du salarié et comparable à l'emploi précédemment occupé (Soc., 7 mai 1996, *Bull.* 1996, V, n° 178).

L'espèce soumise à la Cour présentait une particularité tenant au fait que le salarié avait la qualité de salarié protégé. Or, aucun changement de ses conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé (Soc., 6 avril 1999, *Bull.* 1999, V, n° 159 ; Soc., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 350). On pouvait ainsi s'interroger sur le point de savoir si le refus d'un poste de reclassement par un salarié protégé peut être déclaré abusif. En effet, un reclassement suppose, par hypothèse, à tout le moins un changement des conditions de travail. Dès lors que le salarié protégé est en droit de refuser le reclassement, ce refus peut-il être qualifié d'abusif ?

La Cour de cassation répond clairement par l'affirmative à cette question. Tout salarié inapte, qu'il soit ou non protégé, bénéficie d'un véritable droit au refus d'une proposition de reclassement, puisque l'abus de droit suppose la préexistence du droit. Mais ce droit, même exercé par un salarié protégé, n'est pas sans limite et son exercice peut dégénérer en abus.

En l'espèce, la cour d'appel ayant écarté le caractère abusif du refus sans s'en expliquer, son arrêt est censuré pour défaut de base légale.

N° 25

Il résulte des articles L. 122-32-5 et R. 241-51 du code du travail que, si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de la seconde visite médicale de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de lui verser, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui statue par des motifs inopérants, tirés de l'ignorance dans laquelle se trouvait l'employeur du premier avis médical d'inaptitude et du recours administratif en cours, alors qu'il avait constaté que le médecin du travail avait lui-même qualifié l'avis du 5 septembre 2001 de visite de reprise et que le second avis du 26 septembre 2001 confirmait l'inaptitude du salarié.

Soc. – 19 mars 2008. Cassation partielle

N° 06-44.734. – CA Amiens, 28 juin 2006.

M. Trédez, Pt (f.f.). – Mme Bouvier, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Il résulte des articles L. 122-32-5 et R. 241-51 du code du travail que si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de la seconde visite médicale de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de lui verser, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà précisé que la date à laquelle l'employeur avait pris connaissance de l'avis d'inaptitude était indifférente pour apprécier le respect par l'employeur de ses obligations prévues par l'article L. 122-32-5 dans le délai d'un mois à compter de la seconde visite de reprise (Soc., 8 mars 2006, pourvoi n° 04-43.856) et que ce délai n'est pas suspendu par le recours exercé devant l'inspecteur du travail (Soc., 4 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 184).

Par ce nouvel arrêt, la Cour de cassation censure l'arrêt qui statue par des motifs inopérants, tirés de l'ignorance dans laquelle se trouvait l'employeur du premier avis médical d'inaptitude et du recours administratif en cours, alors qu'il avait constaté que le médecin du travail avait lui-même qualifié le premier avis du 5 septembre 2001 de visite de reprise et que le second avis du 26 septembre 2001 confirmait l'inaptitude du salarié.

*** Obligation pesant sur l'employeur de saisir le médecin du travail**

N° 26

L'employeur qui s'abstient de saisir, comme il le doit après le premier examen médical, le médecin du travail pour faire pratiquer le second des examens exigés par l'article R. 241-51-1 du code du travail commet une faute.

Dans ce cas, il appartient aux juges du fond d'allouer au salarié non pas le paiement de salaires sur le fondement de l'article L. 122-24-4 du code du travail, inapplicable, mais une indemnisation du préjudice réellement subi.

Soc. – 12 mars 2008. Cassation partielle

N° 07-40.039. – CA Versailles, 26 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le médecin du travail est seul compétent pour constater l'inaptitude à son poste de travail d'un salarié victime d'un accident ou atteint d'une maladie. Il doit le faire au moyen de deux examens médicaux espacés de deux semaines au minimum, à la suite desquels il rend un avis (article R. 241-51-1 du code du travail). L'article L. 122-24-4, article L. 1226-4 nouveau, du code du travail, en son alinéa trois, prévoit que « si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspensions de son contrat de travail ».

Dans l'affaire ayant donné lieu au pourvoi, le médecin du travail avait déclaré le salarié définitivement inapte, en précisant qu'il n'y avait pas lieu de prévoir une seconde visite, mais sans pour autant constater un état de danger immédiat pour

la santé et la sécurité du salarié ou celle des tiers. Alors qu'il n'y avait pas eu de seconde visite de reprise mais que l'employeur tardait à licencier ou à reclasser le salarié, celui-ci avait demandé que ses salaires lui soient à nouveau versés à compter de la date de l'expiration du délai d'un mois suivant la visite de reprise.

La cour d'appel avait fait droit à cette demande. La Cour de cassation casse cette décision, considérant qu'en l'absence de second examen médical, le délai d'un mois de l'article L. 122-24-4, alinéa 3, du code du travail ne peut avoir commencé à courir et qu'en conséquence, l'employeur n'est pas tenu de verser les salaires, mais rappelle que c'est à l'employeur d'inviter le salarié à se rendre à la deuxième visite de reprise et qu'à défaut, il commet une faute, causant un préjudice qui doit être évalué et indemnisé.

Cette arrêt s'inscrit dans la jurisprudence habituelle de la Cour de cassation en la matière. En effet, elle avait déjà décidé, d'une part, que l'initiative de la visite de reprise appartient normalement à l'employeur (Soc., 12 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 365), d'autre part que l'employeur n'est tenu au paiement du salaire qu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la date du second examen (Soc., 28 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 39), enfin, pour un salarié ayant repris le travail sans que l'employeur ne l'invite à se rendre à une visite de reprise, que « le non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la visite médicale de reprise cause nécessairement au salarié un préjudice » ouvrant droit au versement de dommages-intérêts (Soc., 13 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 373).

*** Protection contre le licenciement du salarié malade ou victime d'un accident**

N° 27

Ne constitue pas un remplacement définitif dans son emploi permettant le licenciement d'un salarié dont l'absence pour maladie perturbe l'entreprise le fait, pour un employeur, de n'engager qu'un seul salarié à temps partiel, selon un horaire mensuel représentant la moitié du temps de travail du salarié malade.

Soc. – 6 février 2008. Cassation partielle

N° 06-44.389. – CA Versailles, 8 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Note

En vertu de l'article L. 122-45 du code du travail, dans sa rédaction applicable à l'espèce, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son état de santé, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail.

Pour autant, des absences répétées ou une absence prolongée d'un salarié pour cause de maladie peuvent perturber durablement la bonne marche d'une entreprise. C'est pour cette raison que la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation admet le licenciement quand celui-ci n'est pas motivé par l'état de santé du salarié pris en lui-même, mais par la situation objective de l'entreprise, dont le fonctionnement est perturbé et qui rend nécessaire de pourvoir au remplacement définitif du salarié malade (Soc., 16 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 394 ; Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 84, *Rapport annuel* 2001, p. 354).

Les juges doivent par conséquent notamment vérifier qu'est bien respectée la condition de la nécessité d'un remplacement définitif, remplacement qui doit entraîner l'embauche d'un nouveau salarié (Soc., 4 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 304 ; Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-45.577 ; Soc., 10 mai 2006, pourvoi n° 04-45.500 ; Soc., 18 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 163).

Ainsi, ne répond pas à l'exigence d'un remplacement définitif effectif l'embauche d'un nouveau salarié sous contrat de qualification (Soc., 12 octobre 2004, pourvoi n° 02-47.718), selon contrat à durée déterminée (Soc., 29 octobre 2003, pourvoi n° 01-44.130), ou le recours à une entreprise prestataire de services (Soc., 18 octobre 2007, précité, voir le commentaire dans cette revue, n° 80, octobre-novembre-décembre 2007).

Dans la présente affaire, une salariée d'une agence d'assurances exerçant à temps partiel avait été licenciée au motif de la perturbation qu'avaient engendrée ses absences pour cause de maladie, son employeur ayant pourvu à son remplacement par l'embauche d'une nouvelle salariée suivant contrat à durée indéterminée dès l'expiration de la période de préavis. Ayant contesté son licenciement, la salariée fut déboutée par la cour d'appel.

Par le présent arrêt, la Cour de cassation censure les juges du fond, au motif qu'il n'avait pas été procédé au remplacement définitif de la salariée dans son emploi, malgré l'embauche d'une nouvelle salariée en contrat à durée indéterminée. En effet, cette salariée avait été engagée à temps partiel, selon un horaire mensuel ne représentant que la moitié du temps de travail qu'effectuait auparavant la salariée malade. Dès lors, cette embauche étant la seule intervenue, le remplacement n'était pas effectif.

La solution aurait vraisemblablement été différente si l'employeur avait embauché plusieurs salariés à temps partiel, dont la somme des temps de travail eût été équivalente à celui du salarié malade, puisque la Cour relève en l'espèce, pour motiver sa censure, « qu'une seule salariée avait été engagée ».

3. Maternité

* Protection contre le licenciement

N° 28

Il résulte des articles L. 122-25-2, L. 122-26, L. 122-27 et L. 122-14-4 du code du travail que même si l'employeur justifie de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir le contrat de travail d'une salariée, le licenciement ne peut prendre effet ou être signifié pendant la période de suspension du contrat de travail résultant du congé de maternité.

En ce cas, la salariée, victime d'un licenciement nul, a droit au paiement d'une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond, dès lors qu'il est au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du code du travail.

Soc. – 19 mars 2008.

Cassation

N° 07-40.599. – CA Aix-en-Provence, 11 mai 2006.

M. Trédez, Pt (f.f.) et Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

L'article L. 122-25-2 du code du travail (article L. 1225-4 nouveau), qui interdit la résiliation du contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constaté et pendant toute la période de suspension du contrat de travail faisant suite à la grossesse, autorise cependant l'employeur à résilier le contrat de travail s'il justifie de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir ledit contrat.

L'article L. 122-27 du même code (article L. 1225-4 nouveau) stipule qu'une telle résiliation ne peut prendre effet ou être signifiée pendant toute la durée du congé de maternité.

En l'espèce, la salariée s'était vue notifier son licenciement par le mandataire liquidateur de son employeur, en liquidation judiciaire, alors qu'elle se trouvait en congé de maternité. Cependant, le mandataire liquidateur avait pris le soin de préciser que les effets du licenciement étaient reportés au terme du congé de maternité, avec dispense d'exécution du préavis.

L'arrêt de la cour d'appel a débouté la salariée de ses demandes au titre de la nullité de son licenciement. La Cour de cassation casse cet arrêt, qui applique de manière erronée sa jurisprudence.

En effet, la Cour de cassation décide depuis longtemps que « le licenciement nul en application des dispositions de l'article L. 122-25-2 du code du travail ne prend effet qu'à la date à laquelle la période de protection prévue à l'article L. 122-26 du même code prend fin, et cette date fixe le point de départ du délai-congé »

(Soc., 12 mars 1991, *Bull.* 1991, V, n° 119). La Cour de cassation considère en effet que la nullité du licenciement est limitée à la période de protection.

La cour d'appel, retenant que l'employeur avait reporté les effets du licenciement au terme du congé de maternité, a écarté la nullité du licenciement. Or ce n'est pas parce que l'employeur justifie de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir ledit contrat et qu'il reporte les effets de ce licenciement à la fin de la période de protection que le licenciement signifié pendant le congé maternité cesse d'être nul. La Cour de cassation l'avait déjà dit en 1995 (Soc., 10 mai 1995, *Bull.* 1995, V, n° 152 : « Il résulte de l'article L. 122-27 du code du travail que la résiliation du contrat de travail par l'employeur, même s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à son état de grossesse, ne peut prendre effet ou être signifiée pendant la période de suspension du contrat de travail résultant du congé de maternité. En conséquence, viole ce texte le conseil de prud'hommes qui, pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la salariée licenciée pendant son congé de maternité, retient que le licenciement n'a produit effet qu'au retour du congé de maternité de l'intéressée et que ce licenciement était justifié par une faute grave »). Elle le répète ici.

De la même façon, la chambre sociale de la Cour de cassation, sur la question de la réparation du préjudice résultant de la nullité du licenciement, rappelle sa jurisprudence habituelle (Soc., 10 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 45, par exemple) : un salarié victime d'un licenciement nul et qui ne demande pas sa réintégration a droit à la réparation intégrale de son préjudice, lequel est apprécié souverainement par les juges, dès lors qu'il est au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du code du travail.

D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. Accords collectifs et conventions collectives

* Conclusion d'un accord collectif

N° 29

Si un accord d'entreprise ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, au sens de l'article L. 132-2 du code du travail, aient été invitées à la négociation, l'employeur n'est pas tenu d'y inviter l'intégralité des organisations syndicales qui se prévalent d'une affiliation à une même confédération représentative au plan national.

Soc. – 16 janvier 2008. Cassation partielle

N° 07-60.163 et 07-60.166. – TI Paris 9^e, 28 mars 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article L. 132-19 du code du travail, « les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise au sens de l'article L. 132-2 ». Ainsi, bénéficient de cette représentativité les organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au plan national conformément à l'article L. 133-2, les organisations syndicales de salariés affiliées aux organisations représentatives au niveau national et les organisations syndicales de salariés qui ont fait la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord.

L'article L. 132-20 du code du travail détermine la composition de « la délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise ». Elle comprend « obligatoirement le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise, ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux ».

Veillant, en cas de conclusion ou de modification d'un accord collectif, à ce que toutes les organisations représentatives soient appelées à la négociation, la Cour de cassation dégage, dans un arrêt du 17 septembre 2003 (Soc., *Bull.* 2003, V, n° 240), la règle d'application générale suivant laquelle « la conclusion ou la révision de tout accord collectif suppose la convocation de l'ensemble des organisations syndicales représentatives à la négociation » (*Rapport annuel 2003*, p. 306), à peine de nullité de l'accord (Soc., 10 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 156).

Cependant, lorsque plusieurs syndicats affiliés à une même organisation syndicale représentative sur le plan national sont présents dans l'entreprise, l'employeur est-il tenu de tous les inviter à la négociation d'un accord d'entreprise ?

La Cour de cassation a déjà dit que, dans les entreprises où les délégués syndicaux sont légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise (Soc., 25 janvier 1995, *Bull.* 1995, V, n° 40, sommaire n° 1). Dès lors, lorsque différents syndicats affiliés à une organisation représentative au plan national ont désigné, dans l'entreprise, dans la limite du nombre légal ou conventionnel, des délégués, tous doivent être invités à la négociation.

Dans ces conditions, une union locale qui a désigné un délégué syndical d'établissement et qui est affiliée à la même organisation syndicale représentative qu'un syndicat qui a désigné un délégué syndical d'entreprise peut-elle demander à participer à la négociation d'entreprise ?

La loi reconnaissant aux unions syndicales la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes, une union locale affiliée à une organisation représentative sur le plan national est, sauf dispositions contraires de ses statuts, représentative dans l'entreprise, en vertu de l'article L. 423-2 du code du travail, et peut y désigner un délégué syndical (Soc., 4 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 39, sommaire n° 1).

Pour assurer le respect du principe d'unicité de la représentation syndicale, la chambre sociale a déjà posé la règle selon laquelle « *une confédération syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble, sauf accord collectif contraire, qu'un seul délégué syndical (...)* » (Soc., 30 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 198).

Dans la continuité de cette jurisprudence, elle décide, au regard des articles L. 132-2, L. 132-19 et L. 132-20 du code du travail, que l'employeur n'est pas tenu d'inviter à la négociation d'un accord collectif tous les syndicats, en raison de la représentativité par affiliation à une même confédération au plan national dont ils se prévalent.

* *Dénonciation d'un accord collectif*

N° 30

1° Constituent des accords collectifs l'accord national du 2 février 2000 portant sur l'organisation du temps de travail, la réduction et l'aménagement du temps de travail, et les accords locaux qui le complètent, qui ont été conclus dans le cadre de la négociation de la réduction du temps de travail entre la société France Télécom, entreprise soumise aux dispositions des articles L. 200-1 et suivants du code du travail, et les organisations syndicales représentatives.

Si l'article 202 de la loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a validé tant les procédures ayant conduit auxdits accords que les accords eux-mêmes, y compris en leurs dispositions ayant pour effet de modifier les règles statutaires applicables aux personnels concernés, ces accords, qui concernent l'ensemble du personnel de France Télécom, qu'il s'agisse de fonctionnaires ou de personnels de droit privé, ont conservé leur nature d'accords collectifs, de sorte que leur dénonciation relève des dispositions des articles L. 132-8 et suivants du code du travail.

2° Doit être rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour décider que des accords collectifs devaient être poursuivis tant qu'ils n'avaient pas été dénoncés conformément à l'article L. 132-8 du code du travail, a retenu que la fusion des deux agences de France Télécom constituait une opération de réorganisation administrative.

Soc. – 5 mars 2008.

Rejet

N° 07-11.834. – CA Bordeaux, 27 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît la nature d'accords collectifs à l'accord national du 2 février 2000 portant sur l'organisation du temps de travail, la réduction et l'aménagement du temps de travail, et aux accords locaux qui le complètent, accords qui ont été conclus dans le cadre de la négociation de la réduction du

temps de travail entre la société France Télécom, entreprise soumise aux dispositions des articles L. 200-1 et suivants du code du travail, et les organisations syndicales représentatives.

On sait que France Télécom est devenue, par la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996, une entreprise nationale, la société anonyme France Télécom, au capital détenu majoritairement par l'État. Son personnel est ainsi composé de fonctionnaires et de salariés de droit privé. La question se posait de savoir si les accords conclus par France Télécom sur l'organisation, la réduction et l'aménagement du temps de travail avaient la nature d'accords collectifs au sens de l'article L. 132-6 du code du travail, en dépit de cette coexistence de personnels à statuts différents. La chambre sociale répond par l'affirmative. Elle précise en outre que si l'article 202 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a validé tant les procédures ayant conduit auxdits accords que les accords eux-mêmes, y compris en leurs dispositions ayant pour effet de modifier les règles statutaires applicables aux personnels concernés, ces accords, qui concernent l'ensemble du personnel de France Télécom, qu'il s'agisse de fonctionnaires ou de personnels de droit privé, ont conservé leur nature d'accords collectifs, de sorte que leur dénonciation relève des dispositions des articles L. 132-8 et suivants du code du travail.

L'arrêt approuve par ailleurs la cour d'appel qui, pour décider que des accords collectifs devaient être poursuivis tant qu'ils n'avaient pas été dénoncés conformément à l'article L. 132-8 du code du travail, a retenu que la fusion de deux agences de France Télécom constituait une opération de réorganisation administrative. L'alinéa 7 de ce texte prévoit en effet que lorsque l'application de la convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, ladite convention ou ledit accord continue de produire effet pendant un an. La solution s'inscrit dans l'évolution jurisprudentielle de l'interprétation de cette disposition. La chambre considère en effet que l'application de ce texte concerne le changement d'activité et le transfert d'une entité économique autonome (Soc., 24 février 1993, *Bull.* 1993, V, n° 67). En l'espèce, tel n'était pas le cas s'agissant d'une simple opération de réorganisation administrative.

N° 31

Il résulte des articles L. 431-5 et L. 432-1 du code du travail que le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation, par le chef d'entreprise, d'un accord collectif d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise et qu'à défaut, la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité.

Dès lors, une cour d'appel qui a constaté que des accords collectifs d'entreprise relatifs à l'aménagement et à la réduction du temps de travail avaient été dénoncés par les chefs d'entreprise sans

consultation du comité d'entreprise commun aux entreprises, qui formaient une unité économique et sociale, en a exactement déduit que ces dénonciations étaient demeurées sans effet et que les accords étaient de ce fait restés en vigueur, de sorte qu'elle a pu décider que la décision unilatérale des chefs d'entreprise d'appliquer de nouvelles mesures d'aménagement et de réduction du temps de travail constituait un trouble manifestement illicite, auquel il devait être mis fin.

Soc. – 5 mars 2008.

Rejet

N° 07-40.273. – CA Paris, 22 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Chauviré, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén..

Note

L'article L. 132-8 du code du travail, qui détermine les modalités et les conséquences de la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif, ne prévoit pas, en cas de dénonciation d'un accord d'entreprise émanant de l'employeur, la consultation préalable des organes de représentation du personnel.

Pour autant, l'arrêt ici commenté déduit qu'il résulte de la combinaison de l'article L. 431-5 du code du travail, aux termes duquel la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise, et de l'article L. 432-1 du même code, suivant lequel, dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume et la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel, que la dénonciation, par l'employeur, d'un accord collectif d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise constitue une décision qui doit donner lieu à consultation du comité d'entreprise.

Il est en effet acquis dès la dénonciation, par l'employeur, d'un tel accord que ses dispositions cesseront de s'appliquer au plus tard à l'expiration de la période de survie et seront remplacées par de nouvelles règles, issues de la négociation d'un accord de substitution ou, à défaut, de la loi, sous réserve d'éventuels avantages individuels acquis.

Cette consultation doit normalement avoir lieu avant la dénonciation, conformément aux dispositions de l'article L. 431-5 du code du travail.

Si le défaut de consultation du comité d'entreprise, auquel doit être assimilée la consultation irrégulière, n'entraîne pas la nullité de la dénonciation, qu'aucun texte ne prévoit, l'arrêt décide qu'elle prive d'effet la dénonciation tant que la formalité omise n'a pas été accomplie. Il s'agit ici d'assurer l'effectivité des prérogatives du comité d'entreprise, objectif que ne peuvent réaliser ni une sanction pénale prononcée pour délit d'entrave au fonctionnement

régulier du comité d'entreprise, ni des dommages-intérêts réparant le préjudice subi. Au demeurant, le chef d'entreprise, ainsi incité à remédier sans délai à l'irrégularité, se trouvera sans doute moins exposé aux risques d'une sanction pénale ou civile. La règle énoncée par l'arrêt est ainsi, d'une certaine manière, également protectrice de ses intérêts.

Cette décision laisse ouvertes certaines questions, pour l'essentiel liées à l'articulation de la solution retenue avec les dispositions de l'article L. 132-8 du code du travail.

