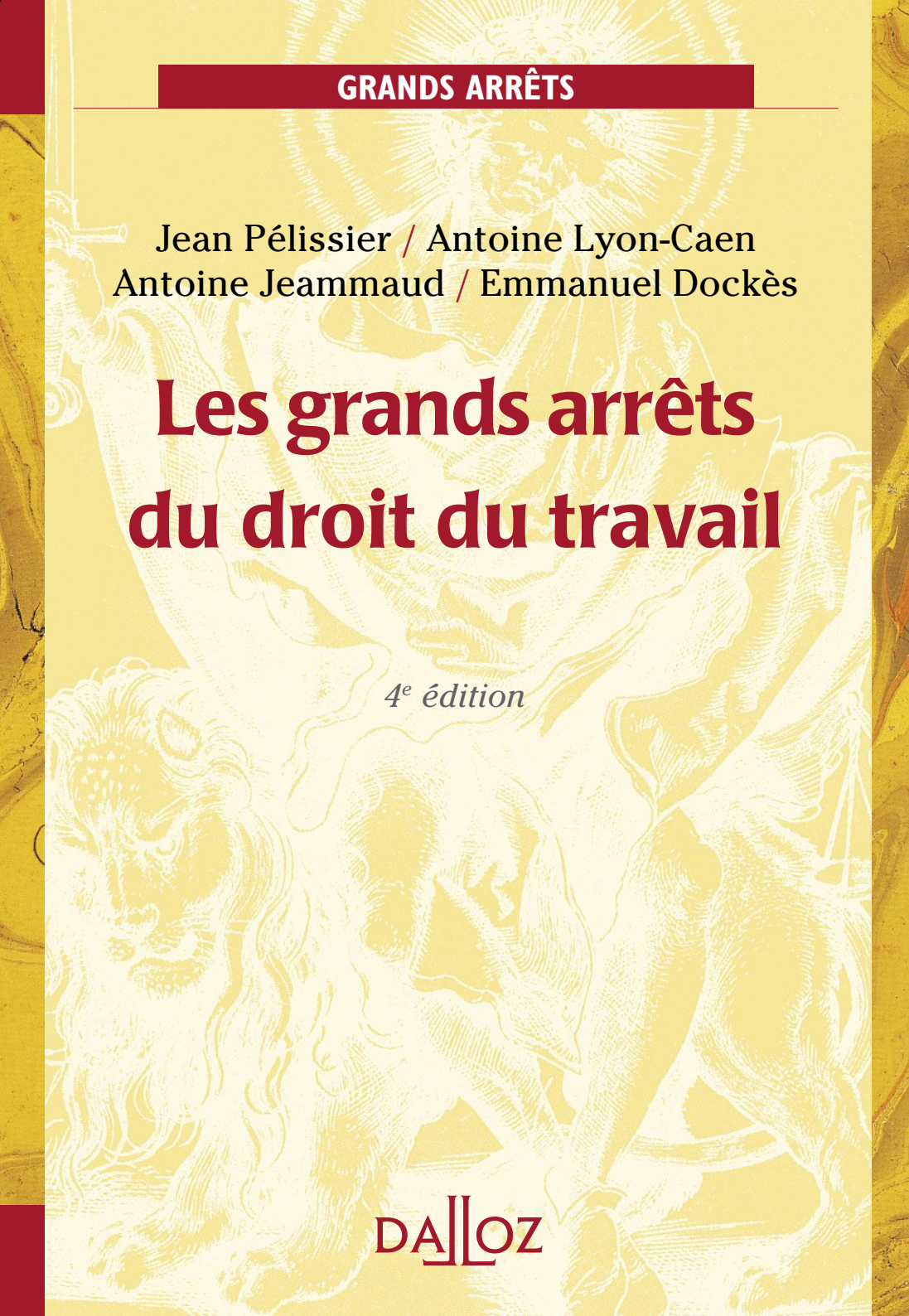


The background of the book cover features a detailed, golden-toned illustration. At the top center, a figure with a halo, possibly a religious or allegorical figure, is seated and holding a staff. Below this figure, two lions are depicted in a dynamic, almost dancing pose. The entire illustration is rendered in a fine, etched style. A dark red horizontal band is positioned at the top, containing the text 'GRANDS ARRÊTS' in white capital letters.

GRANDS ARRÊTS

Jean Pélissier / Antoine Lyon-Caen
Antoine Jeammaud / Emmanuel Dockès

Les grands arrêts du droit du travail

4^e édition

DALLOZ

Les grands arrêts du droit du travail

Les grands arrêts du droit du travail

4^e édition

2008

Jean Pélissier

Professeur émérite
à l'Université Toulouse I

Antoine Lyon-Caen

Professeur à l'Université
de Paris Ouest Nanterre La Défense
Directeur d'études à l'EHESS

Antoine Jeammaud

Professeur à l'Université
Lumière-Lyon 2

Emmanuel Dockès

Professeur à l'Université
Lumière-Lyon 2

Avant-propos de Gérard Lyon-Caen

DALLOZ



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^e et 3^e a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ – 2008

ISBN : 978-2-247-07783-0

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	Actualité juridique Droit administratif
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
CA	Arrêt d'une cour d'appel
CAA	Arrêt d'une cour administrative d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cah. prud'h.	Cahiers prud'homaux
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil Dalloz
C. com.	Code de commerce Dalloz
C. pén.	Code pénal Dalloz
C. pr. civ.	Code de procédure civile Dalloz
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. sup. arb.	Cour supérieure d'arbitrage
CSP	Code de la santé publique Dalloz
CSS	Code de la sécurité sociale Dalloz
C. trav.	Ancien Code du travail (en vigueur avant le 1 ^{er} mai 2008)
CE	Arrêt du Conseil d'État
CEE	Communauté économique européenne
CEDH ou Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
<i>CSB</i>	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DA</i>	Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz (<i>années 1941 à 1944</i>)
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (<i>années antérieures à 1941</i>)
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (<i>années antérieures à 1941</i>)
<i>Dr. ouvr.</i>	Le droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>GA, 2^e éd.</i>	Grands arrêts du droit du travail, 2 ^e éd., Sirey, 1980.

VI

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>GADIP</i>	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
<i>GAJA</i>	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GDCC</i>	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
<i>ICE</i>	Informateur du chef d'entreprise
<i>IR</i>	Information rapide
<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique (La semaine juridique)
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition Entreprise
<i>JCP S</i>	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition Sociale
<i>JDI</i>	Journal de droit international (Clunet)
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JS UIMM</i>	Jurisprudence sociale de l'Union des industries métallurgiques et minières
<i>Jur. soc.</i>	Jurisprudence sociale
<i>Liaisons soc.</i>	Liaisons sociales
<i>NCPC</i>	Nouveau Code de procédure civile
<i>Nouv. C. trav.</i>	Nouveau Code du travail (entré en vigueur le 1 ^{er} mai 2008)
<i>Lebon</i>	Recueil des arrêts du Conseil d'État
<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
<i>Rec. CC</i>	
<i>ou Rec. Cons. const.</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
<i>Rec. CJCE</i>	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RJC</i>	Revue de jurisprudence constitutionnelle
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Soc.</i>	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Sem. Soc. Lamy</i>	Semaine sociale Lamy
<i>TA</i>	Jugement d'un tribunal administratif
<i>T. confl.</i>	Décision du Tribunal des conflits
<i>TGI</i>	Jugement d'un tribunal de grande instance
<i>TPS</i>	Travail et protection sociale

SOMMAIRE

(Les chiffres en gras renvoient aux numéros des arrêts,
les chiffres en maigre renvoient aux numéros de pages)

Avant-propos	XIX

PREMIÈRE PARTIE

LE DOMAINE DU DROIT DU TRAVAIL

1-5	Salariés ou assimilés et travailleurs indépendants	3
	I. — La qualification de contrat de travail et la qualité de salarié ...	3
	1. Civ. 6 juillet 1931	
	2. Soc. 13 novembre 1996	
	3. Soc. 19 décembre 2000	
	II. — L'assimilation légale aux salariés	18
	4. Soc. 13 janvier 1972	
	5. Soc. 4 décembre 2001	
6-9	Salariés de droit public et salariés de droit privé du secteur public ..	33
	I. — Le critère du contrat de travail de droit public	33
	6. T. confl. 25 mars 1996	
	II. — Le droit applicable aux agents contractuels de droit public	39
	7. CE, Ass. 8 juin 1973	
	III. — L'incidence du statut du personnel de certaines entreprises publiques	49
	8. T. confl. 15 janvier 1968	
	9. CE, Ass. 1 ^{er} juillet 1988	
10-13	Les dirigeants	65
	I. — Mandat social et contrat de travail	65
	10. Soc. 28 janvier 1988	
	11. Soc. 26 avril 2000	
	12. Soc. 4 mars 1997	
	II. — Le dirigeant salarié	71
	13. Soc. 14 décembre 1999	
14-17	Domaine d'application dans l'espace international	75
	I. — Le droit applicable aux contrats internationaux de travail	75
	14. Soc. 31 mai 1972	
	15. Soc. 9 octobre 2001	
	16. Soc. 12 novembre 2002	

II. — L'emprise dans l'espace des dispositions relatives à la représentation	86
17. CE 29 juin 1973	

DEUXIÈME PARTIE

LES JUSTICES DU TRAVAIL

18-26 Compétence et pouvoirs de la juridiction prud'homale	95
I. — La compétence d'attribution et les pouvoirs des conseils de prud'hommes	95
18. Soc. 23 juin 1960	
19. Soc. 15 mai 1974	
20. Ass. plén. 6 février 1976	
21. Soc. 26 novembre 1981	
22. Soc. 19 juillet 1988	
II. — La compétence internationale des conseils de prud'hommes ..	125
23. Ass. plén. 14 octobre 1977	
24. Soc. 2 juin 1983	
25. Soc. 30 janvier 1991	
26. Soc. 16 février 1999	
27-30 L'organisation du conseil de prud'hommes et la procédure	147
I. — Le paritarisme	147
27. CE 11 février 1977	
II. — La quête de simplicité et célérité	151
28. Soc. 3 juillet 2001	
29. Soc. 19 décembre 2003	
III. — La conciliation orientée	162
30. Soc. 28 mars 2000	
31-34 L'action en justice	171
I. — La diffusion de la qualité pour agir	171
31. Soc. 10 mars 1965	
32. CE 21 octobre 1994	
II. — L'action en justice des syndicats	180
33. Crim. 7 octobre 1959	
34. Soc. 3 mai 2007	

TROISIÈME PARTIE

CONCLUSION DU CONTRAT

35-40 Les contrats de travail d'exception	197
I. — Le contrat à durée déterminée	197
35. Soc. 16 juillet 1987	

36. Soc. 22 janvier 1991	
37. Soc. 21 mai 1996	
38. Soc. 23 janvier 2008	
II. — Le contrat à temps partiel	213
39. Soc. 29 janvier 1997	
III. — Le prêt de main-d'œuvre	217
40. Ch. réunies 31 janvier 1901	
41-46 Les clauses relatives à la conclusion du contrat	227
I. — Les clauses d'essai	227
41. Civ. 27 avril 1933	
42. Soc. 17 mars 1971	
43. Soc. 5 mars 1975	
II. — Les clauses de non-concurrence	240
44. Soc. 8 mai 1967	
45. Soc. 14 mai 1992	
46. Soc. 10 juillet 2002	

QUATRIÈME PARTIE

EXÉCUTION DU CONTRAT ET PRÉROGATIVES DE L'EMPLOYEUR

47-48 Responsabilité du salarié	255
47. Soc. 27 novembre 1958	
48. Ass. plén. 25 février 2000	
49-51 Modification du contrat	263
49. Soc. 8 octobre 1987	
50. Soc. 10 juillet 1996	
51. Soc. 4 mai 1999	
I. — Conditions et effets d'un refus du salarié	266
II. — Notion et appréciation de la modification	269
52-54 Clauses de variation	273
52. Soc. 7 juin 2006	
53. Soc. 23 février 2005	
54. Soc. 2 juillet 2002	
I. — Clauses de mobilité	276
II. — Clauses de variation de la rémunération	279
55-57 Notion et détermination du salaire	281
55. Soc. 22 mai 1995	
56. Soc. 5 juin 1996	
57. Soc. 17 juillet 1996	
I. — Notion de salaire	284
II. — Détermination du salaire	286

