

# Droit *du travail*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

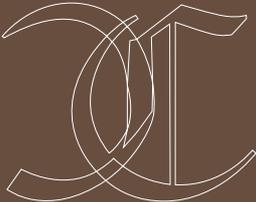


*Publication  
trimestrielle*

*Juillet  
Août  
Septembre  
2008*

N° 83

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**

  
COUR DE CASSATION

# COUR DE CASSATION

## DROIT DU TRAVAIL

---

ÉTUDES – COMMUNICATIONS – JURISPRUDENCE – DOCTRINE



# Table des matières

## ÉTUDES

	<u>Page</u>
La distinction travail indépendant / salariat – Etat de la jurisprudence <i>par Mathilde Zylberberg, magistrat, auditeur au service de documentation et d'études de la Cour de cassation</i> .....	3

## JURISPRUDENCE

### COURS EUROPÉENNES

	<u>Numéros</u>
I. – COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	
I.1. – Cour de justice des communautés européennes	
<b>A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail</b>	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Travailleurs privés d'emploi .....	171

### COUR DE CASSATION<sup>(\*)</sup>

#### SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

<b>A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail</b>	
1. <i>Emploi et formation</i>	
* Apprentissage .....	172
* Contrats à durée déterminée dits d'usage .....	173
* Libre circulation des travailleurs .....	174
2. <i>Droits et obligations des parties au contrat de travail</i>	
* Clause de non-concurrence .....	175
* Mesures discriminatoires – discrimination syndicale .....	176-177
* Période d'essai .....	178

(\*) Les 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.

* Harcèlement moral .....	179
* Harcèlement sexuel.....	180
3. <i>Contrats particuliers</i>	
* Contrat nouvelles embauches .....	181
* Travail temporaire.....	182
<b>B. – Durée du travail et rémunération</b>	
1. <i>Durée du travail, repos et congés</i>	
* Congé pour création d’entreprise.....	183
* Temps partiel – temps complet .....	184
2. <i>Rémunération</i>	
* « A travail égal, salaire égal » .....	173
<b>C. – Santé et sécurité au travail</b>	
1. <i>Protection du salarié malade ou victime d’un accident du travail</i>	
* Obligation de reclassement pesant sur l’employeur.....	185
2. <i>Maternité</i>	
* Formalités de déclaration de grossesse.....	186
* Protection contre le licenciement .....	186
<b>D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail</b>	
1. <i>Accords collectifs et conventions collectives</i>	
* Accords collectifs et conventions collectives divers.....	187
* Dénonciation – conséquences.....	188
<b>E. – Représentation du personnel et élections professionnelles</b>	
1. <i>Elections professionnelles</i>	
* Contentieux des élections professionnelles.....	189
* Corps électoral – calcul des effectifs .....	190
* Opérations électorales .....	191
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.1. <i>Institutions représentatives du personnel</i>	
* Comité d’entreprise européen.....	192
* Délégué syndical .....	193
* Représentant du personnel au CHSCT.....	194
* Syndicat – activité syndicale.....	195
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre le licenciement .....	196
<b>F. – Rupture du contrat de travail</b>	
1. <i>Licenciements</i>	
1.1. <i>Mise en œuvre</i>	
* Lettre de licenciement .....	197
1.2. <i>Licenciement disciplinaire</i>	
* Absence de nécessité d’un avertissement préalable .....	198
* Délai entre l’entretien préalable et la sanction .....	199
* Faute grave.....	200
* Consultation préalable d’un organe disciplinaire conventionnel.....	201

1.3. Licenciements économiques	
* Licenciements à l'occasion d'un plan de cession.....	202
* Licenciement collectif – ordre des licenciements.....	203
* Obligation d'information, de réunion et de consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel.....	204
1.4. Indemnités de licenciement	
* Indemnité conventionnelle.....	185
1.5. Obligation de réintégration après annulation du licenciement	
* Etendue de l'obligation.....	205
2. <i>Démission</i>	
* Délai-congé.....	206
<b>G. – Action en justice</b>	
* Astreinte.....	207
* Cassation (pourvoi – désistement).....	208
* Cassation (pourvoi – recevabilité).....	192
* Chose jugée.....	209
* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes.....	210
* Compétence en droit intra-communautaire.....	211
* Impartialité.....	212
* Prescription.....	213-214
* Sursis à statuer.....	215

## COURS ET TRIBUNAUX

### Rupture du contrat de travail

#### 1. *Licenciements*

##### 1.1. Imputabilité et motifs de la rupture

* Licenciement pour absence prolongée ou absences répétées du salarié.....	216 à 218
--	-----------

## COMMENTAIRES ET DOCTRINE



ÉTUDES



## La distinction travail indépendant / salariat – Etat de la jurisprudence

par Mathilde Zylberberg, magistrat, auditeur au service de documentation  
et d'études de la Cour de cassation.

### Introduction

La question de la distinction entre travail indépendant et travail salarié présente des enjeux essentiels. En effet, en droit du travail, le salarié bénéficie d'un régime d'ordre public protecteur de ses intérêts (temps de travail, hygiène et sécurité, rémunération, transfert du contrat en cas de changement d'employeur, droit aux allocations chômage...) auquel le travailleur indépendant n'a en principe pas droit. En droit de la sécurité sociale, les enjeux ne sont pas moins importants, notamment pour l'employeur éventuel, qui devra ou non, selon la qualification retenue, payer des cotisations à l'URSSAF au titre d'une rétribution financière qui sera qualifiée de « salaire » et non pas « d'honoraire ».

Cette question prend aujourd'hui de l'importance avec le phénomène de l'extériorisation juridique de l'emploi pratiquée par les entreprises (« l'essaimage »), qui constitue, parfois, un contournement du statut salarial. Ainsi, afin d'échapper aux contraintes que font peser sur eux le droit du travail et de la sécurité sociale, certains employeurs peuvent être tentés de recourir à des formes d'emploi autres que le contrat de travail, afin d'acheter le travail d'autrui sans avoir à assumer les obligations patronales.

Une première approche de la question de la distinction travail indépendant/salariat conduit à une opposition binaire : qui n'est pas travailleur indépendant est salarié, avec l'usage du critère de l'existence ou non d'un lien de subordination entre le travailleur et le donneur d'ouvrage. Mais il apparaît par la suite que certains travailleurs sont dans une situation hybride, ni complètement salarié ni complètement travailleur indépendant.

### I. – DISTINCTION ENTRE CONTRAT DE TRAVAIL ET TRAVAIL INDÉPENDANT, UNE OPPOSITION BINAIRE : QUI N'EST PAS SALARIÉ SERAIT TRAVAILLEUR INDÉPENDANT

Une définition juridique du travail indépendant fait défaut. Il se définit en négatif : le travail indépendant se caractérise par l'absence de lien de subordination juridique. Ainsi, le critère déterminant pour distinguer un salarié d'un travailleur indépendant

est l'existence ou l'absence d'un lien de subordination entre le travailleur et le donneur d'ouvrage. En son absence, il ne peut y avoir de contrat de travail.

Soc., 10 juin 2008, *Bull.* 2008, V, n° 127

« Lorsque celui qui prétend avoir été salarié d'une société exerçait un mandat social, la production de bulletins de salaire et la notification d'une lettre de licenciement sont à elles seules insuffisantes à créer l'apparence d'un contrat de travail. Dès lors, la cour d'appel, qui a constaté que n'était pas établi l'exercice par l'intéressé d'une activité dans un lien de subordination avec la société, en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, que le conseil de prud'hommes n'était pas compétent pour connaître du litige. »

Antoine Mazeaud<sup>(1)</sup> donne la définition suivante du lien de subordination : il y a lien de subordination quand il y a « soumission aux pouvoirs réglementaire, disciplinaire et de direction dans l'accomplissement d'un travail pour le compte d'autrui ».

La Cour de cassation admet depuis longtemps que le juge n'est pas lié par la qualification donnée au contrat par les parties (1). Les juridictions, contrôlées par la cour de cassation, caractérisent l'existence du lien de subordination en faisant appel à un faisceau d'indices (2), de telle manière qu'elles « dénichent » les fausses situations de travail indépendant (3). Par ailleurs, la chambre criminelle a été amenée à donner une interprétation de la notion du lien de subordination dans la durée, sur laquelle la chambre sociale n'a pas eu encore à se prononcer (4).

#### 1. Pouvoirs des juges : le juge n'est pas lié par la qualification du contrat

Assemblée plénière, 4 mars 1983, *Bull.* 1983, Ass. plen., n° 3

« La seule volonté des parties [est] impuissante à soustraire [le salarié] au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail ».

Soc., 17 avril 1991, *Bull.* 1991, V, n° 200

« L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomi-

(1) Mazeaud Antoine, *Droit du travail*, coll. Domat, droit privé, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd.

nation qu'elles ont données à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. »

Soc., 19 décembre 2000, Bull. 2000, V, n° 437

« L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. Viole les articles L. 121-1 et L. 511-1 du code du travail la cour d'appel qui décide que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, alors que, nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions prévues par le contrat et les conditions générales y annexées plaçait le « locataire » dans un état de subordination à l'égard du « loueur » et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un « véhicule taxi », était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail. »

Soc., 9 mai 2001, Bull. 2001, V, n° 155

« L'existence d'une relation de travail salarié dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle ».

Soc., 25 octobre 2005, Bull. 2005, V, n° 300

« La qualification du contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention, mais des conditions dans lesquelles la prestation de travail est fournie. Viole les articles L. 121-1 du code du travail, 1832 et 1871 du code civil une cour d'appel qui retient que ne justifie pas d'un contrat de travail un conducteur lié à une entreprise de transports par un contrat de « société en participation » et par un contrat de location-vente du véhicule qu'il était chargé de conduire, alors qu'il résulte de ses constatations que le contrat de société conférerait tous pouvoirs à l'entreprise de transport pour assurer le fonctionnement de la société, ce qui était de nature à établir qu'elle avait la maîtrise de l'organisation et de l'exécution du travail du conducteur attaché à son fonds et tenu d'assurer l'exploitation de ce fonds. »

2<sup>e</sup> Civ., 9 mars 2006, Bull. 2006, II, n° 72

« Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour décider d'assujettir au régime général de la sécurité sociale des fonctionnaires, magistrats et universitaires exerçant une activité d'enseignement dans un centre de formation professionnelle des avocats, relève que les intéressés dispensaient cet enseignement dans des locaux dépendant du centre, aux étudiants de celui-ci, et qu'ils étaient tenus de respecter un programme déterminé, de se conformer à un emploi du temps défini à l'avance et d'effectuer un contrôle de la formation ainsi assurée ».

## 2. Le lien de subordination – un faisceau d'indices pour le caractériser

Soc., 14 mars 1996, Bull. 1996, V, n° 96

« Caractérise l'existence d'un lien de subordination entre les parties, incompatible avec la qualité de travailleur indépendant, la cour d'appel qui relève que les démarcheurs prospecteurs en panneaux d'affichage, dont les rémunérations ont fait l'objet d'un redressement

opéré par l'URSSAF, devaient se conformer à des directives géographiques imposées par l'employeur, n'avaient pas l'initiative des méthodes de travail, étaient soumis au contrôle d'un inspecteur et percevaient une rémunération forfaitaire déterminée par l'employeur. »

Soc., 13 novembre 1996, Bull. 1996, V, n° 386

La cour d'appel relève « que le thème de l'intervention des conférenciers et leur rémunération n'étaient pas déterminés unilatéralement par la société mais convenus avec les intéressés et que ceux-ci n'étaient soumis par ailleurs à aucun ordre, à aucune directive, ni aucun contrôle dans l'exécution de leur prestation, en sorte qu'ils ne se trouvaient pas placés dans un lien de subordination à l'égard de cette société ».

2<sup>e</sup> Civ., 25 mai 2004, Bull. 2004, II, n° 233

« Selon l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunération toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination. Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. Par suite, ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles L. 242-1 du code de la sécurité sociale et L. 121-1 du code du travail la cour d'appel qui, pour décider que les rémunérations versées à divers intervenants et prestataires étrangers devaient être soumises à cotisations sociales, se borne à énoncer qu'ils étaient intégrés dans un service organisé. »

Soc., 1<sup>er</sup> décembre 2005, Bull. 2005, V, n° 349

« Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail, et l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

« Ne donne dès lors pas de base légale à sa décision au regard des articles L. 121-1 et L. 511-1 du code du travail, faute de caractériser l'existence d'un lien de subordination, la cour d'appel qui, pour décider que les parties à un contrat de « location de véhicule équipé-taxi » étaient liées par un contrat de travail, se borne à analyser certaines clauses du contrat, sans rechercher si, indépendamment des conditions d'exécution du travail imposées par les nécessités de police administrative, dans les faits, les sociétés loueuses avaient le pouvoir de donner aux locataires des ordres et des directives relatifs non pas au seul

*véhicule objet du contrat de location mais à l'exercice du travail lui-même, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. »*

2<sup>e</sup> Civ., 13 décembre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 320

*« Caractérise l'existence d'un lien de subordination justifiant l'affiliation au régime général de la sécurité sociale des « mandataires » d'une société chargés d'enquêtes préalables ou de recouvrement précontentieux, la cour d'appel qui, après avoir constaté que leur travail était exécuté sous l'autorité de cette société, relève que celle-ci disposait à leur égard d'un pouvoir de sanction consistant à décider de ne plus confier de mission. »*

Soc., 9 mars 2006, *Bull.* 2006, II, n° 72 (op. cit.)

*« Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour décider d'assujettir au régime général de la sécurité sociale des fonctionnaires, magistrats et universitaires exerçant une activité d'enseignement dans un centre de formation professionnelle des avocats, relève que les intéressés dispensaient cet enseignement dans des locaux dépendant du centre, aux étudiants de celui-ci, et qu'ils étaient tenus de respecter un programme déterminé, de se conformer à un emploi du temps défini à l'avance et d'effectuer un contrôle de la formation ainsi assurée. »*

Soc., 15 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 110

*« Mais attendu que l'existence des relations de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que les juges du fond ont constaté que les époux X... devaient se rendre chaque après-midi du lundi au vendredi à l'entrepôt d'Aulnay de la société pour y recevoir des plis et colis qu'ils devaient livrer dans le courant de la nuit suivante aux clients de la société situés dans les 6<sup>e</sup>, 7<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup>, 9<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> arrondissement de Paris, qu'ils utilisaient, comme cela était exigé dans les contrats, des véhicules peints aux couleurs de la société, étant observé qu'ils avaient contractuellement renoncé à apposer sur les véhicules toute autre publicité, que, selon l'annexe au contrat, leur rémunération consistait en un forfait mensuel plus les charges sociales, qu'ils travaillaient exclusivement pour la société TNT devenue GDEW, que les clients étaient livrés en suivant les consignes et directives données par la société ; qu'en l'état de ces constatations et sans encourir les griefs du moyen, la cour d'appel a pu en déduire que les époux X... étaient sous la subordination juridique de la société GDEW et qu'un contrat de travail les liait ; que le moyen n'est pas fondé. »*

### Défaut de caractérisation – indices insuffisants

2<sup>e</sup> Civ., 6 avril 2004, *Bull.* 2004, II, n° 154

*« Doit être cassé l'arrêt qui décide que doivent être soumises à cotisations de sécurité sociale les rémunérations versées à un pharmacien-biologiste remplaçant, dès lors qu'il ressort des énonciations de l'arrêt que ce biologiste, bien que disposant du personnel et des installations de la société exploitante, ne recevait pas de celle-ci d'ordres ni de directives dans l'exercice de son activité et qu'il n'était pas soumis à son pouvoir disciplinaire, de sorte qu'il n'accomplissait pas son travail dans un lien de subordination. »*

Com., 24 janvier 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 14

*« Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 1384, alinéa 5, du code civil la cour d'appel qui, pour condamner l'organisme qui avait confié un voilier à un skipper pour effectuer une régate en mer, retient que cet organisme, qui reconnaît lui avoir confié la direction du voilier, avait donc le pouvoir de donner au skipper des instructions sur la manière de remplir sa mission, ce qui caractérise l'existence d'un lien de subordination. »*

### 3. La caractérisation du lien de subordination, révélateur de fausses situations de travailleurs indépendants<sup>(2)</sup>

#### 3.1. Le faux travailleur présumé indépendant

La présomption de non-salariat de l'article L. 120-3, devenu l'article L. 8221-6 du code du travail, est une présomption simple.

La loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite loi Madelin, a introduit dans le code du travail, à l'article L. 120-3, devenu l'article L. 8221-6<sup>(3)</sup>, une présomption de non-salariat. Mais cet article prévoit qu'il est possible de rapporter la preuve contraire lorsque le travail est exécuté dans des conditions qui placent le travailleur dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci<sup>(4)</sup>.

La preuve du lien de subordination entraîne la requalification en contrat de travail et la modification du régime de sécurité sociale.

Crim., 10 mars 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 95

*« Ont justifié leur décision au regard de l'article L. 120-3, alinéa 2, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 11 février 1994, les juges qui ont requalifié en relation de travail salarié l'activité de deux artisans, dont il était prétendu qu'ils exécutaient des travaux en sous-traitance pour le compte d'une entreprise du bâtiment, dès lors qu'il résulte de leurs constatations que ces travailleurs, bien que régulièrement inscrits au*

(2) On retrouve dans ce chapitre l'utilisation, par les juridictions, de la méthode du faisceau d'indices pour caractériser le lien de subordination.

(3) Article L. 8221-6 (ancien L. 120-3).

« I. - Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :

1<sup>o</sup> Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;

2<sup>o</sup> Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 213-11 du code de l'éducation ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

3<sup>o</sup> Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés. »

(4) « II. - L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci.

« Dans ce cas, il n'y a dissimulation d'emploi salarié que s'il est établi que le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche, et L. 3243-2, relatif à la délivrance du bulletin de paie. »

répertoire des métiers, exerçaient leur activité dans des conditions de fait caractérisant un lien de subordination juridique permanente à l'égard de cette entreprise. »

Soc., 10 décembre 2002, Bull. 2002, V, n° 374

« Si, en application de l'article L. 120-3 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, les personnes physiques immatriculées notamment au registre du commerce et des sociétés sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation, le porteur de presse peut apporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail, une telle qualification devant être retenue lorsqu'il exerce son activité dans des conditions caractérisant une subordination par rapport à l'entreprise de presse. »

Soc., 22 mars 2006, Bull. 2006, V, n° 119

« La cour d'appel a retenu, par motifs propres et adoptés, que les époux X... (inscrits au registre du commerce et des sociétés), qui avaient été soumis à une période d'essai, étaient tenus de travailler trente-cinq heures par semaine et bénéficiaient en contrepartie d'une rémunération mensuelle et de l'avantage en nature que constituait leur logement, qu'ils étaient tenus d'obtenir un accord pour fixer leurs périodes de congés et que si les époux X... n'étaient présents qu'une certaine de jours par an, les époux X... recevaient des directives précises quant à l'exécution de leurs tâches ; qu'elle a pu en déduire que les époux X... exerçaient leur activité dans un lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail. »

### 3.2. Le faux sous-traitant

Les juges vérifient le degré d'autonomie des sous-traitants dans l'exécution de leur prestation.

Crim., 29 octobre 1985, Bull. crim., 1985, n° 335

« En droit du travail, il appartient aux juges du fond d'interpréter les contrats liant le chef d'entreprise aux travailleurs dont il utilise les services, afin de restituer à ces contrats leur véritable nature juridique. La seule volonté des parties est, en effet, impuissante à soustraire les travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'exécution de leurs tâches.

« Justifie, en conséquence, sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer établie, à la charge d'un chef d'entreprise, la prévention d'infraction aux règles relatives à la sécurité du travail, constate que les ouvriers concernés, employés en qualité d'artisans en vertu de contrats de sous-traitance et prétendument responsables de leur propre sécurité, travaillaient exclusivement pour l'entreprise qui les payait mensuellement et non en fin de chantier, et qui contrôlait la bonne exécution de leur tâche, leur fournissant elle-même le matériel utilisé. C'est à bon droit que les juges déduisent de leurs constatations qu'en dépit des apparences, ces ouvriers étaient, en réalité, intégrés dans un ensemble les plaçant en état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant des rapports de salariés à employeur. »

Crim., 17 juin 2003, pourvoi n° 02-84.224

« La cour d'appel, analysant les éléments soumis à son appréciation, relève que les sous-traitants n'avaient pas la possibilité de négocier librement la rémunération de leur travail, se voyaient imposer des horaires et des

contraintes spécifiques, et qu'ils étaient soumis à des directives et à des contrôles ; que la juridiction du second degré [qui] déduit de ses constatations que leur activité s'exerçait dans le cadre d'un lien de subordination et que les contrats de sous-traitance conclus en vue, notamment, d'alléger les coûts de cotisations sociales, devaient être requalifiés en contrats de travail [...] restitués aux conventions intervenues entre les parties leur véritable qualification [...]. »

### 3.3. Le faux gérant

Soc., 4 juin 1992, Bull. 1992, V, n° 367

« Ayant relevé qu'une société fournissait à ses gérants, exclusivement et sans aucune contrepartie, les locaux, les marchandises et le matériel nécessaire à leur travail, qu'elle décidait de leur période de vacances, leur imposait des obligations contraignantes et sanctionnables par le congédiement sur les objectifs à atteindre et les modalités de vente et les obligeait à suivre étroitement sa politique commerciale, une cour d'appel a caractérisé l'existence entre les parties d'un lien de subordination incompatible avec la qualité de travailleur indépendant malgré la liberté d'action reconnue aux gérants et en a déduit exactement que cette société était leur employeur, au sens de l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale. »

### 3.4. Les faux honoraires

2<sup>e</sup> Civ., 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-30.409

« Une cour d'appel peut retenir, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait qui lui sont soumis, qu'une société ne rapporte pas la preuve que les honoraires perçus par un dirigeant lui ont été versés à titre de travailleur indépendant ou libéral et non en raison de ses fonctions de président-directeur général, et que, dès lors, lesdites sommes, qualifiées d'honoraires versés en exécution d'un contrat de prestation de services, doivent être considérées comme des rémunérations versées par la société à son président-directeur général et être à ce titre réintégrées dans l'assiette des cotisations. »

2<sup>e</sup> Civ., 14 décembre 2004, Bull. 2004, II, n° 521

« L'image et la notoriété d'un joueur de football professionnel ayant été acquises dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail, la somme qui lui a été versée pour leur exploitation par son employeur a le caractère d'une rémunération versée à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination et doit être réintégrée dans l'assiette des cotisations sociales. »

**4. L'interprétation de la notion de lien de subordination permanent<sup>(5)</sup> par la chambre criminelle : le lien de subordination ne nécessite par un lien contractuel permanent, c'est la subordination qui doit être permanente et non le lien contractuel**

Crim., 31 mars 1998, pourvoi n° 97-81.873

La chambre criminelle approuve la cour d'appel qui avait décidé que « c'est la subordination

(5) Le terme de « lien de subordination permanent » a été introduit par l'article 35 de la loi Madelin dans le code de la sécurité sociale à l'article L. 311-11 : « Les personnes physiques visées au premier alinéa de l'article 120-3 du code du travail ne relèvent du régime général de la sécurité sociale que s'il est établi que leur activité les place dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard d'un donneur d'ordre [...] »

juridique qui doit être permanente et non le lien et que cette permanence s'apprécie donc pendant la durée de la relation de travail et non par rapport à celle-ci ». Dès lors, il est indifférent que l'activité de l'intéressé ne soit pas exclusivement réservée à la société. « La subordination juridique existe en conséquence pendant toute la durée de la prestation pour le compte du donneur d'ouvrage, qu'elle est donc bien permanente, que, dans ces conditions, la présomption de non-salariat édictée par l'article L. 120-3 du code du travail doit être renversée ».

Crim., 14 février 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 43 : la confirmation

Un président de société est poursuivi devant le tribunal correctionnel pour délit de marchandage et travail dissimulé. Confirmant les juges du premier degré, la cour d'appel écarte les incriminations au motif que « les sous-traitants étaient des artisans inscrits au répertoire des métiers, et que, percevant des rémunérations supérieures à celles des salariés de la société, ils ne se trouvaient pas en état de subordination juridique permanente à l'égard de la société, même s'ils utilisaient par commodité ses matériaux et véhicule de livraison, dès lors que, s'étant librement engagés, ils avaient conservé toutes latitude pour organiser leur temps de travail et œuvrer pour d'autres "employeurs" ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation casse et annule la décision au visa notamment de l'article L. 120-3 du code du travail (devenu l'article L. 8221-6 du code du travail). Elle reproche à la cour d'appel de n'avoir pas répondu aux réquisitions du ministère public, qui faisait vouloir que, d'une part, « les prétendus sous-traitant avaient en fait le statut de salariés, en raison des conditions, pratiquement identiques pour chacun d'entre eux, de leur rémunération, qui était subordonnée, non à l'exécution d'une tâche déterminée à l'avance, mais à un contrôle de la quantité de travail effectuée et que, d'autre part, l'existence d'un contrat de travail était établie dès lors que les artisans concernés, fussent-ils immatriculés au répertoire des métiers, fournissaient des prestations les mettant en état de subordination juridique par rapport au maître d'ouvrage durant le temps d'exécution de leur tâche, même en l'absence de lien contractuel permanent ».

C'est donc la subordination juridique qui doit être permanente et non le lien. Comme l'écrit Catherine Puigelier<sup>(6)</sup>, « on peut être salarié par moments, par périodes, par épisodes, par fractions ». Selon Daniel Boulmier, « il semble que la chambre criminelle entend poser durablement une lecture protectrice pour les salariés de la mesure protectrice pour les salariés qui voulait avant tout, en 1994, permettre la sécurisation du contournement du statut salarial par les entreprises »<sup>(7)</sup>. Ni la chambre sociale ni la deuxième chambre civile n'ont pris position sur cette question.

(6) Puigelier Catherine, « Caractérisation du lien de subordination », *JCP*, éd. social, n° 15, 11 avril 2006, 1291.

(7) Boulmier Daniel, « Dissimulation d'emploi salarié : retour sur le lien de subordination juridique permanente - à propos de Crim., 14 février 2006 », *JCP*, éd. entreprise et affaires, n° 26, 29 juin 2006, 2039.

## II. - LES SITUATIONS HYBRIDES : « LES TRAVAILLEURS ÉCONOMIQUEMENT DÉPENDANTS »

Le terme de « travailleur économiquement indépendant » a été utilisé dans le livre vert de la Commission européenne, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle ». La commission rappelle que la distinction binaire et traditionnelle entre « salariés » et « travailleurs indépendants » n'est plus le reflet fidèle de la réalité économique et sociale du travail ; elle indique que la notion de « travail économiquement dépendant » couvre des situations qui ne relèvent ni de la notion bien établie de travail salarié, ni de celle de travail indépendant. Cette catégorie de travailleurs ne dispose pas de contrat de travail. Ils ne peuvent pas tomber sous le coup de la législation du travail, car ils occupent une « zone grise » entre le droit du travail et le droit commercial. Quoique formellement indépendants, ils restent économiquement dépendants d'un seul commettant/employeur pour la provenance de leurs revenus.

Le législateur français, afin de protéger les « travailleurs économiquement dépendants », tient compte de cette situation en assimilant, de manière plus ou moins automatique, certaines professions à des activités salariées, alors que le lien de subordination est, sinon inexistant, du moins extrêmement ténu (1), ou bien en les faisant bénéficier des dispositions du droit du travail (2).

### 1. Le « forçage » du contrat de travail<sup>(8)</sup>

#### 1.1. Le contrat est « réputé »<sup>(9)</sup> être un contrat de travail

Le contrat conclu entre une entreprise et un voyageur, représentant ou placier (VRP) est « réputé » être un contrat de travail (article L. 751-1 du code du travail), ou plus exactement un « contrat de louage de service » relevant de la compétence du conseil des prud'hommes, sans que la preuve contraire d'une absence de lien de subordination puisse être apportée. Le statut de VRP revêt un caractère d'ordre public dès lors que le travailleur remplit les conditions définies par les articles L. 751-1 et suivants du code du travail.