La première d'entre elles est de savoir si le point de départ du délai de préavis mentionné par ce texte se trouve différé jusqu'au jour de la consultation régulière du comité d'entreprise. La seconde conduit à se demander si, compte tenu de ce que la validité et la force obligatoire d'un accord collectif sont soumises aux règles qui lui sont propres, lorsqu'un nouvel accord d'entreprise est conclu pour être substitué à l'accord dénoncé, le nouvel accord ne doit pas entrer en vigueur nonobstant le défaut de consultation préalable à la dénonciation, comme cela a été jugé en cas de défaut de consultation, par l'employeur, du comité d'entreprise, préalablement à sa décision de signer un accord collectif d'entreprise (Soc., 5 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 219 ; *Rapport annuel* 1998, p. 214). La troisième porte sur le point de savoir si la sécurité juridique n'exige pas d'enfermer le droit d'agir en suspension des effets d'une dénonciation irrégulière dans un délai dont la durée, tout en étant suffisante pour permettre à toute partie y ayant intérêt d'engager une action, éviterait que soient remises en cause, après leur entrée en vigueur, les mesures nouvelles décidées unilatéralement par l'employeur.

Par ailleurs, alors qu'en l'état actuel de la jurisprudence, l'employeur qui dénonce un usage de l'entreprise ou un engagement unilatéral n'est tenu que d'informer le comité d'entreprise de sa décision (par exemple, Soc., 7 avril 1998, *Bull.* 1998, V, n° 206), il n'est pas exclu qu'à l'avenir, il soit exigé de l'employeur qu'il consulte celui-ci sur sa décision dès lors que l'usage ou l'engagement unilatéral en cause intéresse l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise.

** Accords collectifs
et conventions collectives divers*

N° 32

Doit être approuvée une cour d'appel qui décide que l'alinéa 2 de l'article premier de l'annexe à la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique, relative aux visiteurs médicaux, n'est pas applicable à un salarié qui, en sa qualité de directeur régional, est chargé de diriger et d'organiser le travail d'une équipe de visiteurs médicaux, pour la réalisation d'objectifs commerciaux dépendant de l'augmentation des prescriptions de la part du corps médical.

Soc. – 11 mars 2008.

Rejet

N° 07-40.162. – CA Riom, 14 novembre 2006.

M. Texier, Pt (f.f.). – M. Rovinski, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt apporte une précision sur le domaine d'application de la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique, prise dans son avenant n° 2, intitulé « Dispositions diverses relatives aux visiteurs médicaux ».

En l'espèce, un salarié est embauché par un laboratoire pharmaceutique en qualité de directeur régional, avec mission de diriger une équipe de visiteurs médicaux, d'organiser leur travail et de contrôler leur activité de manière à réaliser les objectifs fixés, ainsi que d'assurer la gestion tant sur le plan administratif que disciplinaire de cette équipe.

Il est licencié quatre années plus tard pour insuffisance professionnelle. Il forme un pourvoi contre l'arrêt qui retient le caractère justifié de son licenciement au motif qu'est rapportée la preuve de cette insuffisance professionnelle, se traduisant par des carences en terme de *management* de l'équipe et le non-respect récurrent de son obligation contractuelle de résultats.

A l'appui de son pourvoi, il invoque une violation de l'article premier, alinéa 2, de l'annexe de la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique relative aux visiteurs médicaux, lequel stipule qu'« *Est considéré comme exerçant la profession de visiteur médical tout salarié dont les fonctions comportent, de façon exclusive et en dehors de toute activité commerciale... la présentation... de spécialités pharmaceutiques* ».

Sur le fondement de ce texte, la Cour de cassation avait jugé que des griefs de nature commerciale ne pouvaient à eux seuls établir l'insuffisance professionnelle d'un visiteur médical (Soc., 5 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 4).

Le demandeur au pourvoi en conclut dès lors que des griefs de nature commerciale ne sauraient justifier l'insuffisance professionnelle d'un responsable de visiteurs médicaux, sauf à inclure ainsi une activité commerciale dans les fonctions des visiteurs médicaux placés sous son contrôle.

Par la présente décision, la Cour de cassation écarte clairement l'application de l'article premier, alinéa 2, de l'annexe relative aux visiteurs médicaux à la situation d'un directeur régional dont les fonctions de direction et d'organisation autorisent la fixation d'objectifs commerciaux.

N° 33

L'article 12-2 de l'avenant n° 265 du 21 avril 1999 à la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 doit être interprété en ce sens que le salarié doit subir personnellement

l'une ou plusieurs des sujétions énoncées pour bénéficier de l'indemnité de sujétion particulière prévue par ledit article.

Soc. – 27 mars 2008.

Cassation partielle

N° 06-44.612. – CA Aix-en-Provence, 6 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

Note

Dans le présent arrêt, le demandeur au pourvoi, employeur, est soumis à l'application de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966. Un avenant du 21 avril 1999, entré en vigueur le 1^{er} mai 2001, prévoit, dans son article 12, un régime d'indemnités de sujétion particulière. L'article 12-2 énumère ces sujétions, qui dépendent notamment du fonctionnement de l'établissement (en continu ou semi-continu, avec ou sans hébergement), du nombre de salariés employés dans le centre, des activités économiques exercées, de la dispersion géographique des activités.

Le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir accordé le bénéfice de l'indemnité de sujétion particulière à un salarié, psychologue, au motif que les établissements où il exerçait répondaient à certains des critères de l'article 12-2 (nombre de salariés, activités économiques).

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de statuer sur l'interprétation de ce texte dans un arrêt diffusé du 27 septembre 2006 (Soc., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-42.096) : elle avait alors approuvé la cour d'appel d'avoir appliqué l'article 12-2, en constatant que les critères objectifs requis étaient en l'espèce réunis pour l'établissement dans lequel exerçait le psychologue.

Par le présent arrêt, la Cour accueille l'argumentation contraire et interprète le texte conventionnel en ce sens que le salarié doit supporter effectivement et personnellement une des sujétions pour bénéficier de l'indemnité.

2. Usages

Soc. – 12 février 2008.

Cassation partielle

N° 06-45.397 à 06-45.401. – CA Riom, 12 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Voir *infra*, n° 43, sommaire n° 3

E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Elections professionnelles

* Election du représentant du personnel au CHSCT

N° 34

Dès lors qu'il a été constaté que la désignation d'un salarié comme représentant du personnel au sein du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail résultait d'un vote du collège désignatif, l'employeur, qui n'a pas contesté cette élection dans les délais prévus par l'article R. 236-5-1 du code du travail, ne peut remettre en cause, à l'occasion d'un licenciement, la régularité de l'élection du salarié.

Soc. – 12 février 2008.

Rejet

N° 06-44.121. – CA Angers, 23 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

L'article L. 236-5 du code du travail énonce que « le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) comprend le chef d'établissement ou son représentant et une délégation du personnel dont les membres sont désignés par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise ou d'établissement et les délégués du personnel ».

Il est de jurisprudence constante que la désignation des membres de cette délégation ne peut résulter que d'un vote du collège désignatif (cf. notamment Soc., 4 juillet 1990, *Bull.* 1990, V, n° 353, sommaire n° 2).

L'article R. 236-5-1 du code du travail ajoute qu'il est possible de contester devant le tribunal d'instance, dans un délai de quinze jours, la désignation irrégulière d'un membre du CHSCT. Le point de départ de ce délai est la date à laquelle la désignation a été portée à la connaissance de la personne qui la conteste.

Dans la présente affaire, un salarié avait saisi la juridiction prud'homale d'une action en nullité de son licenciement pour non-respect de son statut de salarié protégé en qualité de représentant du personnel au CHSCT (article L. 236-11 du code du travail).

A l'occasion de ce licenciement, l'employeur contestait la régularité de l'élection du salarié au CHSCT, et donc sa qualité de salarié protégé, et ce, plusieurs mois après la désignation des membres du CHSCT.

Le conseil de prud'hommes avait décidé que le salarié bénéficiait du statut de salarié protégé et que, ce faisant, la procédure du licenciement était

nulle pour n'avoir pas été autorisée par l'inspecteur du travail. La cour d'appel avait confirmé cette décision.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était la suivante : le juge du licenciement, qui, pour décider de l'application ou non du statut protecteur, doit vérifier que la désignation du salarié résulte bien du vote du collège désignatif, doit-il aller au-delà du contrôle de la simple existence du vote en examinant les conditions de régularité de ce vote, alors que l'action en contestation de l'élection est normalement enfermée dans un délai de quinze jours par l'article R. 236-5-1 du code du travail ?

La chambre sociale répond par la négative. La simple constatation, par le juge, de la désignation du salarié par un vote du collège désignatif suffit à faire obstacle à la remise en cause par l'employeur, à l'occasion d'un licenciement, de la régularité de l'élection du salarié, et donc du bénéfice par celui-ci du statut de salarié protégé.

Elle affirme ainsi que, plus généralement, l'élection ou la désignation d'un représentant du personnel ou syndical ne peut être remise en cause au-delà du délai normal de contestation prévu par les textes. Il en va de la sécurité du mandat des institutions représentatives, notamment à l'occasion d'une procédure de licenciement.

Une jurisprudence constante en ce sens existe pour le délégué syndical (par exemple, Soc., 10 octobre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 451).

Pour le CHSCT, les arrêts précédents, et notamment celui du 28 novembre 2006 (Soc., 28 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 356, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 76, octobre-novembre-décembre 2006, n° 707), pouvaient sembler avoir ouvert une brèche. Mais en réalité, il s'agissait de situations dans lesquelles aucun vote du collège désignatif n'avait eu lieu. Dans ces conditions, la chambre sociale autorise l'employeur à contester, dans le cadre d'un licenciement, la régularité de la désignation d'un membre du CHSCT, afin de ne pas faire bénéficier le salarié de la procédure spéciale de licenciement prévue par l'article L. 236-11 du code du travail.

Mais à partir du moment où la désignation du salarié résulte bien d'un vote du collège désignatif, la seule voie de recours ouverte contre cette élection est celle de l'article R. 236-5-1 du code du travail, devant le tribunal d'instance et dans un délai de quinze jours.

* Opérations électorales

N° 35

L'absence de président désigné dans les bureaux de vote, en violation des principes généraux du droit électoral, constitue, en raison de l'importance de ses attributions, une irrégularité qui porte atteinte

au déroulement normal des opérations électorales et compromet dans son ensemble la loyauté du scrutin.

Soc. – 13 février 2008.

Rejet

N° 07-60.097. – TI Clichy-La-Garenne, 22 février 2007.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Darret-Courgeon, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

Aux termes des articles R. 42, R. 57 et R. 67 du code électoral, applicables en matière d'élections professionnelles, chaque bureau de vote est composé d'un président, d'au moins deux assesseurs et d'un secrétaire. Il appartient notamment au président de constater l'heure d'ouverture et de clôture du scrutin, et de proclamer publiquement le résultat des élections une fois le procès-verbal établi.

Doit dès lors être approuvé le jugement d'un tribunal d'instance qui, ayant constaté que les élections de la délégation unique du personnel s'étaient déroulées sans qu'aucun président n'ait été désigné au sein des bureaux de vote, en violation des articles R. 42, R. 57 et R. 67 du code électoral, a annulé ces élections, au motif qu'une telle irrégularité portait nécessairement atteinte au déroulement normal des opérations électorales et compromettrait dans son ensemble la loyauté du scrutin.

Si la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu à se prononcer en cas d'absence d'un assesseur (Soc., 17 mai 1994, pourvoi n° 93-60352), de composition d'un bureau de vote par le seul président (Soc., 19 octobre 1994, Bull. 1994, V, n° 282) et de présidence d'un bureau de vote par un représentant de l'employeur (Soc., 23 février 2005, Bull. 2005, V, n° 67), la question de l'absence de désignation d'un président n'avait jamais été posée. En prononçant la nullité du scrutin sur le fondement du code électoral, la Cour de cassation confirme l'application au contentieux des élections professionnelles des règles de droit commun des élections politiques (Soc., 16 janvier 2008, Bull. 2008, V, n° 5).

** Contestation de la régularité des élections*

N° 36

Lorsqu'un syndicat qui ne bénéficie pas de la présomption légale de représentativité demande l'annulation des élections au motif que ses candidats ont été écartés au premier tour des élections, il appartient au tribunal d'apprécier la représentativité de ce syndicat, seule de nature à avoir une influence sur la régularité des élections, à la date du dépôt des listes de candidature.

Soc. – 12 mars 2008.

Cassation partielle sans renvoi

N° 07-60.282. – TI Paris 13^e, 3 mai 2007.

Mme Morin, Pt (f.f.). – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de préciser la portée d'un arrêt du 13 septembre 2005 (Bull. 2005, V, n° 257).

La Cour de cassation juge, de manière constante, que l'employeur ne peut se faire juge de la validité des candidatures déposées pour un scrutin, et cela particulièrement s'agissant de l'appréciation de la représentativité d'un syndicat. La chambre sociale a ainsi affirmé à plusieurs reprises que tant qu'il n'a pas été statué sur sa représentativité, un syndicat ne peut être écarté du processus électoral (Soc., 9 février 2000, Bull. 2000, V, n° 60 ; Soc., 13 octobre 2004, pourvoi n° 06-60.236).

Dès lors, lorsqu'un employeur conteste à un syndicat, qui ne bénéficie pas de la présomption légale de représentativité, la possibilité de présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles de l'entreprise, il lui appartient de saisir le tribunal d'instance pour voir dire le syndicat non représentatif, sans pouvoir de lui-même écarter les candidatures.

Toutefois, dans l'arrêt du 13 septembre 2005 précité, la chambre sociale a légèrement aménagé sa jurisprudence, en admettant qu'un scrutin ne soit pas annulé de plein droit lorsqu'un employeur a de lui-même écarté les candidatures émanant d'un syndicat qu'il estimait non représentatif. En ce cas, il appartient au juge de la régularité de l'élection saisi de la demande d'annulation « d'apprécier la représentativité de ce syndicat, qui est seule de nature à avoir une influence sur la régularité des élections ». Par cet arrêt, la chambre sociale admet simplement que le scrutin puisse demeurer valable bien que l'employeur ait pris le risque d'écarté des candidatures lorsqu'il est jugé, après le déroulement des élections, que le syndicat n'était effectivement pas représentatif dans l'entreprise.

Mais l'arrêt du 13 septembre 2005 ne signifie aucunement, comme l'a pensé le tribunal d'instance dont la décision était attaquée en l'espèce, que le contentieux de l'appréciation de la représentativité d'un syndicat lors du dépôt d'une liste de candidats est exclusivement préélectoral, si bien que le syndicat, qui n'a pas contesté avant les élections le refus de l'employeur d'accueillir ses candidats, ne pourrait plus, sur ce fondement, demander l'annulation des élections.

Il appartient au contraire au tribunal d'instance, saisi d'une demande d'annulation du scrutin, de vérifier si le syndicat dont les candidats ont été écartés était représentatif dans l'entreprise au jour du dépôt des listes et, dans l'affirmative, d'en tirer les conséquences en annulant le scrutin. En l'espèce, le tribunal d'instance avait reconnu la représentativité du syndicat, puisqu'il avait validé la désignation par ce syndicat, le jour même du dépôt des listes, d'un délégué syndical. Le scrutin, auquel ce syndicat n'avait pu participer du fait de la décision unilatérale de l'employeur d'écarté les candidatures qu'il présentait, devait donc être annulé.

2. Représentation du personnel

2.1. Institutions représentatives du personnel

* Comité d'entreprise et d'établissement – attributions

N° 37

1° Fait une exacte application des dispositions combinées de la Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994, de l'article L. 439-6 du code du travail et d'un accord instituant un comité d'entreprise européen, qui prévoit qu'en cas d'événements exceptionnels susceptibles d'affecter gravement l'intérêt des salariés du groupe (fusion), le comité est réuni et qu'il est alors consulté dans un délai suffisant pour que les éléments du débat ou l'avis puissent être intégrés au processus de décision, une cour d'appel qui en déduit que ce délai doit permettre au comité de donner un avis au cours du processus devant aboutir à la décision, avant la tenue du conseil d'administration devant arrêter le projet de fusion.

2° Les procédures de consultation du comité d'entreprise national et du comité européen d'entreprise n'ayant pas le même objet ni le même champ d'application, les renseignements fournis lors de la réunion du comité d'entreprise n'assurent pas nécessairement une complète information du comité d'entreprise européen.

Constitue un trouble manifestement illicite le fait, pour un employeur, de donner à un comité d'entreprise européen une information incomplète sur un projet de fusion.

Soc. – 16 janvier 2008.

Rejet

N° 07-10.597. – CA Paris, 21 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Cet arrêt apporte deux précisions inédites sur la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen.

Un comité d'entreprise européen a été institué dans le groupe Gaz de France par un accord du 14 octobre 2001, qui prévoit, dans son article 4-3, qu'« en cas d'événements exceptionnels susceptibles d'affecter gravement l'intérêt des salariés du groupe (fusion), le comité est réuni et qu'il est alors consulté dans un délai suffisant pour que les éléments du débat ou l'avis puissent être intégrés au processus de décision ».

A l'occasion du projet de fusion des sociétés Gaz de France et Suez, la société Gaz de France a procédé à une double consultation, du conseil supérieur des comités mixtes à la production, qui tient lieu de comité central, d'une part, et du comité d'entreprise européen, d'autre part. Ce dernier a été réuni, en dernier lieu, le 15 novembre 2006, pour donner son avis sur le projet de fusion, alors que le conseil

d'administration devant arrêter ce projet devait se tenir le 22 novembre 2006. Lors de la réunion du 15 novembre, le comité d'entreprise européen a décidé de recourir à une expertise dont le rapport devait être remis dans les dix jours de la communication des documents par l'employeur, au terme d'une résolution soulignant « l'insuffisance flagrante d'informations sur les conséquences sur l'emploi de ce projet de fusion », notamment concernant des « risques de doublon » dans des filiales italiennes. Le même jour, le comité a saisi en référé le président du tribunal de grande instance pour qu'il soit ordonné au président du comité d'entreprise européen la convocation d'une nouvelle réunion du comité, après remise du rapport de l'expert et de diverses informations, ainsi que le report de la réunion du conseil d'administration du 22 novembre. Le juge des référés puis, sur appel, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 21 novembre 2006, a accueilli ces demandes.

La réponse apportée au premier moyen précise à quel moment doit intervenir la consultation du comité d'entreprise européen pour qu'elle puisse avoir un effet utile. Se fondant sur les dispositions de l'article 4-3 de l'accord du 14 octobre 2001, selon lequel la consultation, conduite dans un délai suffisant, doit être préalable à la décision (dispositions qui, par application de l'article L. 4396 du code du travail, prévalent sur celles, subsidiaires, de la Directive n° 94/45, du 22 septembre 1994, laquelle n'exige pas que la consultation ait lieu avant la décision), l'arrêt, après avoir observé que la décision devenait irréversible à la date du conseil d'administration (par application combinée des articles L. 236-6 du code de commerce et 254 modifié du décret du 23 mars 1967), lequel peut approuver ou rejeter le projet de fusion mais ne peut le modifier, décide que c'est bien avant cette date et non avant celle de l'assemblée générale des actionnaires, comme soutenu par le pourvoi, que la consultation du comité d'entreprise européen doit avoir lieu.

Le deuxième apport de l'arrêt rapporté concerne les compétences respectives du comité d'entreprise national et du comité d'entreprise européen. En l'espèce, Gaz de France soutenait que le comité européen, ayant reçu les mêmes informations que le comité national, était suffisamment informé. L'arrêt précise que la consultation des deux comités n'a ni le même objet ni le même champ d'application. Il en déduit que la cour d'appel, qui a souverainement apprécié l'insuffisance de l'information, a caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite. Sur le fond, et indépendamment de la question de la chronologie des consultations des instances nationale et européenne, qui n'était pas ici en discussion, l'arrêt affirme donc le caractère autonome des deux consultations. Il résulte en effet du préambule de la Directive que son objectif est d'assurer que les travailleurs des entreprises appartenant à un groupe de dimension communautaire sont correctement informés lorsque les décisions qui les affectent sont prises dans un autre Etat membre. Sa compétence est donc transnationale, à la différence de celle

de l'instance nationale. Cette autonomie résulte aussi des termes mêmes de la Directive n° 94/45 qui a institué le comité d'entreprise européen, sans préjudice des prérogatives attribuées aux instances nationales.

** Comité central d'entreprise*

N° 38

Les délégués du comité central d'entreprise sont des représentants du personnel qui doivent être élus selon le scrutin majoritaire uninominal à un tour, chaque électeur devant voter en une seule fois, pour autant de candidats qu'il y a de sièges à pourvoir.

Soc. – 5 mars 2008. Cassation sans renvoi

N° 06-60.274. – TI Nantes, 8 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

La loi ne précisant pas le mode de scrutin des élections des délégués au comité central d'entreprise, la Cour de cassation décide de manière constante qu'à défaut de protocole préélectoral unanime définissant un mode de scrutin différent, l'élection de ces délégués par les membres des comités d'établissement doit s'effectuer au scrutin uninominal majoritaire à un tour (Soc., 29 mars 1994, *Bull.* 1994, V, n° 110 ; Soc., 9 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 312).

En revanche, la question, posée par le présent pourvoi, de savoir quelles doivent être concrètement les modalités de vote au cas où plusieurs délégués doivent être élus par les membres d'un comité d'établissement et en l'absence de tout accord préélectoral n'avait jamais été résolue.

Dans la présente affaire, quatre délégués devaient être élus par les membres d'un comité d'entreprise, et il avait été procédé par quatre votes uninominaux successifs, poste à pourvoir par poste à pourvoir. Saisi d'une contestation par un syndicat et son candidat malheureux, le tribunal d'instance a validé ce procédé. Le pourvoi formé contre cette décision soutenait que le mode de vote retenu ne respectait pas le principe d'un scrutin à un seul tour.

La chambre sociale de la Cour de cassation fait droit à cette demande et censure les juges du fond en affirmant que « les délégués du comité central d'entreprise sont des représentants du personnel qui doivent être élus selon le scrutin majoritaire uninominal à un tour, chaque électeur devant voter en une seule fois pour autant de candidats qu'il y a de sièges à pourvoir ».

Si la Cour de cassation a déjà été amenée à rejeter un pourvoi qui contestait un scrutin qui avait, de la même manière, été organisé en trois votes successifs pour trois délégués à élire, elle avait relevé que les modalités retenues n'avaient eu aucune influence sur les résultats, puisqu'il n'y avait eu que trois candidats pour les trois postes à pourvoir (Soc., 8 décembre 2004, pourvoi n° 03-60.294).

Par le présent arrêt, la Cour condamne donc très clairement ce type de scrutin, car il amène à connaître les résultats du vote précédent avant de procéder au suivant, pouvant ainsi conduire à modifier son choix en fonction de la personne élue au vote précédent.