58-61	Temps de travail et autres temps	289
	58. Soc. 9 mars 1999	
	59. Soc. 4 mai 1999	
	60. Soc. 10 juillet 2002	
	61. Soc. 1 ^{er} avril 2003	
	I. — Temps de travail, temps de repos et astreinte	295
	II. — Temps captifs	301
62-64	Changement dans la situation juridique de l'employeur	305
	62. Civ. 27 février 1934	
	63. Ass. plén. 16 mars 1990	
	64. Soc. 11 mars 2003	
	I. — Quel transfert ?	310
	II. — Quelle protection ?	313
65-68	Discipline	317
	65. Soc. 16 juin 1945	
	66. Soc. 16 décembre 1997	
	67. Soc. 16 juin 1998	
	68. Soc. 27 juin 2001	
	I. — Du côté de la faute	321
	II. — Du côté de la sanction	324
69-70	Les droits de la personne du salarié	327
	69. Soc. 28 mai 2003	
	70. Soc. 2 octobre 2001	
	I. — Des droits garantis	330
	II. — Des restrictions admissibles	332
	III. — Des sanctions appropriées	335
71-73	Non-discrimination. Égalité de traitement	337
	71. Soc. 29 octobre 1996	
	72. Soc. 27 octobre 1999	
	73. Soc. 10 décembre 2002	
	I. — Non-discrimination, égalité, égalité de traitement	340
	II. — L'essor d'une exigence d'égalité de traitement	342
	III. — Le concours apporté à l'interdiction des discriminations	345

CINQUIÈME PARTIE

SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

74-77	L'état de santé du salarié	353
	74. Civ. 3 décembre 1934	
	75. Soc. 21 avril 1988	
	76. Soc. 22 mars 1989	
	77. Soc. 13 mars 2001	

I. — La rupture du contrat en cours de suspension	357
II. — La fin de la période de suspension	361
78-79 Le chômage partiel	369
78. Soc. 11 janvier 1962	
79. Soc. 18 juin 1996	
80-82 Concours de causes de suspension	375
80. Soc. 4 juin 1962	
81. Soc. 20 février 1980	
82. Soc. 4 décembre 1996	
I. — Un critère critiqué	378
II. — Un critère partiellement délaissé	381

SIXIÈME PARTIE

QUALIFICATION DE LA RUPTURE DU CONTRAT

83-85 Démission	385
83. Soc. 18 décembre 1975	
84. Soc. 22 octobre 1959	
85. Soc. 21 mai 2002	
I. — Notion de démission	389
II. — La liberté de démissionner	392
86-88 La prise d'acte de rupture du contrat de travail	395
86. Soc. 25 juin 2003	
87. Soc. 25 juin 2003	
88. Soc. 9 mai 2007	
I. — Prise d'acte de la rupture par le salarié	398
II. — Prise d'acte de la rupture par l'employeur	403
89-91 Résiliation judiciaire	407
89. Soc. 20 janvier 1998	
90. Soc. 13 mars 2001	
91. Soc. 31 octobre 2006	
I. — Irrecevabilité d'une demande de résiliation judiciaire présentée par l'employeur	410
II. — Conséquences originales de la résiliation judiciaire à la demande du salarié	412
92-94 Accords de rupture	417
92. Ch. mixte 12 février 1999	
93. Soc. 29 juin 1999	
94. Soc. 21 janvier 2003	
I. — Principe de validité des résiliations conventionnelles	421
II. — Nullité des résiliations conventionnelles lorsque la loi organise, au profit du salarié, une protection particulière en matière d'emploi	422

III. — Conditions originales de validité des résiliations conventionnelles	425
IV. — Vers un nouveau droit des résiliations conventionnelles	427
95-97 La retraite	429
95. Soc. 1 ^{er} mars 1972	
96. Ass. plén. 6 novembre 1998	
97. Soc. 18 avril 2000	
I. — La retraite est-elle un mode original de rupture du contrat de travail ?	434
II. — Clauses conventionnelles ou contractuelles relatives à la retraite	440

SEPTIÈME PARTIE

DRIT COMMUN DU LICENCIEMENT

98-100 Procédure de licenciement	447
98. Soc. 16 mars 1978	
99. Soc. 26 mars 1980	
100. Ass. plén. 27 novembre 1998	
I. — Une procédure d'entretien, peu sanctionnée	450
II. Une obligation de notification du licenciement lourdement sanctionnée	454
101-103 L'exigence d'une cause réelle et sérieuse	457
101. Soc. 10 juin 1976	
102. Soc. 28 octobre 1981	
103. Soc. 29 novembre 1990	
I. — La cause réelle de licenciement	461
II. — Cause sérieuse	464
104 Sanctions des licenciements nuls ou injustifiés	471
104. Soc. 30 avril 2003	471
I. — Sanctions des licenciements sans cause réelle et sérieuse	472
II. — Sanctions des licenciements nuls	476
105 L'abus du droit de rompre	481
105. Civ. 5 février 1872	481
I. — L'employeur a le droit de licencier un salarié en l'absence de motif légitime	482
II. — Si l'employeur avait le droit de licencier sans rapporter la preuve de l'existence d'un motif légitime, il ne devait pas commettre de faute en exerçant son droit de résiliation unilatérale ..	483
III. — La loi du 13 juillet 1973 allait-elle mettre fin à cette jurisprudence du licenciement abusif ?	485

HUITIÈME PARTIE

LES LICENCIEMENTS POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

106-107	Qualification « licenciement économique »	489
	106. Soc. 10 octobre 1990	
	107. Soc. 13 avril 1999	
	I. — La cause économique qualificative et la cause économique justificative	491
	II. — La qualification en cas de pluralité de causes de licenciement ...	494
108-111	Procédure des licenciements collectifs et plan de sauvegarde de l'emploi	499
	108. Soc. 17 mai 1995	
	109. Soc. 3 décembre 1996	
	110. Soc. 13 février 1997	
	111. Soc. 17 juin 1997	
	I. — Champ d'application de la procédure prévue au livre II, t. III, ch. III de la 1 ^{re} partie du nouv. C. trav. (ancien Livre III C. trav.) ...	506
	II. — Coordination des procédures d'information et de consultation des parties I et II nouv. C. trav. (des Livres III et IV de l'ancien Code du travail)	509
	III. — Le contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi	512
112-113	L'ordre des licenciements	517
	112. Soc. 24 mars 1993	
	113. Soc. 14 janvier 1997	
	I. — Contrôle de l'objectivité des choix de l'employeur	519
	II. — Sanction de la violation des règles d'ordre de licenciement ...	521
114-116	La cause économique justifiant le licenciement	525
	114. Soc. 5 avril 1995	
	115. Ass. plén. 8 décembre 2000	
	116. Soc. 11 janvier 2006	
	I. — L'existence d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail	529
	II. — Difficultés économiques et autres causes économiques	530
	III. — Exécution de l'obligation de reclassement	535

NEUVIÈME PARTIE

SUITES DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

117-118	Le préavis	541
	117. Soc. 29 octobre 1942	
	118. Civ. 2 ^e 25 février 1966	
	I. — Le maintien du contrat de travail pendant le préavis	542
	II. — La dispense d'exécuter le contrat pendant le préavis	546

119-121 Transactions	549
119. Soc. 27 mars 1996	
120. Soc. 29 mai 1996	
121. Ass. plén. 4 juillet 1997	
I. — Validité des transactions conclues à l'occasion de la cessation des relations de travail	552
II. — Effets des transactions	560

DIXIÈME PARTIE

DROIT SYNDICAL

122-123 Notion de syndicat	565
122. Soc. 9 mai 1968	
123. Ch. mixte 10 avril 1998	
I. — Groupement privé doté de la personnalité juridique	568
II. — Groupement à objet professionnel	571
124-126 Liberté syndicale	575
124. Civ. 22 juin 1892	
125. Soc. 3 janvier 1958	
126. Ass. plén. 30 juin 1995	
I. — Liberté individuelle	577
II. — Liberté d'organisation	580
127-129 Représentativité	583
127. CE 22 juin 1951	
128. CE Ass. 17 avril 1970	
129. Soc. 3 décembre 2002	
I. — Représentativité et liberté syndicale	587
II. — Modes de reconnaissance de la représentativité	589
III. — Critères de représentativité	594

ONZIÈME PARTIE

REPRÉSENTATION DU PERSONNEL DANS L'ENTREPRISE

130-138 La mise en place des institutions de représentation	603
I. — Le cadre : les unités de représentation	603
130. Soc. 15 janvier 1970	
131. Crim. 23 avril 1970	
132. Soc. 20 octobre 1999	
133. Soc. 18 juillet 2000	
134. Soc. 2 octobre 2001	
II. — Les modes d'investiture	619
135. Soc. 27 mai 1997	
136. Soc. 28 octobre 1997	

137. Ass. plén. 5 juillet 2002	
138. Soc. 30 avril 2003	
139-149 Fonctions	637
I. — Fonctions des délégués du personnel	637
139. Crim. 24 mai 1973	
140. Soc. 23 septembre 1992	
II. — Fonctions des délégués syndicaux	645
141. Soc. 23 janvier 1990	
III. — Étendue des attributions économiques du Comité d'entreprise	648
142. Crim. 2 mars 1978	
143. Soc. 12 novembre 1997	
IV. — Moyens des attributions économiques du Comité d'entreprise	655
144. Soc. 29 octobre 1987	
V. — Sanctions des attributions économiques du Comité d'entreprise	658
145. Com. 17 février 1975	
VI. — Étendue des activités sociales et culturelles du Comité d'entreprise	664
146. Soc. 13 novembre 1975	
147. Soc. 26 janvier 1999	
VII. — Moyens des activités sociales et culturelles du Comité d'entreprise	674
148. Soc. 5 décembre 1989	
149. Soc. 1 ^{er} avril 1997	
150-156 Statut	683
I. — Les heures de délégation	683
150. Soc. 2 mai 1989	
II. — Étendue de la protection	689
151. Ch. mixte 21 juin 1974	
152. CE 5 mai 1976	
III. — Sanctions	701
153. Ch. mixte 25 octobre 1968	
154. Soc. 14 juin 1972	
155. Soc. 25 novembre 1997	
156. Ch. mixte 18 janvier 1980	

DOUXIÈME PARTIE

LE STATUT COLLECTIF

157-160 La négociation collective	713
I. — Le droit à la négociation collective	713
157. Cons. const. n° 96-383 DC 6 novembre 1996	

II. — Le déroulement de la négociation collective	723
158. Crim. 18 novembre 1997	
159. Soc. 5 mai 1998	
160. Soc. 17 septembre 2003	
161-175 Convention et accord collectifs	741
I. — Efficacité juridique	741
161. Soc. 3 mars 1988	
162. Soc. 19 décembre 1989	
163. Soc. 20 novembre 1991	
164. Soc. 17 mars 1993	
165. Soc. 8 janvier 1997	
166. Soc. 19 novembre 1997	
II. — Détermination de la convention collective applicable	756
167. Soc. 6 décembre 1995	
168. Soc. 15 novembre 2007	
169. Soc. 30 avril 2002	
III. — Fin de l'application d'une convention ou d'un accord collectif	767
170. Soc. 14 mai 1992	
171. Soc. 30 novembre 1994	
172. Soc. 13 mars 2001	
IV. — Extension, élargissement et agrément	779
173. CE 6 mars 1960	
174. CE 26 février 2003	
175. CE 30 juin 2003	
176-178 Les normes non conventionnelles d'entreprise	793
176. Soc. 4 avril 1990	
177. Soc. 25 septembre 1991	
178. Soc. 3 décembre 1996	
179-181 Les concours et conflits de normes	821
179. Ass. plén. 18 mars 1988	
180. Soc. 17 juillet 1996	
181. Cons. const. n° 2002-465 DC 13 janvier 2003	