Soc., 4 janvier 1979, *Bull.* 1979, V, n° 9

« Bénéficie du statut de représentant celui qui, lié avec une société de librairie par un contrat qui, quelle que soit sa dénomination, comporte un secteur de prospection, une clientèle et des marchandises déterminées, exerce sa profession d'une façon exclusive et constante, sans faire aucune opération commerciale pour son compte personnel, en suivant les directives de l'employeur et en rendant compte chaque semaine, peu important l'existence ou non d'un lien de subordination et les stipulations du

(8) Expression utilisée par Thibault Lahalle, dans un article intitulé : « Le mannequin : un salarié présumé », in *JCP*, éd. social, n° 5, 31 janvier 2003, 1096.

(9) *Idem*, note 8.

contrat qui ne lui interdisent ni d'effectuer les opérations commerciales pour son compte personnel ni de recruter des sous-agents. »

Soc., 23 avril 1980, Bull. 1980, V, n° 340

« Ayant relevé que le secteur géographique, la catégorie de clientèle à prospecter, la nature des commandes à obtenir et le pourcentage des commissions étaient précisés dans la lettre d'engagement de l'intéressé, en qualité de courtier, conformément à l'article L. 751-1 du code du travail, les juges d'appel ont décidé, à bon droit, que ce dernier devait être obligatoirement affilié au régime général de la sécurité sociale, peu important qu'il eût été immatriculé à une caisse primaire d'assurance maladie au titre de l'assurance volontaire et qu'il ait bénéficié d'une certaine liberté d'action. »

Soc., 13 mai 1981, Bull. 1981, V, n° 418

« Est fondée à retenir sa compétence la juridiction prud'homale qui, saisie du litige portant sur la nature du contrat liant un représentant à une société, énonce que l'emploi dans le contrat de certains termes équivoques ne peut faire obstacle à l'application de l'article L. 751-1 du code du travail, réputant louage de service les conventions dont l'objet est la représentation dans les conditions qu'il prévoit, alors même qu'elle n'a pas relevé si le représentant recevait des ordres de son employeur. »

### 1.2. Le contrat est présumé être un contrat de travail

Les journalistes professionnels (article L. 761-2 du code du travail, issu de la loi n° 74-630 du 4 juillet 1974, article premier).

Article L. 761-2, alinéa 4, devenu article L. 7112-1 du code du travail :

« Toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel au sens du premier alinéa du présent article est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties. »

Soc., 3 nov. 2004, pourvoi n° 02-43.952

« Attendu que la cour d'appel a constaté que Mme X..., durant vingt-quatre années, a réalisé presque chaque mois des reportages photographiques pour le magazine Marie-Claire qui publiait ses photos dans la majorité de ses numéros en contrepartie d'une rémunération dont elle tirait le principal de ses ressources ; qu'elle a relevé que la société Marie-Claire choisissait les sujets, les mannequins, le lieu et la date de réalisation des reportages photographiques et que Mme X... travaillait avec une équipe constituée et rémunérée par le journal ; qu'elle a pu en déduire que l'intéressée était fondée à se prévaloir de la présomption établie par l'article L. 761-2 du code du travail et que les parties étaient liées par un contrat de travail sans encourir les griefs du moyen qui, dès lors, ne saurait être accueilli. »

Soc., 11 mars 2008, pourvoi n° 06-45.568

« Attendu, cependant, qu'aux termes de l'alinéa 4 de l'article L. 761-2 du code de travail, toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel est présumée être un contrat de travail. Cette présomp-

tion subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties. »

L'activité du travailleur doit correspondre à la définition de l'activité de journaliste professionnel donnée à l'article L. 761-2, alinéa premier, devenu l'article L. 7111-3 du code du travail : « Le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques ou dans une ou plusieurs agences de presse, et qui en tire le principal de ses ressources. »

2<sup>e</sup> Civ., 18 janvier 2005, Bull. 2005, II, n° 11

« Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles L. 311-3 16<sup>o</sup> du code de la sécurité sociale et L. 761-2, alinéa premier, du code du travail l'arrêt qui confirme l'assujettissement au régime général des "pigistes" ayant assuré la rédaction régulière d'articles spécialisés, sans rechercher si l'activité de journaliste était l'activité principale des intéressés et si ceux-ci en tiraient le principal de leurs ressources. »

Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05-42.926

« Mais attendu que la cour d'appel, ayant constaté que M. X... fournissait à la société des publications du Courrier de l'Ouest des articles qui étaient remis en forme et modifiés par la rédaction du quotidien, que sa collaboration au journal ne lui procurait pas l'essentiel de ses ressources et qu'il était payé irrégulièrement "à la pige", a, par ces seuls motifs, pu décider qu'il ne remplissait pas les conditions prévues par les alinéas 1 et 2 de l'article L. 761-2 du code du travail pour pouvoir bénéficier de la présomption prévue par ce texte ;

« Qu'en statuant comme elle a fait, après avoir relevé que M. X... justifiait de la qualité de journaliste professionnel, et alors que le pigiste est assimilé au journaliste professionnel, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé. »

### Les artistes de spectacle

Article L. 762-1 devenu L. 7121-3 du code du travail : « Tout contrat par lequel une personne s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité qui fait l'objet de ce contrat dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. »

Soc., 19 mai 1998, Bull. 1998, V, n° 270

« Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production est présumé être un contrat de travail quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée au contrat par les parties, la liberté d'expression conservée par l'artiste ou le fait qu'il est propriétaire de tout ou partie du matériel utilisé. »

Soc., 8 juillet 1999, Bull. 1999, V, n° 339

« Ayant constaté qu'il n'était pas discuté que les metteurs en scène, la décoratrice et la costumière étaient des artistes du spectacle et qu'ils avaient été rémunérés pour leur activité, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à caractériser l'existence d'un lien de subordi-

nation, que, quels que soient le mode et le montant de leur rémunération, le contrat qui les liait à l'association était présumé être un contrat de travail, en application des dispositions de l'article L. 762-1 du code du travail. »

2<sup>e</sup> Civ., 25 mai 2004, Bull., 2004, II, n° 233

La cour d'appel a décidé à bon droit, « sans avoir à caractériser l'existence d'un lien de subordination, que le contrat d'un intervenant étranger, rémunéré comme artiste du spectacle, était présumé être un contrat de travail en application de l'article L. 762-1 du code du travail et qu'en l'absence de justification de son rattachement à un régime de sécurité sociale de son pays de résidence, il relevait du régime général de la sécurité sociale par application de l'article L. 311-3 15° du code de la sécurité sociale, de sorte que sa rémunération entrait dans l'assiette des cotisations sociales de ce régime. »

2<sup>e</sup> Civ., 13 décembre 2005, Bull. 2005, II, n° 318

« Toute convention par laquelle une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle est présumée être un contrat de travail. Cette présomption, qui subsiste quelle que soit la qualification donnée à la convention par les parties, n'est pas détruite par la preuve que le mannequin conserve une entière liberté d'action pour l'exécution de sa prestation. »

Soc., 20 septembre 2006, Bull. 2006, V, n° 272

« Aux termes de l'article L. 762-1 du code du travail, tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité objet de ce contrat dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce ; cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération, ainsi que la qualification donnée au contrat par les parties ; elle n'est pas détruite par la preuve que l'artiste emploie lui-même une ou plusieurs personnes pour le seconder, dès lors qu'il participe personnellement au spectacle ; que le contrat de travail peut être commun à plusieurs artistes. Doit être cassé l'arrêt qui déclare le conseil de prud'hommes incompétent pour connaître du litige opposant un artiste à une société, au seul motif que le contrat comportait des irrégularités. »

Les mannequins (article L. 763-1 du code du travail, issu de la loi n° 90-603 du 12 juillet 1990, article 11-I) : « Tout contrat par lequel une personne s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un mannequin est présumé être un contrat de travail. »

2<sup>e</sup> Civ., 13 décembre 2005, Bull. 2005, II, n° 318

« Toute convention par laquelle une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle, est présumée être un contrat de travail. Cette présomption, qui subsiste quelle que soit la qualification donnée à la convention par les parties, n'est pas détruite par la preuve que le mannequin conserve une entière liberté d'action pour l'exécution de sa prestation. »

Mais la présomption de salariat posé par l'article L. 763-1, alinéa premier, devenu l'article L. 7123-3 du code du travail n'est pas irréfragable :

Soc., 16 janvier 1997, pourvoi n° 95-12.994

« La cour d'appel, qui a ainsi écarté l'existence d'un lien de subordination de Mlle X... envers la société SGGSEMF, a exactement décidé, la présomption édictée par l'article L. 763-1 du code du travail n'ayant pas de caractère irréfragable, que les relations entre les parties n'entraient pas dans les prévisions des articles L. 311-2 et L. 311-3 15° du code de la sécurité sociale, et que Mlle X... ne relevait pas du régime général de la sécurité sociale au titre de ses activités en faveur de la société SGGSEMF ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches. »

## 2. Les travailleurs indépendants bénéficiant des dispositions du contrat de travail

2.1. Les travailleurs visés par l'article 781-1, recodifié sous les articles L. 7321-1, 7321-2, 7321-3 du code du travail

Cet article concerne, en pratique, principalement les gérants de succursales.

L'encadrement d'un contrat marqué par le pouvoir d'un contractant sur l'autre (mais qui ne soit pas un contrat de travail) n'est pas totalement inexistant, mais il reste guidé par le postulat de l'indépendance des contractants, qui s'engagent dès lors chacun à leurs risques et périls.

Il existe toutefois un texte dans le code du travail qui réduit les risques mis à la charge d'un des contractants lorsque certains aspects de sa dépendance sont trop marqués : l'article L. 781-1, recodifié sous les articles L. 7321-1, 7321-2, 7321-3 du code du travail. Selon ce texte, le droit du travail peut s'appliquer à des professionnels indépendants juridiquement, mais qui évoluent sous l'emprise d'une personne ne leur laissant plus suffisamment la maîtrise de l'activité économique. Cette application ne reste que partielle, puisque l'article L. 781-1, recodifié sous les articles L. 7321-1, 7321-2, 7321-3 du code du travail, ne prévoit qu'une application du droit du travail, et non une requalification du contrat en contrat de travail.

### Les critères de mise en œuvre du texte ne recouvrent pas ceux du lien juridique de subordination, ce qu'a d'ailleurs rappelé la Cour de cassation

Soc., 4 décembre 2001, Bull. 2001, V, n° 373

« Aux termes de l'article L. 781-1 2° du code du travail, les dispositions du code du travail qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs, sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter pour le compte d'une seule entreprise industrielle et commerciale lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise ; il en résulte que dès lors que les conditions sus-énoncées sont, en fait, réunies,

quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination. »

### Appréciation souveraine des juges du fond

Soc., 22 mars 2006, Bull. 2006, V, n° 122

« Les juges du fond apprécient souverainement si la condition d'application de l'article L. 781-1 2° du code du travail, relative à la fourniture exclusive ou presque exclusive, par la société, des marchandises vendues par les gérants, était ou non remplie. »

### Possibilité de renoncer à se prévaloir du statut de salarié...

Soc., 22 mars 2006, Bull. 2006, V, n° 122

« La répartition des compétences entre le tribunal de commerce et le conseil de prud'hommes, en cas de différends entre le locataire-gérant et le propriétaire du fonds, ne peut priver le locataire-gérant du droit de saisir la juridiction prud'homale en invoquant les dispositions de l'article L. 781-1 du code du travail. Il appartient aux juges du fond saisis de demandes formées en application de la législation sociale, d'une part, d'apprécier si les gérants d'une station-service, comme ils le prétendent, ont exercé leur activité professionnelle, pour le compte de la société pétrolière, dans les conditions fixées par l'article L. 781-1 2°, et, d'autre part, si, comme le soutient cette société, les gérants ont valablement renoncé à se prévaloir du statut de salarié. »

### ... mais de manière claire et non équivoque

Soc., 16 janvier 2002, pourvoi n° 00-41.487

« Attendu que pour débouter les époux X... de leurs demandes relatives à l'application des dispositions résultant de l'article L. 781-1 susvisé, la cour d'appel a retenu qu'en raison du caractère fictif de la société Y..., les intéressés avaient la qualité de gérants salariés au sens de ce texte, mais qu'en réclamant le versement d'une prime en application des accords interprofessionnels du pétrole, ils avaient renoncé à se prévaloir du statut de travailleurs ;

« qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que les intéressés avaient sollicité aussitôt, après l'arrivée à terme du contrat, une prime de fin de relations contractuelles et la reprise des stocks avant même que le caractère fictif de la société ait été reconnu, ce dont il ne résultait pas une volonté claire et non équivoque de renoncer à leur qualité de gérants salariés au sens de l'article L. 781-1 du code du travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

### Juridiction compétente pour trancher le litige

Soc., 8 mars 2006, Bull. 2006, V, n° 96

« Lorsqu'un gérant de magasin exerce son activité non pas dans un lien de subordination, mais dans les conditions fixées par l'article L. 781-1 2° du code du travail, le litige qui l'oppose à la société lui fournissant le local et les marchandises relève de la compétence du tribunal de commerce dès lors que ce litige porte sur les modalités

d'exploitation commerciale du magasin, et non sur les conditions de travail et l'application de la réglementation du travail. »

### Gérant personne physique ou dirigeant de la personne morale, gérant de la succursale<sup>(10)</sup>

Ce statut était à l'origine réservé à des personnes physiques. Ainsi, lorsque la gestion de la succursale était assurée par une personne morale, les gérants et dirigeants de cette dernière ne pouvaient, en principe, bénéficier du droit du travail par application de l'article L. 781-1 du code du travail. Cependant, pour éviter les fraudes (il suffisait en effet, pour échapper au droit du travail, de faire systématiquement assurer la gérance des succursales par des personnes morales), la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence.

Elle a d'abord fait exception à cette solution lorsque la preuve du caractère fictif de la société est apportée : Soc., 16 janvier 2002, pourvoi n° 00-41.487. Puis elle a également reconnu le droit de se prévaloir de l'article L. 781-1 du code du travail à une personne physique à qui la gérance des stations-service avait initialement été confiée et qui avait constitué une personne morale pour en assurer l'exploitation : Soc., 12 juillet. 2005, pourvoi n° 03-43.069. Enfin, elle a décidé que lorsqu'un contrat de location-gérance est conclu entre un producteur pétrolier et une société exploitante, le statut de gérant-salarié doit être reconnu aux cogérants de ladite société dans le cas où l'activité professionnelle est accomplie, en fait, par eux dans les conditions prévues par l'article L. 781-1 du code du travail (Soc., 3 novembre. 2005, pourvois n° 03-47.968 et n° 03-47.969).

### 2.2. Le conjoint salarié

#### Article L. 784-1 (abrogé dans le nouveau code) :

« Les dispositions du présent code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel, et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance. »

#### Le lien de subordination est un critère inopérant

Soc., 24 janvier 2007, Bull. 2007, V, n° 12

« L'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition d'application de l'article L. 784-1 du code du travail réglementant le statut du conjoint salarié. »

Soc., 13 décembre 2007, Bull. 2007, V, n° 210

« D'une part, l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition nécessaire à l'application du statut de conjoint salarié. D'autre part, dès lors qu'il est établi que l'un des époux participe ou a participé effectivement à titre professionnel et habituel à l'activité de son conjoint dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux, ce dernier ne peut, pour faire échec aux dispositions de l'article L. 784-1 du code du

(10) A noter qu'aucun des arrêts cités dans le présent paragraphe ne sont des arrêts publiés.

*travail, opposer à son conjoint l'absence de rémunération du travail accompli à son service. En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, pour débouter l'épouse de ses demandes à l'encontre de son ex-conjoint, retient qu'elle n'établissait pas l'existence d'un lien de subordination et*

*qu'aucune rémunération n'avait été convenue entre eux, tout en constatant que l'activité continue qu'elle avait exercé à titre professionnel au service de son mari n'était en rien occasionnelle et avait permis à ce dernier d'économiser la charge d'une salariée. »*



# JURISPRUDENCE



# COURS EUROPÉENNES

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

### I.1. – Cour de justice des Communautés européennes

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

##### 1. *Emploi et formation*

##### \* *Travailleurs privés d'emploi*

N° 171

##### Faits :

Un ressortissant allemand, M. X..., avait résidé et exercé une activité salariée en Autriche, puis avait demandé auprès de l'organisme autrichien compétent une pension d'invalidité au titre du régime légal d'assurance retraite. Sa demande fut rejetée et il forma un recours contre cette décision. Pendant la procédure et alors que sa résidence se trouvait encore en Autriche, l'agence régionale de l'office du travail et de l'emploi de Basse-Autriche, *Arbeitsmarktservice*, lui versa une avance en tant que chômeur ayant demandé la prestation d'assurance pour diminution de la capacité de travail ou invalidité.

M. X... demanda alors à l'*Arbeitsmarktservice* de lui verser cette prestation en Allemagne, où il transférerait son domicile. Mais, le 23 octobre 2003, l'*Arbeitsmarktservice* refusa d'accéder à sa demande au motif qu'il ne résidait plus en Autriche. M. X... introduisit un recours devant le *Verwaltungsgerichtshof* [juridiction administrative statuant en dernier ressort].

##### Question préjudicielle et droit communautaire en cause :

– La première question tient à la qualification juridique de la prestation en cause : la prestation de l'assurance chômage versée aux chômeurs au titre d'une diminution de la capacité de travail ou invalidité constitue-t-elle une prestation de chômage au regard de l'article 4 § 1, sous g, du Règlement

n° 1408/71 CEE du 14 juin 1971, ou une prestation d'invalidité selon l'article 4 § 1, sous b, du même Règlement ?

– La seconde question porte sur l'interprétation de l'article 39 du Traité CE et consiste à vérifier sa compatibilité avec une disposition de droit national tendant à subordonner l'octroi de la prestation à la condition que les bénéficiaires aient leur résidence sur le territoire national de cet Etat, et interdisant ainsi l'exportabilité de la prestation dans un autre Etat membre.

##### Décision de la Cour :

– Sur la nature juridique de la prestation :

La Cour commence par rappeler le champ d'application du Règlement CEE du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, p. 2). Celui-ci s'applique aux branches de la sécurité sociale qui concernent les prestations d'invalidité et les prestations de chômage.

Elle vérifie ensuite que la prestation litigieuse constitue une prestation de sécurité sociale. Pour en donner une définition, elle se fonde sur une jurisprudence constante qui prévoit qu'une telle prestation doit avoir été octroyée au bénéficiaire « *en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, sur la base d'une situation légalement définie, et où elle se rapporte à l'un des risques expressément énumérés à l'article 4, paragraphe 1, du Règlement n° 1408/71* » (point 19).

En l'espèce, la Cour constate que l'octroi de la prestation dépend de critères objectifs définis par l'article 23 de la loi de 1977 *Arbeitslosenversicherungsgesetz* (AIVG), que les autorités compétentes n'ont pas de pouvoir discrétionnaire pour apprécier les besoins du demandeur, et, enfin, que cette prestation a pour finalité de couvrir les risques de chômage ou d'invalidité prévus par le Règlement n° 1408/71.

En conséquence, la prestation en cause est bien une prestation de sécurité sociale.

La Cour détermine ensuite la nature juridique de la prestation litigieuse. Elle s'interroge sur la possibilité que la prestation en cause soit de même nature que les prestations de sécurité sociale dont font partie les prestations de chômage.

Elle précise que, pour être de même nature, les prestations de sécurité sociale doivent avoir un objet, une finalité, des bases de calcul et des conditions d'octroi identiques. Les caractéristiques purement formelles ne doivent pas être prises en compte.

Les juges de Luxembourg appliquent chacun de ces principes aux faits de l'espèce.

En ce qui concerne l'objet et la finalité de la prestation en cause, ils relèvent que celle-ci procure au chômeur ayant demandé une pension d'invalidité des moyens financiers pour subvenir à ses besoins pendant la période d'incertitude quant à ses capacités à être réinséré dans la vie professionnelle. Comme toutes les prestations de chômage, elle remplace le salaire perdu en raison du chômage.

D'ailleurs, dans la mesure où la prestation de chômage est liée à la pension d'invalidité, si la pension d'invalidité est refusée, la prestation litigieuse est alors considérée comme une allocation de chômage.

La Cour précise que l'absence d'un emploi rémunéré doit être établie, car la situation de chômage constitue une condition indispensable pour l'octroi de la prestation en cause. Par ailleurs, si le bénéficiaire de ladite prestation retrouve un emploi rémunéré, il perd son droit à cette prestation.

En ce qui concerne la base de calcul, la Cour relève que, par application de l'article 23 de l'AIVG, le montant est déterminé de la même manière que celui d'une allocation de chômage.

En ce qui concerne enfin les conditions d'octroi, la Cour note que les dispositions applicables sont prévues par la réglementation sur l'assurance chômage, que l'attribution de la prestation relève des autorités compétentes en matière de chômage et, enfin, que le demandeur d'une pension d'invalidité doit remplir les conditions d'ouverture du droit aux allocations de chômage.

Ainsi, « *il convient de constater qu'il résulte tant de l'objet et de la finalité de la prestation en cause au principal que de sa base de calcul et de ses conditions d'octroi que, nonobstant le fait qu'elle soit liée à une demande de pension d'invalidité, une telle prestation se rapporte directement au risque du chômage visé à l'article 4, paragraphe 1, sous g, du Règlement n° 1408/71* » (point 35).

En conséquence, la Cour affirme que la prestation litigieuse doit être considérée comme une prestation de chômage.

– Sur la compatibilité de la disposition de droit national autrichien avec l'article 39 du Traité CE :

A titre liminaire, la Cour relève qu'en principe, les prestations d'invalidité sont exportables dans un autre Etat membre, sauf si le Règlement n° 1408/71 en dispose autrement.

En revanche, ce texte ne cite pas les prestations de chômage. L'article 10 § 1 du Règlement n'interdit donc pas que « *la législation d'un Etat membre subordonne le bénéfice d'une telle prestation à une condition de résidence sur le territoire de cet Etat* » (point 38). Cependant, la Cour précise que le Règlement n° 1408/71 prévoit deux exceptions. L'Etat membre doit permettre aux bénéficiaires d'une allocation de chômage d'exercer leurs droits tout en résidant dans un autre Etat membre lorsque :

– les chômeurs se rendent dans un autre Etat membre « *pour y chercher un emploi* » (article 69 du Règlement) ;

– les chômeurs résidaient, au cours de leur dernier emploi, sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent (article 71 du Règlement).

Toutefois, la Cour note que la situation de M. X... ne relève d'aucun de ces articles et que, dès lors, « *le Règlement n° 1408/71 ne contient pas de dispositions régissant des cas tels que celui faisant l'objet du litige au principal* » (point 40).

Malgré l'absence d'harmonisation au niveau communautaire, les Etats membres doivent respecter les dispositions des articles 39 à 42 du Traité CE, relatives à la libre circulation des travailleurs. La Cour analyse le régime applicable à la prestation litigieuse au regard de l'article 39 du Traité CE. Elle commence par vérifier que le ressortissant allemand, M. X..., relève bien du champ d'application de l'article 39 du Traité CE. Puis elle donne une définition de la notion de « *travailleur* » au sens du droit communautaire et non restrictif du terme : « *Doit être considérée comme « travailleur » toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique de la relation de travail est, selon cette jurisprudence, la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* » (point 45).

En l'espèce, M. X... a exercé une activité de salarié dans un Etat membre et a fait l'usage du droit à la libre circulation des travailleurs. A l'époque des faits, il avait donc la qualité de « *travailleur* » au sens de l'article 39 du Traité CE. De plus, lors de son retour en Allemagne, M. X... était chômeur, mais il pouvait bénéficier des droits liés au statut de travailleur car la Cour précise que « *certains droits liés à la qualité de travailleur sont garantis aux travailleurs migrants même si ceux-ci ne se trouvent plus engagés dans un contrat de travail* » (point 48).

L'octroi de certaines prestations dépend de l'existence préalable d'un rapport de travail qui a pris fin. En l'espèce, la prestation litigieuse était

destinée à procurer un revenu au demandeur d'une pension d'invalidité en situation de chômage. Cette prestation est donc liée aux risques de chômage et d'invalidité, et découle directement d'une relation de travail au sens de l'article du 39 du Traité CE. Ainsi, les juges considèrent que M. X... a « *conservé la qualité de « travailleur » au sens de l'article 39 (du Traité) CE aux fins de l'octroi de la prestation en cause et, partant, un tel ressortissant relève du champ d'application de cet article* » (point 51).

Ensuite, la Cour examine si la condition de résidence telle qu'énoncée par le droit national autrichien constitue une entrave à la liberté de circulation des travailleurs au sens de l'article 39 du Traité CE.

En droit, la règle de l'égalité de traitement prévue à l'article 39 § 2 du Traité CE prohibe les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, et toutes formes dissimulées de discrimination. Ainsi, doit être considérée comme indirectement discriminatoire une disposition « *susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et (...) risqu[ant], par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers* » (point 54). En l'espèce, la disposition autrichienne qui subordonne l'octroi d'une prestation de chômage à une condition de résidence est discriminatoire, car elle est plus facilement remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants.

Par exception, la mesure discriminatoire peut être valable si elle est objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi. La Cour examine dans un premier temps si la mesure autrichienne est, en l'espèce, objectivement justifiée : elle relève que le gouvernement autrichien n'a pas décrit l'objectif poursuivi par la condition de résidence imposée dans la législation nationale ni avancé d'élément au titre de « *raisons impérieuses d'intérêt général* », tel qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale.

Au demeurant, la Cour considère qu'un « *tel risque saurait difficilement être établi, dès lors que (...) en accordant la prestation en cause au principal aux demandeurs d'une pension d'invalidité qui, au moment de l'introduction de leur demande, résident sur le territoire national, les autorités compétentes ont précisément démontré leur capacité à en supporter la charge économique dans l'at-*

*tente de la décision définitive à cet égard* » (point 57). En conséquence, la Cour note que la mesure n'est pas objectivement justifiée.

Dans un second temps, la Cour examine si la mesure autrichienne est proportionnée à l'objectif poursuivi. Elle constate que la prestation de sécurité sociale est versée pendant une période limitée au cours de laquelle il n'est pas exigé que les demandeurs aient la capacité et la volonté de travailler, ni qu'ils soient disponibles sur le marché du travail. La condition de résidence lui apparaît alors disproportionnée.

Il en va de même lorsque, pendant la période d'attente de la décision définitive sur la demande d'octroi de la pension d'invalidité, les demandeurs de cette prestation ne sont soumis à aucun contrôle particulier par l'office de l'emploi de l'Etat membre concerné (les demandeurs n'étant pas tenus de satisfaire aux exigences de capacité, volonté de travailler et de disponibilité sur le marché du travail). En conséquence, la Cour considère que la condition de résidence prévue par le droit autrichien est discriminatoire et incompatible avec l'article 39 du Traité CE.

La Cour décide alors que « *l'article 39 (du Traité) CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un Etat membre, dans la mesure où il n'a apporté aucun élément de nature à démontrer qu'une telle condition est objectivement justifiée et proportionnée, subordonne l'octroi d'une prestation telle que celle en cause au principal, qui doit être considérée comme une « prestation de chômage » au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous g, du Règlement n° 1408/71, à la condition que les bénéficiaires aient leur résidence sur le territoire national de cet Etat* » (point 65).

\*  
\* \*

Le résumé de l'arrêt est extrait 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](mailto:obs.europe.sde.cour-decassation@justice.fr).

# COUR DE CASSATION

## SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

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

#### 1. *Emploi et formation*

##### \* *Apprentissage*

##### N° 172

La démission d'un apprenti intervenant après les deux premiers mois d'apprentissage ne met pas fin au contrat, et seule une résiliation judiciaire est possible.

Doit être cassé l'arrêt qui retient que la rupture du contrat d'apprentissage résulte de la démission de l'apprenti, alors que celle-ci était intervenue plus de deux mois après le début de l'apprentissage et qu'il appartenait à la cour d'appel de se prononcer sur la demande de résiliation judiciaire du liquidateur.