En conséquence, il ne pouvait pas être procédé par quatre votes successifs, les électeurs ne votant à chaque fois que pour un seul candidat. Le scrutin aurait dû n'être organisé qu'en un seul vote, chaque électeur devant mettre dans l'urne quatre bulletins de vote en une seule fois, les délégués étant élus selon l'ordre décroissant du nombre de voix par candidat.

** Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*

N° 39

Selon les dispositions de l'article L. 236-5, alinéas 2 et 5, du code du travail, la désignation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne peut résulter que d'un vote du collègue qui en est chargé, sans qu'un accord collectif puisse déroger à cette règle ; il est procédé, par le comité, à la désignation d'un secrétaire, pris parmi les représentants du personnel.

Viole ce texte le jugement qui valide la désignation, comme secrétaire du comité, d'un membre supplémentaire y siégeant en application d'une disposition conventionnelle, qui n'a pas été élu par un vote du collègue désignatif.

Soc. – 16 janvier 2008. Cassation partielle

N° 06-15.679. – CA Aix-en-Provence, 10 janvier 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

L'article 24 de la convention collective des industries chimiques prévoit qu'« un ingénieur ou cadre, désigné par les ingénieurs et cadres de l'établissement, siègera au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, en supplément de l'effectif réglementaire ».

En application de cette disposition, un membre supplémentaire à la délégation du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) d'une société est désigné. Ce délégué supplémentaire a, par la suite, été élu secrétaire du CHSCT.

Un syndicat qui avait présenté un candidat à ce poste a contesté en justice cette élection. Tant le tribunal que la cour d'appel ont rejeté la demande, en considérant que la personne désignée avait la qualité de représentant du personnel au sens des dispositions plus favorables (que celles de l'article R. 236-1) de la convention collective, dispositions applicables en vertu de l'article L. 236-13 du code du travail.

Selon l'article L. 236-13, « les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables concernant le fonctionnement, la composition ou les pouvoirs des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui résultent d'accords collectifs ou d'usages ».

Selon l'article L. 236-5 du code du travail, le CHSCT comprend :

- l'employeur ou son représentant ;
- une délégation du personnel désignée par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise et les délégués du personnel (appelé collège désignatif).

In fine, l'article susvisé précise qu'il est procédé par le comité à la désignation d'un secrétaire, pris parmi les représentants du personnel.

La jurisprudence interprète l'article L. 236-13 comme permettant d'augmenter le nombre de personnes faisant partie de la délégation du personnel, ou permettant d'adjoindre au CHSCT des membres non élus (Soc., 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 146).

En revanche, la constitution du collège désignatif (Soc., 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 147) ou le mode de désignation de la délégation du personnel au CHSCT tels qu'ils résultent de l'article L. 236-5 (Soc., 10 janvier 1989, *Bull.* 1989, V, n° 8) sont d'ordre public.

En l'espèce, le membre supplémentaire de la délégation du personnel, qui n'avait pas été élu par le collège désignatif, n'avait pas la qualité de « représentant du personnel » au sens de l'article L. 236-5 du code du travail, puisqu'il n'avait pas été élu par le collège désignatif ; il ne pouvait donc, selon ce même article *in fine*, être désigné comme secrétaire du CHSCT.

Le présent arrêt illustre ainsi la délimitation de domaine entre la règle d'ordre public et la règle conventionnelle.

N° 40

1° Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) étant institué, en application de l'article L. 236-5 du code du travail, dans le cadre de l'établissement et le cas échéant par secteur d'activités, la reconnaissance de l'existence d'une unité économique et sociale n'a de conséquence ni sur le cadre de désignation du CHSCT ni sur la composition du collège désignatif.

2° La présence, dans la composition du bureau de vote, de personnes n'ayant pas la qualité d'électeur constitue une irrégularité entraînant nécessairement la nullité du scrutin.

Soc. – 16 janvier 2008.

Cassation

N° 06-60.286. – TI Morlaix, 16 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

La chambre sociale avait à se prononcer, à titre principal, sur l'incidence de la reconnaissance d'une unité économique et sociale quant au cadre de mise en place d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et à la composition du collège désignatif.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, une société, membre d'une unité économique et sociale, avait organisé les élections des membres de son CHSCT sans tenir compte des autres sociétés composant l'unité économique et sociale. Plusieurs syndicats avaient demandé l'annulation des élections, en faisant valoir que, compte tenu de l'existence de l'unité économique et sociale, le collège désignatif devait être composé des représentants du personnel de l'ensemble des sociétés faisant partie de l'unité économique et sociale.

La cour d'appel ayant débouté les syndicats de leur demande, ces derniers fondaient essentiellement leur pourvoi sur l'absence d'effet relatif de la notion d'unité économique et sociale. La chambre sociale a en effet affirmé que la notion d'unité économique et sociale n'était pas relative et que sa reconnaissance, « indépendante des finalités des institutions représentatives comprises dans son périmètre » valait par conséquent pour l'ensemble de ces institutions (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 218). La solution n'avait cependant jamais été expressément affirmée en ce qui concerne le CHSCT. Or cette institution a des caractéristiques propres, puisque, comme l'a rappelé à plusieurs reprises la chambre sociale, elle a vocation à se mettre en place en fonction des secteurs d'activité plus que des entités juridiques. Le CHSCT est donc institué au niveau de l'établissement, et non de l'entreprise, ou, le cas échéant, au niveau du secteur d'activité. C'est ainsi que la chambre sociale a validé la création, au sein d'un même établissement, de plusieurs CHSCT (Soc., 30 mai 2001, pourvoi n° 99-60.474).

En approuvant la cour d'appel d'avoir décidé que l'existence d'une unité économique et sociale n'avait de conséquence ni sur le cadre de désignation du CHSCT ni sur la composition du collège désignatif, la chambre sociale ne remet aucunement en cause l'absence d'effet relatif de l'unité économique et sociale, mais consacre la particularité du CHSCT, dont le périmètre reste celui de l'établissement ou du secteur d'activités, lequel secteur pourrait, le cas échéant, inclure plusieurs sociétés composant l'unité économique et sociale.

Le même arrêt est l'occasion pour la Cour de cassation de réaffirmer la nécessité, en matière d'élections professionnelles, de respecter les règles générales du droit électoral, en l'espèce concernant la composition du bureau de vote. Le tribunal d'instance avait considéré que la présence, en tant que président du bureau de vote et de scrutateur, de deux personnes extérieures à l'entreprise ne pouvait entraîner la nullité du vote. La chambre sociale censure ce raisonnement : la présence d'une personne n'ayant pas la qualité d'électeur dans la

composition du bureau constitue une irrégularité entraînant nécessairement la nullité du scrutin. Cet arrêt confirme une jurisprudence constante (récemment : Soc., 23 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 67).

N° 41

1° Indépendamment des actions réservées par les articles L. 135-4 et L. 135-5 du code du travail aux syndicats liés par une convention ou un accord collectif de travail, les syndicats professionnels sont recevables à demander, sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail, l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, son inapplication causant nécessairement préjudice à l'intérêt collectif de la profession.

2° Constitue un trouble manifestement illicite l'imputation, sur un compte épargne-formation individuel créé par un accord collectif, d'actions de formation, quelle que soit leur nature, qui n'ont pas été demandées par le salarié, alors que, selon cet accord et les dispositions de l'article L. 932-2 du code du travail alors applicables, le temps passé par le salarié pour assurer son adaptation à son poste de travail est un temps de travail effectif.

Soc. – 16 janvier 2008.

Rejet

N° 07-10.095. – CA Versailles, 18 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

1° Le présent arrêt est en premier lieu l'occasion, pour la chambre sociale, de confirmer sa jurisprudence concernant le droit à agir des syndicats pour l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif hors le cadre des articles L.135-4 et L.135-5 du code du travail. Lié ou non lié par une convention ou un accord collectif, même non étendu, un syndicat professionnel est recevable à en demander l'exécution, « *son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt de la profession* » (Soc., 3 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 68, sommaire n° 1, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 78, avril-mai-juin 2007, n° 122, p. 68).

2° L'arrêt porte en second lieu sur les conditions de prise en charge des actions de formation suivies par les salariés. L'article L. 932-2 ancien du code du travail distingue deux actions de formation qui ont un régime différent au regard de leur imputation sur le temps de travail effectif. D'une part, l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois. Toute action de formation suivie par le salarié dans le cadre de cette obligation constitue un temps de travail effectif. D'autre part, le salarié peut être amené à suivre une formation pour développer ses compétences, dans les conditions prévues par un accord de branche ou d'entreprise, qui peut s'effectuer pour partie hors du temps de travail effectif.

L'accord du 31 juillet 1999, conclu par la société Renault Agriculture, prévoit, dans un chapitre inti-

tulé « développement des compétences et formation », un droit individuel à la formation, financé par un compte épargne-temps, dont une partie s'exerce en dehors du temps de travail et qui complète les formations au poste de travail continuant d'être dispensées pendant le temps de travail effectif, les formations suivies en dehors du temps de travail nécessitant l'accord du salarié.

Le pourvoi posait la question de savoir si l'imputation, à la seule initiative de l'employeur, au compte épargne-formation individuel, créé par l'accord du 31 juillet 1999, du temps passé par le salarié à la formation d'un « progiciel SAP » installé dans l'entreprise était conforme aux dispositions de l'article L. 932-2 du code du travail, alors applicable.

Constatant que les actions de formation prévues par l'accord du 31 juillet 1999 sont mises en place à l'initiative de l'employeur, et non du salarié, et qu'elles ont pour objet d'assurer l'adaptation du salarié à son poste de travail, la chambre sociale décide que l'imputation de ces formations sur le compte épargne-temps du salarié constitue un trouble manifestement illicite, que le juge des référés a le pouvoir de faire cesser. Elle affirme ainsi que peu importe la nature de l'action de formation : dès lors que celle-ci a pour objet d'assurer la formation du salarié à son poste de travail et qu'elle résulte d'une initiative de l'employeur, elle constitue un temps de travail effectif.

** Délégué syndical*

N° 42

1° Les formalités de l'écrit prévues par l'article D. 412-1 du code du travail ne sont prescrites que pour faciliter la preuve de la désignation d'un délégué syndical ; le défaut de signature de la lettre est dès lors sans incidence sur la validité de la désignation qu'elle notifie à l'employeur.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à un tribunal d'instance de ne pas avoir annulé la désignation d'un délégué, au motif que la lettre par laquelle un syndicat notifiait à un employeur une telle désignation n'était pas signée.

2° Il résulte des articles L. 412-2, L. 412-11, L. 412-15 et L. 412-21 du code du travail que si le nombre de délégués syndicaux, tel qu'il est fixé par la loi, peut être augmenté par accord collectif, ni un usage de l'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales correspondantes ; il s'ensuit que l'employeur qui décide unilatéralement d'une telle augmentation peut unilatéralement décider de revenir à l'application des textes légaux qui n'ont pas cessés d'être applicables, sous réserve de ne pas méconnaître le principe d'égalité entre tous les syndicats concernés.

Doit dès lors être cassé le jugement qui, pour débouter un employeur de sa demande d'annulation de la désignation d'un délégué syndical, retient que l'employeur ne pouvait pas décider unilatéralement du retour à l'application des textes légaux

et que les modalités de réduction du nombre des délégués syndicaux créaient une situation pouvant être inégalitaire entre les syndicats concernés, alors qu'est régulière et ne méconnaît pas le principe d'égalité de traitement, garanti par les articles 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et 1, 5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la décision de l'employeur de s'opposer dorénavant à la désignation, par l'un quelconque des syndicats concernés, d'un délégué syndical tant que leur nombre ne sera pas redescendu à celui fixé par la loi.

Soc. – 5 mars 2008. Cassation sans renvoi

N° 07-60.305. – TI Villejuif, 10 mai 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

La présente affaire posait deux questions à la Cour de cassation, toutes deux relatives à la désignation de délégués syndicaux au sein d'une entreprise.

La première question portait sur la sanction de l'inobservation des formalités de notification au chef d'entreprise de la désignation d'un délégué syndical.

En effet, l'article D. 412-1 du code du travail dispose que les nom et prénoms du ou des délégués syndicaux désignés par un syndicat sont portés à la connaissance du chef d'entreprise, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par lettre remise au chef d'entreprise contre récépissé.

L'action de l'employeur tendait à l'annulation de la désignation d'un délégué syndical, au motif qu'elle avait été effectuée par un courrier non signé par l'organisation syndicale, en violation de cet article.

La question préalable était donc de déterminer si les formalités de l'écrit prescrites par l'article D. 412-1 du code du travail étaient des conditions de validité de cette désignation ou de simples modalités de sa preuve.

Les précédents arrêts de la Cour de cassation avaient statué en faveur de la seconde solution.

Ainsi, par un arrêt du 5 mars 1991 (Crim., 5 mars 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 112), la chambre criminelle avait jugé que « les formalités prévues par l'article D. 412-1 du code du travail pour la notification à l'employeur de la lettre de désignation d'un délégué syndical n'ont qu'un caractère probatoire et ne sont pas une condition de la validité de la désignation ».

De même, la chambre sociale avait décidé, dans un arrêt du 9 juillet 1996 (Soc., 9 juillet 1996, *Bull.* 1996, V, n° 274), que si l'article D. 412-1 du code du travail précise que les noms du ou des délégués syndicaux désignés par un syndicat sont portés à la connaissance du chef d'entreprise, ces formalités ne sont prévues que pour faciliter la preuve de la désignation, et non pour sa validité.

En validant une désignation notifiée par un écrit ne comportant pas de signature, la chambre sociale tire toutes les conséquences de sa jurisprudence. La validité de la désignation n'est subordonnée à aucun formalisme. Seule importe la connaissance par l'employeur de l'existence de la désignation.

La seconde question portait sur la possibilité pour l'employeur de revenir, de manière unilatérale, sur une tolérance permettant aux syndicats de désigner des délégués syndicaux surnuméraires.

En l'espèce, l'employeur avait unilatéralement permis aux syndicats représentatifs de son entreprise de désigner quatre délégués syndicaux, au lieu des deux prévus par le code du travail (article R. 412-2 du code du travail). Puis il avait décidé de mettre fin à cette mesure et avait informé les syndicats intéressés qu'ils ne pourraient dorénavant procéder au remplacement des délégués antérieurement désignés qu'après que leur nombre soit redescendu à celui fixé par la loi.

La question qui était posée à la chambre sociale était donc de déterminer si l'employeur pouvait décider, de manière unilatérale, le retour à l'application des textes légaux concernant le nombre de délégués syndicaux et, si oui, selon quelles modalités.

Le tribunal d'instance avait jugé que l'employeur ne pouvait pas prendre cette décision de manière unilatérale et que les modalités de réduction du nombre de délégués syndicaux créaient une situation pouvant être inégalitaire entre les syndicats concernés.

Concernant la question de la possibilité d'une décision unilatérale de l'employeur, la chambre sociale se fonde sur sa jurisprudence de 2001 (Soc., 20 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 101), qui indiquait que « si le nombre de délégués syndicaux tel qu'il est fixé par la loi peut être augmenté à la suite d'une négociation avec les syndicats représentatifs par accord collectif, ni un usage de l'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales correspondantes ».

Elle en déduit que, dans la présente affaire, les règles légales n'ont pas été modifiées par la décision de l'employeur et que l'on ne peut exiger la conclusion d'un accord collectif pour revenir à l'application de ces règles légales, qui n'ont jamais cessé d'être seules applicables.

L'employeur peut donc décider unilatéralement de revenir à l'application des textes légaux mais il doit, toutefois, respecter le principe d'égalité entre tous les syndicats concernés lors de la mise en œuvre de sa décision.

Ce principe d'égalité entre syndicats est régulièrement rappelé par la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt du 5 mai 2004 (Soc., 5 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 119), la chambre sociale avait statué « qu'en vertu du principe d'égalité, qui est de valeur constitutionnelle et que le juge doit appliquer, un chef d'entreprise qui a accepté la désignation par un syndicat représentatif d'un délégué syndical alors que la condition d'effectif dans

l'entreprise n'est pas remplie ne peut refuser la désignation par un autre syndicat représentatif d'un délégué syndical ».

En l'espèce, la chambre sociale décide que le principe d'égalité n'est pas violé, le retour à l'application de la loi s'appliquant à l'ensemble des organisations syndicales concernées et selon des modalités en conformité avec les articles 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et 1, 5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

* Syndicat – activité syndicale

N° 43

1° L'opposition d'un salarié à ce qu'une organisation syndicale exerce, en vertu de l'article L. 122-3-16 du code du travail, une action de substitution ne saurait valoir renonciation de ce salarié au droit d'intenter l'action personnelle dont il est titulaire pour obtenir la requalification de ses contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, la règle de l'unicité de l'instance ne pouvant être opposée à l'intéressé alors qu'il n'a pas été partie à la première instance.

2° Le désistement par le syndicat de l'action de substitution exercée en vertu de l'article L. 122-3-16 du code du travail ne fait pas obstacle à ce que, dans le cadre de l'instance engagée postérieurement par le salarié afin d'obtenir la requalification de ses contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, le syndicat, exerçant les droits réservés à la partie civile sur le fondement de l'article L. 411-11 du même code, demande réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession.

3° Le salarié qui ne justifie pas, à la date de la suppression de l'usage ou de l'engagement unilatéral, réunir les conditions de son bénéfice ne peut contester la régularité de sa dénonciation.

4° 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.

Soc. – 12 février 2008. Cassation partielle

N° 06-45.397 à 06-45.401. – CA Riom, 12 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

1° Par exception au principe général du droit selon lequel « nul ne plaide par procureur », le législateur a multiplié, ces dernières années, le nombre de cas dans lesquels un syndicat peut exercer une action en justice au lieu et place d'un salarié, sans mandat spécial. Il en est ainsi de l'action de substitution prévue à l'article L. 122-3-16 du code du travail, qui permet aux organisations syndicales représentati-

ves d'exercer en justice toute action intéressant le respect de la législation relative au contrat de travail à durée déterminée.

Le syndicat souhaitant exercer cette action doit en informer par écrit le salarié, celui-ci pouvant s'y opposer dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. Une fois l'instance engagée, le salarié peut intervenir et y mettre un terme à tout moment.

Le pourvoi pose la question de savoir si l'opposition du salarié à ce qu'une organisation syndicale exerce, en vertu de l'article L. 122-3-16 du code du travail, une action de substitution vaut renonciation de ce salarié à toute action personnelle ultérieure ayant le même objet. La règle de l'unicité de l'instance fait-elle obstacle à une telle action ?

Il s'agit ainsi de déterminer la portée, non pas de l'intervention du salarié, mais de l'opposition de celui-ci à la poursuite de l'action intentée par le syndicat, en examinant la nature de l'action de substitution fondée sur l'article L. 122-3-16 du code du travail.

À cet égard, le Conseil constitutionnel, statuant, par décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, sur l'article 29 de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, ayant pour objet d'ajouter au code du travail un article L. 321-15 prévoyant une action syndicale spécifique en cas de licenciement économique, similaire à celle de l'article L. 122-3-16, a jugé que « les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle et que s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir, à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ».

La chambre sociale, après avoir semblé admettre que l'action de substitution était une action en représentation (Soc., 2 mars 1960, *Bull.* 1960, V, n° 247), a mis fin aux controverses doctrinales en jugeant que « l'action que peut exercer une organisation syndicale en vertu de l'article L. 122-3-16 du code du travail est une action de substitution qui lui est personnelle et non une action par représentation des salariés ». Dès lors, dans la déclaration de pourvoi, le syndicat n'est pas tenu d'indiquer l'identité des salariés en faveur desquels il agit (Soc., 1^{er} février 2000, *Bull.* 2000, V, n° 53, sommaire n° 1).

Il en résulte qu'en l'absence de représentation du salarié par le syndicat, le salarié n'est pas partie à l'instance, ce qui explique d'ailleurs les dispositions de l'article R. 122-1 3° du code du travail, qui offrent au salarié la possibilité d'intervenir à tout moment

dans l'instance engagée par l'organisation syndicale ou de mettre un terme à cette action et le protègent dans son droit d'agir en justice

Par ailleurs, on sait qu'en vertu de la règle de l'unicité de l'instance, lorsque l'action s'est éteinte par l'effet du désistement d'instance du demandeur, l'article R. 516-1 du code du travail fait obstacle à la recevabilité d'une nouvelle demande dérivant du même contrat de travail et fondée sur des causes connues du demandeur avant sa demande primitive (Soc., 3 mars 1988, *Bull.* 1988, V, n° 159, sommaire n° 3), mais ce principe ne s'applique qu'à certaines conditions. Le litige doit notamment concerner les mêmes parties à l'instance (Soc., 20 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 240).

La chambre sociale, affirmant que la règle de l'unicité de l'instance ne peut-être opposée au salarié alors qu'il n'a pas été partie à la première instance, juge que le salarié défendant les droits qu'il détient en vertu de son contrat de travail peut exercer l'action personnelle dont il est titulaire, nonobstant son opposition à la poursuite de l'action de substitution fondée sur l'article L. 122-3-16 du code du travail, intentée par le syndicat.

2° Il convient de distinguer l'action de substitution accordée à titre exceptionnel au syndicat afin de défendre les intérêts individuels du salarié dans des domaines particuliers et encadrés (comme les actions relatives à la protection du travailleur intérimaire, au respect de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, à la protection du droit du salarié en cas de licenciement économique, prévues respectivement par les articles L. 124-20, L. 123-6 et L. 321-15 du code du travail), de l'action syndicale générale, relevant de l'article L. 411-11 du code du travail et portant sur la défense de l'intérêt collectif de la profession.

En affirmant que le désistement par le syndicat de l'action de substitution exercée en vertu de l'article L. 122-3-16 du code du travail n'interdit pas l'action syndicale fondée sur l'article L. 411-11 du code du travail venant au soutien de l'action personnelle du salarié ultérieurement engagée, la chambre sociale reconnaît la coexistence des deux actions.

Elle adopte ainsi une position similaire à celle de la chambre criminelle, qui a énoncé que « l'article L. 321-15 du code du travail, [selon lequel] les organisations syndicales représentatives peuvent exercer les actions individuelles qui naissent des dispositions régissant le licenciement pour motif économique, au lieu et place des salariés concernés par cette mesure, n'apporte aucune restriction au droit, accordé aux syndicats professionnels par l'article L. 411-11 du code précité, d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs des professions qu'ils représentent » (Crim., 28 novembre 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 361, sommaire n° 1).

3° La chambre sociale a déjà jugé que le salarié qui ne justifie pas, à la date de suppression de l'usage, réunir les conditions de son bénéfice ne peut contester la régularité de sa dénonciation (Soc., 11 janvier 2000, *Bull.* 2000, V, n° 17, sommaire n° 2).