TREIZIÈME PARTIE

LES CONFLITS COLLECTIFS

182-198 L'action des salariés	837
I. — Le droit de grève	837
182. Soc. 28 juin 1951	
183. Cons. const. n° 79-105 DC 25 juillet 1979	
184. Soc. 20 mai 1992	

II. — La qualification de grève	850
185. Soc. 5 mars 1953	
186. Soc. 23 mars 1953	
187. Soc. 18 avril 1963	
188. Soc. 3 octobre 1963	
189. Soc. 23 novembre 1978	
190. Soc. 29 mai 1979	
191. Soc. 18 mars 1982	
192. Soc. 11 juillet 1989	
193. Soc. 2 juin 1992	
194. Soc. 4 novembre 1992	
195. Soc. 18 juin 1996	
III. — Les restrictions du droit de grève	879
196. Soc. 18 janvier 1995	
197. Soc. 7 juin 1995	
198. Soc. 25 février 2003	
199-213 Les réactions de l'employeur	897
I. — Les mesures	897
199. Soc. 20 mai 1955	
200. Soc. 2 décembre 1964	
201. Soc. 31 mai 1967	
202. Soc. 24 janvier 1968	
203. Soc. 18 janvier 1979	
204. Soc. 25 mars 1982	
205. Soc. 16 mai 1989	
206. Soc. 26 septembre 1990	
207. Soc. 20 février 1991	
208. Soc. 16 décembre 1992	
209. Soc. 11 janvier 2000	
II. — Les actions en justice	940
210. Soc. 9 novembre 1982	
211. Soc. 9 novembre 1982	
212. Soc. 21 juin 1984	
213. Soc. 19 décembre 1990	
Table chronologique des arrêts	957
Index alphabétique	965

AVANT-PROPOS *

À qui étudiait le droit du travail (comme l'auteur de cette préface) à la veille de la Seconde Guerre mondiale, il ne venait pas à l'esprit de s'intéresser aux décisions de justice, ni de s'inquiéter d'une « jurisprudence ». Des jugements étaient, certes, rendus par les conseils des prud'hommes, mais ils n'étaient pas publiés par les revues juridiques. Les voies de recours ne les faisaient que très exceptionnellement remonter jusqu'au juge du droit : on ne citait guère que les quelques arrêts de la chambre civile, relatifs aux effets de la grève, vigoureusement discutés par Planiol, dès avant 1914.

On espérait beaucoup de la Cour supérieure d'arbitrage, que le législateur venait de charger de la régulation des conflits collectifs : l'histoire a rendu sa vie bien brève. Quant à la chambre sociale créée en 1938 au sein de la Cour de cassation, compétente en matière de litiges individuels, elle n'était active qu'en matière de baux ; et il eut été saugrenu en ce temps-là de rassembler et de commenter de « Grands arrêts » rendus par elle, pauvre petite.

En 1978 et en 1980, quarante ans plus tard, il nous était apparu à Jean Pélissier et à moi-même, que l'entreprise était devenue concevable et même nécessaire, quoique non sans risques ; elle comportait une large part d'anticipation : l'ouvrage *serait* peut-être utile un jour aux directions d'entreprises, aux avocats, aux étudiants, aux juges ; il ne l'*était* à l'époque que très partiellement. C'était un acte de bonne volonté.

Le temps s'est écoulé. Qui peut aujourd'hui se prétendre informé de l'état des relations professionnelles en France ou des problèmes juridiques de l'emploi, en ignorant les arrêts rendus par cette chambre sociale qui fêtait naguère ses soixante ans ? L'explosion d'une jurisprudence volumineuse et complexe constitue, à soi seul, un phénomène social étrange, qui requiert, par son originalité, analyse et explication. Je ne m'y hasarderai pas, me limitant à deux remarques : au départ il est certain que le mouvement syndical n'éprouvait que méfiance envers ce qui pouvait résulter de la fréquentation des palais de justice ; on disait volontiers que tout se réglait par l'épreuve de force, — par la grève —, (qualifiée de jeu national). D'où vient cette conversion des syndicats et des salariés à la religion de l'action en justice ? Telle

* Gérard Lyon-Caen avait rédigé cet avant-propos pour la 3^e édition (2004).

est la première interrogation. Il en est une seconde, rarement formulée : si les salariés ont progressivement soumis leurs différends aux juges, c'est sans doute que ceux-ci leur inspiraient confiance, plus que par le passé ; leur indépendance, leur impartialité étaient partagées par les parties. Mais qu'est-ce qui a convaincu ces mêmes juges de vouloir ainsi inspirer confiance ? Réponse difficile. Comment y sont-ils parvenus ? Réponse plus malaisée encore.

Beaucoup de temps est encore passé. L'ouvrage que voici ne ressemble que très peu à celui que Jean Pélissier et moi, avions conçu. Il n'y a là rien qui puisse surprendre. D'abord la méthode a été rectifiée : il n'est plus question de rechercher dans de lointains arrêts (celui des « sabots » par exemple) les racines d'une évolution postérieure, mais plutôt de présenter le point d'aboutissement actuel d'une transformation continue des normes. C'est la photographie, à travers quelques décisions récentes majeures, d'un droit baignant dans la modernité, et plus que d'autres, issu d'une incessante litigation, entre les employeurs et ceux qu'ils emploient.

Qu'il soit permis à un lecteur (et non plus, auteur) de ces Grands arrêts, d'y découvrir un double progrès. Un progrès du savoir tout d'abord : quelles différences entre les deux premières éditions et celle-ci ; différence dans l'ampleur des connaissances, dans la hauteur de vue, dans la précision de l'information ! Un progrès aussi du droit du travail lui-même qui est manifeste si l'on regarde les arrêts de ce dernier demi-siècle, et qui est imputable à la valeur de nos magistrats ; il est plus sûr de ses méthodes, plus rigoureux, plus satisfaisant dans ses résultats ; plus équilibré. Sans doute les arrêts ne sont pas tout, dans cette marche en avant : la pénétration du droit français par les principes constitutionnels, la multiplication des traités internationaux, sont pour beaucoup dans ce droit d'un type nouveau, à l'éclosion duquel nous assistons. Cependant loin d'atténuer le rôle de la décision de justice, elles auraient plutôt tendance à le renforcer plus encore, comme le lecteur s'en apercevra.

J'ai un plaisir particulier à voir ces Grands arrêts renaître de leurs cendres, enrichis de nouveaux commentaires. Jean Pélissier était de la première équipe et reste de la nouvelle, assurant la continuité de l'une à l'autre. De voir figurer sur la couverture le nom de cet ami sûr et fidèle, m'assure de la valeur du travail fourni par une équipe de tout premier ordre. Finalement je serais bien monté sur ce bateau, le voyant pourvu d'un tel équipage et d'un tel grément ; mais, qu'on veuille bien m'en excuser, je redoute maintenant le mal de mer.

Gérard Lyon-Caen
mars 2004

PREMIÈRE PARTIE

LE DOMAINE DU DROIT DU TRAVAIL

Dans sa version de 2008 comme dans celle de 1973, le Code du travail rassemble l'essentiel des dispositions légales et réglementaires visant les travailleurs salariés, les rapports avec leur employeur, les relations collectives autour de ces rapports d'emploi, et de manière plus générale la situation des individus au regard de l'emploi salarié. La détermination du domaine d'application de ce droit du travail passe donc par celle de la catégorie des salariés. Or, en droit français, la qualité de salarié découle de la qualification du contrat servant de cadre à la prestation de travail : est salarié celui qui travaille en exécution d'un contrat de travail. La distinction des indépendants et des salariés dépend ainsi de la conception, plus ou moins compréhensive, de cette espèce contractuelle, et cette conception reste principalement jurisprudentielle. La Cour de cassation a, par ailleurs, été appelée à interpréter des dispositions légales qui assimilent certaines catégories de professionnels à des salariés en leur étendant l'application du Code (n° 1 à 5).

Il ne suffit pas, au demeurant, que la catégorie de contrat de travail soit délimitée pour que se trouve dessiné le domaine d'application des dispositions réunies dans le Code du travail. Ces dernières ne sont pas, de manière générale, applicables dans le secteur public : elles ne le sont pas aux personnes liées par un contrat de travail de droit public (« salariés de droit public »), et ne les sont pas totalement —

ou sans devoir composer avec les dispositions particulières des statuts du personnel — aux salariés de certaines entreprises publiques, pourtant liés à celles-ci par un contrat de travail « de droit privé » (n° 6 à 9).

La condition des dirigeants (n° 10 à 13) met à l'épreuve la distinction des indépendants et des travailleurs salariés. La qualité de salarié attire les plus puissants et se prête à des combinaisons avec celle de mandataire social.

Le droit français du travail possède un domaine d'application dans l'espace international (n° 14 à 17), qui a dans une large mesure été fixé par la jurisprudence. Cette œuvre rencontre dorénavant l'ambition européenne d'unifier le droit international privé des États membres.

1-5

SALARIÉS OU ASSIMILÉS ET TRAVAILLEURS INDÉPENDANTS

**1. Civ. 6 juillet 1931 — 2. Soc. 13 novembre 1996 —
3. Soc. 19 décembre 2000 — 4. Soc. 13 janvier 1972 —
5. Soc. 4 décembre 2001**

I. — La qualification de contrat de travail et la qualité de salarié

1. Civ. 6 juillet 1931

Préfet de la Haute-Garonne c. Bardou

(DP 1931. 1. 131, note P. Pic)

ARRÊT

La Cour ; — Sur le moyen unique : — Attendu que le pourvoi reproche au jugement attaqué d'avoir dénié à Bardou, qui dirige à Toulouse une succursale de la Société anonyme d'alimentation *L'Épargne*, la qualité de salarié obligatoirement assujéti aux assurances sociales, pour le motif que le contrat intervenu entre ledit Bardou et la Société *L'Épargne* n'est pas un contrat de louage de services, alors que la qualité de salarié doit être reconnue, pour l'application de l'article 1^{er}, § 2 de la loi du 5 novembre 1928, modifiée par la loi du 30 avril 1930, à tous les travailleurs économiquement faibles et placés sous la dépendance économique de la personne qui les emploie ; — Mais attendu que *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; que la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lieu juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ; — Or, attendu qu'il résulte des constatations du jugement attaqué que la convention intervenue dans l'espèce n'a pas pour effet de placer Bardou sous la direction, la surveillance et l'autorité de la société, qu'il est indépendant dans sa gestion et dispose librement de son temps, qu'il engage à ses frais et sous sa seule responsabilité le personnel nécessaire à l'exploitation, qu'il ne reçoit aucun traitement et est rémunéré au moyen de remises proportionnelles au montant des ventes ; — Attendu que, dans ces conditions, le jugement attaqué, loin de violer le texte visé au moyen, en a fait, au contraire, une exacte application ; — Par ces motifs, rejette.*

2. Soc. 13 novembre 1996***Société générale c. URSSAF de Haute-Garonne***

(*Bull. civ.* V, n° 386 ; *Dr. soc.* 1996. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/96, n° 1320)

ARRÊT

Mais sur le moyen relevé d'office après que les parties ont été invitées à présenter leurs observations ;

Vu l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, *ensemble les articles L. 121-1 du Code du travail* et 620, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que, pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination ; *que 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 ; que 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* ;

Attendu que, pour décider que les honoraires versés aux conférenciers et intervenants extérieurs étaient soumis aux cotisations du régime général de la sécurité sociale, l'arrêt retient que leurs prestations s'effectuaient dans le cadre d'un service organisé ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le thème de l'intervention des conférenciers et leur rémunération n'étaient pas déterminés unilatéralement par la Société générale, mais convenus avec les intéressés, et que ceux-ci n'étaient soumis par ailleurs à aucun ordre, à aucune directive, ni à aucun contrôle dans l'exécution de leur prestation, ce dont il résultait que les conférenciers et intervenants n'étaient pas placés dans un lien de subordination à l'égard de la Société générale, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du nouveau Code de procédure civile ;

Par ces motifs, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a décidé que les honoraires des conférenciers et intervenants extérieurs devaient être réintégrés dans l'assiette des cotisations sociales, l'arrêt rendu le 1^{er} février 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit n'y avoir lieu à redressement au titre de la rémunération des conférenciers et intervenants extérieurs.