**Soc. – 23 septembre 2008. Cassation**

N° 07-41.748. – CA Angers, 10 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Moignard, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

##### Note

Un employeur conclut un contrat d'apprentissage en septembre 2003. Mais, le 3 novembre 2004, son entreprise fait l'objet d'un jugement de liquidation judiciaire. Le 5 novembre, l'administrateur propose à l'apprenti une résiliation amiable de son contrat, résiliation que l'intéressé refuse. Saisi par l'administrateur, le conseil de prud'hommes prononce la résiliation judiciaire du contrat aux torts de ce dernier. Mais la cour d'appel, constatant que l'apprenti avait conclu un nouveau contrat d'apprentissage avec un autre employeur avant la résiliation de son contrat, considère que ce fait prouve que la rupture du contrat devait s'analyser en une démission. L'apprenti forme un pourvoi, invoquant la violation de l'article L. 117-17, devenu L. 6222-18 du code du travail.

Selon l'article L. 6222-18 précité, « le contrat d'apprentissage peut être rompu par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage. Passé ce délai, la rupture du contrat ne peut intervenir que sur accord écrit signé des deux parties. A défaut, la rupture ne peut être prononcée que par le conseil de prud'hommes [...] ».

Il n'est pas contesté que le délai de deux mois permettant unilatéralement la rupture du contrat d'apprentissage était écoulé antérieurement à la survenance du jugement de liquidation judiciaire de l'employeur. La résiliation du contrat d'apprentissage n'était donc possible que par accord exprès des deux parties, accord que le liquidateur avait tenté d'obtenir de l'apprenti le 5 novembre 2004, mais en vain.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger que la cessation anticipée de l'activité de l'employeur ne pouvait justifier la rupture anticipée du contrat d'apprentissage sans indemnité (Soc., 10 mai 2000, pourvoi n° 97-45.717). Elle a précisé également que la rupture prononcée à la suite d'une liquidation judiciaire en application de l'article L. 717-17 du code du travail entraîne nécessairement un préjudice pour l'apprenti, et que l'inexécution du contrat du fait de l'employeur engage sa responsabilité contractuelle (Soc., 6 mai 1998, Bull. 1998, V, n° 223).

Cependant, il résulte des dispositions de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (articles 148-4, alinéa 4, et 153, alinéa 2) que le liquidateur peut mettre fin au contrat d'apprentissage dans les quinze jours du jugement de liquidation. Tenant son pouvoir de ce jugement, il n'a pas à demander au conseil de prud'hommes la résiliation du contrat. L'apprenti a droit à une indemnité égale aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de son contrat (Soc., 23 mai 2000, Bull. 2000, V, n° 192 ; Soc., 15 janvier 2002, Bull. 2002, V, n° 11).

En l'espèce, le liquidateur n'a pas usé de cette faculté, mais l'apprenti ayant conclu un nouveau contrat d'apprentissage avec un autre employeur à l'intérieur du délai de quinze jours courant à

compter du jugement de liquidation judiciaire, ne pouvait-on pas considérer, comme l'a fait la cour d'appel, qu'il avait démissionné et que la rupture unilatérale était de son fait ?

La Cour de cassation, par le présent arrêt, rappelle que le contrat d'apprentissage, après l'expiration du délai de deux mois permettant une rupture unilatérale du contrat par l'une ou l'autre partie, ne peut prendre fin par démission. Dès lors que le liquidateur n'avait pas usé de la faculté qui lui était offerte par la loi du 25 janvier 1985, il appartenait au juge judiciaire de statuer sur la demande de résiliation judiciaire du contrat dont il était saisi, conformément aux dispositions de l'article L. 117-17, devenu L. 6222-18 du code du travail.

*\* Contrats à durée déterminée dits d'usage*

**N° 173**

1<sup>o</sup> La seule qualification conventionnelle de contrat d'extra n'établit pas qu'il peut être conclu dans le secteur de l'hôtellerie-restauration des contrats à durée déterminée d'usage successifs pour ce type de contrats, pour tout poste et en toute circonstance. Il appartient au juge de rechercher si, pour l'emploi considéré, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, et de vérifier si le recours à des 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.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui constate que le caractère temporaire des emplois des salariés n'est pas établi.

2<sup>o</sup> Au regard 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 ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif ou cet engagement unilatéral n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés lors de son entrée en vigueur. Tel est le cas lorsque des salariés présents lors de la dénonciation d'un accord collectif bénéficient d'un maintien partiel de leurs avantages individuels acquis, destiné à compenser la perte de rémunération subie à l'occasion du passage d'une rémunération en pourcentage à une rémunération fixe.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui fait bénéficier les salariés engagés postérieurement à la dénonciation d'un accord collectif des avantages individuels acquis par les salariés présents lors de la dénonciation de cet accord, alors qu'elle avait relevé que ces salariés avaient subi, à cette occasion, une diminution de leur rémunération, que la nouvelle grille qui leur était applicable visait à compenser partiellement.

**Soc. – 24 septembre 2008. Cassation partielle sans renvoi**

N° 06-43.529 et 06-43.530. – CA Paris, 25 avril 2006.

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

*Note*

Par ses arrêts du 23 janvier 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 16), la chambre sociale a encadré le recours à des contrats à durée déterminée successifs en imposant au juge de vérifier que ce recours était justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi.

La chambre fait ici application de cette nouvelle jurisprudence et, relevant que la cour d'appel avait estimé que le caractère temporaire des emplois des salariés n'était pas établi, elle rejette le pourvoi de l'employeur.

L'arrêt apporte également une précision intéressante concernant les contrats dits d'extra, très utilisés dans le secteur de l'hôtellerie-restauration, en énonçant que la seule qualification conventionnelle de « contrat d'extra » n'établit pas qu'il peut être conclu dans ce secteur des contrats à durée déterminée d'usage successifs pour ce type de contrats, pour tout poste et en toute circonstance. Il incombe à l'employeur de démontrer pour chaque emploi considéré qu'il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée et d'apporter la preuve du caractère par nature temporaire de l'emploi considéré.

L'arrêt conforte, enfin, la solution retenue par la chambre dans un arrêt précédent concernant la même société (*Soc.*, 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 320), en jugeant qu'il peut être fait exception à l'application du principe « à travail égal, salaire égal » lorsque les avantages dont bénéficient les salariés présents lors de la dénonciation d'un accord collectif, et que réclament ceux engagés postérieurement à cette dénonciation, ont pour objet de compenser, ne serait-ce que partiellement, le préjudice subi à cette occasion.

*\* Libre circulation des travailleurs*

**N° 174**

Vu l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne et la solution du litige posant une difficulté sérieuse d'interprétation de l'article 39 du Traité, touchant notamment à l'impératif de formation des jeunes joueurs de football professionnels, la Cour de cassation décide de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice des Communautés européennes aux fins de dire, en vue de l'application dudit Traité :

1. Si le principe de libre circulation des travailleurs posé par ledit article s'oppose à une application du droit national suivant laquelle un joueur « espoir » qui signe, à l'issue de sa période de formation, un

contrat de joueur professionnel avec un club d'un autre Etat membre de l'Union européenne s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts au motif qu'il a refusé de signer son contrat de footballeur professionnel avec le club qui l'a formé dans le cadre d'une convention de formation.

2. Dans la mesure où la situation décrite dans la première question constituerait une restriction à la libre circulation des travailleurs, si celle-ci serait susceptible d'être justifiée par un objectif légitime ou une raison impérieuse d'intérêt général tenant à la nécessité d'encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs professionnels.

**Soc. – 9 juillet 2008. Sursis à statuer et renvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes**

N° 07-42.023. – CA Lyon, 26 février 2007.

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

#### Note

La question posée à la Cour dans le présent arrêt était celle de la conformité de l'ancien article 23 de la charte de football professionnel au principe de la libre circulation des travailleurs affirmé par l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne.

L'article 23 ancien de la charte du football professionnel (relayé aujourd'hui par l'article L. 211-5 du code du sport) oblige en effet le joueur espoir en fin de formation à souscrire un premier contrat de joueur professionnel avec son club de formation lorsque celui-ci le sollicite, ce dont il se déduit que si le joueur refuse la proposition du club qui l'a formé, il s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts.

Or un joueur ainsi que le club avec lequel il avait signé son contrat de joueur professionnel soutenaient que ces dispositions étaient contraires à l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne. La cour d'appel, infirmant la décision du conseil des prud'hommes, leur a donné raison. Elle a décidé que l'article 23 de la charte du football professionnel était illicite en ce qu'il impose au joueur, à l'expiration de son contrat de joueur espoir, l'obligation de conclure un contrat de joueur professionnel avec le club qui a pris en charge sa formation et lui interdit de travailler avec tout autre club, cette interdiction étant contraire à l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de Cassation a choisi de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, laquelle est compétente en la matière puisqu'au terme de l'arrêt X... (arrêt du 12 décembre 1974, X..., 36/74, *Rec.* p. 1405, point 4), compte tenu des objectifs de la Communauté, l'exercice des sports relève du droit communautaire dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du Traité CE.

D'ailleurs, la Cour de justice s'est déjà prononcée sur la conformité au principe de libre circulation des travailleurs de règles applicables aux joueurs de football professionnel dans son célèbre arrêt X... en date du 15 décembre 1995 (aff. C- 415/93) : après avoir dit que, pour appliquer l'article 48 du Traité (devenu article 39) à un litige, « *il n'est pas nécessaire que l'employeur revête la qualité d'entreprise, le seul élément requis étant l'existence d'une relation de travail ou la volonté d'établir une telle relation* », la Cour a décidé que « *l'article 48 du Traité CE s'oppose à l'application de règles édictées par des associations sportives, selon lesquelles un joueur professionnel de football ressortissant d'un Etat membre, à l'expiration du contrat qui le lie à un club, ne peut être employé par un club d'un autre Etat membre que si ce dernier a versé au club d'origine une indemnité de transfert, de formation ou de promotion* ».

## 2. Droits et obligations des parties au contrat de travail

### \* Clause de non-concurrence

#### N° 175

L'obligation au paiement de l'indemnité de non-concurrence, qui est liée à la cessation d'activité du salarié, au respect de la clause de non-concurrence et à l'absence de renonciation de l'employeur, ne peut être affectée par les circonstances de la rupture du contrat de travail et la possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un voyageur représentant placier (VRP) tendant au paiement de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence, retient que, le représentant ayant décidé de prendre sa retraite, il lui est désormais interdit d'exercer une activité professionnelle rémunérée, de sorte qu'il ne peut prétendre au versement d'une indemnité de non-concurrence.

**Soc. – 24 septembre 2008. Cassation partielle**

N° 07-40.098. – CA Rennes, 24 octobre 2006.

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

#### Note

Le présent arrêt s'inscrit dans la construction jurisprudentielle sur la clause de non-concurrence, à laquelle œuvre la chambre sociale de la Cour de cassation depuis 2002.

Par trois arrêts du 10 juillet 2002 (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 239), la chambre sociale a décidé que la validité de la clause de non-concurrence était conditionnée à l'existence d'une contrepartie : « *La clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au*

salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ». Elle a ensuite décidé qu'une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie (Soc., 15 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 341), et que cette contrepartie doit être versée en fin de contrat et non pas constituer une fraction du salaire (Soc. 7 mars 2007, *Bull.* 2007, V, n° 44).

Par ailleurs, la chambre sociale a rendu un certain nombre d'arrêts interdisant de lier le versement de la contrepartie financière aux circonstances de la rupture, comme elle le rappelle d'ailleurs dans le présent arrêt. Ainsi, est nulle la clause de non-concurrence qui exclut le versement d'une contrepartie pécuniaire en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié (Soc., 31 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 198) ou en cas de rupture à l'initiative de l'employeur (Soc., 27 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 32), ou en cas de faute grave du salarié (Soc., 28 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 231).

La chambre sociale, dans le présent arrêt, précise que l'obligation de payer la contrepartie financière ne peut pas être affectée par la possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle et qu'en conséquence, le fait que le salarié, voyageur représentant placier, ait décidé de prendre sa retraite à l'issue du contrat ne peut avoir aucune incidence sur le versement de la contrepartie, qui reste obligatoire. Cependant, l'arrêt précise bien que cette règle s'applique en l'absence de renonciation par l'employeur au bénéfice de la clause. Aussi un employeur qui apprend que son salarié prend sa retraite peut, s'il ne craint pas une activité concurrentielle, renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence et il n'aura pas alors à verser de contrepartie financière.

**\* Mesures discriminatoires –  
discrimination syndicale**

**N° 176**

Entre dans les prévisions de l'article L. 412-2, alinéa 3, devenu l'article L. 2141-7 du code du travail, qui prohibe l'emploi d'un moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque, le fait, par le dirigeant d'une société, de solliciter, autoriser et porter à la connaissance du personnel d'encadrement la mission donnée à un prestataire de service visant, notamment, par des séances d'accompagnement professionnel (coaching), à réduire l'influence d'un syndicat au profit d'un autre, dans la perspective d'élections à venir.

Constitue la complicité du délit le fait, par le dirigeant de la société prestataire de services, de fournir à ce chef d'entreprise les moyens de mettre en œuvre ces mesures dont ils sont préalablement convenus.

**Crim. – 2 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 07-81.661. – CA Lyon, 14 février 2007.

M. Pelletier, Pt – Mme Degorce, Rap. – M. Lucazeau, Av. Gén.

**N° 177**

1° Tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause d'une convention collective qui lui est applicable.

2° Est de pur droit et peut donc être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation le moyen fondé sur le caractère discriminatoire de l'énoncé d'une disposition conventionnelle.

3° Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement notamment de ses convictions, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Tel est le cas d'une stipulation conventionnelle qui, dans le cadre d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux, limite, pour ces seuls salariés, la progression de rémunération dont ils peuvent bénéficier à la suite d'une promotion ; cette stipulation est donc nulle.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Cassation**

N° 06-46.179, 06-46.180 et 07-40.935. – CA Versailles, 21 septembre 2006.

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

Note

L'arrêt rapporté fait application de la notion de discrimination directe telle qu'elle résulte de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, pour déclarer nulle une stipulation conventionnelle.

Si la jurisprudence de la chambre sociale est nourrie s'agissant du régime probatoire de la discrimination syndicale, elle a moins souvent eu à se prononcer sur la notion de discrimination directe.

Une caisse d'épargne avait conclu un accord précisant, dans un article 5B, que certains représentants syndicaux et du personnel pourraient bénéficier périodiquement d'un classement à un niveau supérieur de la classification des emplois et que, lors de leur promotion en application de l'accord, ils auraient droit « s'il y a lieu » à une augmentation de leur rémunération effective « dans la limite de 9 points ». Estimant que cette clause était discriminatoire parce que dérogeant aux dispositions d'un accord national de classification fixant les rémunérations minimales garanties par niveau de classification, selon lesquelles les salariés pouvaient prétendre, en cas de progression de leur qualification, à des écarts de rémunération, exprimés en points, supérieurs à 9, des représentants du personnel ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à l'annulation de cette clause et au paiement d'un rappel de salaire ; leur syndicat est intervenu à l'instance.

La cour d'appel, sans se prononcer expressément sur le caractère discriminatoire de l'article 5 B, a

rejeté la demande des salariés et du syndicat, en estimant que la clause litigieuse ne dérogeait pas à l'accord national et que les salariés étaient remplis de leurs droits au regard de cet accord.

La première branche du moyen de cassation invitait la Cour de cassation à se prononcer sur le caractère discriminatoire en lui-même de l'article 5 B, indépendamment de sa combinaison avec l'accord national, en alléguant qu'il comportait une limite à l'augmentation de rémunération lors de la promotion des représentants syndicaux, qui n'était pas applicable aux autres salariés de l'entreprise.

L'arrêt rapporté retient d'abord que ce moyen est de pur droit et donc recevable. Il confirme ainsi la solution déjà retenue dans un arrêt du 21 octobre 1999 (Soc., 21 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 395). Il n'était pas discuté que cette mesure, insérée dans un accord propre aux représentants du personnel et syndicaux, qui constituait une action positive au sens de l'article 7 de la Directive, avait pour fondement leur activité syndicale. Un tel motif discriminatoire est visé tant par l'article premier de la Directive qui vise la discrimination à raison des « convictions » que par l'article L. 2145-5 du code du travail. En affirmant qu'un tel moyen est de pur droit, l'arrêt confirme que l'application des règles applicables aux discriminations dépend seulement du motif qui fonde la situation, la mesure ou la clause critiquée.

L'arrêt retient ensuite que la clause litigieuse constitue une discrimination directe dont il rappelle la définition, telle qu'elle résulte de la Directive précitée, transposée aujourd'hui par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, et selon laquelle « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ». Pour l'application de ce texte, une comparaison n'est pas toujours nécessaire, s'il s'avère qu'il s'agit d'une mesure qui, en elle-même, restreint les droits d'une personne ou d'une catégorie de personnes à raison d'un motif discriminatoire, sans que cette restriction soit applicable à l'ensemble des salariés placés dans une situation comparable. En l'espèce, il n'était pas allégué que la limite à 9 points résultait d'une règle générale applicable à tous les salariés de l'entreprise bénéficiant d'une promotion ; elle ne résultait pas non plus de l'accord de classification, qui ne déterminait aucune règle d'augmentation de la rémunération effective lors d'une telle promotion. L'employeur ne discutait pas que cette règle était propre aux représentants du personnel et était partie intégrante du régime particulier de promotion institué par l'accord. Cette limite, qui constituait donc, en elle-même, un traitement moins favorable que celui des salariés de l'entreprise lors d'une promotion en raison de leur activité syndicale, devait donc être annulée.

On observera enfin que l'arrêt ne fait nulle allusion à l'absence de justification de la mesure. En l'espèce, aucune n'était alléguée. Mais dès lors que la stipulation conventionnelle est jugée, dans son énoncé même, discriminatoire à l'encontre des délégués syndicaux en raison de leur mandat, elle ne peut être justifiée par aucune considération étrangère à toute discrimination prohibée.

L'arrêt apporte enfin une dernière précision. Il censure la cour d'appel qui avait décidé que l'action individuelle des salariés en nullité de l'accord était irrecevable parce qu'ils n'en étaient pas signataires. Ce motif était erroné puisque, par définition, un salarié ne peut pas être signataire à titre personnel d'un accord. Mais, en application de l'article 31 du code de procédure civile et conformément au droit commun, un salarié a intérêt à demander au juge de constater l'illicéité d'une clause conventionnelle qui lui est applicable.

### \* Période d'essai

#### N° 178

En l'absence de stipulation de la convention collective, en l'espèce celle de la confiserie-chocolaterie-biscuiterie, prévoyant la possibilité de renouveler la période d'essai d'un cadre, la clause du contrat de travail qui le permet est nulle.

Dès lors, la rupture du contrat de travail qui prévoit un tel renouvellement, intervenue postérieurement à l'expiration de la période d'essai de trois mois, s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**Soc. – 2 juillet 2008.**

**Rejet**

N° 07-40.132. – CA Paris, 9 novembre 2006.

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

#### Note

Le code du travail ne comporte pas de disposition générale réglementant la période d'essai. L'article L. 122-4, devenu L. 1231-1 du code du travail prévoit seulement que les règles générales du licenciement ne sont pas applicables pendant la période d'essai. Dès lors, il est revenu aux partenaires sociaux de réglementer cette période d'essai par la voie des conventions et accords collectifs.

La question que posait le présent pourvoi était de savoir si une période d'essai pouvait être renouvelée en l'absence de toute clause prévoyant un tel renouvellement dans la convention collective applicable.

La chambre sociale décide qu'un tel renouvellement est impossible si la convention applicable n'en prévoit pas la possibilité et, en conséquence, qu'une rupture intervenue au cours de la période d'essai renouvelée s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence traditionnelle de la chambre qui avait déjà décidé, par un arrêt du 30 mars 1995 (Soc., 30 mars 1995, *Bull.* 1995, V, n° 117), que « *la convention collective applicable des magasins de vente d'alimentation et d'approvisionnement ne prévoyant pas la possibilité de renouveler la période d'essai d'un mois, un conseil de prud'hommes a exactement décidé, en conformité avec les dispositions de l'article L. 135-2 du code du travail, que la clause du contrat de travail prévoyant un tel renouvellement est nulle.* » Il s'agit là de l'application du principe de faveur.

C'est seulement si aucune convention collective n'est applicable au contrat de travail que le contrat de travail peut prévoir un tel renouvellement de manière licite. Et d'ailleurs, même en ce cas, le renouvellement de la période d'essai ne sera possible que si les deux parties en sont d'accord et le manifestent expressément pendant la période initiale, de la même manière que quand le renouvellement est prévu par la convention collective (Soc., 10 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 4).

Il est à noter que la loi du 25 juin 2008 ayant transposé l'accord national interprofessionnel (l'ANI) du 11 janvier 2008 a profondément modifié le régime de la période d'essai, en introduisant huit nouveaux articles dans le code du travail (L. 1221-19 à L. 1221-26), lesquels disposent, notamment, que la période d'essai doit être prévue par la lettre d'engagement ou le contrat de travail et encadrent sa durée pour tous les contrats à durée indéterminée, soit deux mois pour les ouvriers et employés, trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens, quatre mois pour les cadres, la durée totale en cas de renouvellement ne pouvant excéder respectivement quatre, six ou huit mois sauf accords de branche antérieurs à la publication de la loi prévoyant des durées plus longues, accords postérieurs à celle-ci prévoyant des durées plus courtes ou stipulation plus favorable du contrat de travail, et le renouvellement n'étant lui-même possible qu'à la condition d'être prévu par un accord de branche étendu ainsi que par la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

### \* *Harcèlement moral*

#### N° 179

1° Il résulte de l'article L. 122-52, devenu l'article 1154-1 du code du travail, applicable en matière de discrimination et de harcèlement et interprété à la lumière de la Directive CE/2000/78 du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, que, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

2° Peuvent constituer un harcèlement moral des agissements ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Par suite, encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui n'a pas recherché si de tels éléments étaient établis par la salariée, et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral, alors que celle-ci invoquait le retrait arbitraire de son statut de cadre, la stagnation de sa rémunération et la détérioration progressive de ses conditions de travail (arrêt n° 2, pourvoi n° 06-45.579).

Doit être également cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande en dommages-intérêts pour harcèlement moral, ne tient pas compte de l'ensemble des éléments établis par celui-ci et ne met pas ainsi la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral (arrêt n° 1, pourvois n° 06-45.747 et 06-45.794). En revanche, doit être approuvée la cour d'appel qui, pour débouter la salariée de ses demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral et discrimination syndicale, a relevé que chacune des mesures invoquées par celle-ci était justifiée par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de sa réorganisation (arrêt n° 3, pourvoi n° 06-43.504).

#### Arrêt n° 1 :

**Soc. – 24 septembre 2008. Cassation partielle**  
N° 06-45.747 et 06-45.794. – CA Paris, 12 septembre 2006.

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

#### Arrêt n° 2 :

**Soc. – 24 septembre 2008. Cassation partielle**  
N° 06-45.579. – CA Toulouse, 21 septembre 2006.

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

#### Arrêt n° 3 :

**Soc. – 24 septembre 2008. Rejet**  
N° 06-43.504. – CA Angers, 18 avril 2006.

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

*Voir la note sous le n° 180.*

### \* *Harcèlement sexuel*

#### N° 180

Caractérise un harcèlement sexuel (constitutif d'une faute grave) la cour d'appel, qui, appréciant la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui

étaient soumis, a relevé que le salarié, cadre, avait eu un comportement, dénoncé par sa subordonnée mineure, consistant à tenter de l'embrasser contre son gré sur le lieu de travail, à l'emmener à son domicile en renouvelant à cette occasion des avances de nature sexuelle et à l'appeler fréquemment au téléphone en dénigrant la relation affectueuse que celle-ci entretenait avec un tiers, provoquant, par ces agissements, angoisse voire dépression.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 06-46.517. – CA Versailles, 19 octobre 2006.

Mme Collomp, Pt. – M. Funck-Brentano, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

Note commune au n° 179 et au n° 180

La chambre sociale a rendu, le 24 septembre 2008, quatre arrêts pour préciser la nature et les limites de son contrôle en matière de harcèlement.

L'existence et la caractérisation d'un harcèlement relevaient, jusque-là et en principe, depuis un arrêt du 27 octobre 2004 (Soc., 27 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 267), du pouvoir souverain des juges du fond. Cependant, les ambiguïtés de certaines décisions postérieures de la chambre et, surtout, la nécessité d'harmoniser, sur ce sujet sensible et qui monte en puissance, les solutions souvent disparates des cours d'appel a conduit à entreprendre une réflexion approfondie, à l'occasion de l'étude simultanée de plusieurs pourvois réunis pour une audience « thématique ». Il en résulte que, désormais, la chambre exercera un contrôle de qualification, ce qui aura pour corollaire qu'elle devra trouver dans les arrêts les motifs nécessaires à lui permettre de contrôler :

1. que le salarié a rapporté la preuve de faits ;
2. que ces faits, qui doivent être appréhendés par le juge dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué.

C'est ainsi qu'ayant trouvé les motifs utiles à cette double preuve, la chambre rejette le pourvoi n° 06-46.517, formé contre un arrêt ayant jugé établi le harcèlement sexuel reproché au salarié, que, dans les pourvois n° 06-45.747 et n° 06-45.794, elle censure au contraire, faute de disposer des éléments suffisants à l'exercice de son contrôle, la cour d'appel qui s'était bornée à décider, dans un motif général, que les pièces produites par la salariée ne permettaient de faire présumer le harcèlement allégué, qu'elle adopte la même solution à propos du pourvoi n° 06-45.579, faute pour le juge du fond d'avoir pris en compte l'ensemble des faits évoqués par la salariée et recherché si, ainsi appréhendés dans leur globalité, ces faits ne permettraient pas de présumer l'existence d'un harcèlement moral, et qu'enfin, dans la dernière affaire, elle rejette le recours dès lors que l'arrêt constate (souverainement cette fois) que les faits invoqués se trouvaient justifiés par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de la restructurer.

### 3. Contrats particuliers

#### \* Contrat nouvelles embauches

#### N° 181

1° Aux termes de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui est d'application directe en droit interne, un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; selon l'article 7, le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées et, selon l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié.

L'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, devenu l'article L. 1223-4 du code du travail et abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, en ce qu'il écarte les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle, et prive ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et fait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture, ne satisfait pas aux exigences de cette Convention internationale.

Selon l'article 2 § 2 *b* de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, un pays membre peut exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de ladite Convention les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable, ou, selon l'article 2 § 5, et pour autant qu'il soit nécessaire, d'autres catégories limitées de travailleurs salariés au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature.

L'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, devenu l'article L. 1223-4 du code du travail, et abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, qui ne vise pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise qui les emploie, ne distingue pas selon les fonctions pour lesquelles ils ont été engagés et ne limite pas, autrement que par un délai d'attente de trois mois, la possibilité de les engager de nouveau par un contrat de nature identique à celui précédemment rompu par le même employeur, ne peut être justifié par application desdites dispositions de la Convention internationale.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir dit que l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, devenu l'article L. 1223-4 du code du travail et abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, était contraire aux dispositions de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et que la rupture du contrat « nouvelles embauches » d'un salarié restait soumise aux règles d'ordre public du code du travail, de sorte que le licenciement non motivé de ce salarié était sans cause réelle et sérieuse

2° La dispense du versement par l'employeur de l'indemnité de précarité prévue par l'article L. 122-3-4 du code du travail, alors applicable, lorsqu'à l'issue d'un contrat à durée déterminée est proposée au salarié la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, ayant pour finalité d'inciter à la stabilisation de l'emploi, est sans application lorsqu'à la fin d'un contrat à durée déterminée le salarié se voit proposer un contrat excluant, pendant les deux premières années de sa conclusion, l'application des règles relatives au droit commun du licenciement.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel d'avoir condamné un employeur à payer à son salarié l'indemnité afférente au contrat à durée déterminée ayant précédé son contrat « nouvelles embauches ».