La même règle jurisprudentielle s'applique à l'engagement unilatéral. En l'espèce, les salariés, qui n'étaient pas liés à la société par un contrat de travail à la date de la dénonciation de l'engagement unilatéral par l'employeur, ne pouvaient en contester la régularité pour fonder leurs demandes en paiement de rappels de salaires.

4° La question posée est de savoir si la suppression pour les seuls nouveaux embauchés d'un avantage résultant d'un accord atypique ayant valeur d'un engagement unilatéral, alors qu'il est maintenu pour les anciens salariés, crée une inégalité salariale contraire au principe « à travail égal, salaire égal ».

Il était admis traditionnellement que si le caractère général de l'usage implique que l'avantage octroyé bénéficie à l'ensemble des salariés, cela peut s'entendre de l'ensemble des salariés d'une catégorie déterminée, à condition que cet octroi particulier ne repose pas sur une discrimination illicite. Ainsi, un employeur peut régulièrement dénoncer un usage en limitant les effets de cette dénonciation aux salariés nouvellement embauchés (Soc., 17 juin 1992, *Bull.* 1992, V, n° 408).

Mais n'était pas alors invoquée la méconnaissance du principe « à travail égal, salaire égal », lequel impose à l'employeur de justifier, par des raisons objectives et matériellement vérifiables, la différence de rémunération des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale (Soc., 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 206). La chambre sociale a déjà énoncé qu'« Au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif » (Soc., 21 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 27).

*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 » (Soc., 11 juillet 2007, *Bull.* 2007, V, n° 119).*

Mais, en l'espèce, s'agissant de la dénonciation d'un accord atypique valant engagement unilatéral et non de la dénonciation d'un accord collectif

au sens strict, l'article L. 132-8, alinéa 6, du code du travail, qui légitime le maintien des avantages individuels acquis, n'a pas vocation à s'appliquer.

La chambre sociale juge ainsi, dans la droite ligne de son arrêt du 21 février 2007, qu'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.

N° 44

Selon l'article L. 433-1, dernier alinéa, du code du travail, une centrale syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble, sauf accord collectif, qu'un seul représentant syndical au comité d'entreprise.

Il en résulte qu'est nulle la désignation d'un représentant syndical effectuée alors que n'avait pas été préalablement révoqué le mandat du représentant syndical désigné par un autre syndicat affilié à la même centrale syndicale, peu important la « confirmation » ultérieure, par ce dernier syndicat, de la désignation effectuée par le premier.

Soc. – 5 mars 2008.

Rejet

N° 07-60.060. – TI Paris 17^e, 2 février 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Une centrale syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble, sauf accord collectif contraire, qu'un seul délégué syndical d'entreprise : c'est ce que rappelle la chambre sociale de manière constante depuis 1988 (Soc., 20 octobre 1988, *Bull.* 1988, V, n° 551).

Pour régler les litiges pouvant survenir entre deux organisations syndicales affiliées à la même centrale syndicale, la chambre sociale a été amenée, par la suite, à poser des règles de résolution des conflits prenant pour base la chronologie des désignations.

Par une décision du 22 novembre 2000 (Soc., pourvoi n° 99-60.424), la chambre sociale a ainsi décidé qu'en cas de litige entre plusieurs organisations syndicales affiliées à la même confédération, il convenait d'annuler la seconde désignation, instituant ainsi une règle d'antériorité.

Plus récemment, appelée à se prononcer sur les désignations successives, par plusieurs organisations syndicales affiliées à la même union syndicale, de représentants au comité d'entreprise, la chambre sociale a réaffirmé cette règle d'antériorité, en précisant qu'aucune nouvelle désignation ne pouvait avoir lieu tant que l'ancienne désignation n'avait pas été révoquée par l'organisation à l'origine de cette désignation (Soc., 6 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 127 ; Soc., 8 décembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 327).

La présente affaire, qui posait également la question de la désignation par un syndicat d'un repré-

sentant syndical, alors qu'une précédente désignation, effectuée par un autre syndicat appartenant à la même confédération, n'avait pas été révoquée, se présentait néanmoins de manière différente. En effet, alors que la chambre sociale s'était toujours prononcée dans des situations où la double désignation résultait d'un conflit entre les syndicats, la double désignation, en l'espèce, ne résultait apparemment que d'une simple maladresse, le second syndicat ayant, avec l'accord du premier, procédé à la désignation d'un représentant syndical en remplacement du précédent, en oubliant qu'il n'avait pas le pouvoir de révoquer le premier mandat puisqu'il n'était pas à l'origine de la désignation initiale.

Les syndicats faisaient donc valoir que les règles posées par la jurisprudence pour résoudre les conflits entre syndicats ne leur étaient pas opposables, puisqu'en définitive, ils étaient bien tous deux d'accords pour la révocation et la désignation subséquente. Pour preuve de cette entente, le second syndicat avait même « confirmé » la désignation effectuée par le premier.

En annulant la désignation, la chambre sociale rappelle que les règles de forme qui sont posées, tant dans l'intérêt des syndicats que des salariés et de l'employeur, pour que chacun puisse se déterminer sur la validité de la désignation d'un représentant syndical s'appliquent à tous, et qu'il ne peut être institué une règle de droit différente selon que les syndicats affiliés à une même confédération syndicale sont ou non en litige, ce qui d'ailleurs paraît fort malaisé à apprécier. Il appartient donc au seul syndicat ayant procédé à une désignation de révoquer cette dernière, et la désignation d'un nouveau représentant ne peut intervenir que lorsque cette formalité a été accomplie régulièrement.

N° 45

Selon, d'une part, le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des restrictions à la liberté d'expression peuvent être prévues par la loi lorsqu'elles sont nécessaires à la protection des droits d'autrui, notamment pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles, de telles restrictions devant être proportionnées au but légitime poursuivi ; selon, d'autre part, l'article premier de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, l'exercice de la liberté de communication électronique peut être limité dans la mesure requise notamment par la protection de la liberté et de la propriété d'autrui.

Il en résulte que si un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site internet, cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers.

Par suite, ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui refuse d'ordonner la suppression d'informations relatives à une entreprise diffusées sur le site internet d'un syndicat, sans rechercher si

ces informations avaient un caractère confidentiel et si ce caractère était de nature à justifier l'interdiction de leur divulgation.

Soc. – 5 mars 2008.

Cassation

N° 06-18.907. – CA Paris, 15 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

L'arrêt rapporté statue pour la première fois sur l'étendue de la liberté de communication d'un syndicat sur un site internet. Un syndicat de branche avait diffusé des informations relatives à une entreprise dans laquelle il n'y avait pas d'accord, prévu par l'article L. 412-18 du code du travail, sur l'utilisation de l'intranet de l'entreprise par les organisations syndicales. La société avait saisi le tribunal de grande instance en référé, pour demander la suppression de certaines des rubriques de ce site dédié à l'entreprise, notamment celles intitulées « syndicat », « rentabilité Secodip », « négociations », « travail de nuit » et « accords 35 heures », en alléguant la confidentialité des informations rapportées dans ces rubriques.

Par un jugement du 11 janvier 2005, le tribunal avait ordonné la suppression de certaines d'entre elles, au motif qu'un syndicat qui représente les salariés ne peut s'affranchir des règles de discrétion qui s'imposent à eux en application de l'article L. 120-2 du code du travail. La cour d'appel avait réformé ce jugement et débouté la société de sa demande, au motif que le syndicat, comme tout citoyen, a un droit d'expression libre, sans être lié par les obligations de confidentialité qui pèsent sur les salariés, les membres du comité d'entreprise ou les experts du comité (des rapports de l'expert-comptable du comité avait été mis en ligne), dès lors qu'il n'a aucun lien avec l'entreprise.

Le pourvoi était fondé sur la violation du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), la liberté d'expression du syndicat ne lui permettant pas de diffuser au public des informations confidentielles.

La cassation est prononcée pour manque de base légale, au visa de l'article 10 § 2 de la Convention et également de l'article premier de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dont il fait une première application en la matière. L'arrêt, qui précise, au regard de ces textes, l'étendue de la liberté de communication d'un syndicat et le rôle du juge, est à rapprocher d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 1979 (*Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, série A n° 30, requête n° 6538/74), statuant sur la portée de l'article 10 § 2 de la Convention, s'agissant de la diffusion d'informations confidentielles par un journaliste.

On rappellera d'abord que l'article 10 § 1 de la Convention pose le principe de la liberté d'expression de façon très générale, la liberté d'expression syndicale n'en étant qu'une application.

Selon l'article 10 § 2 de la Convention, la loi peut apporter des limites à la liberté d'expression « *qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique... à la protection de la réputation ou des droits d'autrui [ou] pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles...* » La loi du 21 juin 2004, relative à la confiance dans l'économie numérique, précise pour sa part, dans son article premier, que la liberté de communication électronique, qui est un élément de la liberté d'expression, peut être limitée par le respect de la dignité, de la liberté ou de la propriété d'autrui.

Il résulte de l'article 10 § 2 de la Convention que le caractère confidentiel d'une information peut être un obstacle à sa divulgation, et de la loi sur la liberté de communication électronique que tel peut être le cas lorsque la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte à la liberté ou à la propriété d'autrui.

Compte tenu des décisions des juges du fond, l'arrêt rapporté précise trois points.

1° S'agissant de la confidentialité des informations, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, dans l'arrêt précité, qu'une personne qui diffuse une information qui lui a été donnée par un tiers n'est pas tenue aux obligations de confidentialité qui peuvent peser sur ce tiers. Le jugement du tribunal n'était pas fondé à cet égard et a été justement réformé par la cour d'appel, l'arrêt n'était d'ailleurs pas critiqué sur ce point. On rappellera ici qu'il résulte de la jurisprudence qu'à l'extérieur de l'entreprise, l'article L. 412-18 du code du travail, relatif à la diffusion d'informations syndicales dans l'entreprise, n'est pas applicable et que seule s'applique la loi sur la presse (Soc., 28 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 37).

2° La diffusion d'informations relatives à une entreprise déterminée peut être limitée, dans la mesure où ces informations sont confidentielles et peuvent porter atteinte à la liberté d'entreprendre ou à la propriété de l'entreprise, c'est-à-dire, en réalité, au secret des affaires. Tel peut être le cas d'une diffusion d'informations sur un site internet, qui les rend librement accessibles à tous, et en particulier à la concurrence. Il appartenait donc à la cour d'appel de rechercher si les informations diffusées sur le site syndical avaient un caractère confidentiel par leur nature même ou en raison de la loi, même si le syndicat n'était pas lié lui-même par les obligations de confidentialité pesant sur les membres de l'entreprise.

3°. L'arrêt précise enfin que la diffusion d'informations confidentielles ne peut être interdite que dans la mesure nécessaire à la protection des droits des tiers, en appliquant un principe de proportionnalité qui résulte du texte même de l'article 10 § 2 de la Convention. Il convient en effet de ne pas porter des atteintes excessives à la liberté d'expres-

sion, mais seulement dans la mesure précisée par la Convention et la loi sur la confiance dans l'économie numérique, c'est-à-dire par la nécessité de protéger les droits des tiers, à savoir, en l'espèce, la liberté et la propriété d'autrui. Il appartenait donc au juge de rechercher si le caractère confidentiel des informations justifiait, au regard des droits de l'entreprise, l'interdiction de leur divulgation.

3. Protection des représentants du personnel

* Protection contre les modifications des conditions de travail

N° 46

Constitue un trouble manifestement illicite, auquel il appartient au juge des référés judiciaire de mettre fin, un changement des conditions de travail imposé, sans son accord, à un représentant du personnel qui a pour effet de mettre fin à ses mandats, nonobstant la contestation de la régularité de la mutation que celui-ci, en sa qualité de fonctionnaire, avait engagée devant le juge administratif.

Soc. – 5 mars 2008.

Cassation

N° 07-11.123. – CA Dijon, 21 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Selon la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 qui a transformé la société France Télécom en société anonyme, l'ensemble de son personnel, qu'il soit salarié de droit privé ou fonctionnaire, bénéficie des institutions représentatives prévues par le code du travail et participe à leur élection. Un agent de France Télécom, qui avait la qualité de fonctionnaire, a ainsi été élu délégué du personnel et membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement de cette société. Il a été muté d'office dans un autre établissement, sans son accord et sans qu'une autorisation administrative ait été sollicitée. L'intéressé a saisi la juridiction administrative de la régularité de sa mutation ; deux syndicats ont saisi en référé le juge judiciaire sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail, en alléguant que la mutation d'office était selon eux irrégulière et constituait un trouble manifestement illicite, dans la mesure où elle avait des effets sur les mandats de l'agent, dont ils demandaient au juge judiciaire d'ordonner la poursuite. Ils ont été déboutés de cette demande, au motif qu'il n'était pas possible de dissocier la validité de la mutation, dont seule la juridiction administrative pouvait connaître, de ses effets sur les mandats, de sorte qu'en présence de cette contestation sérieuse, aucun trouble manifestement illicite n'était démontré.

Aux termes de l'article L. 423-16 du code du travail, le mandat d'un délégué du personnel prend fin notamment par la perte des conditions d'éligibi-

lité, parmi lesquelles figure la nécessité de travailler dans l'établissement ; la mutation critiquée avait donc un effet sur les mandats. On sait qu'en raison, précisément, de ces effets, selon une jurisprudence constante, aucune modification du contrat de travail comme aucun changement des conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé sans son accord et qu'en cas de refus, il appartient à l'employeur, le cas échéant, de saisir l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement (Soc., 25 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 406 ; Soc., 21 novembre 2007, pourvoi n° 06-41.700).

L'arrêt commenté n'aborde pas la question de la régularité de la mutation d'office prononcée sans autorisation administrative au regard du statut des fonctionnaires, qui relève de la compétence du juge administratif. On observera d'ailleurs que la jurisprudence précitée n'oblige nullement un employeur à saisir l'inspecteur avant une décision de mutation, mais seulement à la suite du refus du salarié, s'il envisage son licenciement. L'arrêt ne se prononce que sur les effets sur les mandats de cette décision à laquelle le délégué n'avait pas donné son accord, qui était la seule question qui avait été posée devant le juge judiciaire par les syndicats agissant dans l'intérêt collectif de la profession.

L'arrêt commenté s'appuie sur le raisonnement qui avait fondé en son temps les arrêts Perrier (Ch. mixte, 21 juin 1974, *Bull.* 1974, Ch. mixte, n° 3), selon lequel les règles applicables au mandat d'un représentant exercé dans l'intérêt des salariés représentés doivent prévaloir sur les règles applicables à la relation individuelle de travail.

Rendu au seul visa de l'article L. 423-16 du code du travail, il retient la compétence du juge judiciaire pour connaître d'une décision qui affecte un mandat représentatif régi par les dispositions du code du travail, et, conformément à la jurisprudence précitée, précise que, nonobstant le litige sur la situation individuelle de l'agent, une décision unilatérale de l'employeur, prise sans l'accord du délégué, qui a pour effet de mettre un terme à des mandats, constitue un trouble manifestement illicite.

F. – Rupture du contrat de travail

1. Prise d'acte de la rupture

Soc. – 30 janvier 2008.

Rejet

N° 06-14.218. – CA Lyon, 30 juin 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Voir *infra*, n° 59, sommaire n° 2

2. Licenciements

2.1. Mise en œuvre

* *Entretien préalable*

N° 47

Selon l'article L. 122-14 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable au litige, en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre.

Il en résulte que le salarié doit disposer d'un délai de cinq jours pleins pour préparer sa défense et que le jour de remise de la lettre ne compte pas dans le délai, pas plus que le dimanche, qui n'est pas un jour ouvrable.

Doit donc être rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui a constaté que le salarié avait été convoqué par lettre recommandée reçue le mardi 23 janvier 2003 à un entretien préalable fixé au lundi 27 janvier 2003, ce dont il résulte qu'il n'avait pas pu disposer du délai de cinq jours pleins et ouvrables, prévu par l'article L. 122-14 du code du travail pour préparer sa défense.

Soc. – 20 février 2008. Cassation partielle sans renvoi

N° 06-40.949. – CA Bordeaux, 15 décembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

La question ici posée est celle de l'application des dispositions des articles 640 et suivants du code de procédure civile au calcul de la computation du délai de convocation de cinq jours ouvrables, prévu par l'article L. 122-14 du code du travail (ancien), devenu article L. 1233-11 du code du travail (nouveau), entre la présentation de la lettre de convocation à l'entretien préalable et cet entretien.

La chambre sociale, dans un arrêt du 20 décembre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 396), a déjà dit, au visa unique de l'article L. 122-14 du code du travail, que « le salarié doit disposer d'un délai de cinq jours pleins pour préparer sa défense. Il s'ensuit que le jour de remise de la lettre ne compte pas dans le délai, non plus que le dimanche, qui n'est pas un jour ouvrable ».

Le commentaire de cet arrêt, publié au *Rapport annuel 2006* de la Cour de cassation, (p. 298), souligne qu'« il se déduit de l'arrêt rendu le 7 avril 2006 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (*Bull.* 2006, Ass. plén., n° 4) que les dispositions des articles 640 à 694 du nouveau code de procédure civile relatives aux

délais, actes d'huissier de justice et notifications ne sont pas applicables à des actes non contentieux ou précontentieux.

Or, la convocation à un entretien préalable au licenciement n'est pas un acte relevant du contentieux. Le calcul de la computation du délai de cinq jours ouvrables qui doit être laissé au salarié, convoqué à un tel entretien préalable, pour préparer sa défense ne peut donc se faire par référence aux règles du nouveau code de procédure civile.

La chambre sociale, abandonnant toute référence au nouveau code de procédure civile – comme elle l'avait fait, par exemple, dans un arrêt du 11 octobre 2005 (pourvoi n° 02-45927) – a décidé que ce délai de cinq jours s'entendait de cinq jours pleins, de sorte que doivent être exclus et le jour de la remise de la lettre de convocation et tout jour non ouvrable compris dans la période de cinq jours.

Cette décision tire donc les conséquences de l'arrêt précité de l'assemblée plénière et est aussi fondée sur le souci d'assurer l'effectivité des droits du salarié convoqué à un entretien préalable ».

Depuis, la chambre sociale en formation restreinte (Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.158, diffusé), au visa des articles L. 122-14 du code du travail et des articles 641 et 642 du nouveau code de procédure civile, a cassé un arrêt de cour d'appel, considérant qu'au regard de ces textes, le délai de cinq jours n'avait pas été respecté.

Dans le présent arrêt, la chambre sociale, réunie en formation plénière, exclut à nouveau l'application des dispositions du nouveau code de procédure civile et réitère la position prise dans son arrêt du 20 décembre 2006. Il résulte de l'article L. 122-14 du code du travail, dans sa rédaction applicable, que le salarié doit disposer d'un délai de cinq jours pleins et ouvrables pour préparer sa défense, le jour de remise de la lettre ne comptant pas dans le délai, non plus que le dimanche.

* *Renonciation de l'employeur*

N° 48

Sauf détournement de procédure, l'employeur peut renoncer à poursuivre la procédure de licenciement qu'il a engagée.

Refuse à bon droit de requalifier en licenciement sans cause réelle et sérieuse la mise à la retraite d'un salarié ayant fait l'objet d'une procédure de licenciement non menée à son terme la cour d'appel qui, en l'absence d'un tel détournement, constate que la mise à la retraite de ce salarié remplissait les conditions prévues par l'article L. 122-14-13 du code du travail.

Soc. – 16 janvier 2008. Rejet

N° 06-44.583. – CA Metz, 26 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

En application de l'article L. 122-14-13 du code du travail, l'employeur est en droit de décider la mise à la retraite d'un salarié dès lors que celui-ci remplit la condition d'âge d'ouverture du droit à pension de vieillesse et qu'il peut bénéficier d'une pension à taux plein à la date de la rupture.

Mais un employeur qui comptait initialement licencier un salarié puis a renoncé à poursuivre cette procédure jusqu'à son terme peut-il décider ensuite de lui préférer une mise à la retraite de ce salarié ?

Telle était la question posée pour la première fois à la Cour de cassation par la présente affaire.

Une procédure de licenciement avait en effet été engagée à l'encontre d'un salarié pour refus de coopération avec la nouvelle direction, puis abandonnée avant son terme. L'employeur avait alors notifié au salarié sa mise à la retraite, les conditions de celle-ci étant remplies. Ce salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de sa mise à la retraite en licenciement sans cause réelle et sérieuse, au motif que celle-ci ne visait qu'à éviter le respect des règles de la procédure disciplinaire. Les juges du fond l'ont débouté de sa demande.

La chambre sociale les approuve en rejetant le pourvoi. Elle précise tout d'abord que « *sauf détournement de procédure, l'employeur peut renoncer à poursuivre la procédure de licenciement qu'il a engagée* ». N'est donc pas fautif un employeur qui décide de ne pas mener à son terme une procédure de licenciement : il peut toujours y renoncer, dès lors que cette renonciation n'a pas pour objet un détournement de procédure.

La Cour estime ensuite que le recours ultérieur à une mise à la retraite ne permet pas en lui-même de requalifier cette procédure en licenciement sans cause réelle et sérieuse, dès lors que les conditions de la mise à la retraite définies à l'article L. 122-14-13 du code du travail étaient bien remplies et qu'un détournement de procédure n'était pas établi.

En effet, à la différence du licenciement, la décision de mise à la retraite n'a pas à être causée : « *en application de l'article L. 122-14-13 du code du travail, l'employeur était en droit de mettre un salarié à la retraite, sans avoir à motiver sa décision, dès lors que celui-ci remplissait les conditions d'ouverture du droit à pension de vieillesse et qu'il pouvait bénéficier d'une pension à taux plein à la date de la rupture* » (Soc., 10 mars 1999, pourvoi n° 97-40.059).

Si la chambre sociale a pu décider que l'employeur pouvait être fautif dans l'exercice du droit de mise à la retraite en cas d'abus de droit (Soc., 20 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.065 : « *a ainsi caractérisé la légèreté blâmable, constitutive d'un abus de droit, dont avait fait preuve l'employeur dans l'exercice du droit de mise à la retraite* »), elle a en revanche estimé qu'il n'y avait pas lieu à requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse, dès lors que la mise à la retraite prononcée sur le fondement de

l'article L. 122-14-13 du code du travail remplissait bien les conditions posées par ce texte (Soc., 20 novembre 2001, pourvoi n° 99-45.540).