3. Soc. 19 décembre 2000**Labbane c. Soc. Bastille Taxi et autre**

(*Bull. civ.* V, n°437 ; *Dr. soc.* 2001. 227, note A. Jeammaud ;
Dr. ouvr. 2001. 241, 2^e esp., note A. de Senga ; *RJS* 3/01, n°275)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles L. 121-1 et L. 511-1 du Code du travail ;

Attendu que *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* ;

Attendu que, par contrat du 1^{er} juin 1993, intitulé « contrat de location d'un véhicule équipé taxi », la société Bastille taxi a donné en location un tel véhicule à M. Labbane pour une durée d'un mois, renouvelable par tacite reconduction, moyennant le paiement d'une somme qualifiée de « redevance » ; que ce contrat a été résilié par la société Bastille taxi ; que M. Labbane a saisi le conseil de prud'hommes pour faire juger qu'il avait la qualité de salarié de la société Bastille taxi et pour obtenir le paiement des indemnités liées à la rupture du contrat de travail par lui invoqué ; que la société Bastille taxi a décliné la compétence de la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour décider que M. Labbane n'était pas lié à la société Bastille taxi par un contrat de travail et qu'en conséquence, la juridiction prud'homale n'était pas compétente pour statuer sur le litige opposant les parties, l'arrêt attaqué, statuant sur contredit, énonce qu'il ne ressort pas des débats que M. Labbane recevait des instructions du loueur notamment quant à la clientèle à prendre en charge ni quant au secteur de circulation ou quant aux horaires ; qu'il n'est pas fait état de l'exercice d'un pouvoir de direction ou disciplinaire ; que la seule dépendance économique résultant du coût de la redevance, qui implique une quantité de travail importante pour procurer au chauffeur une certaine rémunération, ne suffit pas à caractériser le lien de subordination qui ne résulte pas des faits de la cause ;

Attendu, cependant, que le contrat litigieux prévoit que sa durée et celle de chacun de ses renouvellements sont limitées à un mois, qu'il peut être résilié mensuellement avec un délai de préavis très court, que la redevance due au « loueur » inclut les cotisations sociales qu'il s'engage à « reverser » à l'URSSAF et est révisable en fonction notamment du tarif du taxi ; que les conditions générales annexées au contrat fixent une périodicité très brève pour le règlement des redevances, sanctionnée par la résiliation de plein droit du contrat, et imposent au « locataire » des obligations nombreuses et strictes concernant l'utilisation et l'entretien du véhicule, notamment conduire personnellement et exclusivement ce dernier, l'exploiter « en bon père de famille », en particulier, en procédant chaque jour à la vérification des niveaux d'huile et d'eau du moteur, le maintenir en état de propreté en utilisant, à cette fin, les installations adéquates du « loueur », faire procéder, dans l'atelier du « loueur », à une « visite » technique et d'entretien du véhicule une fois par semaine et en tout cas, dès qu'il aura parcouru 3 000 km sous peine de supporter les frais de remise en état, assumer le coût de toute intervention faite sur le véhicule en dehors de l'atelier du « loueur » ainsi que la responsabilité de cette intervention ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que, *nonobstant la dénomination et la*

qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du pourvoi :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 septembre 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Paris (...).

OBSERVATIONS

A. — La catégorie de contrat de travail

Le Code civil ne définissait guère le louage de services, dont la distinction avec le louage d'ouvrage est restée assez floue jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Le premier Code du travail n'offrait aucune définition de ce que l'on préférerait déjà nommer « contrat de travail ». Pourtant, la loi de 1898 sur les accidents du travail, puis celles de 1910, 1928 et 1930, 1932 sur les retraites ouvrières, les assurances sociales, les allocations familiales, requéraient l'identification de ce contrat dont la Cour de cassation faisait dépendre les qualités d'ouvrier, employé ou salarié au sens de ces textes. Cette Cour, justement, a contribué de manière décisive à l'élaboration d'une *qualification de contrat de travail*, mais n'a jamais livré de définition (« prétorienne »). La formulation de cette définition incombe dès lors aux auteurs, qui s'attachent en général à rendre compte de « la jurisprudence », à laquelle doit être attribuée (ou imputée) la conception de la qualification de contrat de travail. Une qualification qui suppose la réunion de trois éléments : une *prestation personnelle de travail* (ou l'engagement de la fournir), une *rémunération* (ou la promesse de la payer), un *lien de subordination*. Ce troisième élément est celui dont la conception a suscité les plus vives controverses et dont la caractérisation reste la plus délicate, la plus disputée au contentieux. Au point de passer, à tort, pour « le » critère de la qualification.

1. Les notions de dépendance et de subordination ont assez vite émergé dans les débats sur la qualification de louage de services. Mais fallait-il rechercher une « dépendance juridique », c'est-à-dire l'existence d'un pouvoir d'un contractant à l'égard de l'autre, dérivant du contrat lui-même, ou bien s'attacher seulement, en vue d'assurer une extension maximale de la protection et dans une manière de réalisme, à un « état de dépendance économique » ? Rendu en 1931 dans une affaire d'assujettissement aux assurances sociales d'un gérant de suc-

cursale d'une maison d'alimentation, l'arrêt *Bardou* (n° 1) allait trancher en faveur de la première conception (celle de P. Pic, annotateur de l'arrêt), déjà adoptée par des décisions antérieures, contre une forte opinion doctrinale (P. Cuhe, R. Savatier, A. Rouast), un temps partagée par le ministère du Travail. Selon cet arrêt, « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ». Plus précisément, « la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie », en ce sens que le contrat doit avoir pour effet de placer ce travailleur « sous la direction, la surveillance et l'autorité » de son cocontractant. Dès l'année suivante, la chambre civile allait confirmer que « l'état de dépendance économique (...) ne saurait, en l'état actuel de notre législation, servir de critérium pour déterminer les obligations que la loi met à la charge de l'employeur » (Civ., 22 juin 1932, *DP* 1933. 1. 145, 1^{re} esp., note P. Pic). Néanmoins, la chambre criminelle a parfois retenu une formule composite en relevant que les « prétendus artisans » ou les ouvriers, dont un prévenait qu'ils eussent été ses salariés, « se trouvaient dans un état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence de contrats de travail » (Crim., 29 oct. 1985, *Bull. crim.*, n° 335 ; 27 sept. 1989, *ibid.*, n° 331 ; 5 janv. 1995, *RJS* 3/95, n° 317).

L'existence de ce *lien juridique de subordination* — ou « lien de subordination juridique » selon la discutable terminologie bientôt préférée — allait, dans le cas d'une prestation personnelle de service au bénéfice d'autrui, permettre de distinguer contrat de travail et contrat de mandat (ex. : Soc., 18 juill. 1963, *Bull. civ.* IV, n° 619) ou contrat d'entreprise (ex. : Soc., 20 avr. 1972, *Bull. civ.* V, n° 274). Encore que la recherche d'un lien de subordination puisse avoir pour enjeu, non la qualification du contrat, mais la détermination de l'employeur d'une personne dont la qualité de salarié n'est pas discutée ; il s'agit alors d'identifier le détenteur de l'autorité s'exerçant sur ce salarié (ex. : Soc., 29 avr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 147 ; 23 nov. 2005, *Dr. soc.* 2006. 217, obs. B. Gauriau), pour conclure, le cas échéant, à la présence d'employeurs conjoints ou co-employeurs (ex. : Soc., 12 juill. 2005, *Dr. soc.* 2005. 1045, obs. J. Savatier ; *D.* 2006. 344, note J. Mouly).

Le poids du lien de subordination dans la qualification devait être consacré en législation à travers des dispositions évoquant ce rapport d'inégalité juridique affirmée. D'abord en 1957, avec une disposition relative au travailleur à domicile (devenue l'article L. 721-1 C. trav., et aujourd'hui l'article L. 7412-1 nouv. C. trav.) dispensant de rechercher l'existence d'un lien de subordination pour reconnaître cette qualité de travailleur pourtant assimilé à un salarié. Puis en 1990 avec le canton-

nement du lien de subordination de l'avocat salarié à son employeur, qui a accompagné l'admission de la faculté d'exercer la profession d'avocat dans le cadre d'un contrat de travail (actuel art. 7 de la loi du 31 décembre 1971). En 1994, enfin, avec la création d'un article L. 120-3 dont il sera question plus avant, qui, s'il ne « définissait » pas le contrat de travail (malgré ce qu'on a pu lire dans quelques commentaires approximatifs), confirmait implicitement que cette qualification supposait l'existence d'un « lien de subordination juridique ». La recodification « à droit constant » ne pouvait introduire une telle définition dans la nouvelle partie législative du Code (sauf à être accusée de « codifier la jurisprudence ») et s'est bornée à reprendre une disposition analogue à celle de 1994 (art. L. 8221-6).

Une disposition née, d'ailleurs, d'une réaction législative à un notable assouplissement jurisprudentiel de la conception de ce lien. Dès la fin des années trente, en effet, la Cour de cassation avait admis que les obligations pesant sur un médecin en vertu du contrat le liant au propriétaire d'un sanatorium (nombre et périodicité des visites des patients de l'établissement, obligation de rendre compte) suffisaient à caractériser sa dépendance alors qu'il conservait « *une pleine indépendance dans l'exercice de son art* » (Civ., 25 juill. 1938, *DH* 1938. 530). Des sujétions périphériques affectant la prestation d'un professionnel obligatoirement ou nécessairement autonome dans ce qui est le cœur de sa pratique spécifique (médecin ou autre professionnel de santé dont la compétence autant que le régime déontologique assurent l'indépendance du diagnostic et des choix thérapeutiques ; artiste ou sportif en raison de la nature de sa prestation), allaient suffire à constituer un lien de subordination (ex. : Soc., 16 mars 1961, *Gaz. Pal.* 1961. I. 370 ; Soc., 15 juin 1979, *D.* 1980. 96, note J.-P. Karaquillo ; 30 janv. 1980, *JCP* 1980. II. 19 433, note G. Lyon-Caen). Ce lien se trouvait caractérisé dès lors que la prestation de travail était fournie « *dans le cadre d'un service organisé* » par le cocontractant.

De nombreux arrêts ont illustré cette conception. Arrêts relatifs à la qualification de contrat de travail (ex. : Soc., 16 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 283 ; 27 mai 1992, *ibid.*, n° 345 ; 22 févr. 1996, *ibid.*, n° 65). Mais aussi décisions concernant l'assujettissement au régime général de la Sécurité sociale en vertu de l'article L. 241 anc. CSS (art. L. 311-2 nouv. CSS), car si ce texte n'exige pas que l'intéressé soit lié par un contrat de travail, la Cour estime qu'il requiert l'existence d'un « *lien de subordination d'employé à employeur* » (Ass. plén., 18 juin 1976, *D.* 1977. 173, note A. Jeammaud ; 27 févr. 1981). Ainsi comprise, cette notion de lien de subordination a pu recouvrir un ample spectre de situations : de l'employé de maison, du manoeuvre ou de l'ouvrier spécialisé, au cadre supérieur, au médecin d'un établissement de soins ou au sportif de haut niveau lié à un club (et soumis

à diverses sujétions : entraînement, calendrier, discipline), en passant par l'ouvrier professionnel, le technicien, l'ingénieur ou tout autre cadre supérieur. Cette extension de la catégorie de contrat de travail n'était pourtant pas sans limite, et il est arrivé à la chambre sociale d'écarter la qualification dans des hypothèses où, si l'intéressé semblait d'abord travailler dans le cadre d'un service organisé par son cocontractant, ce dernier apparaissait plutôt comme son « client » (ex. : Soc., 14 janv. 1982, *D.* 1983. 242, note Y. Saint-Jours, et IR. 201, obs. A. Jeammaud, à propos d'interprètes *free lance* de conférences).