3° Une cour d'appel relève exactement que l'intérêt d'un litige relatif à la rupture d'un contrat « nouvelles embauches » dépasse les personnes de l'employeur et de son salarié et que la définition de la portée de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 au regard des conventions internationales auxquelles la France a souscrit relève de la défense des intérêts collectifs de la profession.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui fait grief à l'arrêt d'avoir condamné l'employeur à payer des dommages-intérêts à un syndicat intervenu à l'instance.

**Soc. – 1<sup>er</sup> juillet 2008.**

**Rejet**

N° 07-44.124. – CA Paris, 6 juillet 2007.

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

#### Note

Dans un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> juillet 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel de Paris ayant jugé le contrat « nouvelles embauches » contraire aux dispositions de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Instauré par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 et prévu à l'article L. 1223-4 du code du travail, le contrat « nouvelles embauches » pouvait être conclu par les employeurs qui occupaient au plus vingt salariés. Ce contrat, d'une durée indéterminée, différait essentiellement du contrat de droit commun par des modalités spécifiques de rupture

applicables pendant les deux premières années suivant sa conclusion. L'employeur pouvait ainsi y mettre fin par lettre recommandée non motivée, sans être tenu non plus de procéder à un entretien préalable. Sauf en cas de faute grave, le salarié avait en ce cas droit au versement d'une indemnité égale à 8 % du montant total de la rémunération due depuis la conclusion du contrat.

La compatibilité de ce contrat aux dispositions de la Convention n° 158 de l'OIT, qui est d'application directe en droit interne, avait été contestée devant les tribunaux.

Selon l'article 4 de cette Convention, un travailleur ne peut être licencié sans motif valable lié à son aptitude ou à sa conduite, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. L'article 7 de la Convention prévoit pour sa part que le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées. Enfin, en vertu de l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié.

L'article 2 § 2 b de la Convention prévoit néanmoins qu'un pays membre de l'OIT peut exclure l'application de la Convention aux travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et soit raisonnable. L'article 2 § 5 permet aussi d'exclure du bénéfice de la Convention d'autres catégories limitées de travailleurs salariés, pour des raisons tenant à des conditions d'emploi particulières, à la taille ou à la nature de l'entreprise.

La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré en premier lieu que le contrat « nouvelles embauches » ne rentrait pas dans les catégories de contrats pour lesquelles il pouvait être dérogé au dispositif de protection de la Convention. Elle a retenu à cet égard que l'article L. 1223-4 du code du travail ne visait pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se poseraient des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise, ne distinguait pas selon les fonctions occupées par les salariés et ne limitait pas, autrement que par un délai d'attente de trois mois, la possibilité d'engager de nouveau le même salarié par un contrat de nature identique à celui précédemment rompu par le même employeur.

Elle a ensuite estimé que le contrat « nouvelles embauches » ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention, dans la mesure où il écartait les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle. Il privait ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et faisait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture.

Elle en a déduit que la rupture d'un contrat « nouvelles embauches » demeurerait soumise aux règles d'ordre public du code du travail applicables à tout contrat de travail à durée indéterminée. Par

conséquent, s'il n'est pas motivé, le licenciement d'un salarié embauché selon un contrat « nouvelle embauche » doit être considéré comme sans cause réelle et sérieuse.

*\* Travail temporaire*

**N° 182**

1° D'une part, il résulte de l'article L. 124-4, devenu L. 1251-16 du code du travail, que l'obligation de remise d'un contrat écrit de mission incombe à l'entreprise de travail temporaire ; d'autre part, il résulte de l'article L. 124-7, alinéa premier, devenu L. 1251-39 de ce code, que le salarié intérimaire ne peut invoquer la violation par l'entreprise de travail temporaire des prescriptions de l'article L. 124-4, devenu L. 1251-16 de ce code, pour faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits afférents à un contrat à durée indéterminée et n'est réputé lié par un contrat à durée indéterminée à l'entreprise utilisatrice que lorsque celle-ci continue à le faire travailler à la fin de sa mission, sans contrat de mise à disposition.

En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, pour condamner l'entreprise utilisatrice au paiement de diverses sommes à titre à titre d'indemnité de requalification, d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés afférents et de dommages-intérêts pour licenciement abusif, retient qu'en l'absence de signature par le salarié d'un nouveau contrat de travail temporaire, à l'expiration de sa précédente mission, le 21 août 2004, il était réputé lié, à compter de cette date, par un contrat de travail à durée indéterminée à l'entreprise utilisatrice, laquelle ne pouvait opposer au salarié l'existence du contrat de mise à disposition signé avec l'entreprise de travail temporaire, le 20 août 2004, pour échapper aux conséquences résultant de l'application des dispositions de l'article L. 124-7, alinéa premier, la présomption édictée par cet article étant irréfragable, alors que l'inobservation de l'obligation de remise d'un contrat écrit de mission incombait à l'entreprise de travail temporaire et qu'il apparaissait qu'un nouveau contrat de mise à disposition avait été conclu entre cette entreprise et l'entreprise utilisatrice.

2° La signature d'un contrat écrit, imposée par la loi dans les rapports entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié, est destinée à garantir qu'ont été observées les diverses conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'œuvre est interdite ; cette prescription étant d'ordre public, son omission entraîne, à la demande du salarié, la requalification en contrat de droit commun à durée indéterminée.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui, pour rejeter la demande du salarié à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire, tendant à la requalification de son contrat de travail temporaire en un contrat à durée indéterminée et au paiement de diverses sommes, retient qu'étant réputé lié à l'entreprise utilisatrice par un contrat à durée indéterminée depuis le 28 juillet 2004, il ne pouvait dans

le même temps prétendre être lié, pour la même période et aux mêmes conditions, à l'entreprise de travail temporaire et qu'il ne démontrait pas le préjudice subi du fait de l'absence de contrat signé entre lui-même et l'entreprise de travail temporaire, alors qu'il apparaissait que, postérieurement au 23 août 2003, aucun contrat de mission n'avait été conclu entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire.

**Soc. – 17 septembre 2008. Cassation partielle**

N° 07-40.704. – CA Versailles, 21 novembre 2006.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – Mme Mariette, Rap. – M. Fœrst, Av. Gén.

Note

Un salarié intérimaire a saisi la juridiction prud'homale pour voir requalifier son contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée en raison du défaut de contrat de mission écrit. Sa demande était formée à l'encontre tant de la société utilisatrice que de l'entreprise de travail temporaire.

La Cour d'appel a admis la requalification du contrat du salarié à l'égard de la société utilisatrice, mais l'a débouté de ses demandes à l'égard de la société de travail temporaire, estimant que le salarié qui était déjà réputé lié à la société utilisatrice par un contrat de travail à durée indéterminée ne pouvait en même temps prétendre être lié, pour la même période et aux mêmes conditions, à la société de travail temporaire, alors qu'il ne démontrait pas l'existence d'un préjudice subi du fait de l'absence de contrat de mission écrit. La cour d'appel a précisé que l'entreprise utilisatrice pouvait se retourner contre l'entreprise de travail temporaire pour que celle-ci la garantisse du préjudice subi à raison de ce manquement.

L'entreprise utilisatrice comme le salarié se sont pourvus en cassation. L'entreprise utilisatrice contestait la requalification à son égard, au motif que l'absence de signature d'un contrat de mission ne pouvait lui être reproché dès l'instant qu'elle avait régulièrement signé un contrat de mise à disposition avec l'entreprise de travail temporaire. Le salarié, quant à lui, soutenait que les dispositions de l'article L. 124-7 du code du travail, qui sanctionnent l'inobservation, par l'entreprise utilisatrice, des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4, recodifiés sous les articles L. 1251-5 à L. 1251-7, L. 1251-10 à L. 1251-12, L. 1251-30 et L. 1251-35 du même code, n'excluent pas la possibilité, pour le salarié, d'agir contre l'entreprise de travail temporaire lorsque les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'œuvre est interdite n'ont pas été respectées.

La première question qui se posait à la Cour de cassation était donc de savoir si le défaut de contrat de mission écrit entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié permettait de dire que celui-ci était réputé lié à l'entreprise utilisatrice par un contrat de travail à durée indéterminée.

C'est dans le strict respect des textes et la continuité de sa jurisprudence que la Cour de cassation répond par la négative. En effet, l'article L. 124-7, alinéas 1 et 2, recodifiés sous les articles L. 1251-39 et L. 1251-40 du code du travail, prévoit la sanction civile de la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée à l'égard de l'entreprise utilisatrice dans deux situations : la continuation de la mission sans conclusion d'un nouveau contrat de travail ou sans nouveau contrat de mise à disposition, et la violation par l'utilisateur des règles régissant le travail temporaire prévues par les articles L. 124-2 à L. 124-2-4, recodifiés sous les articles L. 1251-5 à L. 125-7, L. 1251-10 à L. 1251-12, L. 251-30 et L. 1251-35 du code du travail. La jurisprudence habituelle de la Cour de cassation considère que l'énumération par l'article L. 124-7, alinéa 2, devenu l'article L. 1251-40 du code du travail, des violations de la réglementation du travail temporaire conduisant à une requalification à l'égard de l'entreprise utilisatrice est limitative et exclut que cette requalification puisse être demandée dans des cas non prévus par la loi.

Ainsi la chambre sociale a-t-elle rejeté l'action en requalification formée à l'encontre de l'entreprise utilisatrice sur le fondement de la violation des dispositions prévues par l'article L. 124-3 du code du travail et relatives au contrat de mise à disposition conclu entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice, auquel le salarié n'est pas partie (Soc., 19 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 208), ou invoquant le non-respect du délai de carence entre deux contrats successifs prévu par l'article L. 124-7, alinéa 3 (Soc., 23 février 2005, *Bull.* 2002, V, n° 72). L'absence d'un contrat de mission écrit entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire n'étant pas un cas de requalification du contrat prévu par l'article L. 124-7, alinéas 1 et 2, recodifié sous les articles L. 1251-39 et L. 1251-40 du code du travail, et l'entreprise utilisatrice ayant bien signé un contrat de mise à disposition, aucun des cas de requalification du contrat à l'encontre de la société utilisatrice n'était ouvert et la Cour de cassation ne pouvait que casser la décision de la cour d'appel.

La seconde question qui était posée à la Cour de cassation était de savoir si le contrat liant le salarié à l'entreprise intérimaire pouvait être requalifié en contrat à durée indéterminée en raison de l'absence de contrat de mission écrit.

Là encore, la réponse de la Cour de cassation s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence. La possibilité pour le travailleur temporaire de faire valoir les droits afférents à un contrat à durée indéterminée auprès de l'entreprise de travail temporaire n'est pas prévue par la loi, celle-ci n'envisageant cette possibilité qu'auprès de l'entreprise utilisatrice. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît, depuis longtemps, au salarié le droit d'exercer une action en requalification à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire dans des conditions strictement définies. Elle a ainsi déjà décidé en 1981 que la formalité d'un

contrat écrit imposée par la loi dans les rapports entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié était une prescription d'ordre public et que son omission entraînait la nullité du contrat en tant qu'il est contrat de travail temporaire (Soc., 12 juin 1981, *Bull.* 1981, V, n° 558). Elle a confirmé cette solution par un arrêt du 7 mars 2000, ajoutant que le salarié pouvait obtenir la requalification en contrat de droit commun à durée indéterminée (Soc., 7 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 90). Elle l'a renforcée en dans un arrêt du 13 décembre 2006 (Soc., 13 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 385), dans lequel elle précise que « les dispositions de l'article L. 124-7 du code du travail qui sanctionnent l'inobservation, par l'entreprise utilisatrice, des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4 du même code n'excluent pas la possibilité, pour le salarié, d'agir contre l'entreprise de travail temporaire lorsque les conditions, à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'œuvre est interdite, n'ont pas été respectées. Il en est ainsi lorsqu'aucun contrat de mission n'a été établi par écrit, ce manquement de l'entreprise de travail temporaire causant nécessairement au salarié intérimaire un préjudice qui doit être réparé ».

Ainsi, dans l'arrêt commenté, la chambre sociale ne fait que reprendre une solution déjà bien établie.

## B. – Durée du travail et rémunération

### 1. Durée du travail, repos et congés

#### \* Congé pour création d'entreprise

#### N° 183

L'employeur qui accepte un congé à temps plein pour création d'entreprise, alors que le salarié avait demandé un tel congé, mais à temps partiel, prend une décision qui s'analyse en un refus, permettant notamment de saisir directement le bureau de jugement du conseil des prud'hommes pour le contester. Ce refus qui, en l'espèce, n'est pas motivé est nul.

Aucun autre écrit motivé n'ayant été notifié aux salariés dans les trente jours, le conseil de prud'hommes a exactement décidé que la demande devait être considérée comme acceptée et qu'il lui appartenait dès lors de prendre les mesures nécessaires pour rendre cette décision effective.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 06-44.939. – CPH Lorient, 6 juillet 2006.

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

#### Note

La loi n° 84-4 du 3 janvier 1984 a institué un congé pour la création ou la reprise d'une entreprise. Il n'était alors question que d'un congé total avec suspension du contrat de travail. L'article 17 de la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative

économique a introduit la possibilité pour le salarié d'obtenir le passage à temps partiel pour lui permettre de créer ou de reprendre une entreprise. Le code du travail prévoit donc aujourd'hui que le salarié qui souhaite créer ou reprendre une entreprise a droit « soit à un congé pendant lequel le contrat de travail est suspendu, soit à une période de travail à temps partiel » (article L. 122-32-12, alinéa premier, du code du travail, devenu l'article L. 3142-78).

Dans les entreprises de moins de 200 salariés, l'employeur peut refuser de faire droit à la demande du salarié, après avis du comité d'entreprise ou, s'il n'en existe pas, des délégués du personnel, lorsqu'il estime qu'une suspension du contrat de travail ou son aménagement « aura des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise ». A peine de nullité, le refus doit être motivé et notifié au salarié, qui peut le contester directement devant le bureau de jugement du conseil de prud'homme. A défaut de réponse de l'employeur dans un délai de trente jours, son accord est réputé acquis (articles L. 122-32-16-2, alinéa premier, L. 122-32-23 et L. 122-32-24, devenus L. 3142-88, L. 3142-97, L. 3142-98 et D. 3142-53, du code du travail).

En l'espèce, deux salariés avaient demandé à bénéficier d'un congé à temps partiel pour création d'entreprise. Leur employeur leur avait accordé ce congé, mais à temps plein. Les salariés soutenaient que cette réponse de l'employeur était un refus et que, comme tel, il devait être motivé. L'employeur, de son côté, affirmait qu'il avait accepté le congé dans son principe et en avait seulement modifié les modalités.

La question qui se posait donc, pour la première fois, à la Cour, était de savoir si, en cas de demande d'un salarié de transformer son contrat de travail à temps plein en un contrat à temps partiel aux fins de créer ou reprendre une entreprise, la proposition de l'employeur de lui accorder un congé à temps plein s'analyse en un refus devant être motivé ou en une acceptation avec aménagement.

Par le présent arrêt, la chambre sociale a décidé que la réponse de l'employeur s'analysait en un refus et que, comme telle, elle devait être motivée. La décision de refus de l'employeur n'ayant pas, en l'espèce, été motivée, elle était nulle, et la demande des salariés devait être considérée, par application des dispositions précitées, comme acceptée. Ainsi, le conseil de prud'hommes était en droit d'enjoindre à l'employeur d'organiser l'aménagement à temps partiel de l'emploi des intéressés pour la période considérée.

### \* Temps partiel – temps complet

#### N° 184

Il résulte de la combinaison de l'article L. 212-4-9, alinéa premier, devenu L. 3123-8 du code du travail, et de la clause 5 de l'Accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 et mis en œuvre par la Directive 1997/81/CE du 15 décembre 1997

que le salarié à temps partiel qui souhaite occuper ou reprendre un emploi à temps complet, ou obtenir un accroissement de son temps de travail dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, a priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent, sans que l'égalité de traitement, instaurée entre les salariés liés par un contrat de travail à durée indéterminée et ceux liés par un contrat de travail à durée déterminée par l'article L. 122-3-3, alinéa premier, devenu L. 1242-14 du code du travail, s'oppose à ce que cette priorité d'emploi puisse s'exercer sur un emploi à durée déterminée.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'indemnisation pour violation de cette priorité d'emploi, formée par une psychologue travaillant à mi-temps depuis plusieurs années au sein d'une association, retient que l'article L. 212-4-9, alinéa premier, devenu l'article L. 3123-8 du code du travail, ne permettrait pas à cette salariée de postuler pour le poste de psychologue clinicienne proposé par l'employeur dans le cadre d'un contrat à durée déterminée à trois-quarts temps destiné à pourvoir au remplacement de la titulaire, en congé-maladie.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Cassation**

N° 06-46.292. – CA Montpellier, 11 octobre 2006.

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

#### Note

Selon l'article L. 212-4-9, alinéa premier, du code du travail, aujourd'hui codifié sous l'article L. 3123-8, les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, bénéficient d'une priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. La même priorité d'emploi est fixée pour les salariés travaillant à temps complet et souhaitant s'occuper à temps partiel. Et l'employeur s'expose, s'il ne respecte pas cette priorité, à des dommages-intérêts, l'article L. 212-4-9 du code du travail ne prévoyant pas de sanctions spécifiques liées au non-respect de cette priorité d'emploi (Soc., 29 mars 1995, *Bull.* 1995, V, n° 116). Le législateur n'ayant pas défini les conditions dans lesquelles s'exercent ces priorités, la Cour de cassation, faisant prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre, a admis la possibilité, pour un salarié à temps partiel, de réaliser sa priorité de travailler à temps plein en postulant à un deuxième contrat de travail à temps partiel, sous réserve que les conditions d'exercice de ces deux emplois soient compatibles entre elles, notamment en ce qui concerne l'horaire, la durée et la répartition du travail (Soc., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 414).

Par le présent arrêt, la chambre sociale apporte des précisions complémentaires intéressantes sur la priorité d'emploi que prévoit l'article L. 212-4-9,

alinéa 9, devenu l'article L. 3123-8 du code du travail. En l'espèce, une psychologue travaillant depuis 1972 au sein d'une association, occupait, depuis le mois de juillet 2000, un emploi à mi-temps. Le 20 juillet 2004, elle s'est portée candidate à l'emploi de psychologue clinicienne proposé en interne par l'employeur, qui souhaitait remplacer la titulaire du poste, en congé-maladie, en recourant à un contrat à durée déterminée à trois quart temps. Sa candidature n'ayant pas été retenue, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité prévue par l'article L. 212-4-9, alinéa premier, devenu l'article L. 3123-8 du code du travail. Il s'agissait donc de déterminer, d'une part, si l'article précité autorisait la salariée, offrant d'ailleurs de quitter l'emploi à temps partiel qu'elle occupait, de passer à un temps partiel plus important (trois-quarts temps au lieu de mi-temps), d'autre part, s'il lui était possible, bien que travaillant sans détermination de durée, d'exercer son droit de priorité pour un emploi précaire à durée déterminée.

Se référant d'abord, comme le lui suggérait le premier moyen du pourvoi de la salariée, à la clause 5 de l'Accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 et mis en œuvre par la Directive 1997/81/CE du 15 décembre 1997, qui énonce que les employeurs doivent, autant que possible, prendre en considération « ...*les demandes de transfert des travailleurs à temps partiel à un travail à temps plein ou d'accroissement de leur temps de travail...* », la chambre décide que ces dispositions, combinées avec l'article L. 212-4-9 du code du travail, permettent à un salarié à temps partiel d'exercer son droit de priorité pour accroître son temps de travail dans l'entreprise, dès lors que sont remplies les conditions prescrites par ce dernier texte. Elle relève ensuite, au visa de l'article L. 122-3-3, alinéa premier, devenu L. 1242-14 du code du travail, instaurant l'égalité de traitement entre les salariés liés par un contrat de travail à durée indéterminée et ceux liés par contrat de travail à durée déterminée, qu'aucune disposition légale n'interdit au salarié, libre de ses choix, d'user de son droit de priorité sur un emploi à durée déterminée.

On voit l'intérêt de l'arrêt qui, élargissant les perspectives de l'article L. 212-4-9 du code du travail, offre à la population des salariés à temps partiel ne travaillant que quelques heures par semaine le droit de prétendre au bénéfice d'un temps de travail accru lorsque l'employeur décidera d'augmenter la durée du travail dans l'entreprise.

## 2. Rémunération

\* « *A travail égal, salaire égal* »

**Soc. – 24 septembre 2008. Cassation partielle sans renvoi**

N° 06-43.529 et 06-43.530. – CA Paris, 25 avril 2006.

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

**Voir le n° 173, Soc., 24 septembre 2008, ci-dessus, sommaire n° 2.**

## C. – Santé et sécurité au travail

### 1. Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail

*\* Obligation de reclassement pesant sur l'employeur*

#### N° 185

1° L'avis du médecin déclarant un salarié inapte à tout travail s'entend nécessairement d'une inaptitude à tout emploi dans l'entreprise. Un tel avis ne dispense pas l'employeur d'établir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié au sein de l'entreprise et, le cas échéant, au sein du groupe auquel elle appartient, au besoin par des mesures telles que mutations, transformations de poste de travail ou aménagements du temps de travail. Le classement d'un salarié en invalidité deuxième catégorie par la sécurité sociale, qui obéit à une finalité distincte et relève d'un régime juridique différent, est sans incidence sur l'obligation de reclassement du salarié inapte, qui incombe à l'employeur par application des dispositions du code du travail.

Doit être approuvée la décision d'une cour d'appel qui a retenu que l'avis du médecin du travail ne dispensait pas l'employeur, qui seul connaît les possibilités d'aménagements des postes de son entreprise, de rechercher un reclassement pour le salarié déclaré inapte à son ancien poste et à toute reprise du travail dans l'entreprise.

2° Le licenciement pour inaptitude d'un salarié de la caisse de crédit agricole ayant été jugé sans cause réelle et sérieuse, ledit salarié a droit à l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective nationale du crédit agricole pour tout licenciement pour motif inhérent à la personne, et non à celle prévue par la convention pour inaptitude.

**Soc. – 9 juillet 2008. Cassation partielle**

N° 07-41.318. – CA Toulouse, 19 janvier 2007.

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

#### Note

1° Le présent arrêt est un rappel très ferme par la chambre sociale de ses précédents sur l'obligation de l'employeur en matière de reclassement d'un salarié inapte à tout travail, qui s'entend nécessairement d'une inaptitude à tout emploi dans l'entreprise. Elle avait ainsi déjà décidé, dans un arrêt du 10 mars 2004 (Soc., 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 84), que « *l'avis d'inaptitude à tout emploi dans l'en-*

treprise délioré par le médecin du travail ne dispense pas l'employeur, quelle que soit la position prise alors par le salarié, de rechercher les possibilités de reclassement par la mise en œuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail au sein de l'entreprise et le cas échéant du groupe auquel elle appartient », et avait précisé par la suite que cette recherche devait être effective (Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 283).

2° La cour d'appel, après avoir décidé que le licenciement prononcé pour inaptitude était sans cause réelle et sérieuse, avait alloué au salarié l'indemnité de licenciement prévue par la convention en cas de licenciement pour inaptitude. Le pourvoi soutenait que la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations et aurait dû allouer au salarié l'indemnité « de droit commun », c'est-à-dire l'indemnité pour motif inhérent à la personne, et non celle pour inaptitude.

La chambre sociale, accueillant le pourvoi, décide qu'il convient d'écarter les dispositions conventionnelles relatives au licenciement pour inaptitude lorsque celui-ci a été jugé sans cause réelle et sérieuse, pour appliquer les dispositions conventionnelles concernant tout licenciement pour motif inhérent à la personne. Cette décision est à rapprocher de celle de l'assemblée plénière du 30 novembre 2007 (*Bull.* 2007, Ass. plén., n° 9), selon laquelle, dès lors qu'il avait été irrévocablement jugé que le licenciement du salarié était sans cause réelle et sérieuse, celui-ci avait droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement, qui n'était exclue qu'en cas de licenciement pour motif disciplinaire ou en raison d'une condamnation pour crime ou délit touchant à l'honneur ou à la probité, et ce, sans qu'il soit nécessaire de rechercher quelle était la véritable cause du licenciement.

## 2. Maternité

### \* Formalités de déclaration de grossesse

**Soc. – 9 juillet 2008. Cassation partielle**

N° 07-41.318. – CA Toulouse, 19 janvier 2007.

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

Voir le n° 186 ci-dessous, sommaire n° 1.

### \* Protection contre le licenciement

#### N° 186

1° La remise ou l'envoi par la salariée, dans les formes prévues par l'article R. 122-9, alinéa premier, devenu R. 1225-1 du code du travail, d'un certificat médical attestant son état de grossesse et la date présumée de l'accouchement ne constitue pas une formalité substantielle.

2° Il résulte du deuxième alinéa de l'article L. 122-25-2, devenu L. 1225-5 du code du travail,

que lorsqu'une salariée notifie à l'employeur qu'elle est en état de grossesse, son licenciement doit être annulé, et que lorsque l'employeur, à la suite de la notification, ne revient que tardivement sur sa décision de licencier, la salariée n'est pas tenue d'accepter la réintégration proposée.

**Soc. – 9 juillet 2008.**

**Rejet**

N° 07-41.927. – CA Rennes, 15 février 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.). – Mme Auroy, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

### Note

L'alinéa 2 de l'article L. 122-25-2, devenu L. 1225-5 du code du travail, qui vise l'hypothèse où une salariée est licenciée alors que l'employeur ignorait son état de grossesse, prévoit que le licenciement est annulé si, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur, par lettre recommandée avec accusé de réception, un certificat médical justifiant de son état.

L'arrêt commenté donne l'occasion à la chambre sociale de réaffirmer que la remise ou l'envoi par la salariée de la justification de son état de grossesse, dans les formes prescrites par l'article R. 122-9, alinéa premier, devenu R. 1225-1, du code du travail, ne constitue pas une formalité substantielle. Même en l'absence de remise contre récépissé ou d'envoi recommandé avec demande d'avis de réception d'un certificat médical attestant l'état de grossesse, dès lors qu'en fait, l'employeur a été informé de cet état, la salariée bénéficie de la protection légale. Dans le même sens, il a été jugé, dans une espèce où l'employeur avait reçu sept jours après la notification du licenciement un imprimé type comportant en intitulé la formule « présomption de grossesse », qu'un tel document pouvait établir l'état de grossesse (Soc., 5 juillet 1982, *Bull.* 1982, V, n° 450).

La possibilité exceptionnelle d'annulation unilatérale du licenciement par l'employeur prévue par l'alinéa 2 de l'article L. 122-25-2, devenu L. 1225-5 du code du travail, est inscrite dans un cadre jurisprudentiel étroit : l'employeur doit faire savoir à la salariée que le licenciement est annulé « aussitôt » qu'il est informé de l'état de grossesse (Soc., 30 septembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 483) ; s'il diffère sa décision, il n'est plus temps en droit d'imposer à la salariée son retour dans l'entreprise et celle-ci redevient seule habilitée à invoquer la nullité (Soc., 20 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 351).

Dans le présent arrêt, la chambre sociale confirme sa jurisprudence obligeant l'employeur à annuler le licenciement sans délai. En l'espèce, l'employeur ayant mis un mois et demi, à compter de la notification par la salariée de son état de grossesse, pour informer celle-ci qu'en application de la loi, son licenciement était annulé, la salariée n'était pas tenue d'accepter la réintégration proposée. Le licenciement prononcé postérieurement est jugé dès lors sans effet.