En l'espèce, les conditions d'âge et de pension à taux plein étant respectées et aucun détournement de procédure n'étant établi, il ne pouvait pas être reproché à l'employeur d'avoir renoncé à poursuivre la procédure de licenciement jusqu'à son terme et d'avoir décidé d'une mise à la retraite du salarié.

2.2. Licenciements disciplinaires

** Faute grave*

N° 49

Le refus, par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de travail constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles, mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave.

Doit être cassé l'arrêt qui retient que le refus délibéré d'une salariée d'accepter, à son retour de congé sabbatique, une nouvelle affectation, en dépit de la clause de mobilité stipulée dans son contrat de travail, caractérise une telle faute au motif que, son précédent poste ayant été pourvu lors de la suspension du contrat de travail et aucun emploi plus proche de son domicile n'étant disponible, l'employeur ne peut lui fournir du travail, même pendant la période de préavis.

Soc. – 23 janvier 2008.

Cassation partielle

N° 07-40.522. – CA Versailles, 26 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Auroy, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Il est acquis que la mise en œuvre d'une clause de mobilité incluse dans le contrat de travail correspond à un simple changement de ses conditions de travail et non à une modification du contrat de travail qui nécessiterait l'accord du salarié. Le refus du salarié d'accepter un changement de ses conditions de travail constitue une faute contractuelle, mais il est désormais de jurisprudence constante, non plus qu'il ne constitue pas « nécessairement » une faute grave (Soc., 4 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 300), mais qu'il ne constitue pas « à lui seul » une faute grave (23 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 64 ; 11 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 156).

Depuis ces derniers arrêts, il est en général admis par la chambre sociale qu'en l'absence d'usage abusif par l'employeur de la clause de mobilité, le caractère délibéré et injustifié du refus du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation n'est plus suffisant pour caractériser la faute grave (*cf.*, par exemple, Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-46.035 ; Soc., 17 octobre 2006, pourvoi n° 04-46.400).

Cependant, en l'absence d'arrêt publié, il était encore permis d'hésiter sur la qualification de la faute en cas d'absence de justification, par le salarié, de son refus.

Dans cette affaire, revenue pour la seconde fois devant la Cour de cassation, une salariée ayant une grande ancienneté dans la société, où elle avait été engagée en qualité de caissière puis promue chef de groupe, a été licenciée pour faute grave tenant à son refus d'accepter, à son retour de congé sabbatique, une nouvelle affectation, nonobstant l'existence d'une clause de mobilité dans son contrat de travail.

Par arrêt confirmatif, la cour d'appel de Paris a décidé que le licenciement était fondé sur une faute grave, en considérant que la salariée avait bénéficié d'un délai de prévenance suffisant et qu'elle n'avait aucun motif impérieux pouvant justifier son refus. Cette décision a été cassée par arrêt du 7 décembre 2004 (pourvoi n° 02-41.640) de la chambre sociale, se fondant sur la règle prétorienne selon laquelle la seule circonstance que l'employeur n'a pas commis d'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité ne caractérise pas la faute grave du salarié qui a refusé de s'y soumettre (Soc., 4 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 37).

La cour d'appel de Versailles, désignée juridiction de renvoi, a statué dans le même sens que la cour d'appel de Paris, après avoir ajouté, dans ses motifs, une nouvelle constatation tenant à l'impossibilité pour l'employeur d'affecter la salariée sur son poste antérieur, lequel n'était plus disponible, ou sur un emploi plus proche de son domicile. La salariée a formé un nouveau pourvoi, en soutenant que cette motivation ne permettait toujours pas de caractériser la gravité de sa faute.

La faute grave est celle qui, par son importance, rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée, même limitée, du préavis (Soc., 2 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 42). C'est bien l'importance de la faute du salarié qui doit rendre impossible, pour l'employeur, de tolérer, même pendant une durée limitée, la présence physique du salarié dans l'entreprise (Soc., 27 septembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 146), et non des circonstances extérieures à sa personne, comme, en l'espèce, l'indisponibilité du poste antérieur et l'absence d'emploi plus proche de son domicile, ce qui revenait pour la cour d'appel de renvoi à admettre, à l'instar de la première cour d'appel, que le refus délibéré et injustifié de la salariée suffisait à caractériser la faute grave de cette dernière.

De sorte que la chambre sociale avait une fois encore à se prononcer sur la question de savoir si, en l'absence d'usage abusif par l'employeur de la clause de mobilité, le refus délibéré et injustifié du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation est suffisant pour caractériser une faute grave.

En répondant par la négative en réaffirmant que le refus, par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de travail constitue, en principe,

un manquement à ses obligations contractuelles et donc, le cas échéant, une cause réelle et sérieuse de licenciement mais ne caractérise pas à lui seul une faute grave, la chambre sociale a entendu mettre un terme à ces hésitations. Il faudra donc d'autres circonstances pour établir l'insubordination caractérisant la faute grave.

2.3. Licenciements économiques

* Consultation des institutions représentatives des salariés

N° 50

C'est au niveau de l'entreprise ou de l'établissement concerné par les mesures de licenciement économique envisagées, au moment où la procédure de licenciement collectif est engagée, que s'apprécient les conditions déterminant la consultation des instances représentatives du personnel et l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Soc. – 16 janvier 2008.

Cassation

N° 06-46.313. – CA Besançon, 10 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Allix,

Note

La chambre sociale avait à se prononcer, dans la présente espèce, sur les effets, sur une procédure de licenciement collectif en cours, de la reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES).

Un employeur avait, fin 2003, engagé une procédure de licenciement économique concernant dix-neuf salariés sur un effectif total de quarante salariés. Les délégués du personnel avaient été consultés sur cette procédure en décembre 2003. Quelques jours plus tard, le tribunal d'instance était saisi, par le biais d'une contestation de désignation de délégués syndicaux, de la question de l'existence d'une UES entre la société à l'origine des licenciements et deux autres sociétés. Par deux décisions de mai et juillet 2004, le tribunal d'instance reconnaissait effectivement l'existence d'une UES. Les licenciements économiques étaient notifiés par l'employeur en juillet 2004. Des syndicats et des salariés avaient alors saisi la juridiction des référés, aux fins d'annulation de leurs licenciements prononcés sans consultation de l'instance représentative qui devait être mise en place au niveau de l'UES. Faisant droit à leur demande, la cour d'appel avait considéré que la société à l'origine des licenciements devait, dès lors qu'une procédure de licenciement collectif pour motif économique était envisagée, mettre en place un comité d'entreprise commun, puis l'informer et le consulter sur ce projet et, compte tenu du nombre de salariés concernés, accompagner cette mesure d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Le pourvoi formé contre cette décision soulevait deux questions essentielles : quelle structure prendre en compte pour déterminer les instances repré-

sentatives à consulter et apprécier les seuils d'effectif fixés pour la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de reconnaissance d'une unité économique et sociale, et quelle date prendre en considération pour apprécier la structure de représentation du personnel devant être consultée dans le cadre d'un licenciement collectif ?

1° La première question porte, pour la première fois, sur les effets de la reconnaissance d'une UES sur l'entité à prendre en considération dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique. S'agissant, d'une part, de l'instance représentative à consulter dans le cadre de la procédure et, d'autre part, des effectifs à prendre en compte pour déclencher l'établissement d'un plan social, la structure à considérer est-elle celle limitée à la société qui entreprend les licenciements, ou s'étend-elle à toutes les sociétés constituant l'UES ?

Dans le cadre d'un groupe, l'article L. 321-3 du code du travail prévoit des consultations cumulatives des comités d'établissement et du comité central d'entreprise lorsque le projet de licenciement excède les pouvoirs du seul chef d'établissement ou concerne plusieurs établissements. Lorsqu'un unique établissement est concerné, seul le comité d'établissement intéressé est consulté. La reconnaissance d'une UES, qui constitue, aux termes de la jurisprudence, une entreprise unique (Soc., 22 juillet 1975, *Bull.* 1975, V, n° 424) en ce qui concerne les dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel et qui peut, ou non, comprendre des établissements distincts, a-t-elle pour effet automatique de modifier la structure à prendre en considération ?

Dans cet arrêt, la chambre sociale répond par la négative, en distinguant selon l'entité concernée directement par les licenciements envisagés : c'est au niveau de l'entreprise ou de l'établissement concerné par les mesures de licenciement économique envisagées que s'apprécient les conditions déterminant la consultation des instances représentatives du personnel et l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. La chambre sociale s'attache donc à un critère d'efficacité : la procédure doit être menée au niveau auquel se situent les mesures de licenciement envisagées.

2° La seconde question naît de l'effet déclaratif conféré à la reconnaissance d'une UES par la jurisprudence (Soc., 21 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 29) : les effets de la reconnaissance d'une UES remontent à la date à laquelle l'instance en reconnaissance a été introduite. Or, en l'espèce, la procédure en reconnaissance d'UES avait été initiée alors que la procédure de licenciement collectif était déjà engagée et que les représentants du personnel avaient été consultés, mais avant que les licenciements ne soient effectivement prononcés. L'employeur aurait-il dû, compte tenu de la reconnaissance ultérieure de l'UES, procéder à une nouvelle consultation des instances à créer de représentation du personnel ? Un arrêt, non publié, s'était penché sur la date d'appréciation du respect par l'employeur de la procé-

ture de licenciement collectif, en approuvant une cour d'appel qui avait retenu « une autre date que celle des licenciements » (Soc., 13 juillet 1999, pourvoi n° 97-43.261). D'autres arrêts ont cependant considéré que l'employeur devait procéder à une nouvelle consultation des représentants du personnel lorsque de nouveaux éléments étaient apparus au cours de la procédure de licenciement collectif (Soc., 19 mars 2003, *Bull.* 2003, V, n° 105). Mais il s'agissait d'éléments nouveaux, touchant au projet même de licenciement économique collectif.

En considérant que c'est « au moment où la procédure est engagée » que s'apprécient les conditions déterminant la consultation des instances représentatives du personnel et l'élaboration d'un plan de sauvegarde pour l'emploi, la chambre sociale fixe une règle permettant d'écarter les incertitudes liées aux modifications éventuelles de la structure de l'entreprise en cours de procédure.

* Mesures d'accompagnement

N° 51

Il résulte des articles L. 321-1 et L. 321-4-2, alinéa 4, du code du travail que si l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture réputée intervenir d'un commun accord, elle ne le prive pas de la possibilité d'en contester le motif économique.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui retient que le contrat est rompu d'un commun accord par l'effet du consentement du salarié à la convention de reclassement personnalisé, pour en déduire qu'il n'est plus fondé à contester le caractère économique du licenciement.

Soc. – 5 mars 2008.

Cassation

N° 07-41.964. – CA Douai, 23 février 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Les nouvelles dispositions de l'article L. 321-4-2 du code du travail, issues de la loi n° 2005-32 « de programmation pour la cohésion sociale » du 18 janvier 2005, obligent les employeurs occupant moins de mille personnes à proposer à chaque salarié dont le licenciement est envisagé pour motif économique le bénéfice d'une convention de reclassement personnalisé.

L'alinéa 4 de l'article L. 321-4-2 dispose qu'en cas d'accord du salarié, le contrat de travail est réputé rompu d'un commun accord des parties.

Il n'en résulte cependant pas que le salarié soit privé du droit de contester le motif économique de la rupture.

La Cour de cassation reprend la solution adoptée précédemment en cas d'adhésion d'un salarié à une convention de conversion. Il avait été alors décidé que la convention de conversion qui entraîne la rupture d'un commun accord des parties implique l'existence d'un motif économique et n'empêche pas le salarié de contester la rupture du contrat de travail (Soc., 29 janvier 1992, *Bull.* 1992, V, n° 52).

Dans les deux cas, l'offre de convention constitue, pour l'employeur, une obligation légale qui s'adresse aux salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé. Les deux types de convention offrent aux salariés qui y adhèrent des avantages comparables : allocations plus élevées, bénéfice d'aide personnalisées au reclassement, de formation, etc.

La proposition de convention de reclassement personnalisé s'inscrit dans la procédure de licenciement pour motif économique. Elle est transmise lors de l'entretien préalable au licenciement, en vue d'atténuer la rigueur de ses effets.

Dans la mesure où la réponse du salarié à la proposition de convention de reclassement personnalisé porte sur les avantages offerts par cette convention, son accord sur la rupture du contrat de travail s'apparente, comme on l'a dit au sujet des conventions de conversion, à une fiction légale.

Cette impression est renforcée par l'emploi de l'expression selon laquelle le contrat de travail est réputé rompu d'un commun accord. Cela montre qu'il ne s'agit pas d'une rupture conventionnelle du contrat de travail, née de la rencontre de deux volontés. Cette formule permet de justifier l'absence de délai-congé en cas d'accord du salarié sur la convention de reclassement.

L'adhésion à une convention de reclassement personnalisé se distingue donc de la résiliation amiable pour motif économique (Soc., 2 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 308), qui peut bénéficier à des personnes dont le licenciement n'était pas nécessairement envisagé et dont les modalités peuvent faire l'objet d'une négociation individuelle ou collective.

2.4. Licenciement nul

* *Indemnisation*

N° 52

Lorsqu'un salarié victime d'un licenciement nul ne réclame pas sa réintégration, le principe de la réparation intégrale du préjudice impose que l'irrégularité de la procédure de licenciement soit réparée par le juge, soit par une indemnité distincte, soit par une somme comprise dans l'évaluation globale du préjudice résultant de la nullité du licenciement.

Statue dès lors à bon droit la cour d'appel qui alloue au salarié à la fois une indemnité au titre

de l'irrégularité de la procédure de licenciement et une indemnité réparant le préjudice résultant de la nullité du licenciement.

Soc. – 23 janvier 2008.

Rejet

N° 06-42.919. – CA Orléans, 23 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Leprieur, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Par cet arrêt, la chambre sociale tranche pour la première fois la question de la possibilité du cumul entre l'indemnité accordée au titre de la nullité du licenciement et l'indemnité pour inobservation de la procédure de licenciement.

Jusqu'à présent, seule avait été tranchée la question du cumul entre l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'indemnité pour irrégularité de la procédure. En la matière, la Cour de cassation a décidé, au visa de l'article L. 122-14-4 du code du travail, que ces deux indemnités ne se cumulent pas (Soc., 20 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 18). En revanche, elle a décidé, au visa de l'article L. 122-14-5, c'est-à-dire en cas de licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse dans une entreprise de moins de onze salariés ou d'un salarié comptant moins de deux ans d'ancienneté, que ces deux indemnités pouvaient se cumuler (Soc., 5 février 2003, *Bull.* 2003, n° 41).

En cas de licenciement nul, le salarié qui ne réclame pas sa réintégration a droit, d'une part, aux indemnités de rupture et, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4, soit six mois de salaires (Soc., 27 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 250 et 2 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 153).

Ces principes d'indemnisation, dégagés à propos d'un licenciement nul comme prononcé sur la base d'une inaptitude irrégulièrement constatée et donc justiciable des dispositions de l'article L. 122-45 du code du travail, ont été appliqués depuis lors à tous les licenciements nuls, que ce soit le licenciement du salarié protégé en violation du statut protecteur (12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 219) ou un licenciement prononcé en cours de suspension du contrat de travail d'origine professionnelle en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-32-2 du code du travail (18 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 424), ou encore un licenciement économique sans procédure de consultation régulière sur le plan social (10 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 45).

Le présent arrêt permet à la Cour de cassation d'appliquer de manière plus complète le principe de la réparation intégrale au cas d'un licenciement non seulement nul, mais également irrégulier. Elle décide que l'indemnité au titre de l'irrégularité de la procédure de licenciement se cumule avec l'indemnité réparant le préjudice résultant de la nullité du

licenciement, et elle précise que le juge peut accorder indifféremment des indemnités distinctes ou une indemnité globale.

N° 53

1° Le salarié dont le licenciement est nul en raison de l'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi et qui demande sa réintégration ayant droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires perdus, les revenus tirés d'une autre activité et le revenu de remplacement qu'il a pu percevoir pendant cette période doivent en conséquence être déduits de sa créance de réparation.

Il en résulte que l'employeur qui a versé une somme supérieure à ce préjudice, au regard des revenus perçus par ailleurs par le salarié, peut demander répétition de cet excédent.

2° Si le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer la date à compter de laquelle courent les intérêts dus sur une créance indemnitaire, cette créance ne peut toutefois produire intérêts avant la naissance du préjudice qu'elle répare.

Soc. – 12 février 2008. Cassation partielle

N° 07-40.413. – CA Versailles, 14 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

Note

1° Si la nullité du licenciement d'un salarié protégé ouvre droit, dans tous les cas, à une indemnité pour le salarié qui demande sa réintégration, les modalités de calcul de son montant diffèrent selon que l'employeur est ou non à l'origine de la cause de nullité.

Lorsque l'employeur a méconnu le statut protecteur du salarié (licenciement d'un salarié protégé malgré l'absence ou le refus d'autorisation administrative, ou dans le cadre de l'exercice du droit de grève), l'indemnité a un caractère de sanction et est égale au montant de la rémunération que le salarié aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration. Dans ces hypothèses, la Cour de cassation a été amenée à préciser que l'employeur ne pouvait déduire de l'indemnité mise à sa charge les revenus perçus de tiers par le salarié durant la même période de référence (Soc., 10 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 297 ; Soc., 2 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 53 ; voir précédente note sous Soc., 10 octobre 2006, dans cette même revue, n° 76, Oct.-Nov.-Déc. 2006, arrêt n° 704).

En revanche, lorsque la nullité du licenciement est une conséquence de l'annulation d'un autre acte (annulation de l'autorisation administrative de licencier un salarié protégé, annulation d'un plan social), il n'y a pas de faute directe de l'employeur quant au licenciement et l'indemnité est alors égale à la totalité du préjudice subi entre ce licenciement et la réintégration : elle n'a dès lors pas de voca-

tion sanctionnatrice à l'égard de l'employeur, mais purement indemnitaire à l'égard du salarié. Dès lors, la Cour de cassation a précisé que les revenus éventuellement perçus par le salarié de la part de tiers durant la même période de référence devaient être déduits de l'indemnité (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 148 ; Soc., 28 octobre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 263 ; Soc., 19 octobre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 293 ; Soc., 3 juillet 2003, *Bull.* 2003, V, n° 214).

Dans la présente espèce, une salariée avait fait l'objet d'un licenciement annulé avec demande de réintégration. Elle avait à nouveau été licenciée par son employeur pour faute grave, mais les juges du fond ont jugé ce nouveau licenciement nul. La Cour de cassation les approuve dans le présent arrêt, pour avoir fait ressortir que ce licenciement « *n'était destiné qu'à éviter la réintégration de la salariée et qu'il procédait ainsi d'un dessein frauduleux* ». L'employeur contestait également le refus par les juges du fond de faire droit à sa demande de remboursement de la part de l'indemnité versée pour nullité du licenciement, correspondant au montant des revenus de remplacement perçus par la salariée entre son licenciement et sa réintégration.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'indemnité due au salarié dont le licenciement est nul, comme destiné à éviter sa réintégration consécutive à l'annulation d'un précédent licenciement, et qui demande sa réintégration a un caractère forfaitaire ou s'il faut en déduire les revenus de remplacement qu'il a pu percevoir de tiers durant la même période de référence.

La chambre sociale répond très clairement que, dans cette hypothèse, le salarié « *a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé* ». L'indemnité n'a donc pas de caractère forfaitaire : « *il en résulte que doivent être déduits de la réparation du préjudice subi les revenus qu'il a tirés d'une autre activité et le revenu de remplacement qui lui a été servi pendant cette période* ».

Dans une telle situation, l'indemnité mise à la charge de l'employeur suit alors le même régime que celle due en cas de licenciement nul suite à l'annulation de l'autorisation administrative ou du plan social.

C'est alors fort logiquement que la chambre sociale ajoute que « *ce qui a été indûment versé est sujet à répétition* », ouvrant ainsi à l'employeur l'action en répétition de l'indu.

2° Le point de départ des intérêts légaux assortissant une condamnation judiciaire au paiement d'une somme d'argent est fixé de manière différente selon la nature de la créance.

S'agissant des « *obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme* », encore appelées obligations de somme d'argent, l'article 1153 du code civil fixe le point de départ des intérêts au jour de la sommation de payer. En revanche, concernant une « *condamnation à une indemnité* », encore appelée

créance indemnitaires, l'article 1153-1 du même code fixe en principe le point de départ des intérêts au jour du prononcé du jugement, « à moins que le juge n'en décide autrement », lui laissant ainsi la faculté d'avancer ou de retarder ce point de départ.

La Cour de cassation a été amenée à préciser, dans un arrêt d'assemblée plénière, que cette faculté pour le juge de fixer à une date antérieure à sa décision le point de départ des intérêts légaux relevait du pouvoir discrétionnaire des juges du fond (Ass. plén., 3 juillet 1992, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 7).

La présente affaire soulevait la question de savoir quelle est l'étendue de ce pouvoir.

Il ne fait aucun doute en effet que les juges du fond peuvent fixer le point de départ des intérêts soit au jour de la naissance du préjudice (par exemple, en cas de nullité du licenciement, à la date du licenciement : Soc., 9 juin 2004, pourvoi n° 02-41.439), soit au jour de la demande en justice (par exemple, en cas d'indemnité pour licenciement abusif, la date de la convocation de l'employeur devant le bureau de conciliation : Soc., 15 juin 1993, *Bull.* 1993, V, n° 168).

Mais, en l'espèce, les juges du fond avaient décidé de fixer au 19 octobre 1998 le point de départ des intérêts de l'indemnité due pour nullité du licenciement prononcé le 11 avril 2003. Le pourvoi de l'employeur soutenait pour sa part que la faculté octroyée au juge par l'article 1153-1 du code civil d'avancer le point de départ des intérêts ne lui permettait pas pour autant de le fixer à une date antérieure à la naissance du préjudice.

La Cour de cassation peut-elle censurer une décision prise en application du pouvoir discrétionnaire des juges du fond, lequel se définit, selon MM. Boré, comme : « un pouvoir qui, dans le cadre fixé par la loi, s'exerce en toute liberté » (« La cassation en matière civile », J. et L. Boré, *Dalloz Action*, 2003, n° 66.32) ?

Par le présent arrêt, la chambre sociale répond par l'affirmative, en décidant pour la première fois « qu'une créance indemnitaire ne peut produire intérêts avant la naissance du préjudice qu'elle a pour objet de réparer ». Les intérêts ayant pour objectif de compenser le délai qui s'est écoulé entre le préjudice et sa réparation, la censure de la Cour de cassation permet ainsi de fixer des bornes au pouvoir discrétionnaire des juges du fond.