Cette *extension jurisprudentielle du salariat* a suscité une réaction législative assez maladroite, qui n'est pourtant pas restée sans effet sur la jurisprudence. La loi du 11 février 1994 avait entendu offrir plus de « sécurité juridique » au donneur d'ordres face au risque de requalification judiciaire en contrat de travail de la convention le liant à un travailleur prétendument indépendant. À cette fin, elle avait introduit la présomption — simple — que certains contrats ne constituent pas des contrats de travail, sans toutefois parvenir à réduire, en droit, la compréhension de la catégorie contrat de travail. Abrogée, sur amendement parlementaire, par la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000, cette disposition (alors art. L. 120-3 C. trav.) a été rétablie en termes peu différents par la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003. On la retrouve à peu près à l'article L. 8221-6 nouv. C. trav.

2. Avec l'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996 (n° 2), qui consacre une compréhension plus exigeante de la subordination, la Cour de cassation a paru tenir compte de la volonté du législateur de 1994. Statuant sur un pourvoi formé dans une affaire de cotisations sociales, mais prononçant une cassation partielle au visa conjoint du Code du travail (à travers son article L. 121-1 de l'époque, dont la disposition se retrouve à l'article L. 1221-1 nouv. C. trav.) et du Code de la sécurité sociale, cet arrêt retient une conception de ce lien de subordination qui vaut ainsi sur le terrain de la qualification de contrat de travail. Était en cause la qualité juridique de conférenciers et intervenants sollicités par une banque pour la formation de son personnel, et rémunérés par des « honoraires » que l'URSSAF prétendait réintégrer, en tant que salaires, dans l'assiette des cotisations au régime général. La Cour énonce que 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* », avant de préciser que le travail au sein d'un service organisé constitue seulement « *un indice de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail* ». Ces formules se retrouvent, exactement ou pour l'essentiel, dans nombre d'arrêts ulté-

rieurs de la chambre sociale (23 avr. 1997, *Dr. soc.* 1997. 642, obs. J. Savatier ; 4 déc. 1997, *ibid.*, n° 240 et *D.* 1998, Somm. 247, obs. I. Vacarie) ou plus récemment (12 juill. 2005, *Dr. soc.* 2005. 1045, obs. J. Savatier ; *D.* 2006. 344, note J. Mouly ; 15 févr. 2006, n° 04-44.049 ; 27 juin 2007, n° 04-45.769 et 04-45.770, *Sem. Soc. Lamy*, n° 1320, 17 sept. 2007, p. 15 ; 3 oct. 2007, *Bull. civ.* V, n° 151 ; 18 avr. 2008, n° 06-45.958) comme de la deuxième chambre civile, qui connaît désormais du contentieux de la sécurité sociale (25 mai 2004, *Bull. civ.* II, n° 233 ; *D.* 2004, Somm. 2615, obs. X. Prétot ; 31 mai 2005, *Bull. civ.* II, n° 135 ; 20 juin 2007, *Bull. civ.* II, n° 166).

Cette conception plus stricte du lien de subordination a-t-elle entraîné une notable contraction de la catégorie de contrat de travail ? Non, assurément, et la Cour de cassation ne s'est pas engagée dans une opération de réduction. Ainsi, une décision de quelques mois postérieure à l'arrêt *Société générale* a-t-elle reproché à une cour d'appel d'avoir refusé de requalifier la convention entre un interne et un hôpital privé sans vérifier que faisait défaut un lien de subordination défini dans les termes même de cet arrêt de principe (Soc., 1^{er} juill. 1997, *Bull. civ.* V, n° 242). Une décision plus récente a également repris les termes de l'arrêt de novembre 1996 avant de reprocher aux juges du fond de n'avoir pas recherché si un montage juridique autour d'un « contrat de gérance-mandat » d'un hôtel n'assurait pas à une société d'hôtellerie un « pouvoir de contrôle » et un « pouvoir de sanction » sur la gérante prétendument mandataire (Soc., 23 nov. 2005, *Dr. ouvr.* 2006, 137, 2^e esp., note A. de Senga). Les solutions du problème de qualification retenues par bien d'autres arrêts attestent que la Cour maintient une compréhension assez large de la catégorie : qualification de contrat de travail pour une convention entre une association humanitaire et ses collaborateurs (Soc., 15 oct. 1998, *RJS* 11/98, n° 1343, 1^e esp.) ou pour une convention liant un « porteur libre » à la SNCF (Soc., 2 juill. 2003, *CSB* 2003, A. 50) ; reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail entre la Croix-Rouge et des « bénévoles » effectuant un travail (rémunéré) d'accompagnement de voyageurs sous les ordres, selon les directives et sous le contrôle de cette association (Soc., 29 janv. 2002, *Dr. soc.* 2002. 494, note J. Savatier) ; requalification d'un contrat de « prestataire de service » entre une association sportive et un joueur professionnel de hockey sur glace (Soc., 23 janv. 1997, *RJS* 9/97 ; la Cour considère depuis longtemps que le statut « amateur » d'un sportif n'exclut pas qu'il soit salarié de son club : Soc., 14 juin 2006, *JCP S* 2006, 1665, note D. Jacotot), d'un contrat de collaboration entre une société d'avocats et un avocat (Ch. mixte, 12 févr. 1999, *Dr. soc.* 1999. 404, obs. C. Radé ; Soc., 8 mars 2000, *Dr. soc.* 2000. 548, obs. J. Barthélémy), d'une convention entre une société pétrolière et les gardiens d'un dépôt de carburants chargés de

surveiller les lieux en contrepartie de la disposition d'un logement (Soc., 18 juill. 2000, *Dr. soc.* 2000, 1064, note J. Savatier), ou encore du contrat liant à une agence immobilière une « apporteuse d'affaires en exclusivité » censée travailler de manière indépendante (Soc., 17 mai 2006, n° 05-45.265). La détermination à sauvegarder la qualification apparaît plus nettement encore à travers des arrêts décelant l'existence d'une subordination et d'un contrat de travail dans des rapports organisés par des montages sophistiqués utilisant les techniques du droit des sociétés et d'autres contrats spéciaux (Soc., 27 mai 2003, *D.* 2004, Somm. 382, obs. A. Fabre ; 25 oct. 2005, *JCP S* 2005, 1358, note J.-Y. Frouin ; *Dr. soc.* 2006. 94, obs. J. Savatier ; *Dr. ouvr.* 2006. 137, 1^e esp., note A. de Senga ; *D.* 2006, Pan. 410, obs. E. Peskine ; 23 nov. 2005, préc. ; 15 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 110 ; 16 janv. 2008, *D.* 2008, AJ. 477, obs. E. Chevrier).

Très significatifs, également, sont ces arrêts de cassation qui reprochent à des juges du fond, statuant sur des faits auxquels était applicable l'article L. 120-3 C. trav. créé en 1994 (art. L. 8221-6 nouv. C. trav.), de n'avoir pas décelé dans les données de l'espèce « *un état de subordination caractérisant l'existence du contrat de travail* » et commandant d'écarter la présomption de non-salariat posée par ce texte (Soc., 10 déc. 2002, *Bull. civ. V*, n° 374 ; 8 juill. 2003, *ibid.*, n° 217 ; *D.* 2004, Somm. 383, obs. Th. Pasquier ; rappr., dans une affaire où l'art. L. 120-3 n'était pas applicable en raison de la date des faits : Soc., 22 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 119). La chambre criminelle n'est pas en reste. Par exemple lorsqu'elle approuve des juges d'avoir vu des contrats de travail dans des contrats de sous-traitance dont ils avaient constaté que l'exécution plaçait les « sous-traitants » dans un rapport de subordination, pour déclarer un chef d'entreprise coupable du délit de recours au travail dissimulé de salariés (Crim. 17 juin 2003, *TPS* 2003, n° 325) ; ou lorsqu'elle leur reproche d'avoir relaxé le prévenu de ce délit ou du délit de marchandage en restant aveugles à la réunion des éléments de la qualification de contrat de travail dans les relations entre de tels « sous-traitants » et un employeur dirigeant et tirant profit de leur travail (Crim., 14 févr. 2006, *Bull. crim.*, n° 13). La position de la deuxième chambre civile, dans son contrôle des décisions des juges du fond relatif l'existence d'un lien de subordination conditionnant l'assujettissement au régime général de la Sécurité sociale, paraît également en harmonie avec celle de la chambre sociale (ex. : 25 mai 2004, préc. ; 31 mai 2005, préc. ; 13 déc. 2005, *JCP S* 2006, 1283, note D. Asquinazi-Bailleux ; 9 mars 2006, *RJS* 5/06, n° 625).

3. Si la tendance n'est donc pas à une réduction significative de la catégorie de contrat de travail, la Cour de cassation peut naturellement censurer une décision parce qu'elle a admis l'existence d'un contrat

de cette espèce sans avoir recherché si la subordination était caractérisée (Soc., 27 juin 2007, *préc.*). Surtout, il arrive qu'elle rejette le pourvoi ou casse la décision critiquée parce qu'elle juge devoir écarter cette qualification. Par exemple, si fait défaut cet autre élément nécessaire que constitue la rémunération (ex. : Soc., 26 oct. 1999, *Dr. soc.* 2000, 146, note J. Savatier) ou si l'exécution d'une convention de stage en entreprise ne s'est pas transformée en pure et simple prestation de travail substituée à la formation pratique inhérente à cette convention (Soc., 17 oct. 2000, *RJS* 12/00, n° 1214) ou n'a pas été détournée de sa finalité (Soc., 18 juill. 2001, *Dr. soc.* 2001, 1115, obs. Y. Rousseau).

Par ailleurs, si le fait qu'une activité ne relève pas du secteur marchand n'exclut pas que les personnes y collaborant aient la qualité de salariés (d'une association ou d'un syndicat, notamment ; ex. : Soc., 29 janv. 2002, *préc.*), le cadre singulier dans lequel elle se déroule peut convaincre la Cour de cassation d'écarter cette qualification. Comme dans le cas des pasteurs protestants dont la chambre sociale affirme, sans s'expliquer davantage, qu'ils « ne concluent pas, relativement à l'exercice de leur ministère, un contrat de travail avec les associations culturelles légalement établies » (Soc., 20 nov. 1986, *Dr. soc.* 1987, 375, 1^{re} esp., note J. Savatier ; 12 juill. 2005, *Dr. soc.* 2005, 1035, obs. J. Savatier ; *JCP S* 2006, 10060, note J. Volff), alors qu'un arrêt du 23 avril 1997 (*Dr. soc.* 1997, 642, obs. J. Savatier) avait seulement reproché à une cour d'appel d'avoir qualifié de contrat de travail la convention liant un pasteur à une fédération d'églises protestantes sans avoir caractérisé un lien de subordination au sens de l'arrêt *Société générale*. Comme dans le cas, aussi, d'une religieuse catholique n'exerçant son activité que pour le compte et au bénéfice de sa congrégation (Ass. plén., 8 janv. 1993, *JCP* 1993. II. 22 010, concl. M. Jéol, note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc.* 2003, 391, rapport Y. Chartier), ou dans celui du « compagnon » d'une communauté d'Emmaüs qui intègre un « cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destiné à l'insertion sociale des compagnons » (Soc., 9 mai 2001, *Dr. soc.* 2001, 798, note J. Savatier ; *D.* 2002, 1705, note E. Alfandari). Que la constitution d'associations culturelles soit prévue par la loi de séparation de 1905 ne suffit pas à justifier la soustraction à ce « droit du Code du travail » qui constitue le droit commun du travail sous l'autorité d'autrui et en contrepartie de moyens d'existence. Aussi de telles décisions paraissent-elles sensibles à la représentation dominante de l'engagement dans une vie ou une activité religieuse ou d'une action sociale légitime. D'autres formes d'engagement vécu comme religieux par les intéressés ne bénéficient pas de cette soustraction au Code du travail. En témoigne un arrêt de la chambre criminelle jugeant les dispositions de ce code relatives à l'hygiène et à la sécurité applicables aux membres

permanents d'une communauté des Témoins de Jéhovah qui travaillent dans un établissement à caractère industriel, au motif que la considération du « *caractère prétendument culturel de l'association* » et de son objet religieux reste inopérante (Crim., 14 janv. 2003, *Bull. crim.*, n° 8 ; comp., dans un tout autre sens : Limoges, 16 janv. 2007, *Dr. soc.* 2007. 742, note J. Mouly).