## D. – Accords collectifs et conflits collectifs du travail

### 1. Accords collectifs et conventions collectives

#### \* Accords collectifs et conventions collectives divers

##### N° 187

Aux termes de l'article 14 de l'annexe 1 de la convention collective nationale des transports routiers, « dans un but de sécurité, les contrats de travail ne pourront contenir de clause de rémunération principale ou accessoire de nature à compromettre la sécurité, notamment par incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée du travail ou des temps de conduite autorisés, telle que l'octroi de primes ou de majorations de salaire en fonction des distances parcourues et/ou du volume des marchandises transportées ».

Ayant relevé qu'une prime d'efficacité versée dans le cadre d'un système de rémunération des coursiers « aux bons » conduisait à une majoration du salaire en fonction des distances parcourues et des délais de livraison, ce qui incitait les salariés à dépasser la durée normale de travail et les temps de conduite autorisés, la vitesse jouant nécessairement un rôle dans le nombre de courses, une cour d'appel en a déduit à bon droit qu'un tel mode de rémunération, de nature à compromettre la sécurité du salarié, était prohibé par l'article susvisé.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 07-44.847. – CA Versailles, 18 septembre 2007.

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

#### Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de rappeler, par un arrêt publié, sa jurisprudence concernant la pratique de la rémunération dite « aux bons » du personnel coursier au regard de l'impératif de sécurité dans l'entreprise.

En l'espèce, le contrat de travail d'un coursier prévoyait une prime d'efficacité calculée en fonction des bons réalisés au-delà d'un certain nombre de bons. Le salarié avait saisi le juge prud'homal d'une demande de rappel de salaire, soutenant que la rémunération « aux bons » était illicite, en application de l'article 14 de l'annexe 1 de la convention collective nationale des transports routiers.

En effet, cet article énonce que « dans un but de sécurité, les contrats de travail ne pourront contenir de clause de rémunération principale ou accessoire de nature à compromettre la sécurité, notamment par incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée du travail ou des temps de conduite autorisés, telle que l'octroi de primes ou de majorations de salaire en fonction des distances parcourues et/ou du volume des marchandises transportées ».

Faisant droit à la demande du salarié, la cour d'appel avait relevé que « la délivrance de bons pour rémunérer les courses au-delà du nombre forfaitaire de bons conduisait à une majoration du salaire en fonction des distances parcourues et des délais de livraison, ce qui incitait les salariés à dépasser la durée normale de travail et les temps de conduite autorisés, la vitesse jouant nécessairement un rôle dans le nombre de courses ».

La chambre sociale de la Cour de cassation approuve cette décision au motif que ce mode de rémunération est de nature à compromettre la sécurité du salarié et donc prohibé par l'article 14 de l'annexe 1 de la convention collective nationale des transports routiers.

Cette décision se situe dans la continuité d'une jurisprudence de la chambre sociale qui, essentiellement depuis les arrêts « amiante » de février 2002, entend prendre en compte très largement l'impératif de sécurité dans l'entreprise.

Dans le secteur des transports, cet impératif a conduit le législateur, les partenaires sociaux et la jurisprudence à combattre les clauses de rémunération qui inciteraient à un dépassement de la durée du travail et des temps de conduite. Cette prohibition figure dans l'article 9 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003, article 26-I-3, et dans l'article 14 de l'annexe 1 de la convention collective nationale des transports routiers.

La chambre sociale, sur le fondement de ces textes, avait déjà été amenée à juger illicite une prime proportionnelle au chiffre d'affaires (Soc., 21 mai 1997, *Bull.* 1997, V, n° 183) et une prime de rendement au kilomètre (Soc., 13 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 282).

#### \* Dénonciation – conséquences

##### N° 188

La structure de la rémunération résultant d'un accord collectif dénoncé constitue, à l'expiration des délais prévus par le troisième alinéa de l'article L. 132-8 du code du travail, devenu le premier alinéa de l'article L. 2261-10 de ce code, un avantage individuel acquis qui est incorporé au contrat de travail des salariés employés par l'entreprise à la date de la dénonciation.

Il s'en déduit que l'employeur ne peut la modifier sans l'accord de chacun de ces salariés (arrêt n° 1, pourvoi n° 06-44.437), quand bien même il estimerait les nouvelles modalités de rémunération plus favorables aux intéressés (arrêt n° 2, pourvoi n° 07-40.799).

Par suite, c'est à bon droit qu'une cour d'appel, qui a constaté qu'après avoir dénoncé un accord collectif, un employeur avait unilatéralement décidé, à la date à laquelle il avait cessé de produire effet, d'intégrer, dans le salaire de base des salariés qui avaient bénéficié de l'accord, le montant des primes prévues par celui-ci, a jugé que les éléments

de rémunération antérieurs qui s'étaient intégrés au contrat de travail de chacun des intéressés devaient être rétablis (arrêt n° 1, pourvoi n° 06-44.437).

De même, il s'ensuit qu'une cour d'appel décide exactement que l'employeur doit rectifier les bulletins de salaire afin qu'apparaissent la prime liée à l'ancienneté et la prime de durée d'expérience, telles qu'antérieurement à la dénonciation de l'accord (arrêt n° 2, pourvoi n° 07-40.799).

#### Arrêt n° 1 :

**Soc. – 1<sup>er</sup> juillet 2008. Rejet**

N° 06-44.437. – CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 2006.

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

#### Arrêt n° 2 :

**Soc. – 1<sup>er</sup> juillet 2008. Rejet**

N° 07-40.799. – CA Lyon, 13 décembre 2006.

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

#### Note

Rendu dans deux espèces où divers accords collectifs nationaux applicables dans les entreprises du réseau des caisses d'épargne avaient été dénoncés, d'une part, par la caisse nationale d'épargne et de prévoyance (arrêt n° 1, pourvoi n° 06-44.437) et par la caisse d'épargne et de prévoyance Rhône-Alpes Lyon d'autre part (arrêt n° 2, pourvoi n° 07-40.799), et où les accords de substitution n'avaient pu entrer en application en raison de l'exercice par une majorité d'organisations syndicales de leur droit d'opposition, ces arrêts avaient à trancher la question de savoir ce qu'il faut entendre, en matière de rémunération, par avantage individuel acquis.

Il résulte de l'article L. 132-8, alinéa 6, du code du travail, devenu l'article L. 2261-13 de ce code, que lorsqu'une convention ou un accord collectif de travail à durée indéterminée qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord pendant la durée de survie de la convention ou de l'accord dénoncé, laquelle comprend un délai de préavis de trois mois et un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent, au terme de ces délais, les avantages individuels qu'ils ont acquis en application de la convention ou de l'accord dénoncé. Il a été déduit de ce texte que les avantages acquis sont incorporés au contrat de travail au jour où la convention ou l'accord collectif dénoncé cesse de produire effet (Soc., 6 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 479 ; Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 90 ; Soc., 7 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 192), de sorte qu'ils ne peuvent plus être supprimés ou modifiés sans l'accord du salarié, quand bien même l'employeur prétendrait-il que la modi-

fication serait plus avantageuse pour le salarié (Soc., 19 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 265 ; Soc., 3 juillet 2001, *Bull.* 2001, V, n° 242).

L'avantage individuel acquis a été défini comme étant celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert, et non simplement éventuel (Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 90).

S'agissant de la rémunération, si l'on fait abstraction d'un arrêt rendu en formation restreinte ayant jugé que l'employeur avait l'obligation de maintenir à la salariée ses anciennes conditions de salaire prévues par la convention collective mise en cause, et notamment une prime de treizième mois, au titre des avantages individuels acquis (Soc., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-40.881), il était décidé que les salariés avaient seulement droit, au titre des avantages individuels acquis, au maintien du niveau de leur rémunération au jour où la convention ou l'accord collectif dénoncé cesse de produire ses effets (Soc., 26 novembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 406 ; Soc., 20 octobre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 435), de sorte qu'un changement de structure de la rémunération dont le montant demeurait inchangé s'imposait aux salariés sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leur contrat de travail (Soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 04-40.539).

Une décision ultérieure (Soc., 28 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 155) ayant cependant considéré qu'une cour d'appel avait décidé à bon droit qu'un avantage salarial, consistant en un salaire de base garanti dont le calcul résultait de la multiplication du nombre des unités accomplies par un taux correspondant à l'ancienneté, avait profité individuellement à chacun des salariés intéressés et s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions des accords dénoncés avaient cessé de produire effet, de sorte qu'il devait être maintenu pour l'avenir, une clarification s'imposait.

C'est à celle-ci que procèdent les arrêts ici commentés. Il rompent avec la jurisprudence antérieure en retenant que la structure de la rémunération constitue un avantage individuel acquis.

Trois raisons, d'inégale valeur, peuvent expliquer cette solution.

En premier lieu, ce n'est pas parce que la structure de la rémunération résultant d'une convention ou d'un accord collectif concerne l'ensemble des salariés relevant du champ d'application professionnel et territorial de la convention ou de l'accord qu'elle ne bénéficie pas, à titre personnel, à chacun de ces salariés. La structure de la rémunération est l'une des composantes qui permet de déterminer le montant de chaque rémunération individuelle, de sorte que ce montant apparaît indissociable des éléments de rémunération.

En deuxième lieu, l'objectif poursuivi par les alinéas 5 et 6 de l'article L. 132-8, recodifiés sous les articles L. 2261-10 et L. 2261-13 du code du

travail, étant la conclusion d'une convention ou d'un accord de substitution, le maintien des avantages individuels acquis apparaît tout autant comme une garantie donnée aux salariés en cas d'échec de la négociation que comme une incitation pour les employeurs, généralement à l'origine de la dénonciation, à négocier utilement, c'est-à-dire sur la base de propositions rendant possible la conclusion d'une convention ou d'un accord de substitution. Limiter l'avantage individuel acquis au seul niveau de rémunération atteint à la date de cessation de la convention ou de l'accord dénoncé, c'est, dans une certaine mesure, affaiblir l'incitation à négocier utilement puisque, aussi bien, cela permet aux employeurs d'échapper, sans contrepartie, aux inconvénients liés au maintien de la structure de leur rémunération au profit des salariés présents dans l'entreprise à la date de la dénonciation.

En dernier lieu, lorsque la rémunération conventionnelle est, en tout ou partie, variable, le seul maintien du niveau de la rémunération atteint à la date de cessation des effets de la convention ou de l'accord dénoncé n'est pas satisfaisant. D'une part, la référence à la rémunération versée à une date déterminée n'apparaît pas pertinente dans le cas d'une rémunération sujette à évolutions. D'autre part, seul le maintien de sa structure garantit aux intéressés, pour l'avenir, les mêmes droits que ceux dont ils bénéficiaient antérieurement.

## E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

### 1. Elections professionnelles

#### \* Contentieux des élections professionnelles

##### N° 189

En matière d'élections professionnelles, le délai de pourvoi en cassation est de dix jours, et aucune disposition spécifique ne prévoit de prorogation au profit des départements ou territoires d'Outre-mer.

Est par conséquent irrecevable le pourvoi formé le 13 juillet 2007 auprès du greffe du tribunal d'instance de Pointe-à-Pitre alors que l'auteur du pourvoi en avait reçu notification le 26 juin 2007.

**Soc. – 24 septembre 2008. Irrecevabilité**

N° 07-60.420. – TI Pointe-à-Pitre, 15 juin 2007.

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

#### Note

En matière de contentieux des élections professionnelles, le délai pour former un pourvoi en cassation contre une décision du tribunal d'instance est de dix jours.

Mais ce délai bénéficie-t-il d'un allongement en raison de la distance, au profit des départements ou territoires d'Outre-mer ?

Telle était la difficulté à laquelle devait préalablement répondre la Cour de cassation dans la présente affaire afin d'apprécier la recevabilité du pourvoi dont elle était saisie, pourvoi formé au greffe du tribunal d'instance de Pointe-à-Pitre contre une décision rendue par ce tribunal et statuant sur une contestation de désignation de délégué syndical dans une entreprise domiciliée en Guadeloupe.

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation répond très clairement par la négative, en affirmant « *qu'en matière d'élections professionnelles, le délai de pourvoi en cassation est de dix jours ; qu'aucune disposition spécifique ne prévoit de prorogation de délai pour les départements ou territoires d'Outre-mer* ».

Ce sont les alinéas 1 et 3 de l'article L. 412-15 ancien, déclassés en partie réglementaire à l'article R. 2143-5 nouveau du code du travail, qui organisent les modalités de contestation devant le tribunal d'instance des conditions de désignation des délégués syndicaux. L'alinéa 3 dispose que la décision du tribunal « *peut être déférée à la Cour de cassation* ». L'article R. 412-4, devenu R. 2143-5, du code du travail, précise quant à lui : « *Le délai de pourvoi en cassation est de dix jours. Le pourvoi est formé, instruit et jugé dans les conditions fixés par les articles 999 à 1008 du code de procédure civile* ».

La formation du pourvoi en cassation en matière de contestation des conditions de désignation des délégués syndicaux doit donc respecter les conditions fixées par les articles 999 à 1008 du code de procédure civile, constituant une section intitulée « Les élections professionnelles ».

L'article 999 du code de procédure civile rappelle : « *Le délai de pourvoi en cassation est de dix jours sauf disposition contraire. Le pourvoi est formé par déclaration [...] au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision attaquée* ». Or aucune disposition parmi les articles 999 à 1008 ne vient augmenter à raison de la distance ce délai de principe de dix jours pour former un pourvoi.

L'article 1023 du code de procédure civile, figurant dans un chapitre contenant des « Dispositions diverses » concernant la procédure en cassation, qui institue justement des augmentations de délais pour les départements et territoires d'Outre-mer, vise spécifiquement les actes de procédures auquel il s'applique. Or il ne se réfère pas aux dispositions relatives au pourvoi en matière électorale.

Or cet article ne concerne que des délais de dépôt de mémoires, l'article 999 prévoyant le délai de pourvoi de dix jours n'étant pas visé. Par ailleurs, les dispositions communes du livre premier du code de procédure civile relatives aux prorogations de délais à raison de la distance, contenues aux articles 643 et 644, ne sont pas applicables en la matière.

En effet, outre que lorsque la demande est portée devant une juridiction qui a son siège dans un

département d'Outre-mer, l'article 644 n'augmente que les délais de « comparution, d'appel, d'opposition et de recours en révision », et ne vise donc pas le pourvoi en cassation, l'article 645 disposant de toute manière que « *Les délais de recours judiciaires en matière d'élections ne font l'objet de prorogation que dans les cas spécifiés par la loi* ». Ce qui s'explique par la nécessité en cette matière d'une procédure rapide. C'est pourquoi la deuxième chambre de la Cour de cassation a exclu le jeu de l'article 643 du code de procédure civile en matière d'élections politiques (2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2007, *Bull.* 2007, II, n<sup>o</sup> 80).

C'est donc tout à fait logiquement que la chambre sociale déclare, dans l'arrêt commenté, qu'aucune disposition spécifique, dérogeant au délai de principe de dix jours du pourvoi en cassation en matière d'élections professionnelles, ne prévoit de prorogation de ce délai pour les départements ou territoires d'Outre-mer. Dès lors, le pourvoi formé outre-mer contre une décision statuant sur une contestation de désignation de délégués syndicaux après l'expiration du délai de dix jours est irrecevable.

#### \* *Corps électoral – calcul des effectifs*

##### N<sup>o</sup> 190

Remplissent les conditions pour être électeurs dans l'entreprise les salariés « intermittents » ou vacataires qui, ayant travaillé dans l'entreprise de manière habituelle au cours des trois derniers mois, sont intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail.

Prive en conséquence sa décision de base légale le tribunal d'instance qui déclare valide une clause de protocole préélectoral conditionnant le droit de vote à une première vacation effectuée plus de trois mois avant le scrutin et à un total d'heures de travail minimum de quatre cents heures sur les six derniers mois et de quatre-vingt six heures par mois au cours des trois derniers mois, sans rechercher si, en considération de la variation des effectifs dans l'entreprise et compte tenu du caractère et de la nature de l'emploi de ce personnel d'appoint, les exigences posées par la clause litigieuse dudit protocole sur la durée minimale d'heures de travail et leur date d'appréciation étaient conformes aux textes légaux.

**Soc. – 24 septembre 2008. Cassation partielle**

N<sup>o</sup> 07-60.310. – TI Paris 13, 3 mai 2007.

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

#### *Note*

La présente affaire posait la question de la prise en compte, en tant qu'électeurs, de salariés intervenant ponctuellement dans l'entreprise, en qualité d'« extras ».

La notion d'« extra » n'étant pas une notion juridique, la première difficulté venait de la nécessité de cerner quelles catégories de salariés étaient concer-

nées. La chambre sociale a estimé que le terme pouvait recouvrir deux sortes de salariés, les « intermittents », travaillant en général très peu d'heures pour l'entreprise, mais de manière régulière, et les vacataires, appelés généralement à travailler de manière plus ponctuelle, mais un nombre d'heures plus élevé.

Dans quelle mesure ces catégories de salariés peuvent-elles être considérées comme remplissant la condition, posée par les articles L. 2314-15 et l'article L. 2324-14 du code du travail pour être électeurs aux élections de représentants du personnel, d'avoir « travaillé trois mois au moins dans l'entreprise » ?

En réponse à cette question, la jurisprudence était jusqu'à présent relativement disparate. D'anciens arrêts, tels celui du 19 juillet 1979 (*Bull.* 1979, V, n<sup>o</sup> 652), ou celui du 18 juin 1981 (pourvoi n<sup>o</sup> 79-60.268), se référaient à la notion d'« activité habituelle ». En 1996, un arrêt avait semblé estimer suffisant le fait pour un salarié d'être « sous contrat à la date du scrutin » (Soc., 30 mai 1996, pourvoi n<sup>o</sup> 95-60.599). Dans deux arrêts postérieurs, cependant, l'un du 20 octobre 1999 (*Bull.* 1999, V, n<sup>o</sup> 389), l'autre du 6 février 2002 (pourvoi n<sup>o</sup> 00-60.309), la chambre sociale avait estimé que devait être considérés comme électeurs les salariés vacataires ayant travaillé dans l'entreprise « au moins à deux reprises dans les trois mois précédant l'élection ».

Un tel critère, qui s'expliquait logiquement par l'idée qu'un salarié qui a travaillé au moins deux fois dans l'entreprise au cours des trois derniers mois peut être considéré comme ayant un lien sérieux avec celle-ci, paraissait cependant poser des conditions différentes du texte légal, et éloigné des critères généraux que la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel avaient tenté de dégager pour que l'électeur soit, avant tout, un salarié intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise.

C'est cette notion, explicitée par l'arrêt du 28 février 2007 s'agissant des salariés mis à disposition (*Bull.* 2007, V, n<sup>o</sup> 10, P+B+R), plus souple et plus adaptée aux conditions souhaitées pour que le salarié ait un intérêt à être électeur dans l'entreprise, que reprend l'arrêt du 24 septembre 2008, tout en précisant que l'intégration, s'agissant de ces vacataires ou « intermittents », doit être appréciée en considération de la variation des effectifs dans l'entreprise et compte tenu du caractère et de la nature de l'emploi de ce personnel d'appoint. Il censure donc un jugement qui avait reconnu valable une clause d'un protocole préélectoral qui conditionnait le droit de vote à la triple condition d'avoir effectué une première vacation avant le 24 juillet 2006, d'avoir travaillé au moins quatre cents heures au cours des six derniers mois, et d'avoir travaillé au moins quatre-vingt six heures par mois au cours des trois derniers mois.

*\* Opérations électorales***N° 191**

N'est pas contraire à la loi l'usage d'entreprise permettant à chaque électeur d'insérer dans la même enveloppe autant de bulletins de vote qu'il y a de sièges à pourvoir lorsque ces bulletins sont établis au nom de chacun des candidats se présentant individuellement.

Doit être dès lors rejeté le pourvoi formé contre un jugement ayant refusé d'annuler l'élection des membres d'un comité d'entreprise où des candidats libres se présentaient individuellement au second tour, après avoir constaté que chaque électeur avait effectivement disposé du droit d'insérer dans une enveloppe les bulletins de deux des quatre candidats correspondant aux deux sièges à pourvoir.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 08-60.004. – TI Neuilly-sur-Seine, 5 décembre 2007.

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

**Note**

Le premier tour des élections au comité d'entreprise d'une association n'ayant pu permettre la désignation des deux membres titulaires du collège « cadres », un second tour a été organisé. Selon le principe de liberté des candidatures au second tour (article L. 433-10, devenu L. 2324-22 du code du travail), quatre candidats libres se sont présentés.

Un des candidats a saisi le tribunal d'instance d'une requête en annulation de cette élection, au motif qu'il y a eu plus de votants que d'inscrits, parce que les électeurs ont inséré dans les enveloppes plusieurs bulletins de vote correspondant à plusieurs candidats libres, et que tous les bulletins ont été pris en compte pour désigner les élus.

Le tribunal a rejeté la requête au motif qu'il n'est pas contesté qu'il est d'usage au sein de l'établissement de permettre à chaque salarié de déposer dans la même enveloppe autant de bulletins de vote que de sièges à pourvoir.

Un pourvoi a été formé par le requérant débouté, pour violation de l'article L. 433-10 précité.

La Cour de cassation admet qu'un usage d'entreprise peut permettre aux électeurs d'insérer dans une seule enveloppe autant de bulletins de candidatures individuelles qu'il y a de postes à pourvoir, et qu'un tel usage n'est pas contraire à la loi (Soc., 19 novembre 1986, *Bull.* 1986, V, n° 532). La Cour de cassation exige dans de telles circonstances que tout électeur ait eu connaissance de cet usage (Soc., 14 juin 1994, pourvoi n° 93-60.395).

Ce sont ces principes que le présent arrêt rappelle. Le tribunal avait par ailleurs pris soin de constater que le nombre de bulletins de vote pris en compte n'était pas supérieur au nombre de votants. En effet, comme deux postes étaient à pourvoir, ce nombre

pouvait au maximum être égal au double du nombre des électeurs ayant valablement exprimé un suffrage, ce qui était le cas. Admettre une solution différente reviendrait à ne permettre à chaque électeur de ne voter que pour pourvoir la moitié des sièges offerts.

**2. Représentation du personnel****2.1. Institutions représentatives du personnel***\* Comité d'entreprise européen***N° 192**

Le jugement qui tranche une contestation relative à la désignation des représentants au comité d'entreprise européen est rendu, en l'absence de dispositions légales contraires, en premier ressort.

Il en résulte que le tribunal qui annule, dans un même jugement, les désignations d'un salarié en qualité de délégué syndical central, de représentant syndical au comité central d'entreprise et de représentant syndical au comité d'entreprise européen statue, en vertu des dispositions des articles 35 et 40 du code de procédure civile, en premier ressort sur l'ensemble des chefs du dispositif, dès lors que la décision s'appuie sur les mêmes faits pris de l'absence de représentativité du syndicat ayant procédé à ces désignations.

Est dès lors irrecevable en son entier le pourvoi formé à l'encontre de ce jugement, qui était susceptible d'appel.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Irrecevabilité**

N° 07-60.350. – TI Rouen, 13 juin 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Darret-Courgeon, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

**Note**

Aux termes de l'article 605 du code de procédure civile, « le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort ».

En l'espèce, un tribunal d'instance avait annulé la désignation d'un salarié en qualité de délégué syndical central, représentant syndical au comité central d'entreprise et représentant syndical au comité d'entreprise européen, au motif pris de l'absence de représentativité du syndicat ayant procédé à ces désignations.

Ce jugement, que la juridiction elle-même a qualifié de jugement rendu « en dernier ressort », était-il susceptible de pourvoi en cassation ?

La difficulté résidait dans le fait que si les articles L. 412-15, alinéa premier, devenu l'article L. 2143-8 du nouveau code du travail, et L. 433-11, recodifié sous les articles L. 2324-23 et R. 2324-23 du nouveau code du travail, prévoient respectivement que le tribunal d'instance statue en dernier ressort, en matière de contestation de la désignation des délé-

gués syndicaux et des représentants syndicaux au comité central d'entreprise, l'article L. 439-19-1 du code du travail ne fait que déterminer la compétence du tribunal en matière de contestation des désignations des représentants au comité d'entreprise européen dans les groupes d'entreprises de dimension communautaire, mais ne dit rien des voies de recours applicables à la décision tranchant une telle contestation.

Les possibilités d'un recours en matière de contestation des désignations des représentants au comité d'entreprise européen doivent donc se déterminer selon les règles du droit commun de l'article 605 du code de procédure civile. S'agissant d'une demande non chiffrable et donc indéterminée, le jugement statuant sur une contestation de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise européen est, en application de l'article 40 du code de procédure civile, « *sauf disposition contraire, susceptible d'appel* ». C'est d'ailleurs ce qu'avait déjà décidé la chambre sociale dans un arrêt du 18 juin 2003 (Soc., 18 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 200).

En conséquence, la décision du tribunal d'instance, soumise à la Cour de cassation, pouvait être qualifiée de « rendue en premier ressort » en ce qu'elle statuait sur une contestation de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise européen, et de « rendue en dernier ressort » en ce qu'elle statuait sur une contestation de désignation d'un délégué syndical central et d'un représentant syndical au comité central d'entreprise.

La même qualification pouvait-elle être retenue pour tous les chefs de demande ?

La Cour de cassation décide par le présent arrêt, au visa des articles 35, 40 et 605 du code de procédure civile, que le jugement qui lui était soumis était rendu, pour le tout, en premier ressort et que le pourvoi était donc irrecevable. L'article 35, alinéa 2, du code de procédure civile dispose en effet que « *lorsque les prétentions réunies sont fondées sur les mêmes faits ou sont connexes, la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale de ces prétentions* ». En l'espèce, il s'agissait de prétentions émanant d'un même demandeur (les sociétés constituant une unité économique et sociale) contre deux groupes de défendeurs (le syndicat dont la représentativité était contestée et le salarié désigné par lui pour occuper les trois postes de représentants syndicaux), et réunies en une même instance.

La chambre sociale, en prenant le soins de souligner que « *la décision s'appuie sur les mêmes faits pris de l'absence de représentativité du syndicat ayant procédé à ces désignations* », laisse clairement apparaître qu'elle a décidé que la procédure devait être soumise à appel pour le tout et le pourvoi déclaré irrecevable, dès lors que les faits objets de la demande étaient des faits connexes.

## \* Délégué syndical

### N° 193

Sous réserve de conventions ou accords d'entreprise comportant des clauses plus favorables, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, seul un délégué du personnel titulaire disposant d'un crédit d'heures à ce titre peut être désigné comme délégué syndical.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, constatant qu'un syndicat avait désigné en qualité de délégué syndical un délégué du personnel suppléant et que l'employeur n'avait pas contesté la désignation dans le délai de quinze jours, en a déduit que le mandat de délégué syndical ne prenait pas fin du fait de la cessation du mandat électif.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 06-42.269. – CA Versailles, 7 mars 2006.

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

### Note

Selon l'article L. 412-11, dernier alinéa, devenu l'article L. 2143-6 du code du travail, dans les entreprises qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs peuvent désigner un délégué du personnel pour la durée de son mandat comme délégué syndical. La chambre sociale de la Cour de cassation ayant précisé que seul un délégué du personnel titulaire pouvait être désigné délégué syndical pour la durée de son mandat, la désignation d'un délégué du personnel suppléant comme délégué syndical est donc irrégulière et peut-être annulée (Soc., 30 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 336). Il appartient cependant à l'employeur de contester la désignation du délégué syndical dans un délai de quinze jours, à peine de forclusion. A défaut, la désignation est purgée de tout vice et ne peut plus être remise en cause (Soc., 12 janvier 1984, *Bull.* 1984, V, n° 23 ; Soc., 10 octobre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 451).

Dans la présente espèce, un délégué du personnel suppléant avait été désigné comme délégué syndical, sans que l'employeur ne conteste cette désignation dans les délais légaux. Alors que son mandat de délégué personnel suppléant avait pris fin, l'employeur avait licencié le salarié. Celui-ci reprochait à son employeur de ne pas avoir respecté la procédure de licenciement des représentants du personnel, alors qu'il était toujours délégué syndical. L'employeur soutenait que le mandat de délégué syndical avait pris fin en même temps que celui de délégué du personnel suppléant.