3. Retraite et préretraite

* Indemnité de départ en retraite

N° 54

L'indemnité de départ en retraite versée au salarié qui quitte volontairement l'entreprise pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse n'a pas pour objet de compenser un préjudice et constitue dès lors une rémunération, ce dont il résulte qu'elle est soumise aux règles de saisie prévues par le code du travail.

Prive sa décision de base légale l'arrêt qui ne précise pas si la somme litigieuse a été versée au salarié en raison de son départ volontaire à la retraite ou de sa mise à la retraite par l'employeur.

Soc. – 30 janvier 2008.

Cassation

N° 06-17.531. – CA Besançon, 10 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Mathon, Av. Gén

Note

Le présent arrêt donne à la chambre sociale de la Cour de cassation l'occasion de trancher clairement pour la première fois la question de la nature de l'indemnité de départ à la retraite d'un salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse.

Le salarié soutenait que cette indemnité était due à titre de rémunération et que, comme telle, elle ne pouvait faire l'objet d'une saisie-attribution, alors que la cour d'appel avait estimé que cette indemnité n'avait pas le caractère de rémunération, puisqu'elle n'était pas la contrepartie du travail fourni par l'employé.

La question qui se posait donc à la cour était de savoir si cette indemnité de départ à la retraite pouvait faire l'objet d'une saisie-attribution de droit commun ou si elle devait être soumise à la procédure de saisie des rémunérations, et donc si cette indemnité avait la nature d'une rémunération.

La Cour de cassation reconnaît un caractère indemnitaire à l'indemnité de licenciement, au motif qu'elle « n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue pas un salaire ».

De même, elle a admis que l'indemnité de « mise à la retraite » à l'initiative de l'employeur avait le caractère de dommages-intérêts, compensant le préjudice né de la rupture du contrat de travail (voir, par exemple, Soc., 11 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 257) et que « l'indemnité de départ à la retraite perçue par un salarié qui, ayant atteint l'âge de soixante ans, ne pouvait plus prétendre au versement de l'allocation de préretraite progressive et avait dû faire valider ses droits à pension de vieillesse » présentait un caractère indemnitaire (Soc., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 309). Il ne s'agissait pas, dans ce dernier arrêt, d'un départ volontaire à la retraite, mais d'un salarié qui était obligé de faire valider ses droits à pension de vieillesse.

Dans l'arrêt commenté, le salarié quittait volontairement l'entreprise pour bénéficier de son droit à une pension de vieillesse. Dans cette situation, la cour considère que l'indemnité de départ en retraite qui lui est versée par l'employeur n'a pas pour objet de compenser un préjudice, mais constitue une rémunération qui est soumise aux règles de saisies prévues par l'article 145-2 du code du travail.

L'indemnité de départ à la retraite a donc un caractère indemnitaire lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture et qu'elle vise alors à compenser le préjudice né de cette rupture pour le salarié ; elle

a le caractère d'un complément de rémunération lorsque le départ résulte de la seule décision du salarié.

Il est à noter que, contrairement à ce que soutenait le salarié, la somme n'est pas complètement insaisissable, mais que sa saisie est soumise, comme celle des salaires, aux règles de l'article L. 145-2 du code du travail.

* Mise à la retraite

N° 55

Il résulte de l'article L. 122-14-13 du code du travail que lorsque les conditions de la mise en retraite sont remplies, la rupture ne constitue pas un licenciement. Si l'employeur qui envisage de mettre des salariés à la retraite à l'occasion de difficultés économiques doit observer les dispositions relatives aux licenciements économiques, en ce qu'elles impliquent la consultation des représentants du personnel et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions légales en sont remplies, il n'en résulte pas que la décision de mise à la retraite prise par l'employeur entraîne les effets d'un licenciement.

Doit être cassé l'arrêt qui condamne un employeur au paiement d'une indemnité conventionnelle de licenciement alors que les conditions légales de la mise à la retraite du salarié étaient remplies et que cette mesure n'était pas intervenue dans le cadre d'un plan social prévoyant le versement d'une telle indemnité aux salariés mis à la retraite.

Soc. – 18 mars 2008.

Cassation

N° 07-40.269. – CA Versailles, 2 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Linden, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

L'article L. 321-1, alinéa 2, du code du travail (devenu le second alinéa de l'article L. 1233-3 du nouveau code du travail) rend applicable à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédant les dispositions du chapitre de ce code relatif au licenciement pour motif économique. Cette disposition, qui résulte de la loi du 29 juillet 1992, avait valeur de transposition de la Directive européenne n° 92/56/CE, du 24 juin 1992 (remplacée depuis par la Directive n° 98/59/CE, du 20 juillet 1998), qui entendait intégrer dans le calcul du nombre des licenciements pour motif économique imposant la consultation des représentants du personnel « les cessations de contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur et pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs ». La loi du 29 juillet 1992 a d'ailleurs conforté la position de la chambre sociale, selon laquelle des départs volontaires s'inscrivant dans le cadre d'une réduction d'effectifs imposent la mise en place d'un plan social (Soc., 10 avril 1991, Bull. 1991, V, n° 179). Il en résulte que relève des

dispositions du code du travail qui imposent la consultation des représentants du personnel et la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi toute rupture du contrat de travail liée à des difficultés économiques, à une mutation technologique ou à une réorganisation de l'entreprise, dès lors que les conditions prévues par les articles L. 321-3 (L. 1233-28) et L. 321-4-1 (L. 1233-61) du code du travail sont remplies. C'est ce qui explique que les ruptures amiables du contrat de travail soient soumises à ces dispositions lorsqu'elles sont applicables (Soc., 2 décembre 2003, Bull. 2003, V, n° 309, Rapport annuel 2003, p. 315). Il en va de même pour des mises à la retraite qui, si elles constituent un mode de rupture autonome, entraînent aussi la cessation du contrat de travail. A ce titre, elles relèvent du chapitre sur les licenciements économiques lorsqu'elles sont liées à l'une des causes économiques définies par le code du travail et lorsque les conditions requises pour la consultation des représentants du personnel et l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont réunies. Il est certain que, lorsque l'entreprise rencontre des difficultés, des mises à la retraite peuvent constituer, pour l'employeur, un moyen de réduire les effectifs plus commode que les licenciements. Il est donc souhaitable qu'à ce titre, elles soient intégrées dans un plan social quand il est établi (sachant qu'en vertu de la Directive de 1998, ce mode de cessation de la relation de travail doit être pris en compte pour déterminer si les obligations qu'elle prévoit sont applicables).

Les arrêts rendus le 18 avril 2000 (Bull. 2000, V, n° 142), le 2 novembre 2005 (pourvoi n° 03-46.325) et, dans une moindre mesure, un arrêt du 10 octobre 2007 (pourvoi n° 06-42.782), pouvaient toutefois laisser penser que, dès lors que des mises à la retraite permettaient de supprimer des emplois pour une raison économique, elles ouvraient toujours droit au paiement d'une indemnité de licenciement prévue dans le plan social établi à cette occasion. C'est cette incertitude que lève l'arrêt du 18 mars 2008, en énonçant que « si l'employeur qui envisage de mettre des salariés à la retraite à l'occasion de difficultés économiques doit observer les dispositions relatives aux licenciements économiques, en ce qu'elles impliquent la consultation des représentants du personnel et la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions nécessaires sont remplies », il n'en résulte toutefois pas que la décision de l'employeur entraîne les effets d'un licenciement à l'égard des retraités. Ceux-ci ne peuvent donc prétendre, au seul motif que leur départ permet de réduire les effectifs, au paiement d'indemnités de licenciement. Il n'est certes pas exclu que le plan social établi à cette occasion leur étende le bénéfice de cet avantage ou contienne d'autres mesures indemnitaires adaptées aux salariés qui sont mis à la retraite et dont la situation n'est pas la même que celle des salariés perdant leur emploi à la suite d'un licenciement. Il peut même apparaître souhaitable que le plan de sauvegarde de l'emploi qui les prend en compte comporte des dispositions qui leur sont

propres, dès lors qu'en l'absence de difficultés économiques, l'employeur n'aurait pas nécessairement pris l'initiative de rompre les contrats des salariés les plus anciens en les mettant à la retraite. Mais la soumission des mises à la retraite aux règles du licenciement économique, dans leur dimension collective (consultation du comité d'entreprise, établissement d'un plan social), ne modifie pas pour autant la nature de ce mode de rupture spécifique et ne lui fait donc pas produire les effets d'un licenciement. Ainsi, l'indemnité de licenciement ne se substitue pas de plein droit à l'indemnité de mise à la retraite. L'application aux mises à la retraite liées à des difficultés économiques des dispositions du chapitre du code du travail sur les licenciements économiques comporte d'ailleurs d'autres limites. Notamment, elles ne devraient pas obliger l'employeur à prévoir au préalable le reclassement des salariés qu'il entend mettre à la retraite, puisqu'une telle obligation est incompatible avec le régime et les effets de ce mode de rupture. Enfin, ce qui est jugé à propos de la mise à la retraite ne concerne pas le départ volontaire du salarié à la retraite, où l'initiative de la rupture provient du salarié lui-même, tout comme dans une démission (Soc., 25 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 214 ; 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-43.298). Il n'est pas exclu que, pour favoriser des départs à la retraite, l'employeur prévoie, dans le plan de sauvegarde de l'emploi, des avantages incitatifs à l'intention de ceux qui remplissent les conditions légales et conventionnelles pour quitter l'entreprise, mais, en elle-même, cette forme de départ volontaire relève pas de l'article L. 321-1 (L. 1233-3) du code du travail.

G. – Actions en justice

* *Appel*

N° 56

Les limites apportées à l'appel principal formé contre les seules dispositions d'un jugement rendu avant rectification sont sans conséquence sur l'appel incident, qui peut être étendu aux chefs du jugement le complétant, lequel s'incorpore à la décision complétée.

Saisie de l'entier litige ayant fait l'objet du jugement rectifié, une cour d'appel décide exactement que l'appel incident peut porter sur l'ensemble de ses dispositions, y compris celles venues le compléter par l'effet d'un jugement rectificatif.

Soc. – 4 mars 2008.

Rejet

N° 06-45.221. – CA Besançon, 5 septembre 2006.

Mme Perony, Pt (f.f.). – M. Leblanc, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Dans l'espèce soumise à la chambre sociale, un appel principal a été formé contre les chefs du

dispositif d'un jugement rendu avant une décision rectificative le complétant. En dehors du délai pour agir à titre principal, un appel incident étendu aux chefs de la décision rectificative a été formé.

Statuant sur la recevabilité de l'appel incident, les juges du fond, fondant leur raisonnement sur un principe déjà consacré par la Cour de cassation au visa des articles des articles 548 et 550 du code de procédure civile (Soc., 28 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 390), ont considéré que l'appel incident pouvait être formé en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjette serait forclus pour agir au principal. Si la recevabilité de l'appel incident reste subordonnée à celle de l'appel principal, les limites apportées à celui-ci sont toutefois sans conséquence sur l'appel incident, qui peut être étendu aux chefs de jugement non visés par l'appel principal.

Il en résulte d'une part que l'appel incident, même formé hors délai de l'appel principal, est recevable dès lors que l'appel principal, auquel il se rattache, est lui-même recevable, ne serait-ce que pour partie (Soc., 5 avril 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75) et d'autre part que, lorsqu'un jugement contient plusieurs chefs distincts et qu'une partie interjette appel de l'un d'eux, l'intimé peut appeler incidemment des autres chefs (Soc., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 117, et arrêts cités).

Cependant, si ce principe concerne « tous les chefs du jugement dont il est fait appel », la question se pose des conséquences de l'appel incident, formé contre les chefs d'un jugement rectificatif, sur l'étendue de la dévolution.

Il a déjà été jugé qu'un arrêt rectificatif doit s'incorporer à la décision modifiée (3^e Civ., 29 mai 1969, *Bull.* 1969, III, n° 427). Il n'y a donc pas de distinction à faire entre les dispositions du jugement initial et celles du jugement rectificatif, qui n'a comme vocation que de s'adjoindre à la décision complétée pour former un tout.

Dès lors, si la recevabilité de l'appel incident est subordonnée à celle de l'appel principal, les limites apportées à l'appel principal formé contre les seules dispositions d'un jugement rendu avant rectification sont sans conséquence sur l'appel incident, qui peut être étendu aux dispositions du jugement rendu sur requête en omission de statuer le complétant.

* *Compétence matérielle du conseil de prud'hommes*

N° 57

Le juge prud'homal, compétent pour connaître de l'interprétation d'un accord collectif lorsque celle-ci est nécessaire à la solution d'un litige lié au contrat de travail d'un salarié, est compétent pour statuer sur une question préjudicielle relative à l'interprétation d'un accord collectif, posée par le juge administratif dans le cadre d'un litige individuel opposant le salarié à son employeur.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir dit qu'un conseil

de prud'hommes, saisi par un salarié protégé contestant la régularité de sa mise à la retraite prononcée sur le fondement d'un accord collectif et autorisée par l'administration du travail, était compétent pour interpréter ledit accord sur question préjudicielle posée par le juge administratif, lui-même saisi par le salarié de la légalité de la décision administrative ayant autorisé cette mise à la retraite.

Soc. – 18 mars 2008.

Rejet

N° 07-41.813. – CA Paris, 21 septembre 2006 et 8 février 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Un salarié, exerçant les fonctions de conseiller prud'homme, avait été mis à la retraite par son employeur après autorisation de l'inspecteur du travail. Estimant que les conditions de sa mise à la retraite n'étaient par réunies, le salarié avait engagé une action prud'homale et avait également saisi le juge administratif d'une demande d'annulation de l'autorisation donnée par l'inspecteur du travail. Le conseil de prud'hommes avait sursis à statuer dans l'attente de la décision de la juridiction administrative, et la cour administrative d'appel avait également sursis à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur des questions préjudicielles relatives à l'interprétation du dispositif conventionnel sur la base duquel l'employeur avait procédé à la mise à la retraite du salarié, invitant ce dernier à saisir la juridiction compétente pour répondre à ces questions.

Saisi par le salarié, le conseil de prud'hommes s'était déclaré compétent, et avait procédé à l'interprétation du dispositif conventionnel et répondu aux questions préjudicielles formulées par le juge administratif. Puis, la cour d'appel avait rejeté le contredit formé contre ce jugement prud'homal par l'employeur et statué sur ces questions préjudicielles.

L'employeur faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir rejeté ce contredit alors que, selon lui, « seul le tribunal de grande instance est compétent pour répondre à une question préjudicielle portant sur l'interprétation d'un accord collectif et émanant de la juridiction administrative dans le cadre d'un recours contentieux contre une décision de l'inspection du travail sans formulation de demandes dirigées contre l'employeur ».

La question de droit qui était posée pour la première fois à la chambre sociale de la Cour de cassation était donc de déterminer la juridiction compétente pour statuer sur un problème d'interprétation d'un accord collectif, problème posé non pas par le salarié dans le cadre de l'action qu'il avait engagée devant la juridiction prud'homale, mais par le juge administratif, sous forme de question préjudicielle dans le cadre de l'action que le salarié avait engagée, en parallèle, devant la juridiction administrative.

L'article L. 511-1 du code du travail dispose que les conseils de prud'hommes sont compétents pour connaître des différends individuels s'élevant à l'occasion de tout contrat de travail liant employeurs et salariés.

La jurisprudence considère que lorsque la demande du salarié concerne exclusivement la portée ou l'interprétation d'une norme collective sans être assortie d'une demande individuelle qui en serait la conséquence nécessaire, le litige est en principe collectif et échappe, comme tel, à la compétence du conseil de prud'hommes, pour relever de la compétence du droit commun du tribunal de grande instance (par exemple, Soc., 6 mai 1998, Bull. 1998, V, n° 234).

En revanche, lorsqu'un salarié poursuit la réalisation de droits individuels qu'il tient d'une norme relevant du statut collectif, le litige est individuel, alors même que l'appréciation du bien-fondé de ces droits dépendrait de l'interprétation de la norme collective (par exemple, Soc., 12 juillet 2006, Bull. 2006, V, n° 263, ou Soc., 13 février 1996, Bull. 1996, V, n° 53, sommaire n° 1).

Ainsi dans un arrêt du 20 octobre 1988, la chambre sociale avait jugé qu'« un litige, dont la solution implique l'interprétation d'une convention collective, conservant un caractère individuel s'il est soulevé par un salarié à son seul profit, le conseil de prud'hommes est compétent pour interpréter la convention collective, même si le problème soulevé est susceptible d'intéresser tous les salariés relevant du champ d'application de la convention collective » (Soc., 20 octobre 1988, Bull. 1988, V, n° 548).

La difficulté dans la présente espèce était que, si le litige était bien né à propos d'un contentieux individuel opposant le salarié à son employeur, les questions préjudicielles du juge administratif portaient uniquement sur l'interprétation d'un accord collectif.

La chambre sociale décide que les questions préjudicielles posées par le juge administratif, concernant l'interprétation d'une norme collective, ne s'inscrivent pas dans le cadre d'un différend présentant un caractère collectif mais dans celui d'un différend initié par un salarié à son profit, et en déduit donc que la juridiction prud'homale est compétente pour y répondre.

** Chose jugée*

N° 58

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif.

N'est pas recevable le pourvoi formé contre un arrêt qui se borne, dans son dispositif, sans mettre fin à l'instance, à ordonner avant dire droit la réouverture des débats, sans se prononcer sur le fond du litige.

Soc. – 16 janvier 2008.

Cassation

N° 05-41.313 et 06-44.699. – CA Paris, 12 janvier 2005 et 21 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Pécaut-Rivolier, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Aux termes de l'article 606 du nouveau code de procédure civile, les jugements qui ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ne peuvent être frappés de pourvoi que s'ils tranchent, dans leur dispositif, une partie du principal. Ce texte exclut donc de tout recours les mesures d'administration judiciaire. La Cour de cassation a été amenée à plusieurs reprises à affirmer qu'entraient dans ce cadre les décisions de réouverture des débats (Soc., 23 mai 1984, *Bull.* 1984, V, n° 220, ou, plus récemment, Soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-44.263).

Mais le pourvoi est ouvert quand la décision ordonnant une réouverture des débats tranche dans le même temps, dans son dispositif, une partie du principal. Tel est le cas, par exemple, d'une décision qui, statuant sur des mesures provisoires, a, en décidant de la loi applicable au divorce, tranché dans son dispositif une partie du principal (1^{re} Civ., 13 octobre 1992, *Bull.* 1992, I, n° 246).

Dans la présente espèce, la cour d'appel avait, dans la motivation de sa décision en date du 12 janvier 2005, estimé nul le licenciement d'un salarié protégé, mais s'était bornée, dans le dispositif de la décision, à « ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur les conséquences de la nullité du licenciement ». Statuant après réouverture des débats, la cour d'appel avait ensuite, dans une décision du 21 juin 2006, estimé que c'était par motifs décisifs que la cour, dans son précédent arrêt, avait tranché la question relative au statut protecteur du salarié et à la nullité de son licenciement, qui ne pouvait plus dès lors être remis en cause.

La question préalable qui se posait à la chambre sociale était par conséquent de déterminer si le dispositif de l'arrêt du 12 janvier 2005 se limitait à ordonner une mesure d'administration judiciaire ou s'il tranchait une partie du principal.

Dans un arrêt du 22 novembre 2005, la première chambre civile a considéré « qu'est immédiatement recevable le pourvoi formé contre un arrêt qui, enjoignant aux parties de se mettre en conformité avec les dispositions de la loi n° 2005-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire, a tranché dans son dispositif une partie du principal » (1^{re} Civ., 22 novembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 424).

La cour d'appel, qui a invité dans son dispositif les parties à s'expliquer sur les conséquences de la nullité du licenciement, s'est-elle ainsi implicitement prononcée sur le fond du litige et a-t-elle par conséquent tranché une partie du principal ?

En répondant très fermement par la négative, la chambre sociale rappelle que seul ce qui est expressément tranché dans le dispositif est revêtu de l'autorité de la chose jugée, et que ne tranche pas le

litige la cour d'appel qui se borne à ordonner une réouverture des débats, en invitant les parties à s'expliquer sur certains éléments qui sont développés dans les motifs de la décision.

N° 59

1° Seules les mentions du dispositif ont autorité de chose jugée.

Doit en conséquence être approuvée la cour d'appel qui fixe la date de la rupture du contrat de travail à une date différente de celle retenue, mais seulement dans ses motifs, par une précédente décision ayant statué sur la compétence.

2° La prise d'acte par un salarié de la rupture de son contrat de travail, dont il est jugé qu'elle lui est imputable, entraîne la cessation immédiate du contrat de travail.

Soc. – 30 janvier 2008.

Rejet

N° 06-14.218. – CA Lyon, 30 juin 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Au terme de cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation rejoint la position qui a été prise par la deuxième chambre civile sur l'absence d'autorité de la chose jugée reconnue aux motifs d'une décision se prononçant sur la compétence : par un arrêt récent du 24 mai 2007 (*Bull.* 2007, II, n° 130), celle-ci a réaffirmé qu'en vertu des articles 77 et 95 du nouveau code de procédure civile, c'est seulement lorsque le juge a, en se prononçant sur la compétence, tranché, dans le dispositif du jugement, la question de fond dont dépend cette compétence que sa décision a autorité de la chose jugée sur la question de fond.

Par des arrêts non publiés (26 février 2002, pourvoi n° 99-44.765, et 20 décembre 2006, pourvoi n° 05-41.008), la chambre sociale avait en effet, comme la première chambre civile (12 juillet 2001, *Bull.* 2001, I, n° 216), accordé l'autorité de la chose jugée à des motifs tranchant la question de fond dont dépendait la compétence, mais non repris dans le dispositif.

Désormais, les juges du fond devront donc statuer dans le dispositif de leur décision sur la question de fond dont dépend la compétence, afin que l'autorité de la chose jugée bénéficie aussi à cette question.

* Mentions obligatoires sur le jugement

N° 60

1° En application des articles du nouveau code de procédure civile, la décision qui ne mentionne pas le nom des magistrats ayant délibéré est entachée de nullité.

Toutefois, les magistrats mentionnés par un jugement comme ayant assisté aux débats sont présumés, à défaut d'indication contraire, être ceux qui en ont délibéré.

2° Aux termes de l'article L. 122-3-4, alinéa 2, du code du travail, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, une indemnité de précarité égale à 10 % de sa rémunération totale brute est due au salarié si les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un contrat de travail à durée indéterminée.