Quelle formule décrit fidèlement la règle prétorienne appliquée (et censée l'être de manière cohérente), dans des opérations de contrôle de qualification, par la cohorte des arrêts ci-dessus évoqués ? Dire que le contrat de travail est *la convention par laquelle une personne physique s'engage (ou s'oblige) à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, dans un rapport de subordination et moyennant une rémunération*, semble constituer une description assez adéquate de cette norme dont la jurisprudence nourrit la teneur et que prolonge celle de l'arrêt *Société générale*. Des variantes sont concevables, dès lors que place est ménagée aux trois éléments dont la réunion constitue le critère d'identification d'un contrat de travail. On les rencontre dans les manuels (ex. : J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 23^e éd., 2006, n° 253 ; E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2^e éd., 2007, n° 26). Mais ces formules peuvent être discutées dès lors qu'elles ne font pas apparaître la raison de certains refus de la qualification. À jurisprudence constante, cette question de la « définition » du contrat de travail reste donc débattue. La proposition est parfois avancée d'introduire la considération de la cause ou de l'objet afin d'exprimer plus exactement la teneur de la règle jurisprudentielle. Retiendra-t-on que le contrat de travail est « la convention par laquelle le salarié met à disposition de son employeur sa force de travail, que celui-ci dirige dans le cadre du lien de subordination principalement en vue de son propre intérêt, en contrepartie de la fourniture d'un travail dont il (le salarié) ne retire d'autre bénéfice qu'une rémunération » (J.-J. Gatteau, Un problème de qualification : activité non marchande et activité salariée, *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 191) ? Il n'est pas certain qu'une telle description de la norme positive soit matériellement adéquate, et notamment qu'elle parvienne à rendre compte de l'exclusion de la qualification dans le cas des fonctions pastorales ou de l'insertion dans une communauté comme les Compagnons d'Emmaüs. Mais le problème ici rencontré est fort banal en présence de droit jurisprudentiel. On le constatera tout au long de cet ouvrage.

B. — L'indisponibilité de la qualification

L'arrêt *Labbane* du 19 décembre 2000 (n° 3) invite les juges du fond à ne pas s'en tenir aux stipulations des parties, mais à s'attacher

plutôt à ce que celles-ci font ou ont fait en exécution de leur convention, c'est-à-dire aux données objectives de l'espèce : « *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* ».

1. Cette vigoureuse formule résulte de la combinaison de l'art. 12, al. 2 du Code de procédure civile (le juge « doit restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ») et d'une règle consacrée par des décisions antérieures. On avait surtout remarqué un arrêt *Barrat*, rendu par la Cour de cassation en Assemblée plénière, dans lequel on lit que la volonté des parties est « impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche » (4 mars 1983, *D.* 1983. 381, concl. J. Cabannes ; *D.* 1984. IR. 184, obs. J.-M. Béraud). Mais une position identique s'exprimait dans des décisions de la chambre criminelle (Crim., 29 oct. 1985, *Bull.crim.*, n° 335 : ouvriers transformés, sur proposition de leur employeur, en artisans censés travailler dans le cadre de contrats de sous-traitance ; 5 janv. 1995, *RJS* 3/95, n° 317 : conducteurs de poids lourds, « artisans » ou « entrepreneurs indépendants », locataires de véhicules appartenant à une société de transports et soumis à de multiples sujétions à l'égard de cette dernière) ou de la chambre sociale (Soc., 11 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 473 ; 27 oct. 1993, *Dr. soc.* 1993. 960 : « stagiaire » non rémunéré accomplissant les tâches normales d'un emploi dans l'entreprise sans bénéficier de la moindre formation). Certaines de ces décisions employaient déjà la formule consacrée par l'arrêt de décembre 2000 (Soc., 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, 516 ; 27 janv. 1997, *RJS* 3/97, n° 245), et qui paraît inspirée d'une décision de 1934 relative à l'assujettissement aux assurances sociales de conducteurs-locataires d' « automobiles équipées en taxi-autos » (Civ., 19 nov. 1934, *DH* 1935. 50), dont la condition ressemblait à celle du chauffeur de l'arrêt *Labbane*, lié à une société par un « contrat de location de véhicule équipé taxi ».

La chambre sociale a, depuis lors, répété que la seule volonté des parties était « impuissante à soustraire le salarié au statut social qui découle nécessairement des conditions effectives d'exercice de son activité » (Soc. 17 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003, 334, obs. J. Mouly ; rapp. : Crim., 14 janv. 2003, *Bull. crim.*, n° 8). Mais elle a plus souvent repris — exactement ou en substance — la formule de principe de cet arrêt *Labbane*. En particulier à l'occasion d'affaires dans lesquelles un montage juridique sophistiqué visait ou tendait à soustraire un rapport de travail aux règles du Code du travail (Soc., 25 oct. 2005, *JCP*

S 2005, 1398, note J.-Y. Frouin ; *Dr. soc.* 2006. 94, obs. J. Savatier ; *Dr. ouvr.* 2006, 137, 1^{re} esp. note A. de Senga ; *D.* 2006, Pan. 410, obs. E. Peskine : contrat de « société en participation » entre une société de transport routier et un chauffeur conférant, en fait, à la première tous les pouvoirs pour assurer le fonctionnement de la personne morale ainsi créée ; 15 mars 2006, *Dr. soc.* 2006. 695, obs. J. Savatier ; 17 mai 2006, n° 04-43.265 ; 18 avr. 2008, n° 06-45.958), ou lorsque l'enjeu est de se prononcer sur l'existence d'employeurs conjoints (Soc., 12 juill. 2005, *Dr. soc.* 2005. 1045, obs. J. Savatier). Mais il arrive aussi qu'elle applique cette règle sans éprouver le besoin de la rappeler (ex. : Soc., 27 mai 2003, n° 01-41896, *D.* 2004, somm. 382, obs. A. Fabre) ou qu'elle la rappelle tout en censurant (ou pour censurer) une décision des juges du fond ayant trop légèrement reconnu l'existence d'un contrat de travail (Soc., 27 juin 2007, n° 04-45.769 et 04-45.770, *Sem. Soc. Lamy*, n° 1320, 17 sept. 2007, p. 15).

Confrontés à un contrat dont est contestée la qualification initialement convenue (« contrat de mandat », « convention de collaboration », « contrat de location de véhicule », etc, ou à l'inverse « contrat de travail »), les juges du fond ne doivent donc pas s'arrêter à ces termes et s'attacher aux données objectives que sont les conditions effectives d'exercice de l'activité. Cette analyse peut les conduire à *requalifier* la convention, soit que le prétendu contrat de travail appelle une autre qualification, soit qu'un acte autrement nommé constitue en vérité un contrat de travail (ex. au pénal : Crim. 29 oct. 1985, *préc.* ; 21 janv. 1997, *Bull.crim.* n° 21 ; 6 mai 1997, *ibid.* n° 178 ; v. une application particulièrement frappante de la formule de l'arrêt *Labbane* à un règlement de participation à une émission de télé réalité : Paris, 12 févr. 2008, *D.* 2008, AJ. 620). On retrouve là une idée présente dans l'arrêt *Bardou* (n° 1) : est contrat de travail celui qui a « *pour effet* » — pas nécessairement pour but — de placer le travailleur sous l'autorité de son cocontractant.

Dans le même ordre d'idées, les juges doivent démasquer l'éventuelle *simulation* ou *fraude* : contrat de travail fictif ne correspondant à aucune prestation réelle et seulement destiné à procurer ultérieurement le bénéfice des allocations de chômage ; ou, inversement, contrat d'entreprise ou mandat visant à dispenser du paiement des charges sociales. Le *réalisme* prôné par la Cour de cassation permet de déjouer une mise en scène constitutive de fraude à la loi ou aux droits d'autrui, sans qu'il soit besoin de recourir au jeu correctif du principe que nomme l'adage *Fraus omnia corrumpit* (mais la dénonciation d'une fraude est parfois explicite : Ass. plén., 18 juin 1976, *D.* 1977. 173, note A. Jeammaud, pour une fraude au droit de la sécurité sociale ; Soc. 15 oct. 1981, *Bull.civ.* V, n° 790 ; 25 oct. 1990, *ibid.*, n° 500 : fraude aux droits des associés par contrat de travail fictif).

Que les parties aient ou non expressément qualifié leur contrat, les juges appelés à se prononcer sur les éléments dont la réunion conditionne la reconnaissance d'un contrat de travail (la subordination, en premier lieu) recourent à la technique du *faisceau d'indices*. Ces derniers peuvent être tirés des stipulations du contrat, mais plus encore des « *conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* », ainsi que le répète la chambre sociale depuis l'arrêt du 19 décembre 2000. Ces conditions sont, en vérité, des modalités adoptées ou acceptées par les acteurs pour l'exécution de leur convention. Pour déceler l'existence ou l'absence d'une direction et d'un contrôle par le bénéficiaire de la prestation, l'existence d'une rémunération ou d'un engagement au moins implicite de rémunérer, il convient d'examiner le comportement des parties, les relations qu'elles peuvent entretenir, le lieu et le temps de l'activité, le fait que l'intéressé travaille seul ou avec le concours d'autrui, la propriété du matériel et des matières premières. La réunion d'un nombre suffisant d'indices fonde à requalifier « contrat de travail » la convention autrement dénommée par les acteurs eux-mêmes.

2. Appliquant à l'espèce la règle qu'il consacre, l'arrêt *Labbane* estime que les conditions fixées par le « contrat de location de véhicule taxi » ou imposées en fait plaçaient le « locataire » dans un « *état de subordination* » à l'égard du « loueur », et conclut que le contrat litigieux était en réalité un contrat de travail.

Fallait-il reconnaître une signification particulière à ce choix de parler d'« état » plutôt que de « lien de subordination » ? Cette dernière expression ne conviendrait-elle pas pour désigner l'effet juridique emporté par toute convention dont la qualification de contrat de travail est incontestée ou établie, tandis que le juge de la qualification, ne pouvant bien souvent que prendre en compte des données des relations entre les parties ou leurs pratiques avérées, se trouverait plutôt en présence d'un « état de subordination », c'est-à-dire d'un état de choses à constater ? Mais cette hypothèse interprétative n'a pas été confirmée par les décisions ultérieures.

C'est pour une autre raison que cet arrêt a pu surprendre. En cassant une décision qui se référait aux critères énoncés par l'arrêt *Société générale* (n° 2), ne signifiait-il pas que la position de ce dernier était déjà abandonnée ? À tout le moins, la Cour de cassation ne se dispensait-elle pas de caractériser un véritable « lien de subordination juridique » ? N'allait-elle pas jusqu'à s'écarter du choix fondateur de l'arrêt *Bardou* (n° 1) en se contentant, sans le dire, d'une situation de dépendance économique ? Au vrai, on ne voit guère en quoi les données du rapport litigieux, négligées par la cour d'appel et relevées par la chambre sociale, révélaient une dépendance économique telle qu'elle

a pu être comprise par les tenants de cette conception de la caractéristique du salariat (serait salarié celui qui tire exclusivement ou principalement ses moyens d'existence de la rémunération versée par un cocontractant, qui utilise tout son temps). En revanche, la conjonction des conditions financières d'un contrat renouvelé chaque mois et des sujétions contractuelles relatives à la présentation, à l'entretien et à l'usage du véhicule, permettait à la société propriétaire du véhicule d'influencer le comportement de son partenaire, de dominer son activité de chauffeur de taxi afin de la rentabiliser à son profit. Que des décisions plus récentes reprennent également la formule de l'arrêt *Société générale* et de l'arrêt *Labbane* (Soc., 17 mai 2006 et 27 juin 2007, *préc.*) pourrait traduire une volonté de la chambre sociale de souligner leur complémentarité.