La question posée à la Cour de cassation était de savoir si la désignation comme délégué syndical d'un salarié exerçant un mandat de délégué du personnel, fût-ce en qualité de suppléant, rentre automatiquement dans le champ d'application de l'article L. 2143-6 du code du travail, et par conséquent lie de plein droit les deux mandats.

La chambre sociale a jugé que lorsqu'un syndicat désigne un délégué syndical dans une entreprise de moins de cinquante salariés et que ce délégué syndical est délégué du personnel, il y a une présomption que le syndicat a voulu lier les deux mandats conformément aux dispositions de l'article L. 412-11, alinéa 4, devenu L. 2143-6 du code du travail (Soc., 24 octobre 2007, pourvoi n° 06-40.477). Cette présomption, cependant, ne peut pas s'appliquer lorsque le délégué syndical désigné est par ailleurs non pas délégué du personnel titulaire, mais délégué du personnel suppléant, puisque l'article L. 2143-6 du code du travail ne prévoit pas de lien entre ces deux mandats. Dès lors, la chambre sociale décide, dans l'arrêt commenté, que lorsqu'un syndicat désigne irrégulièrement en qualité de délégué syndical un délégué du personnel suppléant et que l'employeur ne conteste pas cette désignation, le délégué syndical a un mandat autonome de celui de délégué du personnel suppléant. La cessation du mandat de représentant du personnel ne met donc pas fin de plein droit au mandat de délégué syndical et le salarié ne peut être licencié sans observation des formalités protectrices.

#### \* Représentant du personnel au CHSCT

##### N° 194

Selon l'article R. 236-7, alinéa premier, devenu l'article R. 4613-5 du code du travail, si un représentant du personnel au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) cesse ses fonctions pendant la durée normale de son mandat, il est remplacé dans le délai d'un mois, pour la période de ce mandat restant à courir.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement qui, ayant constaté que le représentant du personnel au CHSCT dont il convenait d'assurer le remplacement occupait un siège réservé aux cadres et agents de maîtrise, décide qu'il ne peut être remplacé que par un salarié appartenant à cette même catégorie, peu important qu'un autre élu du CHSCT, ouvrier au jour de sa désignation, ait, par suite d'une promotion, occupé un emploi d'agent de maîtrise lors du remplacement litigieux.

Soc. – 24 septembre 2008.

Rejet

N° 07-60.463. – TI Nogent-sur-Marne, 6 novembre 2007.

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

#### Note

A la suite de la démission d'un salarié élu au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) d'une société au titre des sièges réservés à la catégorie cadre-agent de maîtrise, le collège désignatif s'était réuni et avait désigné un autre élu du CHSCT, ouvrier au jour de la désigna-

tion des membres du CHSCT et qui, par suite d'une promotion, occupait un emploi d'agent de maîtrise lors du remplacement litigieux.

La société avait demandé, en justice, l'annulation de cette désignation, au motif que ce salarié n'appartenait pas à la catégorie cadre-agent de maîtrise, mais à la catégorie ouvrier. Le tribunal d'instance avait fait droit à cette demande.

Ayant formé un pourvoi en cassation contre cette décision, plusieurs élus du CHSCT invoquaient notamment la violation de l'article R. 236-7, alinéa premier, devenu l'article R. 4613-5 du code du travail, qui énonce que « lorsque, pendant la durée normale de son mandat, un représentant du personnel cesse ses fonctions, il est remplacé dans le délai d'un mois, pour la période de ce mandat restant à courir, sauf si cette période est inférieure à trois mois ».

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était la suivante : l'article R. 236-7, alinéa premier, devenu l'article R. 4613-5 du code du travail, exige-t-il que le remplaçant soit de la même catégorie professionnelle que celle à laquelle appartenait le membre du CHSCT qui a cessé ses fonctions ?

La chambre sociale répond par l'affirmative en décidant, en l'espèce, que le salarié dont le siège était devenu vacant occupant un siège réservé aux cadres et agents de maîtrise, il ne pouvait, dès lors, être remplacé que par un salarié appartenant à cette même catégorie. Le collègue désignatif ne pouvait donc désigner en remplacement un salarié élu dans le collège ouvrier, peu important que ce salarié ait par la suite, en raison d'une promotion, occupé un emploi d'agent de maîtrise.

Ainsi, la chambre sociale fait un parallèle avec la législation concernant les membres du comité d'entreprise. En application de l'article L. 433-12, alinéa 2, devenu l'article L. 2324-24 du code du travail, qui prévoit que les élus « conservent leur mandat en cas de changement de catégorie professionnelle », la Cour de cassation juge en effet qu'un salarié élu au comité d'établissement par le collège ouvriers-employés peut valablement être élu ultérieurement au comité central d'entreprise pour y représenter le même collège, alors même qu'il est passé, entre ces deux élections, de la catégorie d'employé à celle d'agent de maîtrise (Soc., 9 octobre 1991, pourvoi n° 90-60.472). Doit donc être pris en considération le collège dans lequel le salarié a été élu à l'origine, quelle que soit l'évolution ultérieure de ses fonctions dans l'entreprise.

#### \* Syndicat – activité syndicale

##### N° 195

Il résulte des alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article L. 133-2 devenu l'article L. 2121-1 du code du travail que si des dispositions conventionnelles peuvent prévoir que, lors de l'exercice de prérogatives subordonnées à une condition de représenta-

tivité, les syndicats affiliés à l'une des cinq confédérations reconnues représentatives au plan national interprofessionnel n'auront pas à faire la preuve de leur représentativité, elles ne peuvent interdire aux syndicats non affiliés à l'une d'elles de prouver leur représentativité dans le cadre où ils entendent exercer les prérogatives qui y sont attachées.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour débouter un syndicat de ses demandes tendant à la prise en considération de la liste de candidats qu'il avait présentée en vue de l'élection de représentants des salariés à une caisse de retraite d'une entreprise, retient qu'aux termes de l'article 6 des statuts de la caisse, les candidats représentant le personnel étant élus sur des listes présentées par « *les organisations syndicales représentatives au niveau national* », seuls les syndicats affiliés aux cinq confédérations reconnues représentatives au plan national interprofessionnel sont autorisés à présenter des candidats, et que tel n'était plus le cas du syndicat intéressé au moment de l'élection.

**Soc. – 16 septembre 2008.**

**Cassation**

N° 07-13.440. – CA Versailles, 25 janvier 2007.

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

#### Note

La liberté de constitution, d'organisation, d'action et d'adhésion en matière syndicale a valeur constitutionnelle (DC n° 89-257 du 25 juillet 1989). Cependant, certaines prérogatives (négociation des conventions et accords collectifs, présentation au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise, constitution de sections syndicales d'entreprise et désignation des délégués syndicaux) sont réservées aux syndicats représentatifs.

Les critères de représentativité des syndicats sont définis par l'article L. 2121-1 du code du travail. Les critères retenus sont : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, ainsi que l'attitude patriotique pendant l'Occupation. Sur cette base, cinq confédérations ont été reconnues comme représentatives au plan national. Depuis 1982, les syndicats affiliés à ces confédérations bénéficient d'une présomption irréfragable de représentativité dans le champ d'action professionnel et géographique qui sont les leurs.

La question qui se posait à la cour dans l'arrêt commenté était de savoir si des dispositions conventionnelles pouvaient prévoir que seuls étaient autorisés à présenter des candidats à une élection professionnelle les syndicats bénéficiant de la présomption irréfragable de représentativité. En effet, l'article 6 des statuts d'une caisse de retraite prévoyait que les administrateurs de la caisse représentant le personnel étaient élus au scrutin proportionnel sur des listes présentées par les « *organisation syndicales représentatives au plan national* ». Sur ce fondement, la liste présentée par un syndicat ne bénéficiant pas d'une présomption de représentativité au plan national n'avait pas été

prise en compte. Le syndicat en question avait alors saisi la justice pour voir dire que sa liste ne pouvait pas être écartée dès lors que sa représentativité était établie au sein de la caisse de retraite. La Cour d'appel l'avait débouté de ses demandes sans examiner sa représentativité, au motif qu'il n'était pas affilié à l'une des cinq confédérations représentatives au plan national.

La Cour de cassation répond de manière solennelle, par un arrêt de portée générale, fondé notamment sur le préambule de la Constitution de 1946, qu'il ne peut être interdit à un syndicat de prouver sa représentativité dans le cadre où il entend exercer les prérogatives qui y sont attachées. La chambre sociale confirme ainsi la solution qu'elle avait adoptée par un arrêt du 25 novembre 2005 (Soc. 23 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 341), par lequel elle avait jugé que « *l'énoncé au statut du personnel de la SNCF régi par le décret du 1<sup>er</sup> juin 1950, des organisations syndicales « les plus représentatives dans l'entreprise » n'exclut pas que d'autres organisations syndicales puissent faire reconnaître leur représentativité dans le cadre où elles entendent exercer les prérogatives qui y sont attachées* ».

Cette solution est conforme à l'esprit du code du travail, dont aucune disposition, même celle qui prévoit l'exercice de droits syndicaux par une ou plusieurs organisations syndicales de salarié reconnues représentatives au plan national, n'exclut jamais de cet exercice les syndicats qui ont fait la preuve de leur représentativité dans le cadre où ils entendent exercer ces droits ; ainsi par exemple l'article L. 132-2, alinéas 2 à 4, devenu l'article L. 2231-1 du code du travail, sur la conclusion des conventions ou accords collectifs, l'article 412-4, alinéa 2, devenu l'article L. 2122-1 du code du travail, pour le bénéfice des dispositions sur les sections syndicales, et sur les délégués syndicaux. Il s'agit seulement de dispenser les syndicats reconnus représentatifs au plan national d'en faire la preuve ; les autres ont les mêmes droit seulement s'ils prouvent leur représentativité.

Le principe général posé par cette décision trouvera vocation à s'appliquer également dans le cadre de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui réforme les règles de la représentativité syndicale.

### 3. Protection des représentants du personnel

#### \* Protection contre le licenciement

#### N° 196

Selon les dispositions combinées de l'article L. 122-14, alinéa 3, et D. 122-3, alinéa 3, devenus respectivement les articles L. 1233-38 et D. 1232-5 du code du travail, la mise à disposition de la liste des conseillers du salarié arrêtée par le préfet du département, dans chaque section de l'inspection du travail et en mairie, a pour seul objet de permet-

tre au salarié convoqué à un entretien préalable à son licenciement de la consulter. Seule la publication de la liste au recueil des actes administratifs du département la rend opposable à tous.

Par suite, lorsque l'absence de publication de la liste n'est pas contestée, une cour d'appel décide à bon droit qu'il appartient au conseiller du salarié inscrit sur cette liste de faire la preuve que son employeur avait connaissance de sa qualité lors de l'envoi de la lettre de licenciement, pour que la procédure spéciale de licenciement soit applicable.

**Soc. – 24 septembre 2008. Irrecevabilité et rejet**

N° 07-40.436 et 07-41.191. – CA Douai, 27 octobre 2006.

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

#### Note

Cet arrêt complète la jurisprudence de la chambre sociale sur les conditions dans lesquelles un conseiller du salarié, inscrit sur la liste des conseillers du salarié en application de l'article D. 122-3, alinéa 3, devenu l'article D. 1232-5 du code du travail, peut bénéficier du statut protecteur attaché à ce mandat. La Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que la publication de la liste au recueil des actes administratifs de la préfecture rend cette liste opposable à tous, et particulièrement à l'employeur, qui ne peut dès lors licencier le conseiller du salarié sans respecter la procédure protectrice prévue par l'article L. 412-18, alinéa premier, devenu l'article L. 2411-3 du code du travail (Soc., 14 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 4).

L'arrêt rapporté précise que la mise à disposition de cette liste en mairie et à l'inspection du travail n'est pas une formalité de publicité, mais a pour seul objet de permettre aux salariés d'en prendre connaissance, le cas échéant. Il en résulte que lorsque la liste n'a pas été publiée au recueil des actes administratifs, ou que cette absence de publication n'est pas contestée, il appartient au conseiller du salarié de faire la preuve de ce que l'employeur avait connaissance de sa qualité avant la convocation à l'entretien préalable, de la même manière qu'il appartient au délégué syndical protégé par l'article L. 412-18, devenu l'article L. 2411-3 du code du travail, de faire la preuve que l'employeur a eu connaissance de sa désignation (ou de son imminence) avant son licenciement.

## F. – Rupture du contrat de travail

### 1. Licenciements

#### 1.1. Mise en œuvre

#### \* *Lettre de licenciement*

#### N° 197

Le juge qui requalifie la relation contractuelle en un contrat de travail à durée indéterminée doit rechercher si la lettre de rupture des relations contractuelles vaut lettre de licenciement et si les motifs de rupture énoncés constituent des griefs matériellement vérifiables, permettant de décider si le licenciement a une cause réelle et sérieuse.

Doit être cassé l'arrêt qui, pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, retient qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si le courrier motivant la rupture des relations contractuelles peut être assimilé à une lettre de licenciement énonçant les motifs de la rupture, dès lors que l'employeur s'est, dès l'origine, illégalement placé sur le terrain d'un contrat de sous-traitance.

**Soc. – 9 juillet 2008.**

**Cassation**

N° 06-46.379. – CA Grenoble, 30 octobre 2006.

Mme Mazars, Pt (f.f.). – M. Barthélemy, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

#### Note

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la requalification d'un contrat à durée déterminée a pour effet d'appliquer à la rupture du contrat les règles régissant le licenciement. Ces règles imposent notamment que la lettre de licenciement comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur, conformément à l'article L. 122-14-2, alinéa premier, devenu L. 1232-6 du code du travail.

La rupture à l'échéance d'un contrat à durée déterminée, sous réserve de dispositions particulières, n'est soumise à aucun formalisme. L'employeur qui rompt un tel contrat ne peut donc, par définition, respecter la procédure de licenciement applicable au contrat à durée indéterminée.

Rompant avec sa jurisprudence qui considérait que la relation contractuelle requalifiée aboutissait, dans ces conditions, automatiquement à une rupture sans cause réelle et sérieuse, la Cour de cassation a admis, dans un arrêt du 7 mai 2003, que la lettre de rupture des relations contractuelles suffisamment motivée par des griefs matériellement vérifiables à l'encontre du salarié puisse être assimilée à une lettre de licenciement au sens des articles L. 122-14-1 et L. 122-14-2 du code du travail (Soc., 7 mai 2003, *Bull.* 2003, V, n° 156).

Le présent arrêt applique cette jurisprudence à la rupture d'un contrat de sous-traitance requalifié en contrat de travail à durée indéterminée. La

Cour de cassation décide qu'en ce cas, les juges du fond doivent, avant d'analyser les motifs du licenciement au regard de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, rechercher, d'une part, si la lettre de rupture des relations contractuelles vaut lettre de licenciement au sens de l'article L. 122-14-2, alinéa premier, devenu L. 1232-6 du code du travail, et, d'autre part, si les motifs de rupture énoncés constituent des griefs matériellement vérifiables.

Dès lors, violent le texte susvisé les juges du fond qui refusent d'examiner si la lettre de rupture du contrat requalifié vaut lettre de licenciement, sous prétexte que les parties se sont placées dès l'origine illégalement dans le cadre d'un contrat de sous-traitance.

## 1.2. Licenciement disciplinaire

### *\* Absence de nécessité d'un avertissement préalable*

N° 198

La commission d'un fait fautif isolé peut justifier un licenciement, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait donné lieu à un avertissement préalable.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour décider que le licenciement d'un salarié, surpris en train de fumer une cigarette de cannabis dans la salle de pause fumeurs de l'entreprise, était sans cause réelle et sérieuse, énonce qu'il appartenait à l'employeur de rappeler l'interdiction de fumer « un joint » par la notification d'une sanction, mais que la perte de l'emploi, sans mise en garde, apparaît disproportionnée.

**Soc. – 1<sup>er</sup> juillet 2008. Cassation partielle**

N° 07-40.053 et 07-40.054. – CA Paris, 6 novembre 2006.

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

#### *Note*

Le licenciement d'un salarié pour un fait fautif isolé, sans avertissement préalable, est-il possible, ou bien l'absence de mise en garde préalable le rend-il nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse ? Telle était la question à laquelle devait répondre la Cour de cassation dans la présente affaire.

En effet, selon les faits de l'espèce, deux salariés avaient été licenciés pour faute grave pour avoir été surpris en train de fumer un « joint » de cannabis dans la salle de pause fumeurs de leur entreprise.

Saisi d'une contestation du bien-fondé de ces licenciements, si le conseil de prud'hommes a estimé que la faute grave n'était pas constituée, il a retenu que les licenciements reposaient tout de même sur une cause réelle et sérieuse. A l'inverse, les juges d'appel les ont jugés dénués de cause réelle et sérieuse, au

motif que « s'agissant d'un fait isolé, [...] la sanction immédiate de la perte de l'emploi, sans mise en garde, apparaît disproportionnée ».

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans sa formation plénière, censure cette appréciation en affirmant que « la commission d'un fait fautif isolé peut justifier un licenciement, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait donné lieu à un avertissement préalable ». Elle ne se prononce pas en revanche sur la gravité de la faute.

Elle réitère par là même la position qu'elle avait adoptée dans un précédent arrêt du 13 novembre 1986 : « le comportement d'un salarié ne doit pas nécessairement avoir donné lieu à des avertissements ou à des observations préalables pour constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, quelle que soit l'ancienneté dudit salarié » (Soc., 13 novembre 1986, Bull. 1986, V, n° 517). La Cour avait déjà eu l'occasion de préciser, dans un arrêt du 25 avril 1985, que le licenciement peut ne reposer que sur un fait unique, isolé : « en énonçant que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse aux seuls motifs que le manquement commis par le salarié n'était pas intentionnel et se réduisait à un fait unique, alors que la cause réelle et sérieuse peut exister même en l'absence de faute grave, d'élément intentionnel du grief et malgré son caractère isolé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Soc., 25 avril 1985, Bull. 1985, V, n° 261).

### *\* Délai entre l'entretien préalable et la sanction*

N° 199

L'engagement par l'employeur d'une action en contestation de la désignation d'un salarié comme délégué syndical ne suspend pas le délai d'un mois prévu à l'article L. 1332-2 du code du travail.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, constatant que le licenciement d'un salarié a été prononcé plus d'un mois après l'entretien préalable, l'employeur ayant, dans l'intervalle, engagé devant le tribunal d'instance une action en annulation de la désignation du salarié en qualité de délégué syndical, dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**Soc. – 23 septembre 2008. Rejet**

N° 07-42.786. – CA Paris, 24 mai 2007.

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

#### *Note*

L'article L. 1332-2 du code du travail (ancien article L. 122-41, alinéa 2) dispose que la sanction disciplinaire que l'employeur envisage de prendre à l'encontre d'un salarié « ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien ».

Dans la présente affaire, un employeur a convoqué une salariée à un entretien préalable à son licenciement disciplinaire quelques jours après que cette dernière a été désignée déléguée syndi-

cale. Estimant cette désignation frauduleuse, l'employeur saisissait le tribunal d'instance d'une action en annulation et suspendait sa procédure de licenciement jusqu'à la décision du tribunal. Après que le tribunal a annulé la désignation de la salariée, l'employeur procède au licenciement de cette dernière dans les conditions de droit commun. La salariée saisit alors la juridiction prud'homale pour voir dire son licenciement irrégulier et la cour d'appel fait droit à sa demande.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la saisine du tribunal d'instance par l'employeur pour voir annuler la désignation d'un salarié en qualité de délégué syndical suspend le délai d'un mois prévu par l'article L. 1332-2 du code du travail. L'employeur faisait valoir que cette suspension s'imposait afin qu'en fonction de la décision du tribunal, il puisse savoir s'il devait ou non appliquer la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés.

Le délai d'un mois après l'entretien préalable est suspendu dans trois hypothèses :

- lorsque l'employeur saisit une instance disciplinaire conventionnelle dans le délai d'un mois et que le salarié en est avisé (Soc., 31 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 353 ; Soc., 13 février 2001, *Bull.* 2001, V, n° 52) ;

- lorsque l'inspecteur du travail est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement (Soc., 28 octobre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 262) ;

- lorsque l'employeur, informé de l'impossibilité pour le salarié d'assister à l'entretien préalable qu'il a fixé, reporte l'entretien à une date ultérieure (Soc., 7 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 210).

En revanche, elle a considéré que le fait pour un employeur d'avoir saisi le tribunal d'instance pour voir dire si un salarié, qui avait déposé une demande d'organisation d'élections, avait ou non le statut de salarié protégé ne suspendait pas les délais de l'article L. 122-41, dans la mesure où le tribunal d'instance « ne peut se prononcer sur la protection du salarié qui a demandé l'organisation de ces élections, de sorte que l'instance engagée devant cette juridiction était sans incidence sur la régularité de la procédure de licenciement » (Soc., 25 octobre 2006, pourvoi n° 05-41.863).

Par ailleurs, elle affirme également de manière constante que l'annulation par un tribunal d'instance du mandat de représentation d'un salarié n'a pas d'effet rétroactif sur le statut protecteur (Soc., 17 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 156 ; Soc., 28 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 396 ; Soc., 28 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 36).

En outre, si le salarié qui s'est déclaré candidat à des élections professionnelles après l'entretien préalable ne bénéficie pas du statut protecteur (Soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-48.277 ; Soc., 14 février 2007, pourvoi n° 05-43.907), il en va différemment quand la cause génératrice du statut protecteur survient avant l'engagement de la procédure de licenciement : l'employeur doit alors respecter les formalités de licenciement réservées au

salarié protégé, même s'il a par ailleurs engagé une action en contestation du mandat ou de la désignation et qu'elle aboutit à une annulation ; à défaut, le licenciement est nul (Soc, 28 février 2007, précité).

Dans la logique de cette jurisprudence, qui vise à garantir aux salariés représentants du personnel ou représentants syndicaux une protection réelle contre le licenciement, la chambre sociale affirme en l'espèce que l'employeur qui souhaite licencier un salarié désigné représentant syndical ne peut déroger aux règles de droit commun en suspendant la procédure de licenciement jusqu'à ce qu'une juridiction ait statué sur la contestation du mandat syndical, dans l'espoir de ne pas avoir à respecter les formalités protectrices : « *L'engagement par l'employeur d'une action en contestation de la désignation de la salariée en qualité de déléguée syndicale ne suspend pas le délai d'un mois prévu à l'article L. 1332-2 du code du travail* ».

Dès lors, en l'espèce, le licenciement d'un salarié intervenu plus d'un mois après l'entretien préalable est irrégulier, peu important que le tribunal d'instance saisi de la contestation de la régularité de la désignation de ce salarié comme délégué syndical ait, dans l'intervalle, annulé la désignation.

### \* Faute grave

#### N° 200

Le fait pour un salarié, employé d'une cartonnerie, de fumer une cigarette dans un local de l'entreprise en violation d'une interdiction résultant d'un arrêté préfectoral, figurant au règlement intérieur et justifiée, en raison du risque d'incendie, par la sécurité des personnes et des biens, constitue une faute grave de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise.

**Soc. – 1<sup>er</sup> juillet 2008.**

**Rejet**

N° 06-46.421. – CA Douai, 14 avril 2006.

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

#### Note

Dans cette affaire où l'interdiction de fumer dans l'ensemble des locaux de l'entreprise de cartonnerie était justifiée, en raison du risque d'incendie, par la sécurité des personnes et des biens, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui a retenu que le fait pour un salarié de fumer une cigarette dans un local affecté aux pauses en violation de cette interdiction rendait impossible son maintien dans l'entreprise et constituait une faute grave.

Une société de cartonnerie, en tant qu'installation classée pour la protection de l'environnement, est soumise à une autorisation préfectorale d'exploiter, dont le non-respect des prescriptions peut entraîner notamment sa suspension, jusqu'à mise en conformité. En l'espèce, l'arrêté d'autorisation contenait un certain nombre de dispositions justifiées par le

risque principal d'incendie, parmi lesquelles l'interdiction de fumer, « *sauf le cas échéant dans les locaux administratifs ou sociaux séparés du reste de l'établissement* », et son affichage apparent sur les portes d'entrée et à l'intérieur des locaux, avec la mention qu'il s'agit d'une interdiction préfectorale. L'employeur s'y était conformé, l'interdiction de fumer figurait au règlement intérieur et était portée à la connaissance des salariés, tant par l'affichage de ce règlement que par les nombreux panneaux disposés dans l'entreprise, une note interne mentionnant les sanctions encourues leur avait été adressée.

Le salarié surpris en train de fumer en dépit de cette interdiction invoquait notamment pour sa défense le non-respect par l'employeur de la législation sur la lutte contre le tabagisme, spécialement l'absence de mise en place d'emplacement réservé aux fumeurs lui permettant de satisfaire, au moins pendant son temps de pause, son « *besoin parfois impératif de fumer* » – pour reprendre les termes du jugement du conseil de prud'hommes qui l'a suivi dans sa position en décidant que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. À l'appui du pourvoi formé contre l'arrêt infirmatif, le salarié a développé un moyen unique. Il a soutenu en premier lieu que la cour d'appel avait violé l'article L. 122-6 du code du travail, les circonstances de l'espèce ne permettant pas de caractériser la faute grave. Parmi ces circonstances, il a cité, outre ses vingt-cinq années d'ancienneté, le caractère récent de l'interdiction de fumer, sa dépendance au tabac, l'impossibilité de sortir de l'entreprise pendant son temps de pause, le refus de l'employeur de mettre en place un espace réservé aux fumeurs et son absence de toute initiative pour aider les salariés fumeurs à s'arrêter. Il a invoqué en second lieu une violation de l'article L. 120-2 du code du travail, l'interdiction absolue de fumer sans aucune aide apportée aux salariés en état de dépendance étant abusive.

Sa position pouvait paraître paradoxale, non seulement parce que, ainsi qu'il vient d'être exposé, l'employeur ne s'était pas fondé sur la législation de lutte contre le tabagisme pour édicter l'interdiction de fumer dans l'ensemble des locaux de l'entreprise, mais aussi eu égard à cette législation, dont l'objectif affiché est la lutte contre le « fléau social » que représente le tabagisme.

Sur ce dernier plan, sa position pouvait cependant s'expliquer. Au moment des faits, le décret n° 42-478 du 29 mai 1992 pris pour l'application de la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991, dont les articles ont été codifiés dans le code de la santé publique (articles R. 3511-1 à R. 3511-8), était en vigueur. En l'état des textes, qui ne contiennent aucune disposition sur l'aide au sevrage, il était possible de s'interroger sur le caractère obligatoire ou facultatif pour l'employeur de la mise à disposition, sauf impossibilité, d'emplacements pour les fumeurs. En l'espèce, la seule voie à explorer par l'employeur, compte tenu des termes de l'arrêté d'autorisation d'exploiter, aurait été la faisabilité de mise en place de tels espa-

ces dans des locaux séparés du reste de l'établissement. Sur cette question, il doit être observé que, dans la circulaire n° 49 du 29 novembre 2006 de mise en œuvre des nouveaux textes issus du décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006, le gouvernement a entendu préciser que la mise en place d'emplacements réservés aux fumeurs n'est en aucune façon une obligation, qu'il s'agit d'une simple faculté qui relève de la décision de la personne ou de l'organisme responsable des lieux. Reste que la législation vise, dans son esprit, à rechercher des solutions conciliant les impératifs de santé publique et le respect des libertés individuelles. C'est ce que rappelait la circulaire n° 92/23 du 9 novembre 1992 concernant la mise en œuvre du décret de 1992, en insistant sur la nécessité, pour le chef d'entreprise, de respecter le principe, posé par l'article L. 122-43 du code du travail, de proportionnalité de la sanction à la faute commise.

Mais la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas placée sur ce terrain. Elle a considéré que les impératifs de sécurité des personnes et des biens fondant, en raison du risque d'incendie, l'interdiction de fumer dans l'ensemble des locaux de l'entreprise et la connaissance qu'en avaient les salariés permettaient de sanctionner par un licenciement pour faute grave un salarié qui passait outre cette interdiction formelle et connue de tous les salariés.