Toutefois, le montant de cette indemnité peut être réduite à 6 % par une convention ou un accord collectif de branche étendu, ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, dès lors que des contreparties sont offertes aux salariés placés sous contrat de travail à durée déterminée, notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle.

Le conseil de prud'hommes qui, après avoir relevé que l'accord national du 25 février 2003 relatif à la formation professionnelle dans la métallurgie, dont l'application n'était pas contestée, avait fixé à 6 % l'indemnité de précarité et constaté qu'aucune action de formation n'avait été offerte au salarié par l'employeur, a exactement décidé que l'indemnité de précarité de 10 % était due.

Soc. – 23 janvier 2008.

Rejet

N° 06-44.190. – CPH Thionville, 24 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

La première question qui était posée par le pourvoi à la Cour de cassation concernait les conséquences de l'absence de mention expresse dans une décision du nom des magistrats ayant participé au délibéré.

En effet, il était fait grief au jugement d'un conseil de prud'hommes de ne comporter que le nom des conseillers devant lesquels les débats avaient eu lieu, et non le nom de ceux ayant participé au délibéré. Or, en application des articles 454 et 458 du code de procédure civile, la décision qui ne mentionne pas le nom des magistrats ayant délibéré est entachée de nullité.

Mais la jurisprudence se réfère à une présomption de régularité des décisions pour ne pas annuler celles-ci lorsqu'elles ne comprennent pas toutes les mentions exigées par le code de procédure civile (2° Civ., 20 janvier 1983, *Bull.* 1983, II, n° 15 ; Ch. mixte, 21 octobre 2005, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 6).

La chambre sociale fait application de cette jurisprudence au cas d'espèce, en décidant que les magistrats mentionnés dans la décision comme ayant assisté aux débats sont présumés, à défaut d'indication contraire, être ceux qui en ont délibéré.

La seconde question qui était posée à la chambre sociale concernait l'interprétation des dispositions de l'article L. 122-3-4, alinéa 2, du code du travail, relatives à la réduction du taux de l'indemnité de précarité par un texte conventionnel.

En effet, l'article L. 122-3-4 du code du travail dispose que lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat de travail à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité destinée à compenser la précarité de sa situation. Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération totale brute du salarié.

La possibilité de déroger par la négociation de branche à ce taux en le fixant à 6 % à condition de prévoir des contreparties en matière de formation professionnelle a été ouverte par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, puis élargie à la négociation d'entreprise par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004.

Dans la présente espèce, l'employeur se prévalait de l'accord national du 25 février 2003 étendu relatif à la formation professionnelle dans la métallurgie, qui avait fixé « le taux de l'indemnité prévue à l'article L. 122-3-4 du code du travail à 6 %, conformément au deuxième alinéa du même article », pour appliquer ce taux réduit à l'indemnité de précarité versée au salarié à l'issue de son contrat de travail.

Confirmant sa jurisprudence du 11 juillet 2007 (*Soc.*, 11 juillet 2007, *Bull.* 2007, V, n° 118, commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 79, juillet-août-septembre 2007, n° 136), la chambre sociale rappelle que la réduction de l'indemnité de précarité à 6 % ne peut s'appliquer lorsqu'aucune action de formation n'a été proposée au salarié par l'employeur.

La diminution de l'indemnité de précarité ne peut s'appliquer lorsqu'aucune action de formation n'a été effectivement proposée au salarié concerné par l'employeur.

*** Procédure spécifique à certains contentieux**

N° 61

La nullité résultant de l'absence de mise en cause de l'inspecteur divisionnaire des lois sociales en agriculture, dans l'instance prud'homale engagée par un agent d'une caisse de mutualité sociale agricole contre son employeur, n'est pas prononcée lorsque sa cause a disparu au moment où le juge statue.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt qui confirme un jugement ayant décidé que la procédure était nulle pour défaut de mise en cause de l'autorité de tutelle, alors qu'il résulte de ses constatations que le salarié avait demandé la convocation de cette autorité avant qu'il ne soit statué sur ses prétentions et que, cette demande ayant donné lieu à l'ouverture d'une instance distincte, il appartenait à la juridiction prud'homale de joindre les deux instances pour permettre la régularisation de la procédure.

Soc. – 30 janvier 2008.

Cassation

N° 06-40.320. – CA Amiens, 16 novembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – M. Leblanc, Rap. – M. Mathon, Av. Gén.

Note

Cet arrêt marque une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale sur la possibilité de régulariser la procédure lorsque l'agent d'un organisme de sécurité sociale a omis d'appeler l'autorité de tutelle à l'instance prud'homale qu'il a engagée.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'admettait pas la régularisation de la procédure lorsque l'autorité de tutelle n'avait pas été immédiatement mise en cause devant le bureau de conciliation.

Dans un arrêt du 27 mai 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 173), la Cour de cassation (chambre sociale) avait censuré, au visa de l'article 121 du nouveau code de procédure civile, une décision qui avait écarté la nullité au motif que l'inspecteur divisionnaire des lois sociales en agriculture avait été convoqué devant le bureau de jugement, alors que « *le défaut de mise en cause de l'autorité de tutelle devant le bureau de conciliation constituait une irrégularité de fond qui ne pouvait être couverte par la convocation devant le bureau de jugement* ».

L'arrêt du 30 janvier 2008 retient, au contraire, que, lorsqu'elle peut être couverte, la nullité de la procédure ne peut être prononcée si sa cause a disparu lorsque le juge statue, admettant ainsi la régularisation jusqu'à ce que la juridiction prud'homale se prononce sur le litige.

Cette solution, adoptée pour la mise en cause de l'inspecteur divisionnaire des lois sociales en agriculture, que prévoyait l'article 2 du décret du 30 août 1966 avant son abrogation par le décret du 30 avril 2005, peut être étendue au cas, plus fréquent, prévu par l'article R. 123-3 du code sécurité sociale, relatif à la mise en cause de l'autorité de tutelle des organismes de sécurité sociale.

La position antérieure de la chambre sociale aboutissait à priver le salarié de toute possibilité de voir trancher le fond du litige, puisque la règle de l'unicité de l'instance interdit qu'on puisse saisir à nouveau la juridiction prud'homale après une première décision ayant annulé la procédure (Soc., 12 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 279).

Elle s'écartait de la solution adoptée en cas de défaut du préliminaire de conciliation. La chambre sociale décide, en effet, que l'irrégularité de fond résultant d'une telle omission peut être couverte, même en cause d'appel (Soc., 12 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 422).

Enfin, la nouvelle solution respecte la finalité de l'obligation de mise en cause de l'autorité de tutelle pour lui permettre de déposer telles conclusions que de droit devant la juridiction compétente, sans restreindre ni le droit au juge ni la possibilité d'une conciliation qui peut intervenir à tout moment de la procédure.

* *Syndicat – droit d'action*

N° 62

1° Indépendamment des actions réservées par les articles L. 135-4 et L. 135-5 du code du travail aux syndicats liés par une convention ou un accord collectif de travail, les syndicats professionnels sont recevables à demander, sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail, l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, son inapplication causant nécessairement préjudice à l'intérêt collectif de la profession.

2° Constitue un trouble manifestement illicite l'imputation, sur un compte épargne formation individuel créé par un accord collectif, d'actions de formation, quelle que soit leur nature, qui n'ont pas été demandées par le salarié, alors que, selon cet accord et les dispositions de l'article L. 932-2 du code du travail alors applicables, le temps passé par le salarié pour assurer son adaptation à son poste de travail est un temps de travail effectif.

Soc. – 16 janvier 2008.

Rejet

N° 07-10.095. – CA Versailles, 18 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

1° Le présent arrêt est en premier lieu l'occasion, pour la chambre sociale, de confirmer sa jurisprudence concernant le droit à agir des syndicats pour l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif, hors le cadre des articles L. 135-4 et L. 135-5 du code du travail. Lié ou non lié par une convention ou un accord collectif, même non étendu, un syndicat professionnel est recevable à en demander l'exécution, « *son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt de la profession* » (Soc., 3 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 68, sommaire n° 1), commenté au *Bulletin du droit du travail*, n° 78, avril-mai-juin 2007, n° 122).

2° L'arrêt porte en second lieu sur les conditions de prise en charge des actions de formation suivies par les salariés. L'article L. 932-2 ancien du code du travail distingue deux actions de formation qui ont un régime différent au regard de leur imputation sur le temps de travail effectif. D'une part, l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois. Toute action de formation suivie par le salarié dans le cadre de cette obligation constitue un temps de travail effectif. D'autre part, le salarié peut être amené à suivre une formation pour développer ses compétences, dans les conditions prévues par un accord de branche ou d'entreprise, qui peut s'effectuer pour partie hors du temps de travail effectif.

L'accord du 31 juillet 1999, conclu par la société Renault Agriculture, prévoit, dans un chapitre intitulé « développement des compétences et formation », un droit individuel à la formation financé par un compte épargne-temps, dont une partie s'exerce

en dehors du temps de travail et qui complète les formations au poste de travail continuant d'être dispensées pendant le temps de travail effectif, les formations suivies en-dehors du temps de travail nécessitant l'accord du salarié.

Le pourvoi posait la question de savoir si l'imputation, à la seule initiative de l'employeur, au compte épargne-formation individuel, créé par l'accord du 31 juillet 1999, du temps passé par le salarié à la formation d'un « progiciel SAP » installé dans l'entreprise était conforme aux dispositions de l'article L. 932-2 du code du travail, alors applicable.

Constatant que les actions de formation prévues par l'accord du 31 juillet 1999 sont mises en place à l'initiative de l'employeur, et non du salarié, et qu'elles ont pour objet d'assurer l'adaptation du salarié à son poste de travail, la chambre sociale décide que l'imputation de ces formations sur le compte épargne-temps du salarié constitue un trouble manifestement illicite, que le juge des référés a le pouvoir de faire cesser. Elle affirme ainsi que peu importe la nature de l'action de formation : dès lors que celle-ci a pour objet d'assurer la formation du salarié à son poste de travail et qu'elle résulte d'une initiative de l'employeur, elle constitue un temps de travail effectif.

N° 63

La reconnaissance d'un contrat de travail étant un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié d'un employeur, une organisation syndicale n'est pas recevable à introduire une telle action sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail.

Soc. – 23 janvier 2008. Cassation partielle sans renvoi

N° 05-16.492. – CA Versailles, 13 avril 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Une unité économique et sociale (UES) entre une société mère qui n'employait aucun salarié et sa filiale qui mettait à la disposition de la première certains de ses salariés avait été reconnue. Les sociétés avaient refusé de conclure un accord de participation pour l'ensemble de l'UES, et un différend existait sur la portée d'une clause de garantie d'emploi convenue entre les deux sociétés. Un syndicat avait saisi le tribunal de grande instance d'une demande pour qu'il soit dit que la société mère était l'employeur unique des salariés de l'unité économique et sociale ou, à défaut, que les deux sociétés étaient des coemployeurs, tenus de respecter le statut individuel et collectif des salariés. Écartant l'exception d'incompétence au profit du conseil de prud'hommes, au motif que l'action du syndicat ne tendait pas à contester la validité ou l'existence de chaque contrat de travail avec la filiale mais à faire reconnaître l'implication de la société mère

comme coemployeur pour que l'ensemble des salariés bénéficient de cette situation tant au titre de la participation que de l'emploi, les juges du fond ont admis la recevabilité de l'action du syndicat sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail. Statuant au fond, la cour d'appel a reconnu la qualité d'employeurs conjoints des deux sociétés, après avoir examiné l'existence d'un lien de subordination à l'égard des seuls salariés mis à la disposition de la société mère.

Pour retenir la recevabilité de l'action syndicale sur un tel fondement, la cour d'appel a considéré que l'action du syndicat tendait à faire juger qu'il avait été porté atteinte à l'emploi des salariés et à leur statut, puisque la reconnaissance de la qualité de coemployeur de la société mère leur permettrait de faire valoir leurs droits à l'encontre de celle-ci, et qu'une question de principe susceptible d'avoir des conséquences pour l'ensemble de la profession était posée.

L'arrêt rapporté censure cette décision, au motif que l'action en reconnaissance d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne. Il confirme ainsi une solution qui avait déjà été dégagée par la chambre dans un autre contexte (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 217), mais qui a un intérêt particulier lorsqu'une unité économique et sociale a été reconnue entre plusieurs employeurs.

Cet arrêt ne statue que sur la recevabilité d'une telle action syndicale sur le fondement de l'article L. 411-11 du code du travail, il ne statue pas sur la possible reconnaissance de la qualité d'employeurs conjoints des personnes composant l'unité économique et sociale. Mais il en résulte que la reconnaissance de contrats de travail avec ces différentes personnes, dont certaines ne sont pas partie au contrat de travail, est une action individuelle qui appartient au seul salarié, en fonction des conditions concrètes de l'exécution de son contrat de travail, sans que cette reconnaissance puisse résulter d'une action collective. On peut admettre qu'un syndicat puisse exercer une action collective pour faire reconnaître les droits collectifs qui s'attachent à la reconnaissance de l'UES. Mais toute autre chose est de dire qu'une telle action collective peut avoir pour objet la reconnaissance de la qualité d'employeurs des membres de l'UES à l'égard des salariés compris dans cette unité. Une telle action aboutit en effet à faire désigner, non seulement sur le plan collectif mais également sur le plan individuel de l'exécution des contrats de travail, un autre employeur que celui figurant aux contrats. Or, ce résultat ne peut pas s'imposer aux salariés sans une modification de leur contrat de travail qui nécessite leur accord.

Cette solution est conforme avec la conception actuelle de l'unité économique et sociale. On sait que l'UES est un ensemble de personnes juridiquement distinctes. La reconnaissance d'une unité économique et sociale détermine un espace de représentation, à laquelle la loi attache certains effets s'agissant de droits collectifs, notamment en

matière de participation (article L. 442-1, alinéa 3, du code du travail) ou d'emploi (article L. 324-1-4, dernier alinéa, du code du travail, s'agissant de l'espace de reclassement et d'appréciation des moyens de l'entreprise). Pour autant, dans cet espace organisé sous une direction unique que l'on peut assimiler à l'entreprise, le débiteur des obligations patronales à l'égard de chaque salarié, c'est-à-dire le cocontractant, reste l'employeur nominal, sous réserve des obligations pesant sur l'utilisateur s'il y a mise à disposition de personnel entre les sociétés de l'UES. Il a déjà été jugé qu'il ne résulte pas de la reconnaissance de l'unité économique et sociale que les sociétés qui la composent sont *ipso facto* les coemployeurs du salarié (Soc., 22 novembre 2000, pourvoi n° 98-42.229 ; Soc., 2 mars 2004, pourvoi n° 01-47.065). Admettre la solution contraire aurait pour effet non seulement de désigner un autre débiteur des obligations patronales (ce à quoi tendait l'action du syndicat en l'espèce), mais également d'imposer au salarié des obligations à l'égard d'employeurs qu'il n'a pas choisis. En outre, et compte tenu de la variété des configurations d'unité économique et sociale, rien ne permet d'affirmer que, dans tous les cas, tous les membres de l'UES exercent la réalité du pouvoir de direction qui résulte du contrat de travail sur l'ensemble des salariés de l'unité économique et sociale. Il est nécessaire de rechercher concrètement l'existence d'un lien de subordination pour chaque salarié, compte tenu des conditions concrètes d'exécution de son contrat de travail. Cela résultait d'ailleurs de l'arrêt de la cour d'appel, puisqu'il n'avait admis la qualité de coemployeurs des deux sociétés de cette UES qu'à l'égard des seuls salariés mis à disposition de la société mère, et non à l'égard de l'ensemble des salariés de l'UES. C'était bien qu'en réalité, l'action collective conduite par le syndicat avait pour objet la reconnaissance de contrats individuels de travail entre certains salariés seulement de l'UES et les sociétés qui la composaient.

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

N° 64

Si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche, il n'est pas permis à celui-ci d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve.

La cour d'appel qui a relevé que l'employeur s'était assuré le concours d'un huissier pour faire un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces, puis avait procédé, après la fermeture de la boutique et hors la présence du salarié, à un contrôle des caisses et du registre des ventes a exactement déduit de ces constatations, dont il ressortait que l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles mais qu'il avait

eu recours à un stratagème pour confondre la salariée, qu'un constat établi dans ces conditions ne pouvait être retenu comme preuve.

Soc. – 18 mars 2008.

Rejet

N° 06-40.852. – CA Limoges, 13 décembre 2005.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, la question se pose de la licéité du mode de preuve utilisé pour établir les faits objets du manquement du salarié et dont l'employeur entend tirer des conséquences de droit.

La chambre sociale a déjà dit que constituait un mode de preuve illicite le dispositif de contrôle mis en œuvre à l'insu du salarié faisant appel à des techniques d'enregistrement d'images ou de paroles (Soc., 20 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 519), mais également les procédés de contrôle impliquant, aux termes de l'article L. 120-2 du code du travail, une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché.

Se fondant sur les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et L. 120-2 du code du travail, la chambre sociale prohibe au nom du respect de la vie privée et des droits fondamentaux, les dispositifs de surveillance tels la filature (Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 352) ou le non-respect des correspondances (Soc., 12 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 245).

Toutefois, lorsque les salariés sont avertis de ce que leurs conversations téléphoniques sont écoutées, les écoutes réalisées constituent un mode de preuve valable (Soc., 14 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 101).

Il est à noter que la simple surveillance du salarié sur son lieu de travail par un supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite (Soc., 26 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 145).

D'une manière générale, la chambre sociale écarte tout élément de preuve obtenu de manière frauduleuse ou déloyale. « *La loyauté qui doit présider aux relations de travail interdit le recours par l'employeur à des artifices et des stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute* » (Soc., 16 janvier 1991, *Bull.* 1991, V, n° 15).

Le présent arrêt a l'intérêt de préciser quelles sont les limites assignées à un huissier de justice lorsqu'il est chargé, par un employeur, de faire des constatations matérielles sur les manquements d'un salarié.

S'alignant sur la solution dégagée par le Conseil d'Etat (CE, 7 juin 2000, n° 191828, publié au *Recueil Lebon*) et confirmant sa jurisprudence (Soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 05-45.898), la chambre sociale

affirme qu'un constat d'huissier ne constitue pas en lui-même un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié. Il en résulte que le constat d'huissier constitue un mode de preuve licite même si l'employeur s'est abstenu d'aviser préalablement le salarié de ce mode de surveillance.

Cependant, si un huissier peut recueillir des témoignages ou procéder à une audition aux seules fins d'éclairer ses constatations matérielles, il ne peut en revanche prendre, en violation de ses obligations professionnelles, une fausse identité pour obtenir des renseignements sur le salarié (Soc., 5 juillet 1995, *Bull.* 1995, V, n° 237), ni, comme en l'espèce, monter un scénario pour confondre un salarié.

N° 65

1° Les dispositions statutaires applicables au personnel d'EDF-GDF n'interdisent pas au supérieur hiérarchique d'un agent, ayant organisé un contrôle de son activité, de siéger ensuite dans la commission secondaire appelée à donner un avis sur une sanction envisagée par l'employeur.

2° Les résultats d'un procédé de surveillance clandestin et déloyal du salarié, procédant d'un stratagème, ne peuvent être retenus comme moyen de preuve.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui se fonde, pour retenir une faute du salarié, sur des rapports dressés par d'autres agents, mandatés par un supérieur hiérarchique pour se rendre dans le restaurant exploité par l'épouse de l'intéressé afin de vérifier si celui-ci y travaillait pendant ses heures de service, en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite.

Soc. – 18 mars 2008.

Cassation

N° 06-45.093. – CA Nîmes, 27 juillet 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Bailly, Rap. – M. Aldigé, Av. Gén.

Note

L'employeur qui entend exercer un contrôle de l'activité des salariés doit, d'une manière générale, ne pas utiliser des moyens qui portent une atteinte disproportionnée à sa vie personnelle, notamment lorsque la surveillance s'exerce hors de l'entreprise (Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 352), et informer au préalable le personnel et ses représentants des procédés de surveillance qu'il entend mettre en œuvre (Soc., 23 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 333). Un manquement à ces exigences pouvait difficilement être caractérisé ici, dès lors que le contrôle avait été exercé dans un lieu ouvert au public et pendant une partie du temps de travail du salarié, et qu'il n'apparaît pas raisonnable d'imposer à l'employeur d'annoncer aux salariés qui exercent une activité à l'extérieur de l'entreprise, en jouissant à ce titre d'une grande maîtrise de leur temps de travail, que l'usage qu'ils en font sera contrôlé. Mais, en tout état de cause, l'article 9 du code de

procédure civile, qui n'admet que les moyens de preuve licites, ne permet pas de retenir ceux qui ont été obtenus de manière clandestine et déloyale, en ayant recours à un stratagème (Soc., 5 juillet 1995, *Bull.* 1995, V, n° 237, rendu à propos des constatations d'un huissier de justice qui, pour obtenir des renseignements, avait fait état d'une fausse qualité). Tel était le cas en l'espèce, dès lors que les agents chargés par un supérieur de contrôler la présence d'un de leurs collègues dans le restaurant de son épouse pendant une partie de son temps de travail, avec une photographie de l'intéressé, s'étaient présentés comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite.

* *Qualité à agir*

N° 66

En l'absence, dans les statuts d'une association, de stipulations réservant expressément à un autre organe la capacité de décider de former une action en justice, celle-ci est régulièrement engagée par la personne tenant des mêmes statuts le pouvoir de représenter en justice cette association ; dans le silence desdits statuts sur ce point, l'action ne peut être régulièrement décidée que par l'assemblée générale.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement qui, après avoir relevé que les pouvoirs dont se prévalait un directeur général ne résultaient d'aucune disposition des statuts ni d'aucune délibération de l'assemblée générale, déclare irrecevable l'action engagée par lui au nom d'une association.

Soc. – 16 janvier 2008.

Rejet

N° 07-60.126. – TI Pointe-à-Pitre, 6 février 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de préciser les principales règles concernant le pouvoir pour agir au sein d'une association.

Dans un premier temps, la chambre sociale rappelle que s'il faut distinguer, au sein d'une association, l'organe compétent pour décider de l'opportunité d'agir en justice et la personne physique habilitée à représenter l'association en justice, le pouvoir statutairement donné à une personne de représenter une association en justice emporte, en l'absence de disposition statutaire contraire, celui de décider d'engager une action.

La chambre sociale avait déjà, dans un arrêt du 6 juin 2000 (Soc., 6 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 220), énoncé cette solution, pour un appel formé par un organe de l'association à qui les statuts conféraient pouvoir de représenter l'association en justice.