L'arrêt *Labbane* illustre surtout la réaction judiciaire à cette « habileté excessive » que constitue la fraude à la loi, cette mise en scène juridique d'une situation en vue de la faire échapper à la qualification correspondant à son économie. Une telle réaction suppose, précisément, que l'on s'affranchisse de cette mise en scène. Celle que manifeste ce fameux arrêt trouve sa justification dans la nature de l'opération qu'agençait un contrat de location de chose permettant de valoriser un bien (du capital investi) par le seul travail d'autrui, au prix d'un partage marginal, avec le travailleur, du profit de son activité personnelle (*via* le caractère forfaitaire d'une redevance mensuelle élevée contraignant, en fait, le chauffeur à travailler sans compter son temps, apparemment soustrait à toute limitation légale). On comprendrait mal qu'un aussi pur rapport de valorisation de capital par l'exploitation de la force de travail d'autrui échappe à une qualification de contrat de travail, née de l'appréhension juridique spécifique de ce type d'opération !

Compte tenu de la diffusion, dans le secteur du transport par taxis, de la pratique dont il a dénoncé l'illicéité, cet arrêt *Labbane* devait avoir un impact social au-delà du cercle des parties et aussi important, au moins, que son effet jurisprudentiel. Il a d'ailleurs ouvert un épisode de la bataille, récemment relancée, autour de « la rétroactivité de la jurisprudence » (du revirement et de l'innovation jurisprudentiels). Ce qui a conduit la chambre sociale à rendre un *deuxième arrêt Labbane* (26 janv. 2005, *Dr. soc.* 2005. 567, obs. A. Jeammaud), révélateur d'une résistance de cette formation à la campagne engagée contre ses « audaces » au nom de l'exigence de « sécurité juridique ». Cette décision considère, en effet, que la cour de renvoi, en statuant conformément à la position de l'arrêt de décembre 2000, s'était « bornée à requalifier la relation contractuelle entre les parties en constatant la réunion des éléments constitutifs du contrat de travail », de sorte qu'on ne pouvait lui reprocher d'avoir bouleversé les prévisions des parties

en retenant « une interprétation jurisprudentielle nouvelle » pour statuer sur une demande introduite (par hypothèse) avant sa formulation.

Sur le fond, l'arrêt *Labbane* de 2000 n'a en aucune façon oublié que la qualification de contrat de travail supposait l'existence d'une subordination. S'il en était autrement, une décision postérieure, relative à des contrats analogues, aurait pu marquer un retour à l'orthodoxie (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 349 ; *D.* 2006, Pan. 411, obs. E. Peskine). Mais, outre que l'interprétation de cet arrêt est également délicate, on devrait craindre qu'il encourage des montages juridiques proprement frauduleux. Le flux de décisions inspirées par l'arrêt de décembre 2000 ne semble d'ailleurs pas tari (ex. : Paris, 5 avril 2007, *JCP S* 2007, Act. jur. 223 ; Soc. 18 avr. 2008, n° 06-45.958).

De plus, la deuxième chambre civile a récemment approuvé une cour d'appel d'avoir retenu, pour juger qu'était renversée la présomption de l'article L. 311-11 CSS (adossée à celle de l'article L. 8221-6 nouv. C. trav.), d'une part que « *l'assujettissement au régime général de la sécurité sociale ne dépend ni de la volonté des partenaires ni des conventions qu'ils ont pu conclure, mais des conditions matérielles dans lesquelles est effectué le travail* », d'autre part que l'analyse des relations entre des « loueurs » de véhicules de livraison de béton et la société produisant ce matériau révélait une subordination caractérisée en des termes analogues à ceux de l'arrêt *Société générale* (20 mars 2008, n° 06-20.480).

II. — L'assimilation légale aux salariés

4. Soc. 13 janvier 1972

Le Boulter c. Elf

(*Bull. civ.* V, n° 28 ; *D.* 1972. 425, note E. Schaeffer)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que par contrat du 1^{er} août 1968, qualifié « Convention de gérance libre », les époux Le Boulter se sont engagés à assurer la gérance du fonds de commerce de station-service créé par la Société Elf-Distribution à Saint-Brieuc, rue Jules-Ferry ; que le contrat ayant été conclu pour une durée d'une année, renouvelable par tacite reconduction, la Société le dénonça par lettre recommandée le 28 mai 1969 pour le 31 juillet suivant ; que Le Boulter l'ayant fait appeler devant le tribunal de commerce de Saint-Brieuc, notamment en paiement de dommages-intérêts pour licenciement abusif, la Société déclina la compétence de la juridiction saisie au profit du tribunal de commerce de la Seine, en se prévalant d'une clause attributive de compétence du contrat ; que l'arrêt attaqué ayant

déclaré cette clause nulle par application de l'article 2, 2° de la loi du 21 mars 1941, et de l'article 81 du décret n° 58-1292 du 22 décembre 1958 relatif à la juridiction prud'homale et ayant jugé, en conséquence que le tribunal de commerce de Saint-Brieuc était compétent, le pourvoi lui fait grief d'avoir ainsi statué, aux motifs que Le Boulér remplissant les quatre conditions prévues par la loi du 21 mars 1941 pour ouvrir droit au bénéfice des dispositions de la législation du travail et que notamment il exerçait la « profession de distributeur » dans un local fourni par Elf Distribution aux conditions et aux prix imposés par cette entreprise, alors que la cour d'appel ne pouvait, sans contester la nature de la location-gérance, faire abstraction de la qualité de commerçant attribuée de droit à Le Boulér par l'article 2 de la loi du 20 mars 1956 ; que loin de s'appliquer aux personnes ayant légalement la qualité de commerçant, la loi du 21 mars 1941 concerne uniquement les vendeurs salariés ou ceux qui demeurant sous la dépendance d'une entreprise commerciale, ne relèvent pas d'un régime autrement défini par la loi ; que contrairement à ce qu'a décidé l'arrêt attaqué, une telle distinction s'imposait, le statut du commerçant étant incompatible avec celui des salariés tant au point de vue de la gestion du fonds lui-même que du point de vue des aléas du commerce et de la prise en charge des pertes résultant de l'exploitation et des rapports avec les tiers ; que le contrat de location-gérance constituait un ensemble de droits dans le cadre du régime légal instauré par la loi du 20 mars 1956, dont la cour d'appel ne pouvait rompre l'unité en extrayant certains éléments susceptibles, selon elle, d'entrer dans le champ restreint de la loi de 1941 ; qu'il ne lui appartenait pas de scinder la condition juridique de Le Boulér et de le situer comme un employé de la Société Pétrolière sans remettre en cause sa qualité de commerçant à l'égard du fonds de commerce et des tiers, alors, d'autre part, et de toute façon, que la cour d'appel s'est radicalement contredite et a dénaturé la convention litigieuse en déclarant que la Société Elf avait fourni, au sens de la loi de 1941, un local à Le Boulér pour lui permettre d'exercer « sa profession de distributeur » puisqu'il résulte au contraire des termes clairs et précis du contrat qu'Elf avait loué un fonds de commerce, déjà créé avec tous ses éléments, à Le Boulér pour lui permettre d'exercer sa profession de commerçant à ses risques et périls, que l'arrêt attaqué ne pouvait faire état du prix d'affichage qui correspond d'ailleurs au prix légal maximum pour affirmer contre toute logique que Le Boulér pouvait accorder à ses clients des ristournes sur ses propres marges, mais n'était pas libre de pratiquer une politique de prix personnelle ; qu'en ce qui concerne les conditions de vente, loin d'être imposées au vendeur par le fournisseur dans le cadre d'un lien de subordination, elles résultaient de l'application d'une politique commerciale de marque librement acceptée à la formation du contrat et destinée à procurer aux deux parties un bénéfice qui est le but essentiel du commerce et ne mettaient pas obstacle à une gestion personnelle du gérant quant à l'embauche du personnel et au développement de son commerce, notamment dans les branches non soumises à la clause d'exclusivité, ainsi que le prévoyait la convention délaissée par l'arrêt attaqué :

Mais attendu d'abord, que la loi du 21 mars 1941 n'a pas été modifiée par la loi du 20 mars 1956 et n'est pas incompatible avec elle ; que les juges du fond ont estimé exactement que le fait que Le Boulér ait la qualité de gérant libre de fonds de commerce, donc de commerçant, ne pouvait l'empêcher de bénéficier de la législation du travail, dans ses rapports avec son employeur, s'il remplissait les conditions exigées à cet effet ;

Attendu, ensuite, que les juges du fond ont constaté, en premier lieu que Le Boulér ne pouvait vendre que les carburants, huiles et graisses de marque Elf, qu'il était tenu de détenir un stock de pièces détachées fabriquées ou distribuées par Elf et ne pouvait vendre aucun article qui viendrait en concurrence de ceux

qu'Elf fabrique, distribue ou sélectionne ; en deuxième lieu que la Société Elf était propriétaire de la station-service fournie à Le Boulter pour l'exercice de sa profession ; en troisième lieu que Le Boulter exerçait cette profession aux conditions imposées par la Société qui notamment fixait elle-même les heures d'ouverture et de fermeture de la station, imposait à Le Boulter un uniforme, ainsi que des méthodes de vente et de service, etc. ; en quatrième lieu, que les carburants étaient facturés à Le Boulter au prix de vente en vrac au consommateur (prix d'affichage), sous déduction d'une remise de 4,84 ou 5,84 francs suivant le cas par hectolitre ; que s'il était loisible au gérant d'accorder à certains clients une réduction sur le prix affiché, il lui était interdit de pratiquer une politique personnelle de prix ; que de même, l'intéressé ne pouvait vendre les lubrifiants, graisses et accessoires qu'au prix du catalogue Elf, ni laver une voiture, la graisser, etc. à un prix autre que celui fixé par Elf ; qu'en en déduisant que Le Boulter remplissait les conditions prévues par la loi du 21 mars 1941, peu important à cet égard qu'il ait eu toute liberté d'embaucher du personnel, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, sans avoir eu à rechercher si Le Boulter avait pu développer son commerce dans des branches non soumises à la clause d'exclusivité, moyen qui n'avait pas été soutenu devant elle et qui mélangé de fait et de droit ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 24 juin 1970, par la cour d'appel de Rennes.

5. Soc. 4 décembre 2001

Soc. France acheminement c. Sierra

(*Bull. civ. V*, n° 373 ; *Dr. soc.* 2002. 158, note A. Jeammaud ;
D. 2002. 1934, note H. Kenfack)

ARRÊT

Attendu que Michel Sierra a signé, le 3 novembre 1993, une convention pour la cession d'un contrat de franchise pour l'exploitation d'une tournée de distribution et de ramassage de colis avec le cédant, d'une part, et la société France acheminement en sa qualité de franchiseur d'autre part ; que, le 10 juillet 1996, la société a notifié à l'intéressé le non-renouvellement du contrat de franchise arrivant à son terme le 15 novembre 1996 ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes en requalification de la relation en contrat de travail, requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse et paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué (Montpellier, 6 janv. 1999) d'avoir déclaré fondé le contredit formé par M. Sierra et de l'avoir condamnée à payer des indemnités compensatrices de congés payés et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen :

1° qu'un salarié ne saurait être propriétaire de la clientèle de son employeur, sans perdre sa qualité de salarié ; que la possibilité de vendre sa clientèle est exclusive de la notion de lien de subordination ; qu'en l'espèce, la société France acheminement soutenait que M. Sierra avait acquis de M. Gadave sa clientèle, qu'il en était ainsi le propriétaire et pouvait la vendre, empêchant ainsi la qualification de salariat ; que pour retenir la qualité de salarié de M. Sierra, la cour d'appel

s'est contentée de relever qu'il ne pouvait prospecter de nouveaux clients sans respecter des modèles de contrats établis par le franchiseur et devait transmettre copie des contrats signés à ce dernier ; qu'en s'abstenant ainsi de répondre au moyen développé par la société France acheminement, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