Cette décision est à rapprocher de l'arrêt du 29 juin 2005 (Soc., Bull. 2005, V, n° 219), rendu cette fois-ci dans le cadre de la législation de lutte contre le tabagisme. Énonçant que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise, la chambre sociale a retenu que manquait à cette obligation et ne satisfaisait pas aux exigences des articles R. 3511-1, R. 3511-4 et R. 3511-5 du code de la santé publique l'employeur qui se bornait à interdire à ses salariés de fumer en présence de l'un d'eux et à apposer des panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau collectif que ce dernier occupait, de sorte que la prise d'acte, par celui-ci, de la rupture du contrat de travail en raison de ce manquement produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le comportement du salarié fumeur est apprécié par la chambre sociale de la Cour de cassation à l'aune des obligations de l'employeur, qui est tenu, en raison des impératifs de sécurité et de santé dans l'entreprise, de faire respecter l'interdiction de fumer qu'il doit instaurer.

#### *\* Consultation préalable d'un organe disciplinaire conventionnel*

#### N° 201

La consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle, de donner son avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue une garantie de fond et le

licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté et ait rendu son avis selon une procédure régulière est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Dès lors, doit être approuvé l'arrêt qui, après avoir constaté qu'en dépit d'une demande de report justifié de la réunion du conseil de discipline, dont il n'avait pas été allégué qu'elle aurait été abusive, ce conseil avait rendu un avis sans entendre l'intéressé, au mépris des dispositions de l'article 12 de la convention collective applicable, selon lequel le licenciement disciplinaire ne peut être prononcé qu'après avis du conseil de discipline qui entend l'agent menacé de sanction dans les conditions prévues à l'article 13, a décidé que l'employeur avait privé le salarié des garanties de fond auxquelles il avait droit et que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

**Soc. – 16 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 07-41.532. – CA Fort-de-France, 25 janvier 2007.

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

#### Note

Un salarié du Crédit agricole, après avoir été convoqué à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement, avait été invité par son employeur à se présenter devant le conseil de discipline afin que ce dernier émette un avis sur son éventuel licenciement, en application de la convention collective du Crédit agricole. En effet, en vertu de l'article 12 de cette convention, les sanctions autres que l'avertissement ou le blâme « sont prises par l'employeur après avis du conseil de discipline, qui entend l'agent menacé de sanction dans les conditions prévues à l'article suivant ». L'article 13 précise qu'« il est institué un conseil de discipline chargé, après avoir obligatoirement entendu le directeur et en sa présence, de formuler un avis sur les sanctions à donner aux fautes professionnelles susceptibles d'entraîner la rétrogradation ou le licenciement du personnel titulaire ».

Le salarié avait alors adressé à son employeur un certificat médical l'informant qu'en raison de son état de santé, il ne comparaitrait pas devant le conseil de discipline et qu'il sollicitait le renvoi de l'examen de son dossier à une autre audience. Passant outre à cette demande, le conseil de discipline s'était réuni à la date prévue et avait rendu son avis.

Après avoir été licencié pour faute, le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes, qui avait condamné l'employeur à lui payer une somme au titre de la nullité de la procédure et une indemnité pour licenciement abusif.

La cour d'appel avait confirmé ce jugement, en décidant qu'« en notifiant le licenciement alors que le conseil de discipline n'avait pas été mis en mesure d'entendre les explications du salarié, dont la demande de renvoi était justifiée par un certificat médical, l'em-

ployeur n'a pas respecté les dispositions conventionnelles ni fait bénéficier le salarié des garanties auxquelles il avait droit ».

Al'appui de son pourvoi en cassation, l'employeur faisait valoir que le licenciement d'un salarié qui n'avait pas pu se rendre à la convocation du conseil de discipline pour cause de maladie n'était pas irrégulier. En effet, selon lui, la convention collective du Crédit agricole imposait la convocation du salarié devant le conseil de discipline mais n'imposait pas sa présence, contrairement à celle de l'employeur, qui était obligatoire en vertu de l'article 13. Subsidiairement, s'il était malgré tout admis que la convention collective imposait de convoquer à nouveau le salarié s'il justifiait de sa maladie, cette règle ne constituait qu'une règle de forme, dont la violation ne pouvait avoir pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était donc la suivante : alors que la convention collective prévoit que le salarié menacé de sanction est entendu par le conseil de discipline, la réunion de ce conseil en l'absence du salarié, alors que celui-ci en a demandé le report pour cause de maladie, permet-elle de considérer que la procédure de consultation est irrégulière et prive-t-elle le licenciement de cause réelle et sérieuse ?

Antérieurement au 28 mars 2000, la chambre sociale jugeait que l'inobservation de la procédure disciplinaire prévue par une convention collective ne pouvait entraîner que le paiement d'une indemnité pour inobservation de la procédure, sans rendre le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 30 septembre 1997, pourvoi n° 94-45.474).

Depuis cette date, elle décide au contraire que « la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou du règlement intérieur d'une entreprise, de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond. Il s'ensuit que le licenciement prononcé sans que cette consultation ait été préalablement effectuée ne peut avoir de cause réelle et sérieuse » (Soc., 28 mars 2000, Bull. 2000, V, n° 136). Il en est de même concernant un licenciement prononcé sans que le salarié ait été informé de la possibilité de saisir l'organisme chargé de donner un avis sur une mesure disciplinaire (Soc., 31 janvier 2006, Bull. 2006, V, n° 45).

Concernant les irrégularités affectant la procédure de consultation du conseil de discipline, la chambre sociale décide que ces irrégularités affectent la validité de la procédure et que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'avis a été émis par une sous-commission irrégulièrement composée, faute de respecter la règle de la parité entre les représentants des employeurs et des salariés (Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 03-41.586), ou lorsque l'organisme n'est pas composé de manière régulière (Soc., 6 décembre 2005, pourvoi n° 04-40.263), ou encore lorsqu'il est constaté l'absence d'information du

salarié de son droit d'exiger que les représentants du personnel au conseil de discipline soient, dans la mesure du possible, des salariés appartenant au même collège électoral que le sien, et de celui de désigner au président du conseil de discipline les personnes qu'il désire faire ou entendre témoigner (Soc., 30 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.713).

Par le présent arrêt, la chambre sociale affirme pour la première fois que le licenciement disciplinaire prononcé sans que le salarié ait été entendu par l'organisme chargé de donner son avis en vertu d'une disposition conventionnelle, alors qu'il avait formé une demande justifiée de report de sa comparution devant cet organisme, est dépourvu de cause réelle et sérieuse. En effet, elle décide que le prononcé de l'avis sans que le salarié ait pu être entendu par le conseil de discipline ne constitue pas une simple irrégularité de forme, mais le prive d'une garantie de fond prévue par la convention collective.

### 1.3. Licenciements économiques

#### \* *Licenciements à l'occasion d'un plan de cession*

##### N° 202

1° Le tribunal qui arrête un plan de cession en omettant de préciser le nombre des licenciements autorisés, ainsi que les activités et catégories d'emploi concernées, peut réparer cette omission avant la notification des licenciements.

2° Le jugement qui prononce la résolution d'un plan de cession, et dont les effets sont opposables à tous, peut limiter les effets de la résolution en maintenant des actes accomplis en exécution du plan résolu.

Dès lors, une cour d'appel qui constate que le jugement prononçant la résolution du plan de cession de l'employeur prévoyait le maintien des actes passés par les administrateurs judiciaires et l'absence d'effet rétroactif de la résolution sur les licenciements prononcés en exécution du plan en déduit exactement que ces licenciements ne peuvent être contestés.

3° Encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un salarié de la demande indemnitaire formée contre le cessionnaire en raison de la méconnaissance de la priorité de réembauchage, alors que cette priorité s'exerce à l'égard de l'entreprise, qu'elle subsiste en cas de cession de l'entité économique et qu'il résulte des constatations de la cour d'appel que l'intéressé avait manifesté l'intention d'en bénéficier auprès du mandataire de justice l'ayant licencié, dans le délai imparti à cette fin.

**Soc. – 9 juillet 2008. Cassation partielle**

N° 06-40.945. – CA Montpellier, 14 décembre 2005.

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

#### Note

1° L'autorisation de licencier que donne la juridiction arrêtant le plan de redressement prive le salarié licencié, si elle répond aux exigences légales en précisant le nombre des licenciements autorisés et les activités et catégories d'emplois concernées, de la possibilité de contester la cause de son licenciement économique, sauf en cas de fraude (Soc., 4 juillet 2006, pourvoi n° 04-43976 ; Soc., 8 décembre 2004, pourvoi n° 02-44.045, *Bull.* 2004, V, n° 320, et Soc., 27 octobre 1998, pourvois n° 95-42.220 et n° 95-42.221, *Bull.* 1998, V, n° 452). En l'espèce, le tribunal de commerce avait omis, dans le jugement arrêtant le plan, de préciser les conditions des licenciements autorisés. Mais un jugement rectificatif rendu deux jours après avait apporté ces précisions, conformément à l'article 64 du décret du 27 décembre 1985. La chambre sociale admet que, comme pour tout jugement, la réparation d'une omission de statuer sur cet aspect de la requête de l'administrateur judiciaire était possible, dès lors qu'elle est intervenue avant la notification des licenciements autorisés. Il ne serait en effet pas possible de tenter de couvrir une irrégularité de l'autorisation de licencier contenue dans le plan de cession après la notification des licenciements économiques, car cette rupture ne peut intervenir qu'en vertu d'une décision répondant, au jour des licenciements, aux exigences légales (aujourd'hui reprises par l'article 254 du décret du 28 décembre 2005).

2° Suivant l'avis exprimé par la chambre commerciale, qui avait été consultée à cette fin en application de l'article 1015-1 du code de procédure civile, la chambre sociale reconnaît au juge qui prononce la résolution d'un plan de cession le pouvoir de limiter les effets rétroactifs de cette résolution en maintenant certains actes accomplis en exécution du plan résolu. Elle retient également que cette décision du juge de la procédure collective est opposable à tous et, notamment, aux salariés licenciés, lorsque cette juridiction décide que les licenciements économiques prononcés en vertu du jugement qui arrêtaient le plan ne sont pas remis en cause par la résolution. La chambre commerciale avait déjà jugé que la résolution du plan de cession n'entraîne pas de plein droit la résolution de contrats conclus pour son exécution par l'administrateur judiciaire (Com., 22 juin 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 263). Mais elle n'avait pas eu l'occasion de se prononcer, d'une part, sur les pouvoirs du tribunal qui prononce la résolution du plan, d'autre part, sur l'opposabilité du jugement de résolution aux créanciers et, notamment, aux salariés. Il convient d'observer à cette occasion, tout d'abord, que les nouvelles dispositions résultant de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ont modifié les données de la question, en laissant au tribunal qui prononce la résolution du plan le pouvoir de « prononcer la résiliation ou la résolution des actes passés en exécution du plan résolu » (article L. 642-11) ; ensuite, que la position prise sur cette question n'est pas en opposition avec ce qui est jugé à propos des effets de la résolution du plan

sur les contrats de travail des salariés repris par le cessionnaire. A cet égard, en effet, la chambre sociale retient que la résolution du plan de cession entraîne le retour des contrats de travail au cédant et que celui-ci devait supporter la charge des licenciements prononcés par la résolution du plan, sans toutefois que le cessionnaire soit libéré des obligations nées à l'égard des salariés entre la cession et la résolution (Soc., 8 juin 1999, *Bull.* 1999, V, n° 263 et 264). Cette solution repose sur l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail : la résolution du plan entraînant le retour au cédant de l'entité économique à laquelle les salariés sont attachés, ce transfert de l'entité a pour conséquence nécessaire le transfert des contrats de travail du personnel qui en relève. Toute autre est la question, posée par cette affaire, de l'incidence de la résolution du plan à l'égard des salariés qui n'ont pas été repris et qui ont été licenciés en exécution du jugement arrêtant le plan ensuite résolu.

3° La priorité de réembauchage à laquelle est tenu l'employeur peut être invoquée à l'encontre du cessionnaire de l'entreprise, dès lors que le salarié licencié était rattaché à l'entité cédée (Soc., 5 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 52). Il a déjà été jugé que, lorsque la cession s'opère dans le cadre d'une procédure collective, il suffit que le salarié exprime son intention de bénéficier de cette priorité auprès du mandataire de justice qui l'a licencié, à charge pour celui-ci de transmettre sa demande au cessionnaire, tenu de cette obligation (Soc., 20 juin 2002, pourvoi n° 00-42506). C'est cette solution que confirme le présent arrêt, dans un cas où la demande du salarié avait été adressée au mandataire de justice, bien que la lettre de licenciement eut indiqué qu'elle devait être soumise au repreneur.

**\* Licenciement collectif –  
ordre des licenciements**

**N° 203**

Le manquement de l'employeur qui a prononcé un licenciement pour motif économique à son obligation d'indiquer au salarié qui le demande les critères retenus, en application de l'article L. 321-1-1, devenu L. 1233-5 du code du travail, cause nécessairement au salarié un préjudice distinct de celui réparant l'absence de cause réelle et sérieuse.

C'est dès lors à bon droit qu'ayant accordé au salarié une indemnité au titre de son licenciement intervenu sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel lui a en outre alloué des dommages-intérêts pour défaut d'indication des critères d'ordre des licenciements.

**Soc. – 24 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 07-42.200. – CA Paris, 8 mars 2007.

Mme Perony, Pt (f.f.). – Mme Bobin-Bertrand, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

**Note**

En cas de licenciement économique, l'employeur doit, lorsque le salarié lui en a fait une demande écrite, indiquer par écrit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements prévu à l'article L. 321-1-1, devenu L. 1233-5 du code du travail.

Quelle est la sanction du défaut d'information du salarié par l'employeur ?

La chambre sociale a jugé que le défaut d'information du salarié des critères d'ordre des licenciements ne rend pas le licenciement sans cause réelle et sérieuse mais, en revanche, la méconnaissance de cette obligation constitue une irrégularité de procédure qui cause au salarié un préjudice donnant droit à réparation dont le montant sera évalué en fonction de l'étendue du préjudice subi (Soc., 2 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 57).

Le pourvoi soulève la question du cumul entre l'indemnité due au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et celle résultant du défaut de communication par l'employeur des critères fixés.

Concernant la réparation du préjudice pour non-respect des critères d'ordre des licenciements, il est acquis que l'indemnité due à ce titre, destinée à réparer le préjudice du salarié « *pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi* », ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 11 juillet 2001, *Bull.* 2001, V, n° 266). En effet, le préjudice résultant du non-respect des critères d'ordre des licenciements est déjà réparé par l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais ce qui vaut pour la réparation du préjudice résultant de l'inobservation de l'ordre des licenciements ne vaut pas pour la réparation du préjudice résultant du défaut d'information du salarié sur les critères fixés. En effet, dans la présente espèce, la chambre sociale juge que l'employeur cause nécessairement un préjudice distinct de celui réparant l'absence de cause réelle et sérieuse et doit en conséquence verser au salarié, en plus de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, des dommages-intérêts pour défaut d'information de ce dernier.

**\* Obligation d'information, de réunion  
et de consultation du comité d'entreprise  
ou des délégués du personnel**

**N° 204**

Un conseil de prud'homme décide exactement d'inscrire au passif de la liquidation d'une entreprise l'indemnité due à des salariés en application de l'article L. 321-2-1, devenu L. 1235-15 du code du travail, dès lors que la seule intervention du représentant des salariés dans la procédure de licenciement collectif pour motif économique, en l'absence de comité d'entreprise ou de délégué du personnel, ne couvre pas l'irrégularité dont la procédure est

atteinte du fait du défaut de mise en place de ces institutions, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi.

**Soc. – 23 septembre 2008. Rejet**

N° 06-45.528 et 06-45.529. – CPH Saint-Dizier, 18 septembre 2006.

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

#### Note

Selon l'article L. 321-2-1, devenu L. 1235-15 du code du travail, est irrégulière toute procédure de licenciement pour motif économique effectuée dans une entreprise employant au moins onze salariés sans que l'obligation d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel n'ait été respectée, faute de mise en place de ces institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès verbal de carence ait été établi. En sanction de cette irrégularité, le salarié a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis.

La question posée dans la présente espèce était de savoir si la sanction prévue par l'article L. 321-1-2 du code du travail, devenu L. 1235-15, était applicable dans le cadre d'une procédure collective, alors que le représentant des salariés désigné conformément à l'article L. 621-8 du code de commerce, dans sa rédaction applicable à la cause, exerce les fonctions dévolues au comité d'entreprise ou au délégué du personnel, en l'absence de ces institutions.

La chambre sociale, dans un arrêt du 4 février 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 39), a jugé que le représentant des salariés ne pouvait être considéré comme une institution représentative du personnel au sens du code du travail, et a retenu que, dans le cadre de l'article L. 628-1 du code de commerce, il ne disposait que des attributions limitées aux seuls actes relatifs à la procédure collective en cours.

La chambre sociale adopte ici le même raisonnement. La désignation d'un représentant des salariés dans le cadre de la procédure collective ne régularise pas la procédure de licenciement économique qui a été menée sans information ni consultation des représentants du personnel, faute pour l'entreprise d'avoir mis en place, au moment où cette obligation lui incombait, les instances représentatives du personnel, ou d'avoir constaté l'impossibilité de cette mise en place par un procès-verbal de carence. Le salarié a par conséquent droit à l'indemnité prévue à l'article L. 321-1-2, devenu L. 1235-15 du code du travail.

#### 1.4. Indemnités de licenciement

##### *\* Indemnité conventionnelle*

**Soc. – 9 juillet 2008. Cassation partielle**

N° 07-41.318. – CA Toulouse, 19 janvier 2007.

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

**Voir le n° 185, Soc., 9 juillet 2008, ci-dessus, sommaire n° 2.**

#### 1.5. Obligation de réintégration après annulation du licenciement

##### *\* Etendue de l'obligation*

#### N° 205

Après annulation d'un licenciement pour violation des dispositions des alinéas 1 et 5 de l'article L. 122-45, recodifié sous les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, l'obligation de réintégration résultant de la poursuite alors ordonnée du contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur.

**Soc. – 9 juillet 2008. Rejet**

N° 07-41.845. – CA Versailles, 25 janvier 2007.

M. Trédez, Pt (f.f.). – M. Chollet, Rap. – M. Lalande, Av. Gén.

#### Note

Un salarié est licencié au motif que ses nombreux arrêts de travail désorganisent le service auquel il appartient. Ce licenciement est annulé par la juridiction sociale, saisie par le salarié, pour violation des dispositions de l'article L. 122-45 du code du travail, lequel prohibe notamment toute discrimination fondée sur l'état de santé. Le salarié demande à être réintégré dans une société du groupe auquel appartient son employeur. Cette société refuse, arguant qu'elle n'est liée audit salarié par aucun contrat de travail. Le salarié saisit la juridiction sociale pour obtenir cette réintégration.

La question qui se posait à la chambre sociale était donc celle de l'étendue de l'obligation de réintégration du salarié qui pèse sur l'employeur en cas d'annulation du licenciement pour violation de l'article L. 122-45 du code du travail, recodifié sous les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail.

Il est de jurisprudence constante que lorsqu'un licenciement est nul, le salarié a droit à sa réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent. L'employeur est tenu de faire droit à cette demande dès lors qu'il n'est constaté aucune impossibilité de procéder à la réintégration (*Soc.*, 25 février 1998, *Bull.* 1998, V, n° 102 ; *Soc.* 26 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 139).

Mais cette obligation de réintégration implique-t-elle que l'employeur doit rechercher cet emploi équivalent, y compris dans les sociétés appartenant au même groupe que lui ?

Cette question a déjà été posée à la chambre sociale dans le cas d'une annulation d'un licenciement pour nullité d'un plan social. Elle a alors jugé que « l'obligation de réintégration résultant de la poursuite alors

*ordonnée du contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur* » (Soc., 15 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 6, commenté au rapport annuel).

La réintégration s'analyse en effet comme une sanction d'une illicéité commise par un employeur déterminé ; faire supporter cette sanction par un autre employeur ne paraît dès lors pas possible. Et le rapprochement avec le périmètre de reclassement – qui s'étend au groupe – n'est pas pertinent, car l'obligation de reclassement tend à prévenir les licenciements, et non à sanctionner un licenciement nul.

C'est cette solution que la chambre sociale adopte dans l'arrêt commenté, dans le cas d'une nullité du licenciement fondée sur une violation de l'article L. 122-45 du code du travail, recodifié sous les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail ; dans cette hypothèse également, l'obligation de réintégration ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur.

## 2. Démission

### \* Délai-congé

#### N° 206

Il résulte de l'article L. 122-5 du code du travail tel qu'alors applicable que, dans le cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative du salarié, aucune des deux parties n'est fondée à imposer à l'autre un délai-congé différent de celui prévu par la loi, le contrat ou la convention collective, ou les usages.

Est en conséquence légalement justifié l'arrêt qui, ayant constaté que le salarié entendait exécuter un préavis de neuf mois alors que la lettre d'embauche et la convention collective en fixaient la durée à trois mois, a rejeté ses demandes d'indemnisation.

**Soc. – 1<sup>er</sup> juillet 2008.**

**Rejet**

N° 07-40.109. – CA Colmar, 9 novembre 2006.

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

#### Note

En cas de résiliation du contrat à l'initiative du salarié, ce dernier peut-il fixer un préavis plus long que celui prévu par la convention collective ou le contrat de travail ?

L'article L. 122-5 du code du travail tel qu'alors applicable prévoit qu'en cas de résiliation du contrat à l'initiative du salarié, l'existence et la durée du délai-congé résultent soit de la loi, soit de la convention ou accord collectif, ou, à défaut de telles dispositions, des usages locaux ou professionnels.

En application de l'ordre public social, auquel on ne peut déroger que dans un sens favorable aux salariés, les conventions collectives, les usages ou encore le contrat de travail peuvent fixer des

durées de préavis plus longues que les durées légales prévues par l'ancien article L. 122-6 du code du travail en cas de licenciement.

Mais en cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative du salarié, c'est le préavis le plus court qui est tenu pour le plus favorable au salarié. Il a ainsi été jugé que le contrat de travail ne peut indiquer un préavis de démission plus long que celui fixé par la convention collective (Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, *Bull.* 1992, V, n° 222 ; Soc., 16 juin 1988, *Bull.* 1988, V, n° 371). Toutefois, en fonction de son intérêt propre, le salarié peut opter pour le préavis le plus long prévu au contrat, sans que l'employeur puisse s'en plaindre ou lui opposer le délai conventionnel (Soc., 11 avril 1996, *Bull.* 1996, V, n° 153).

Il avait même été jugé que l'employeur ne pouvant se plaindre de ce que son salarié lui avait donné un préavis plus long que celui auquel il était obligé par la convention collective à laquelle les parties étaient soumises, il était ainsi redevable d'une indemnité consécutive à la rupture anticipée du préavis dont il avait pris l'initiative (Soc., 21 novembre 1984, *Bull.* 1984, V, n° 448).

C'est sur cette dernière solution que la chambre sociale, réunie en formation plénière, est revenue par le présent arrêt : aucune partie n'est fondée à imposer à l'autre un délai-congé différent de celui prévu par la loi, le contrat de travail, la convention collective ou les usages.

## G. – Action en justice

### \* Astreinte

#### N° 207

Dessaisie du litige à la suite de l'arrêt qu'elle a rendu, une cour d'appel, statuant en référé, ne conserve que le pouvoir de liquider, si elle s'en est réservée la compétence, l'astreinte qu'elle a ordonnée.

Dès lors, c'est à juste titre qu'une cour d'appel refuse de se prononcer, à l'occasion de l'examen de la demande de liquidation de l'astreinte, sur une demande nouvelle en paiement d'une provision.

**Soc. – 23 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 06-45.320. – CA Versailles, 12 septembre 2006.

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

#### Note

L'article R. 516-1, devenu article R. 1452-6 du code du travail, dispose que « Toutes les demandes dérivant du contrat de travail entre les mêmes parties doivent, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, faire l'objet d'une seule instance, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne se soit révélé que postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes ».

La règle de l'unicité de l'instance emporte parallèlement pour effet, en application de l'article R. 516-2 du code du travail, devenu article R. 1452-7, que « *Les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables en tout état de cause, même en appel, sans que puisse être opposée l'absence de tentative de conciliation. Les juridictions statuant en matière prud'homale connaissent de toutes les demandes reconventionnelles ou en compensation qui, par leur nature, entrent dans leur compétence, même si elles sont formées en cause d'appel* ». Les parties sont donc autorisées à présenter des demandes nouvelles à tous les stades du procès. De plus, les procédures étant orales, ces demandes pourront être exposées sans formalisme particulier.

Mais une demande nouvelle peut-elle être présentée devant une cour d'appel statuant en référé, sur la liquidation d'une astreinte qu'elle avait auparavant prononcée ? C'est la question que posait le présent pourvoi.

Il est de jurisprudence constante que, par dérogation à la règle générale de compétence du juge de l'exécution posée par l'article 35 de la loi du 9 juillet 1991, la juridiction qui a prononcé une astreinte a le pouvoir de liquider celle-ci, à la condition de s'en être réservée la compétence (2<sup>e</sup> Civ., 15 février 2001, *Bull.* 2001, II, n° 27). La cour d'appel appelée à statuer dans ce cadre sur une liquidation d'astreinte peut-elle être considérée comme toujours saisie du litige et par conséquent seule compétente pour recevoir de nouvelles demandes ? Le pourvoi le soutenait, en invoquant la règle de l'unicité de l'instance. La chambre sociale, approuvant la cour d'appel, estime que cette dernière n'avait pas compétence pour statuer sur les nouvelles demandes. Elle rappelle qu'une fois l'arrêt rendu, la cour d'appel qui a statué en référé est dessaisie. C'est à titre exceptionnel, et seulement si elle l'a prévu, qu'elle peut statuer sur la liquidation de l'astreinte qu'elle a prononcée dans le cadre de l'exécution de sa décision. Dès lors, comme toute juridiction dessaisie, elle ne peut plus statuer sur le litige. La règle de l'unicité de l'instance en matière de procédure prud'homale n'a pas d'influence sur la question, car, quel que soit le type de procédure, une juridiction dessaisie n'est plus compétente pour statuer sur le litige dont elle est dessaisie.

#### \* Cassation (pourvoi – désistement)

N° 208

Le désistement du pourvoi doit être accepté s'il contient des réserves ou si le défendeur a formé un pourvoi incident préalablement à sa notification.

Aussi, un pourvoi incident qui a été formé le jour même de la signification du désistement du pourvoi principal étant, en l'absence de toute mention des heures respectives de ces actes, recevable, il s'ensuit que, faute d'acceptation, le désistement est non avenu.

**Soc. – 24 septembre 2008. Cassation partielle**

N° 07-41.383. – CA Limoges, 16 janvier 2007.

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

#### Note

La question qui se posait dans l'arrêt commenté était une question inédite de recevabilité d'un pourvoi incident.

Les pourvois incidents sont régis par l'article 614 du code de procédure civile, qui renvoie, en ce qui concerne leur recevabilité, aux règles qui gouvernent l'appel incident, sous réserve des dispositions de l'article 1010 du même code, lequel concerne les formes du mémoire et les délais spécifiques à la Cour de cassation.

En l'espèce, le demandeur s'était désisté de son pourvoi, mais le jour de la signification de ce désistement à la partie adverse, celle-ci avait formé un pourvoi incident. Le demandeur au pourvoi principal soutenait que le pourvoi incident était irrecevable puisqu'il n'avait pas été formé, selon lui, « antérieurement » au désistement du pourvoi principal.