Dans un second temps, la chambre sociale évoque le pouvoir d'agir en justice lorsque les statuts de l'association sont entièrement silencieux sur ce point, ce qui était le cas dans la présente espèce.

Le demandeur au pourvoi soutenait qu'une délibération du conseil d'administration habilitant un membre de l'association à saisir le tribunal d'instance conférait à ce membre la capacité d'engager l'action en justice au nom de l'association.

Le Conseil d'Etat, pour sa part, a déjà décidé que « dans le silence des statuts, l'action ne peut être régulièrement engagée que par l'assemblée générale » (CE, 16 février 2001, n° 221622, publié au *Recueil Lebon*).

La première chambre civile de la Cour de cassation a, implicitement, statué dans le même sens, en approuvant une cour d'appel qui avait déclaré irrecevable un appel formé par le président d'une association non investi du pouvoir de représentation en justice et dépourvu de mandat spécial pour faire appel (1^{re} Civ., 19 novembre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 272).

Dans le présent arrêt, la chambre sociale adopte clairement la même solution : lorsque les statuts ne désignent ni l'organe ayant la capacité de décider de former une action en justice ni la personne ayant le pouvoir de représenter l'association en justice, seule l'assemblée générale peut décider d'une action en justice. A défaut d'une telle décision, l'acte ayant saisi le juge est nul et l'action est irrecevable.

* Représentation des parties

N° 67

Selon l'article 828 du code de procédure civile, qui énumère limitativement les personnes habilitées à assister ou représenter une partie devant le tribunal d'instance, les parties peuvent se faire représenter par les personnes exclusivement attachées à l'entreprise.

Encourt dès lors la cassation le jugement qui retient que le directeur juridique du groupe auquel appartient une société peut la représenter en justice dès lors qu'il a reçu une délégation de pouvoir de son gérant, alors qu'il avait relevé que celui-ci n'était pas le salarié de la société concernée par le litige, ce dont il devait être déduit qu'il n'était pas autorisé à la représenter devant le tribunal d'instance.

Soc. – 5 mars 2008.

Cassation

N° 06-60.125. – TI Tours, 26 avril 2006.

Mme Collomp, Pt. – Mme Perony, Rap. – M. Cavarroc, Av. Gén.

Note

Ce pourvoi posait la question de l'interprétation de l'article 828 du code de procédure civile, qui instaure les règles de représentation et d'assistance des parties devant le tribunal d'instance : ce texte, qui n'est que l'application particulière à cette juridiction des dispositions communes contenues dans le titre douzième du livre premier du code de procédure civile, dispose notamment que les parties peuvent se faire assister ou représenter « par les personnes exclusivement attachées à leur service personnel, ou à leur entreprise ». Faut-il faire de l'adverbe « exclusivement » une interprétation stricte ? Il faut rappeler à cet égard qu'un décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 avait modifié le texte de l'article 828 en supprimant cet adverbe, et que le Conseil d'Etat (CE, 6 avril 2001, n° 205136, publié au *Recueil Lebon*) a annulé l'article qui prévoyait cette modification par une décision du 6 avril 2001, au motif qu'il portait atteinte aux dispositions de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires.

La particularité de la présente espèce était que la société partie au litige voulait être représentée par un responsable juridique, dûment mandaté, salarié par une autre société du même groupe que la première. Le tribunal d'instance avait estimé que la représentation était conforme aux dispositions de l'article 828 du code de procédure civile, le salarié pouvant être considéré comme attaché au service de l'entreprise, entendue au sens du groupe.

En censurant cette décision, la Cour de cassation rappelle que l'article 828 est d'interprétation stricte.

Si les dispositions applicables en matière de représentation des parties devant le juge d'instance autorisent celles-ci à se faire représenter suivant des règles particulières qui dérogent aux règles de droit commun, il ne faut pas ouvrir encore davantage les possibilités ainsi données aux parties et permettre l'intrusion, devant ce juge, de représentants des personnes morales dont il sera difficile de contrôler la qualité et le lien avec la partie représentée. Il paraît nécessaire de préserver, devant le juge d'instance, la nécessité d'un lien étroit entre la partie et son mandataire, afin que celui-ci puisse intervenir utilement aux débats et contribuer à une bonne administration de la justice.

COURS ET TRIBUNAUX

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. *Emploi et formation*

* *Contrats de travail à durée déterminée – rupture*

N° 68

En application de l'article L. 122-3-9 du code du travail, lorsque le salarié rompt le contrat à durée déterminée au cours de la période d'essai, il ne peut prétendre à aucune indemnité, sauf abus de droit de son employeur.

En conséquence, lorsqu'il ne démontre aucun abus de droit de son employeur, le salarié n'a droit ni à l'indemnité de précarité ni à des dommages-intérêts pour rupture anticipée.

CA Bordeaux (ch. soc.), 27 septembre 2007 – RG n° 06/22.

M. Frizon de Lamotte, Pt. – M. Boinot, conseiller et Mme Baret, vice-présidente placée.

N° 69

L'incompatibilité d'humeur récurrente motivant le licenciement d'un salarié en contrat à durée déterminée, même à la supposer démontrée, n'est pas de nature, à elle seule, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée limitée du préavis.

Dès lors, aucune faute grave ne justifiant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, celle-ci est illicite.

CA Lyon (ch. soc.), 10 octobre 2007 – RG n° 07/00310.

M. Joly, Pt. – Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillères.

N° 70

Un contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave de l'une des parties ou de force majeure.

La liquidation judiciaire de l'employeur ne constituant pas un cas de force majeure, les salaires doivent donc être versés jusqu'à l'échéance du terme.

CA Lyon (ch. soc.), 19 octobre 2007 – RG n° 07/00144.

M. Liotard, Pt. – Mmes Homs et Revol, conseillères.

* *Contrats à durée déterminée dits d'usage*

N° 71

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-1, L. 122-1-1 3° et D. 121-2 du code du travail que, dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Le caractère constant de l'usage doit s'apprécier par rapport au secteur d'activité défini par décret, convention ou accord collectif étendu.

En l'espèce, l'employeur ne saurait restreindre l'appréciation de l'existence d'un usage constant au seul domaine du football professionnel, puisque le secteur d'activité mentionné à l'article D. 121-2 du code du travail est celui, plus large, du sport professionnel. Or, dans le secteur du sport professionnel, il n'est pas d'usage constant de ne pas recruter les médecins des centres de formation des clubs par contrat à durée indéterminée. Par conséquent, le contrat de travail du salarié, médecin de centre de formation, est réputé à durée indéterminée.

CA Lyon (ch. soc.), 16 novembre 2007 – RG n° 07/02441.

M. Liotard, Pt. – Mmes Homs et Revol, conseillères.

N° 72

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-1, L. 122-1-1 3°, L. 122-3-10 et D. 121-2 du code du travail que, dans les secteurs d'activités définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois.

L'existence de l'usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité défini par l'article D. 121-2 du code du travail, ou par une convention ou un accord collectif étendu.

Ainsi, une association sportive ne peut se référer aux dispositions susvisées pour justifier les embauches successives par contrat à durée déterminée d'un éducateur sportif, dès lors que seul le sport professionnel figure au nombre des secteurs d'activité énumérés à l'article D. 121-2, auquel le sport amateur ne peut être assimilé. En conséquence, il convient de faire droit à la demande de requalification des contrats à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée.

CA Versailles (5^e ch. B), 14 février 2008 – RG n° 07/03430.

Mme Minini, Pte – Mmes Rouaud-Folliard et Ollat, conseillères.

N° 73

Les associations intermédiaires sont incluses parmi les secteurs d'activités où il est d'usage de recourir au contrat à durée déterminée.

CA Riom (ch. soc.), 20 mars 2007 – RG n° 06/622-08-144

2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

* Pouvoir de direction de l'employeur

N° 74

La fonction « *net send* » du système d'exploitation Windows relève bien d'un procédé de communication électronique, consistant purement et simplement en une fonction messagerie, comme l'a énoncé l'avis adopté le 27 février 2004 par le « groupe 29 », organe consultatif européen indépendant créé par l'article 29 de la Directive n° 95/46/CE, aux termes duquel les communications « *net send* » adressées, comme en l'espèce, directement à une adresse IP, sont des courriers électroniques. Les « *net send* » entrent donc bien dans la définition du courrier électronique et sont couverts par le secret de la correspondance.

En conséquence, un employeur ne peut pas prendre connaissance et imprimer les messages « *net send* » litigieux contenus sur le disque dur des ordi-

nateurs de salariés incriminés, puisqu'en prenant connaissance desdits messages, même par l'intermédiaire d'un huissier de justice, il viole le principe du respect du secret des correspondances.

Par suite, le procès-verbal de constat dressé par l'huissier requis, en ce que les messages litigieux qui y sont annexés ont été ouverts et imprimés hors la présence des salariés dont il s'agit, constitue un moyen de preuve illicite, ne pouvant servir de fondement pour retenir l'existence d'une faute, dès lors qu'il implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur.

CA Douai (ch. soc.), 30 mars 2007 – RG n° 06/01805.

M. Mericq, Pt. – M. Liance et Mme Cochaud-Doutreuwe, conseillers.

N° 75

Le salarié a droit, même au temps et sur le lieu de travail, au respect de l'intimité de la vie privée, qui implique en particulier le secret des correspondances.

D'une part, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur, ce droit emporte nécessairement celui, pour le salarié, de transmettre son adresse *e-mail* professionnelle à son entourage privé, et cette protection de la vie privée ne saurait varier selon que le salarié travaille ou non dans une entreprise où a été mis en place un système de transfert automatique de la messagerie.

Il appartient donc à l'employeur, à partir du moment où il a mis en place un système de transfert automatique de la messagerie de certains de ses salariés envers d'autres, de prendre les mesures nécessaires afin de préserver l'intimité de leur vie privée ; seul le caractère volontaire de l'envoi, par un salarié, de messages à caractère personnel vers d'autres salariés et de nature à les perturber psychologiquement pourrait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.

D'autre part, en l'absence de toute charte informatique réglementant l'utilisation de l'ordinateur mis à la disposition des salariés, l'existence, sur l'ordinateur d'un salarié, protégé par mot de passe le rendant inaccessible à des tiers, d'un dossier intitulé « *jokes* », contenant notamment des vidéos et des photographies à caractère pornographique, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, dès lors qu'un tel dossier, inaccessible aux tiers, dont l'intitulé démontrait son caractère privé, était un dossier personnel et qu'il n'était pas soutenu que ces images ou vidéos mettaient en cause des mineurs ou relevaient d'activités illicites.

CA Douai (ch. soc.), 30 mars 2007 – RG n° 06/02138.

M. Huglo, Pt. – MM. Noubel et Richez, conseillers.

3. Statuts particuliers

* Artiste du spectacle

N° 76

La rémunération de l'artiste-interprète et du producteur de phonogrammes, prévue à l'article L. 214-1 du code de la propriété intellectuelle, est proportionnelle à l'usage qui est fait de l'oeuvre rémunérée et donne lieu à une perception périodique, entrant exactement dans les prévisions de l'article 2277 du code civil, qui prévoit la prescription par cinq ans des actions en paiement des salaires et, plus généralement, de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques.

CA Nîmes (1^{re} ch. civ. A), 24 avril 2007 – RG n° 04/04082.

M. Bouyssic, Pt. – Mme Jean et M. Berthet, conseillers.

* Emplois domestiques

N° 77

La fourniture d'un logement dans l'immeuble dans lequel le salarié travaille, « au titre d'accessoire du contrat de travail », est une condition nécessaire pour que le salarié puisse être soumis au régime dérogatoire des concierges d'immeubles d'habitation, déterminé par les articles L. 711-1 et suivants du code du travail.

CA Riom (ch. soc.), 20 mars 2007 – RG n° 06/833.

M. Gayat de Wecker, Pt. – Mme Sonokpon et M. Thomas, conseillers.

* Marin

N° 78

L'article 72 du code du travail maritime institue, au profit des marins, un droit à la nourriture ou à une allocation équivalente pendant toute la durée de leur inscription au rôle d'équipage. Le droit de bénéficier de cette indemnité de nourriture n'est donc subordonné qu'à l'inscription du marin au rôle d'équipage, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les périodes d'embarquement et de congés-repos.

Les dispositions conventionnelles résultant de l'accord du 2 juillet 2003 relatif aux salaires minima de branche, en ce qui concerne les personnels navigants, et l'article 7 de la convention collective nationale des personnels navigants d'exécution du 30 novembre 1950 ne sauraient être interprétés de façon contraire à l'article 72 du code du travail maritime.

CA Douai (ch. soc.), 30 novembre 2007 – RG n° 07/01279.

M. Huglo, Pt. – MM. Richez et Carbonnel, conseillers.

B. – Représentation du personnel et élections professionnelles

1. Protection des représentants du personnel

* Protection contre les discriminations syndicales

N° 79

Aux termes des dispositions combinées des articles L. 412-2 et L. 122-45 du code du travail, il est interdit à l'employeur de prendre en compte l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement ; il est également prohibé de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié, toute mesure contraire étant abusive et donnant lieu à des dommages-intérêts.

Dès lors qu'un compte rendu d'entretien d'évaluation formule que le salarié « n'est pas motivé pour la vente de par ses nombreuses activités syndicales. Sa présence irrégulière ne permet pas un management correct et une implication satisfaisante de sa part », il en résulte que le supérieur hiérarchique a pris en considération ses fonctions syndicales pour apprécier la qualité de son travail, et en particulier sa motivation. La discrimination est caractérisée par le lien opéré entre l'insuffisance de la performance du salarié et son investissement dans ses activités syndicales, peu important qu'aucune conséquence n'en ait résulté en termes de rémunération ou de promotion professionnelle.

La discrimination subie par le salarié lui cause nécessairement un préjudice, qu'il convient de réparer par l'allocation de dommages-intérêts à hauteur de 4 000 euros.

CA Lyon (ch. soc. A), 12 novembre 2007 – RG n° 07/00604.

M. Joly, Pt. – Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillers.

N° 80

A validé une éventuelle discrimination l'employeur ou son représentant qui a fait valoir au salarié, dans un document officiel, que ses fonctions de représentant du personnel ne l'autorisent pas à revendiquer un déroulement de carrière normal.

CA Limoges (ch. soc.), 22 octobre 2007 – RG n° 07/00448.

M. Leflaive, Pt. – M. Nervé et Mme Dubillot-Bailly, conseillers.

N° 81

La demande de dommages-intérêts fondée sur l'article L. 412-2, alinéa 4, du code du travail n'a pas pour seul objet de réparer la perte de salaire résultant de la discrimination, mais également d'indemniser l'ensemble du préjudice subi du fait de cette discrimination.

Dès lors, cette demande n'est pas soumise à la prescription quinquennale de l'article L. 143-14 du code du travail, relative aux actions en paiement de salaires.

CA Lyon (ch. soc.), 9 octobre 2007 – RG n° 06/06489.

M. Joly, Pt. – Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillères.

C. – Rupture du contrat de travail

1. Licenciements

1.1. Licenciements disciplinaires

* *Faute grave*

N° 82

Est constitutif d'une faute grave le fait, pour un salarié, d'avoir consulté, à l'occasion du travail et à l'aide du matériel mis à sa disposition, des sites internet à caractère pornographique, après avoir installé des logiciels permettant l'accès à de tels sites, alors que le matériel informatique de l'entreprise n'était pas prévu pour être connecté à internet, n'étant pas protégé d'éventuels virus, une telle attitude ayant eu pour effet non seulement d'exposer ledit matériel à des risques de virus, mais aussi d'insérer sur son ordinateur des images inconvenantes.

CA Douai (ch. soc.), 31 janvier 2007 – RG n° 06/00530.

M. Huglo, Pt. – M. Noubel et Mme Mariette, conseillers.

2. Résiliation judiciaire

* *Action intentée par le salarié*

N° 83

Lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service, et que ce dernier le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande

de résiliation du contrat de travail était justifiée, et ce, par une gravité suffisante de l'inexécution de certaines des obligations résultant du contrat. C'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur.

En l'espèce, à l'appui de sa demande de résiliation, le salarié fait grief à son employeur de ne pas lui avoir payé la prime annuelle, de ne pas l'avoir soutenu lors d'une prise à partie dont il a fait l'objet, d'avoir modifié tardivement le point de départ de son congé annuel et d'avoir modifié unilatéralement son ancienneté sur son bulletin de salaire.

Il y a lieu de constater que l'employeur a manqué à ses obligations, d'une part en ne prenant pas les mesures qui s'imposaient pour permettre à son salarié d'exercer, dans les conditions de sérénité auxquelles il était en droit de prétendre, les responsabilités à lui confiées, d'autre part en s'abstenant de payer la prime litigieuse.

Aussi, compte tenu de l'importance de ces manquements, la résiliation du contrat de travail doit être prononcée, et ce, au jour de la saisine du premier juge.

CA Lyon (ch. soc.), 12 décembre 2007 – RG n° 06/02600.

M. Gayat de Wecker, Pt. – M. Defrasne et Mme Clément, conseillers.

Sur l'office du juge en cas de licenciement du salarié postérieur à sa demande en résiliation judiciaire, dans le même sens que :

– Soc., 7 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 20 (cassation), et les arrêts cités.

Sur la date d'effet de la résiliation judiciaire prononcée à la demande d'un salarié ultérieurement licencié, en sens contraire :

– Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 76 (cassation partielle sans renvoi).

N° 84

Il appartient au juge d'examiner en premier lieu la demande de résiliation du contrat de travail du salarié antérieure au licenciement.

Si la seule variation des tâches traduisant un simple aménagement des fonctions, ainsi que le changement de structures de l'entreprise – par la création d'un rattachement hiérarchique nouveau –, en ce qu'il n'emporte aucun déclassement, ne constitue pas une modification du contrat de travail du salarié, tel n'est pas le cas d'un retrait de responsabilités et du confinement systématique du salarié dans les attributions secondaires de son emploi.

Il s'ensuit qu'un tel déclassement, constituant une modification de son contrat de travail non acceptée par le salarié, fonde la résiliation dudit contrat aux torts de l'employeur au jour de sa rupture effective, soit au jour de la notification du licenciement.

CA Versailles (5^e ch., sect. B), 14 février 2008 – RG n° 06/04738.

Mme Minini, Pte. – Mmes Rouaud-Folliard et Ollat, conseillères.

Sur l'office du juge en cas de licenciement du salarié postérieur à sa demande en résiliation judiciaire, dans le même sens que :

– Soc., 7 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 20 (cassation), et les arrêts cités.

Sur la date d'effet de la résiliation judiciaire prononcée à la demande d'un salarié ultérieurement licencié, dans le même sens que :

– Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 76 (cassation partielle sans renvoi).

N° 85

Lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail à raison de faits qu'il reproche à son employeur et que ce dernier le licencie ultérieurement pour d'autres faits, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat de travail était justifiée ; dans le cas contraire, il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur. Si la demande de résiliation du contrat de travail est reconnue comme étant fondée, la rupture prend effet au jour du licenciement ultérieurement intervenu.

Par ailleurs, il importe de reconnaître au salarié la possibilité d'invoquer, à l'appui d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, le non-versement de son salaire à l'issue du délai d'un mois suivant l'avis d'inaptitude. En décider autrement aurait pour effet de le priver de tout recours, dès lors qu'il demeurerait engagé dans les liens du contrat de travail sans percevoir sa rémunération et sans pouvoir faire prononcer la rupture du contrat ou prendre acte de celle-ci aux torts de l'employeur.

CA Toulouse (ch. soc.), 7 mars 2008 – RG n° 07/02638.

M. de Charette, Pt. – Mmes Pessa et Chassagne, conseillères.

Sur l'office du juge en cas de licenciement du salarié postérieur à sa demande en résiliation judiciaire, dans le même sens que :

– Soc., 7 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 20 (cassation), et les arrêts cités.

Sur la date d'effet de la résiliation judiciaire prononcée à la demande d'un salarié ultérieurement licencié, dans le même sens que :

– Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 76 (cassation partielle sans renvoi).

COMMENTAIRES ET DOCTRINE

A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1. *Emploi et formation*

* *Contrat à durée déterminée*

Patricia Pochet, « Rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée : résiliation judiciaire, prise d'acte démission », *La semaine juridique, éd. sociale*, n° 1-2, 8 janvier 2008, n° 1001.

2. *Contrats particuliers*

* *Travail temporaire*

David Jacotot, « Condition de conclusion de contrats successifs et recours à la notion d'emploi à caractère temporaire », *La semaine juridique, éd. G.*, n° 11, 12 mars 2008.

B. – Durée du travail et rémunérations

* *Astreinte*

Thierry Tauran, « Le salarié et les périodes d'astreinte », *La semaine juridique, éd. sociale*, n° 3, 15 janvier 2008, n° 1028.

C. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

1. *Accords collectifs et conventions collectives*

* *Champ d'application*

Brigitte Reynes, « La métamorphose de la valeur de la mention de la convention collective sur le bulletin de paie », *Dalloz* 2008, n° 5.

2. *Conflits collectifs du travail*

* *Grève*

Alexis Bugada, « Nouvelle définition du droit de grève : l'exercice du droit de grève s'apprécie *objectivement* », *Dalloz* 2008, n° 10, *Etudes et commentaires*.

D. – Actions en justice

* *Procédure prud'homale*

Mickaël D'allende, « Les incidences de la loi du 5 mars 2007 tendant à l'équilibre de la procédure pénale en matière prud'homale », *La semaine juridique, éd. sociale*, n° 47, 20 novembre 2007, n° 1873.

– « *Le fonctionnaire d'État mis à disposition d'un employeur de droit privé* », J.-B. Cottin, *La semaine juridique, éd. sociale*, n° 3, 15 janvier 2008, n° 1027, p. 9-13.

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'abonner (1) :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an (référence d'édition 91) : **109,80 €** (2)
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an (référence d'édition 97) : **20,50 €** (2)
- Abonnement annuel D.O.M.-R.O.M.-C.O.M. et Nouvelle-Calédonie uniquement par avion : tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Nom : Prénom :

N° d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) : N° de payeur :

Adresse :

Code postal : Localité :

Date : Signature :

- Ci-joint mon règlement par chèque bancaire ou postal, à l'ordre de la Direction des Journaux officiels.

(1) Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

(2) Tarif d'abonnement pour la France pour l'année 2008, frais de port inclus.

197070810-000708 – Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

N° d'ISSN : 0992-6623

N° de CPPAP : en cours

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>

Maquette couverture : PPA Paris

Prix : 5,20 €
ISSN 0992-6623



**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