En effet, la Cour de cassation décide depuis longtemps qu'« *est recevable le pourvoi incident formé par des parties, antérieurement à la notification qui leur a été faite du désistement partiel du pourvoi principal à leur égard* » (2<sup>e</sup> Civ., 23 novembre 1988, *Bull.* 1988, II, n° 228). Or le demandeur considérait qu'il y avait concomitance entre le désistement et le pourvoi incident, et non antériorité. La chambre sociale décide qu'en l'absence de mention des horaires sur ces actes successifs, le pourvoi incident est recevable. Elle considère donc que le pourvoi incident est présumé avoir été formé antérieurement au désistement. Dès lors, le demandeur au pourvoi incident ne l'ayant pas accepté, le désistement est non avenu.

#### \* Cassation (pourvoi – recevabilité)

**Soc. – 24 septembre 2008. Irrecevabilité**

N° 07-60.350. – TI Rouen, 13 juin 2007.

Mme Collomp, Pt. – Mme Darret-Courgeon, Rap. – M. Duplat, P. Av. Gén.

Voir le n° 192, Soc., 24 septembre 2008, ci-dessus.

#### \* Chose jugée

N° 209

Il résulte des articles 77 et 95 du code de procédure civile que 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.

Doit donc être censuré l'arrêt qui retient que la question de l'existence du lien de subordination faisant litige entre les parties a été tranchée par une précédente décision rendue sur contredit de compétence et revêtue de l'autorité de chose jugée, alors que, dans son dispositif, celle-ci s'était bornée à statuer sur la compétence, de sorte qu'elle était dépourvue d'autorité de la chose jugée sur la question de fond dont dépendait cette compétence.

**Soc. – 23 septembre 2008.**

**Cassation**

N° 07-41.954. – CA Paris, 8 mars 2007.

Mme Collomp, Pt. – M. Moignard, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

#### Note

Les diverses chambres de la Cour de cassation ont construit une jurisprudence commune limitant, par une stricte application des dispositions de l'article 480 du code de procédure civile, l'autorité de la chose jugée aux seules dispositions figurant dans le dispositif de la décision (Soc., 16 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 2 ; 2<sup>e</sup> Civ., 6 avril 2004, *Bull.* 2004, II, n° 152, sommaire n° 1). Il en a été déduit que les simples motifs, même s'ils constituaient le soutien du dispositif permettant de rendre compréhensible la décision, n'avaient pas l'autorité de chose jugée (2<sup>e</sup> Civ., 12 février 2004, *Bull.* 2004, II, n° 55 ; 1<sup>re</sup> Civ., 22 novembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 425, sommaire n° 1).

La question qui se pose est de savoir si, au regard des articles 77 et 95 du code de procédure civile, lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, l'autorité de la chose jugée est reconnue au jugement se prononçant uniquement dans ses motifs sur cette question de fond.

Rejoignant la position prise par la deuxième chambre civile (2<sup>e</sup> Civ., 24 mai 2007, *Bull.* 2007, II, n° 130), en dépit d'une jurisprudence en sens contraire plus ancienne de la première chambre civile (12 juillet 2001, *Bull.* 2001, I, n° 216, sommaire n° 1), la chambre sociale, dans un arrêt du 30 janvier 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 28, sommaire n° 1, commenté au *Bulletin trimestriel de droit du travail* n° 81), a décidé que lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, seules les mentions du dispositif ont autorité de chose jugée.

Dans le présent pourvoi, la chambre sociale confirme sa jurisprudence et retient qu'en vertu de la combinaison des articles 95 et 77 du code de procédure civile, seule est revêtue de l'autorité de la chose jugée la question de fond tranchée dans le dispositif de la décision, distinctement de la question de compétence.

### *\* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes*

**N° 210**

Si l'attribution au salarié d'une option donnant droit à une souscription d'actions constitue un accessoire du contrat de travail dont la connaissance relève du conseil de prud'hommes, les différends pouvant ensuite s'élever dans les relations entre la société et le salarié devenu actionnaire, indépendamment des conditions d'acquisition de ses actions, sont de la compétence de la juridiction commerciale.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt qui retient la compétence prud'homale pour statuer sur des demandes ayant pour cause l'établissement irrégulier des comptes de la société et tendant à obtenir, d'une part, l'indemnisation du préjudice résultant de la diminution des dividendes et de la dévalorisation de l'action et, d'autre part, la publication de comptes rectifiés, alors que ce litige, né après la rupture du contrat de travail, n'avait aucun lien avec lui.

**Soc. – 16 septembre 2008. Cassation partiellement sans renvoi**

N° 07-20.444. – CA Paris, 12 septembre 2007.

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

#### Note

Dans la présente affaire, un salarié, qui avait bénéficié de plans d'options de souscription d'actions, dits « *stock options* », accordés par l'employeur aux salariés de l'entreprise, avait quitté la société le 30 juin 2000 puis cédé, au cours des années 2000 à 2003, les actions acquises à ce titre. Il a par la suite saisi le tribunal de commerce d'une action tendant à l'allocation de dommages-intérêts et à ce que soit ordonnée la publication de comptes sociaux rectifiés de son ancien employeur, en estimant que la société avait irrégulièrement minoré ses bénéfices et provoqué ainsi une diminution du montant des dividendes distribués, et la dévalorisation du prix de l'action.

Une exception d'incompétence ayant été soulevée par la société, le tribunal de commerce l'a rejetée, mais la cour d'appel a fait droit au contredit et jugé que le litige relevait de la compétence de la juridiction prud'homale, au motif que le salarié, en reprochant à son ancien employeur une violation des conditions d'exécution du plan de souscription d'actions, discutait en réalité un élément contractuel de sa rémunération.

Par le présent arrêt commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation censure une telle approche en retenant au contraire que « *si l'attribution par l'employeur à un salarié d'une option donnant droit à une souscription d'actions constitue un accessoire du contrat de travail dont la connaissance relève du conseil de prud'hommes* », en revanche, « *les différends pouvant ensuite s'élever dans les relations entre la société et le*

salarié devenu actionnaire, indépendamment des conditions d'acquisition de ses actions, sont de la compétence de la juridiction commerciale ».

La chambre sociale opère donc ainsi une distinction dans la situation du salarié bénéficiaire d'un plan de souscription d'actions. Elle rappelle tout d'abord, en confirmant une jurisprudence antérieure, que l'octroi par l'employeur à un salarié d'une option donnant droit à une souscription d'actions constitue un accessoire du contrat de travail, dont la connaissance relève de ce fait du conseil de prud'hommes (Soc., 21 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 207). Ainsi, tout litige relatif à la situation du salarié au moment de l'attribution, de l'exercice des options ou de la conservation des actions selon les conditions du plan d'option relève de la compétence prud'homale. En revanche, les actions par lesquelles le salarié exerce uniquement ses prérogatives d'actionnaire au même titre que les autres détenteurs d'actions sont de la compétence de la juridiction commerciale. En effet, le litige oppose alors un actionnaire à la société, indépendamment de sa qualité de salarié.

Un auteur avait déjà pu considérer que, lorsque le plan de souscription d'actions est terminé, les litiges opposant le salarié à la société dont il est l'actionnaire au sujet du paiement des dividendes devraient relever du juge commercial (R. Vatinet, « Développement de l'actionariat salarié », in *JCP* 2008, édition social, n° 1032).

Dans la même lignée, la chambre sociale a récemment décidé, s'agissant d'un pacte d'actionnaire, que la juridiction prud'homale n'est pas compétente pour statuer sur les conditions de mise en œuvre de ce pacte et n'a donc pas à connaître d'une demande d'indemnisation liée à la qualité d'actionnaire du salarié bénéficiaire du pacte (Soc., 18 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 165).

De surcroît, le présent litige était né bien après la rupture du contrat de travail.

#### \* Compétence en droit intra-communautaire

##### N° 211

Selon les articles 2 et 6 § 1 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le « Règlement »), les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont atraites devant les juridictions de cet Etat et, en présence de plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et les juger en même temps, afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.

La cour d'appel, qui a fait ressortir que les demandes susceptibles d'entraîner des décisions contradictoires si elles étaient jugées séparément s'ins-

crivaient dans le cadre d'une situation de fait et de droit unique, a dès lors légalement justifié sa décision, par application combinée des articles 2 et 6 § 1 du Règlement.

**Soc. – 23 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 07-15.283 – CA Amiens, 15 avril 2007

Mme Collomp, Pt – Mme Manes-Roussel, Rap. – M. Deby, Av. Gén.

#### Note

Cet arrêt est une application de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de son arrêt du 11 octobre 2007, *Freeport*, C-98/06 (*JOCE*, C 297, du 8 décembre 2007, p. 9), où il a été jugé (point 46) que lorsque la compétence du tribunal est fondée sur l'article 2 du Règlement (CE) n° 44/2001, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le « Règlement »), l'application éventuelle de l'article 6 § 1 du même Règlement devient possible si sont remplies les conditions énoncées à cette disposition, sans qu'il soit nécessaire d'avoir identifié de fondements juridiques des actions engagées.

Ayant retenu que le comité d'entreprise, codéfendeur, était domicilié en France, que les demandes, dirigées contre cette personne morale de droit français et contre des sociétés de droit néerlandais et italien, concernaient un seul et même litige, opposant l'employeur et, indivisément, les sociétés membres du même groupe aux institutions représentatives du personnel, aux fins d'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi et de reclassement interne et externe des salariés licenciés en France, ce dont il résultait que les demandes, susceptibles d'entraîner des décisions contradictoires si elles étaient jugées séparément, s'inscrivaient dans le cadre d'une situation de fait et de droit unique, l'arrêt se trouve dès lors légalement justifié, par application combinée des articles 2 et 6 § 1 du Règlement.

#### \* Impartialité

##### N° 212

L'exigence d'un tribunal indépendant et impartial interdit qu'un conseiller prud'homme en fonction lors de l'introduction de l'instance puisse représenter ou assister une partie devant le conseil de prud'hommes auquel il appartient.

Dès lors, la cour d'appel qui a constaté que la juridiction appelée à statuer sur le litige avait été saisie par l'intermédiaire de l'un de ses membres, agissant en qualité de mandataire de l'une des parties, a exactement décidé que la procédure était entachée de nullité et que, s'agissant de la violation du principe d'impartialité, aucune régularisation n'était possible.

**Soc. – 16 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 06-45.334. – CA Bordeaux, 9 février 2006.

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

### Note

Dans la présente affaire, un salarié avait introduit une instance devant un conseil de prud'hommes par l'intermédiaire d'un délégué syndical, membre de ce conseil au moment du dépôt de la demande. Ce délégué syndical, qui entre-temps avait cessé ses fonctions au sein du conseil des prud'hommes, a par la suite également représenté la salariée lors de l'audience.

La cour d'appel avait prononcé la nullité de la procédure ainsi engagée, estimant que le représentant d'une des parties ne pouvait pas saisir le conseil de prud'hommes dont il était membre au moment de l'introduction de l'instance.

A l'appui de son pourvoi en cassation, le salarié faisait valoir que si l'exigence d'un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, imposée par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, interdit qu'un conseiller prud'homme représente à l'audience une partie devant le conseil de prud'hommes dont il est membre, tel n'était pas le cas en l'espèce, le délégué syndical n'étant plus membre de ce conseil lors de l'audience. Il indiquait également qu'en vertu des articles 117 et 121 du code de procédure civile, cette irrégularité de la saisine était une nullité susceptible d'être couverte, puisque sa cause avait disparu au moment où le juge avait statué.

La question qui était posée à la chambre sociale de la Cour de cassation était donc la suivante : quelle est la validité de la saisine d'un conseil de prud'hommes par un mandataire ayant la qualité de membre de cette juridiction au moment du dépôt de la demande, mais qui n'a plus cette qualité lors des débats ?

Comme l'indiquait le salarié dans son pourvoi, en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Il en résulte, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, qu'un conseiller prud'homme ne peut pas exercer de mission d'assistance ou de mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre (Soc., 3 juillet 2001, *Bull.* 2001, V, n° 247, et Soc., 2 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 44).

Mais la présente affaire posait plus précisément la question de savoir si cette exigence d'impartialité s'impose également au conseiller prud'homme introduisant une demande devant le conseil de prud'hommes dont il était membre. La chambre sociale y répond par l'affirmative et en déduit que le fait pour un conseil de prud'hommes d'être saisi par l'un de ses membres, agissant en qualité de mandataire de l'une des parties, entraîne la nullité de la procédure.

Concernant la possibilité de régularisation de cette saisine, le salarié invoquait, notamment, l'article 121 du code de procédure civile, qui énonce que « *dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue* ». Il en déduisait que, la jurisprudence admettant que le défaut de pouvoir ou de capacité d'une personne assurant la représentation d'une partie était susceptible de régularisation (par exemple : 2<sup>e</sup> Civ., 21 avril 2005, *Bull.* II, n° 114, et Soc., 19 octobre 1994, pourvoi n° 92-21.547), le fait que le conseiller prud'homme ne soit plus membre de ce conseil au moment où il avait représenté le salarié à l'audience permettait de couvrir cette irrégularité, sa cause ayant disparu au moment où le juge avait statué.

Mais la Cour de cassation écarte cet argument au motif que seules les irrégularités relatives aux actes de procédure sont visées par l'article 121 du code de procédure civile, alors qu'en l'espèce, il s'agit d'une violation du principe d'impartialité. Il en résulte que l'irrégularité ne peut être couverte. Ainsi, il ressort de cet arrêt qu'un conseiller prud'homme ne peut assister ou représenter une partie dans un litige devant le conseil de prud'hommes dès lors qu'il était membre de ce conseil de prud'hommes au moment de la saisine de la juridiction.

### *\* Prescription*

#### N° 213

Selon l'article L. 110-4 I du code de commerce, les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans.

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui retient que la formation professionnelle des salariés d'un commerçant ne relève pas d'une obligation commerciale contractuelle ou délictuelle mais des impératifs du code du travail et, de ce fait, n'est pas soumise à la prescription décennale mais à celle de droit commun, c'est-à-dire trente ans, et déclare non prescrite l'action d'une association en répétition des frais de formation indûment perçus par une société commerciale, alors que l'obligation légale de la société bénéficiaire était née à l'occasion de l'exercice du commerce de cette société commerciale.

**Soc. – 9 juillet 2008.**

**Cassation**

N° 07-11.955. – CA Aix-en-Provence, 23 novembre 2006.

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

### Note

L'article L. 110-4 I du code de commerce, dans sa rédaction alors applicable, disposait : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des*

*prescriptions spéciales plus courtes* ». La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a modifié ce texte uniquement en réduisant la durée de cette prescription à cinq ans.

Dans la présente affaire, une action en répétition de l'indu de frais de formation à l'encontre d'une société commerciale avait été engagée par une association chargée de la collecte et de la redistribution auprès des employeurs de fonds de financement de la formation professionnelle des salariés. Les juges d'appel ont estimé que l'action était soumise à la prescription trentenaire de droit commun et non à la prescription décennale prévue en matière commerciale, au motif que cette formation ne relève pas d'une obligation commerciale contractuelle ou délictuelle mais des impératifs du code du travail, et déclaré en conséquence l'action non prescrite.

L'employeur a formé un pourvoi en soutenant, à l'inverse, que l'action était soumise à la prescription décennale.

La Cour de cassation approuve la critique et censure les juges du fond en rappelant que la prescription décennale instituée par l'article L. 110-4 I du code de commerce s'applique aux « obligations nées à l'occasion de leur commerce » entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants. Dès lors, à partir du moment où l'obligation légale de formation de la société en cause était bien née à l'occasion de l'exercice de son commerce, la prescription décennale devait être appliquée. La chambre sociale applique ainsi une jurisprudence bien établie par les différentes chambres de la Cour de cassation : la prescription commerciale décennale s'applique à une obligation dès lors qu'elle est née entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants à l'occasion de leur commerce, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon le caractère civil ou commercial de cette obligation (1<sup>re</sup> Civ., 29 avril 1997, *Bull.* 1997, I, n° 134 ; 2<sup>e</sup> Civ., 4 janvier 2006, *Bull.* 2006, II, n° 6), et peu important son fondement contractuel ou délictuel (Com., 12 mai 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 92).

### N° 214

Le désistement ne permet de regarder l'interruption de la prescription comme non avenue que lorsqu'il s'agit d'un désistement d'instance pur et simple. Quand il est motivé par l'incompétence de la juridiction devant laquelle il est formulé et qu'il fait suite à la saisine d'une autre juridiction compétente pour connaître de la demande, le désistement maintient l'effet interruptif que l'article 2246 du code civil attache à la citation en justice.

Doit dès lors être cassé, pour violation des articles L. 412-15, devenu l'article L. 2143-8 du code du travail, 2246 et 2247 du code civil, le jugement qui, pour déclarer un employeur forclus en sa contestation de la désignation d'un délégué syndical, retient que l'action engagée devant un autre tribunal territorialement incompétent n'aurait pu être considérée comme se poursuivant que par suite d'un jugement d'incompétence et de renvoi, et que tel n'était pas le cas puisque cette action avait fait l'objet d'un désistement, alors qu'il résultait des énonciations du

jugement constatant ce désistement que le demandeur avait expressément déclaré se désister de son instance en raison de la saisine du tribunal territorialement compétent pour le même litige.

**Soc. – 9 juillet 2008. Cassation sans renvoi**

N° 07-60.468. – TI Mende, 6 décembre 2007.

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

### Note

Selon le premier alinéa de l'article L. 412-15, devenu article L. 2143-8 du code du travail, « les contestations relatives aux conditions de désignation des délégués syndicaux légaux ou conventionnels sont de la seule compétence du tribunal d'instance qui statue en dernier ressort. Le recours n'est recevable que s'il est introduit dans les quinze jours qui suivent l'accomplissement des formalités prévues au premier alinéa de l'article L. 412-16 ».

Différents organismes constituant une unité économique et sociale ont ainsi contesté la désignation d'un délégué syndical devant le tribunal d'instance de Montpellier. Cette juridiction étant territorialement incompétente, les demandeurs ont saisi le tribunal d'instance de Mende du même litige et se sont désistés de leur instance devant la première juridiction, désistement constaté par jugement.

Le tribunal d'instance de Mende a alors rendu un jugement déclarant les demandeurs forclus, l'instance introduite devant la juridiction compétente l'ayant été alors que le délai de quinze jours prévu par l'article L. 412-15 était écoulé.

Aux termes de l'article 2247 du code civil, « [...] si le demandeur se désiste de sa demande, [...] l'interruption (de la prescription) est regardée comme non avenue ». On pourrait donc tirer de ce texte la conclusion que le désistement fait cesser l'effet interruptif de prescription que l'article 2246 du code civil attribue à toute citation en justice, donnée même devant un juge incompétent.

Mais la jurisprudence a atténué la sévérité de cette solution quand le désistement est motivé par l'incompétence de la juridiction initialement saisie et que le demandeur se rend compte de son erreur et la rectifie sans attendre que la première juridiction rende un jugement d'incompétence. Dès 1884, la Cour de cassation jugeait que « (bien) que l'instance doit être considérée comme non avenue lorsque l'action se trouve abandonnée par un désistement pur et simple, il n'en saurait être ainsi lorsque le désistement est motivé sur l'incompétence du juge primitivement saisi, et énonce en termes exprès que l'action sera portée devant la juridiction compétente » (Cass. civ., 14 mars 1884, DP 1884, 1, p. 90).

Dans un arrêt du 12 janvier 1993, la chambre sociale de la Cour de cassation énonçait que « le désistement d'une instance introduite devant la formation de référé prud'homal, lorsqu'il n'est pas accompagné d'un désistement d'action clair et non équivoque, laisse

*intact le droit d'agir devant la formation de jugement du conseil de prud'hommes* » (Soc., 12 janvier 1993, *Bull.* 1993, V, n° 5). Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a accordé le bénéfice du maintien de l'interruption de la prescription au demandeur se désistant tout en prévoyant une reprise d'instance (Com., 12 juillet 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 266). Enfin, un arrêt de la chambre mixte a énoncé que « *les dispositions générales de l'article 2246 du code civil [...] sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas d'incompétence* » (24 novembre 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 11).

C'est cette jurisprudence bien établie que le présent arrêt de la chambre sociale rappelle, d'autant plus qu'en l'espèce, les demandeurs avaient déclaré se désister de leur instance « *en raison de la saisine du tribunal d'instance de Mende sur le même litige* ». La chambre sociale prononce donc la cassation du jugement frappé de pourvoi pour violation tant des dispositions du code du travail que des articles 2246 et 2247 du code civil, et de leur interprétation combinée.

#### \* *Sursis à statuer*

##### N° 215

Si l'alinéa 3 de l'article 4 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, n'impose pas la suspension du jugement des actions autres que celles de la partie civile, il ne prive pas la cour d'appel de la possibilité de prononcer un sursis à statuer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

**Soc. – 17 septembre 2008.**

**Rejet**

N° 07-43.211. – CA Poitiers, 9 mai 2007.

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

#### Note

Le pourvoi posait une question inédite sur la portée de la modification de l'article 4 du code de procédure pénale par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

Avant cette modification législative, l'article 4 du code de procédure pénale prévoyait qu'il était sursis au jugement de l'action civile exercée devant la juridiction civile tant qu'il n'avait pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci avait été mise en mouvement.

La Cour de cassation avait alors une conception large du domaine d'application de l'obligation, pour les juridictions du fond, de surseoir à statuer. Elle considérait en effet que le sursis à statuer devait être ordonné dès lors que la décision à intervenir

sur l'action publique était susceptible d'influer sur celle qui devait être rendue par la juridiction civile (voir, par exemple, 3<sup>e</sup> Civ., 6 février 1991, *Bull.* 1991, III, n° 50, et 2<sup>e</sup> Civ., 14 décembre 1992, *Bull.* 1992, II, n° 318).

Or, la loi du 5 mars 2007, qui est d'application immédiate, a introduit un troisième alinéa à l'article 4 du code de procédure pénale, lequel dispose : « *la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* ». Dorénavant, le sursis à statuer n'est donc obligatoire qu'en ce qui concerne l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction faisant objet de l'action publique.

En l'espèce, la cour d'appel avait sursis à statuer sur le bien-fondé du licenciement et des demandes qui y étaient liées jusqu'à ce qu'une décision ait été prise par le juge d'instruction (ou la juridiction répressive) saisi d'une plainte avec constitution de partie civile contre le salarié, pour abus de confiance.

Le demandeur au pourvoi soutenait que la cour d'appel avait violé les nouvelles dispositions de l'article 4 du code de procédure pénale. Il considérait que le sursis à statuer en la matière était interdit à la juridiction du fond.

Ce n'est pas l'interprétation que fait la Cour de cassation des nouvelles dispositions. Elle juge en effet, appliquant le nouvel alinéa à la lettre, que si le sursis à statuer en la matière n'est, certes, plus obligatoire, plus « imposé », il n'est pas interdit à la cour d'appel de le prononcer. Cette décision relève même de son pouvoir discrétionnaire. Ce qui signifie que la juridiction du fond est dispensée de justifier sa décision par une motivation et que, si elle la motivait malgré tout, la Cour de cassation n'examinerait pas les motifs. On peut rappeler en effet que le sursis à statuer, prononcé hors le cas où cette mesure est prévue par la loi mais en vue d'une bonne administration de la justice, relève du pouvoir discrétionnaire du juge (1<sup>re</sup> Civ., 16 novembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 266, et 2<sup>e</sup> Civ., 24 novembre 1993, *Bull.* 1993, II, n° 338).

Cet arrêt est en conformité avec l'esprit de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, laquelle voulait éviter les constitutions de parties civiles dilatoires et leurs conséquences désastreuses sur la longueur des procédures civiles, mais ne souhaitait pas aboutir à ce que les juridictions rendent des décisions contradictoires. Aussi, si la juridiction civile estime qu'elle doit, pour rendre une bonne justice, attendre la décision du juge pénal, elle en a la possibilité.

# COURS ET TRIBUNAUX

## RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

### 1. Licenciements

#### 1.1. Imputabilité et motifs de la rupture

##### \* *Licenciement pour absence prolongée ou absences répétées du salarié*

##### N° 216

Si l'article L. 122-45 du code du travail, qui fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, ne s'oppose pas à son licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif.

Il convient d'examiner à cet égard notamment la qualification professionnelle et l'emploi occupé par le salarié, la taille et la nature de l'activité de l'entreprise, pour déterminer si le remplacement temporaire est possible ou si, au contraire, il désorganise l'entreprise.

CA Lyon (ch. sociale), 28 mars 2008. – RG n° 07/01621.

M. Gayat de Wecker, Pt. – Mme Zagala et M. Defrasnes, conseillers.

##### N° 217

Si, en vertu de l'article L. 122-45 du code du travail, aucun salarié ne peut être licencié, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, en raison de son état de santé ou de son handicap, cette règle n'interdit pas cependant que le licenciement soit motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par le fait que l'absence prolongée ou les absences répétées pour cause de maladie perturbent le fonctionnement de l'entreprise à tel point que l'employeur se trouve dans la nécessité de pourvoir définitivement au remplacement du salarié malade.

La charge de la preuve de la perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise, de la nécessité de pourvoir définitivement au remplacement et du remplacement définitif effectif dans un délai raisonnable après le licenciement pèse sur l'employeur.

Un tel licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors, d'une part, que le salarié exerçait les fonctions de base d'un cariste, son absence n'étant pas alors, sauf circonstances particulières, de nature à perturber le fonctionnement de l'entreprise, qui peut pourvoir à son remplacement par le recours au travail temporaire ou au contrat à durée déterminée, d'autre part, que les arrêts maladie ont été établis pour des durées de deux semaines et d'un peu plus d'un mois, ce qui permet une certaine prévisibilité dans la gestion de l'absence, du personnel intérimaire ayant d'ailleurs été embauché pendant ces périodes, et, enfin, que l'employeur ne produit aucune pièce sur la réalité de la perturbation invoquée.

CA Lyon (ch. sociale), 12 mars 2008. – RG n° 07/02457.

M. Joly, Pt. – Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillères.

##### N° 218

Si un salarié ne peut, en principe, prétendre au paiement d'une indemnité pour un préavis qu'il est dans l'impossibilité physique d'exécuter en raison d'une maladie prolongée ou d'absences répétées, cette indemnité est due au salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, faute pour l'employeur de justifier de la nécessité de son remplacement définitif.

CA Poitiers (ch. sociale), 27 novembre 2007. – RG n° 05/03780.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe et M. Frouin, conseillers.

##### A rapprocher :

Soc., 23 novembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 336.

## COMMENTAIRES ET DOCTRINE

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

#### 1. Droits et obligations des parties au contrat de travail

##### \* *Discrimination entre les salariés*

Lanquetin Marie-Thérèse, « Discrimination : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Droit social*, n° 178, juillet-août 2008, p. 779.

### B. – Santé et sécurité au travail

#### 1. Obligation de sécurité pesant sur l'employeur

Lhernould Jean-Philippe, « Obligation de sécurité de résultat : des arrêts *Amiante* à l'arrêt *Snecma*, brève chronique jurisprudentielle d'un univers en expansion », *Jurisprudence sociale Lamy*, 1<sup>er</sup> septembre 2008, n° 239-2.

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

##### \* *Protection contre le licenciement*

Lefranc-Hamoniaux Carole, « Motivation de la lettre de licenciement d'un salarié physiquement inapte », *Recueil Dalloz*, n° 32, 18 septembre 2008, p. 2268.

### C. – Rupture du contrat de travail

#### 1. Licenciements

Frouin Jean-Yves, « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 29, 15 juillet 2008, n° 1407.

Cottureau Vincent, « Retour sur le contrôle jurisprudentiel du licenciement pour motif personnel », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 28, 22 juillet 2008, n° 1419.



# 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) : **120,90 €** (2)
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an (référence d'édition 97) : **22,60 €** (2)
- Abonnement annuel D.O.M.-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.



197080830-000209 – 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**













**Direction  
des Journaux  
officiels**

26, rue Desaix  
75727 Paris  
cedex 15

renseignements :  
01 40 58 79 79

[info@journal-officiel.gouv.fr](mailto:info@journal-officiel.gouv.fr)

**Commande :**

par courrier

par télécopie :

01 45 79 17 84

sur Internet :

[www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr)

**Prix : 6,30 €**  
ISSN 0992-6623