2° qu'il incombe au juge de se prononcer, même sommairement, sur tous les documents régulièrement versés aux débats et soumis à son examen ; qu'en l'espèce, la société France acheminement soutenait qu'elle n'imposait nullement les prix à ses franchisés libres de les déterminer comme ils le voulaient, mais fixait seulement le pourcentage des royalties qui lui revenait sur le prix librement déterminé ; qu'ainsi, le franchisé devait procéder à une double facturation, l'une en son nom directement au client, l'autre à l'attention du franchiseur mentionnant la royauté due à ce dernier ; qu'elle produisait à cette fin l'article F du contrat de franchise stipulant que « le franchisé s'engage à transmettre au franchiseur les éléments de prix et tarifs applicables à chaque prestation ou type de prestation » ; qu'elle produisait également les factures établies par le franchisé directement à son client ; qu'en affirmant néanmoins que les prix étaient imposés par le franchiseur au franchisé, sans nullement examiner, ne serait-ce que sommairement, les pièces produites par la société franchiseur France acheminement au soutien de son moyen, la cour d'appel a violé les articles 1353 du Code civil et 455 du nouveau Code de procédure civile ;

3° que les dispositions du Code du travail sont applicables aux personnes dont la profession consiste à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou 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 ; qu'en l'espèce, M. Sierra, en sa qualité de franchisé, n'exerçait son métier qu'en son propre nom, et ne transportait de colis que pour le compte de ses clients, et nullement pour le compte de la société franchiseur France acheminement ; qu'en affirmant néanmoins que M. Sierra devait bénéficier des dispositions du Code du travail, sans nullement rechercher ni établir qu'il transportait les colis pour le compte de la société France acheminement, la cour d'appel a violé l'article L. 781-2° du Code du travail ;

4° que le contrat de franchise se définit comme une technique contractuelle par laquelle une société franchiseur accorde à un travailleur indépendant, appelé franchisé, l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs, une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transports visés au contrat, la communication d'un savoir-faire et la fourniture continue par le franchiseur ou franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord ; qu'en l'espèce, la société France acheminement soutenait en ses conclusions que l'un des principes de son savoir-faire était précisément de rentabiliser chaque tournée des franchisés, selon un horaire et un itinéraire conseillé, afin de répondre aux besoins de ses expéditeurs ; qu'en se contentant d'affirmer que le respect d'un horaire et d'un itinéraire caractérisaient le lien de subordination, sans rechercher si ces éléments ne caractérisaient pas seulement le contrat de franchise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1^{er} et suivants de l'arrêté du 21 février 1991, et de l'article 1^{er} b du règlement communautaire n° 4087/88/CEE du 30 novembre 1988 ;

5° que la présomption de non-salariat attachée aux personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés ne peut être renversée qu'à la condition que celles-ci se trouvent placées dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ouvrage, lequel implique 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 ; que pour qualifié M. Sierra de salarié, la cour d'appel a relevé qu'il exerçait son activité dans le cadre d'un service organisé, selon des directives et un contrôle étroit du franchiseur, avec une rémunération dont les composantes relevaient largement de conditions imposées au franchisé ; qu'en se bornant à caractériser l'exercice par M. Sierra de son activité au sein d'un ensemble organisé improprie à lui seul à établir l'existence d'une relation de travail en l'absence de tout pouvoir disciplinaire de la société France acheminement sur M. Sierra, la cour d'appel a violé les articles L. 120-3, L. 121-5 et L. 511-1 du Code du travail ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 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 ; qu'il résulte de ce texte 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 ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que M. Sierra distribuait et ramassait des colis à partir d'un local dont la société France acheminement était locataire, que la distribution était soumise à des horaires et à un itinéraire imposés par la politique commerciale de la société, que les tarifs étaient imposés par cette dernière qui encaissait directement les factures de la clientèle, a fait ressortir que les conditions de l'article L. 781-1, 2° étaient réunies et a, par ces seuls motifs, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision ;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le pourvoi incident (sans intérêt) ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

L'extension juridique du salariat a été l'œuvre de la loi autant que de la jurisprudence. Diverses dispositions, regroupées dans le livre VII du Code du travail de 1973, et désormais dans la septième partie de ce code recomposé, « forcent » la qualification de contrat de travail. Mais le législateur n'a pas toujours procédé de la même manière. La technique d'extension du domaine d'application des dispositions du Code du travail au-delà du salariat, c'est-à-dire *l'assimilation aux salariés* qu'il convient de ne pas confondre avec *la qualification légale de contrat de travail*, revêt une singularité soulignée par l'apport de la Cour de cassation à la mise en œuvre de ces textes qui l'illustrent.

A — Un procédé législatif singulier

1. Parfois, la loi agit directement sur la qualification du contrat de certains professionnels pour en faire un contrat de travail, cette

méthode de qualification *ex lege* faisant ainsi apparaître des *salariés par détermination de la loi*. Encore que cette qualification n'ait pas toujours la même intensité. Tantôt le texte dispose que le contrat « *est un contrat de travail* » dès lors que se trouvent réunies certaines conditions relatives à l'activité, comme pour le « voyageur, représentant ou placier » (art. L. 7313-1 nouv. C. trav. remplaçant l'art. L. 751-1 C. trav., mais malencontreusement placé sous un intitulé « présomption de salariat »). Tantôt un article énonce que ce contrat « est présumé être un contrat de travail », comme pour le journaliste professionnel (art. L. 7112-1 nouv. C. trav., succédant à l'art. L. 761-2), l'artiste du spectacle (art. L. 7121-3 nouv. C. trav., remplaçant l'art. L. 762-1 ; la présomption posée par cette disposition ne vaut qu'entre les organisateurs des spectacles et les artistes, souligne la Cour : Soc., 3 oct. 2007, *Bull. civ. V*, n° 151) ou le mannequin (art. L. 7123-3 relayant l'art. L. 763-1), lorsque sont réunies des conditions qui rendent cette présomption assez résistante à la tentative de preuve contraire (qui incombe normalement au présumé employeur : Soc., 1^{er} févr. 1995, *Bull. civ. V*, n° 47 ; D. 1996, Somm. 26, obs. J.-P. Karaquillo), ainsi qu'en témoignent maints arrêts (ex. : Soc. 1^{er} févr. 1995 *Bull. civ. V*, n° 47 ; 8 mars 1995, *RJS* 4/95, n° 452 ; 12 janv. 1995, *RJS* 2/95, n° 162 ; 16 janv. 1996, *RJS* 3/97, n° 326 ; 20 sept. 2006, *Bull. civ. V*, n° 272 ; 2^e Civ., 13 déc. 2005, *Bull. civ. II*, n° 318 ; v. toutefois : Soc., 9 févr. 1989, *Bull. civ. V*, n° 108 ; 8 avr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 254 ; 16 janv. 1997, *RJS* 3/97, n° 326). Pour chacune de ces catégories de professionnels, un article ajoute que « *les dispositions du présent code sont applicables* » aux intéressés. La précision paraît superflue dès lors que les intéressés exercent leur activité en exécution d'un contrat de travail, mais elle a le mérite de désigner le droit applicable plus clairement que ne le faisait le précédent code.

Dans nombre d'hypothèses relevant de ces dispositions spéciales, la qualification de contrat de travail selon le droit commun se serait heurtée à la difficulté de caractériser un lien de subordination ou au fait que certains de ces professionnels emploient eux-mêmes des salariés. On estime donc que le législateur a choisi de tenir compte de leur état de dépendance économique (mais telle n'est pas la situation de tous les artistes du spectacle, qui peuvent percevoir des rémunérations très élevées ainsi que l'admet implicitement le texte légal), en réponse parfois à une revendication de protection, ou qu'il a prétendu réduire des incertitudes juridiques génératrices de contentieux. Les règles particulières applicables à certains de ces salariés par détermination de la loi (on parle de « statut des VRP » ou de « statut des journalistes professionnels ») sont, à certains égards, plus avantageuses que celles du droit commun du travail, et l'ordre public social admet assurément que, par exemple, le bénéfice du statut des VRP (donc de

l'indemnité de clientèle en cas de rupture) puisse être accordé par son contrat au représentant ne remplissant pas les conditions de l'article L. 7311-3 nouv. C. trav. (Soc. 7 mai 1980, *Bull. civ.* V, n° 398). En revanche, et parce que dans le droit fil de la jurisprudence *Barrat-Labbane* (*supra*, n° 3) « la seule volonté des parties est impuissante à soustraire le salarié au statut social qui découle nécessairement des conditions effectives d'exercice de son activité », le travailleur ne peut se voir opposer le statut conventionnellement déclaré applicable, mais moins favorable que le droit commun (pas de rémunération d'heures supplémentaires), si les conditions légales de son application ne sont pas *en fait* réunies (Soc., 17 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003, 334, obs. J. Mouly).

On notera que l'intervention législative sur la qualification du contrat servant de cadre à la fourniture d'une activité personnelle a été pratiquée, dans la période récente, en sens inverse de celui des dispositions à l'instant évoquées. C'est-à-dire *pour exclure la convention de la catégorie « contrat de travail » dans des circonstances où forte serait l'attraction d'une telle qualification en vertu de la règle (jurisprudentielle) de droit commun qui la gouverne*. Il n'est guère surprenant de lire désormais à l'article 717-3 du Code de procédure pénale que « les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail », en tout cas lorsque l'activité est exercée à l'intérieur d'un établissement pénitentiaire, car la chambre sociale avait, sous l'empire d'un texte moins net, statué en ce sens (Soc., 17 déc. 1996, *Dr. soc.* 1997, 344, note G. Giudicelli-Delage et M. Massé). Mais la méthode de la soustraction à cette qualification et à l'essentiel du Code du travail s'est banalisée afin, a-t-on dit, d'assurer plus de « sécurité juridique » aux intéressés comme aux organisations au service desquelles ils s'engagent (des associations le plus souvent, parfois des organisations humanitaires), de les doter d'un « statut » plus adapté, moins coûteux pour ces organismes et moins rigides pour la gestion de leurs ressources humaines. Ainsi se sont succédé des dispositions législatives concernant le contrat de solidarité internationale (art. 1^{er} de la loi du 23 février 2005), le contrat de volontariat associatif (art. 1^{er} de la loi du 23 mars 2006), ou le rapport entre les fédérations sportives et les arbitres ou juges qui apportent leur concours au déroulement des compétitions (art. L. 223-3 C. sport, issu de la loi du 23 octobre 2006).

Techniquement différent de la qualification légale du contrat est le procédé d'*assimilation aux salariés* qu'illustrent d'autres dispositions, du livre VII du Code du travail naguère, de sa septième partie désormais. Sans affecter la qualification du ou des contrats dans le cadre desquels ils exercent leur activité, la loi déclare applicable à certains professionnels l'essentiel des règles du Code du travail, dès lors que

sont réunies certaines conditions relatives à la nature ou au déroulement de cette activité. Sensible, là encore, à une situation de dépendance économique, le législateur a pris en compte des situations de « *travailleurs parasubordonnés* » (que l'art. L. 311-2 CSS rattache, pour la plupart, au régime général). Ainsi procédaient l'article L. 781-1 du Code du travail (repris d'une loi de 1941 concernant certains modestes prestataires de services ou distributeurs de marchandises) et les articles L. 782-1 et suivants. (issu d'une loi de 1944) relatifs aux « gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail ». Ainsi procèdent désormais les dispositions de la nouvelle partie législative du Code du travail qui leur ont succédé : l'article L. 7321-2 qui définit le « gérant de succursale » en reprenant à peu près les termes de l'ancien L. 781-1 (de sorte que l'appellation « gérant de succursale » apparaît tout à fait inadéquate), et suit un article L. 7321-1 énonçant que « les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre » ; l'article L. 7322-2, qui définit le « gérant non salarié » d'une succursale de commerce de détail alimentaire en se tenant au plus près des termes de l'ancien L. 782-1, après que l'article L. 7322-1 déclare applicables à ce type de mandataire les dispositions du code rendus applicables aux « gérants de succursales » par les articles précédents.

Dans leur version initiale, les articles L. 773-1 et s. relatifs aux assistantes et assistants maternels semblaient relever de ce procédé de l'assimilation partielle aux salariés, mais ils évoquaient, depuis la loi du 27 juin 2005, le « contrat de travail des assistants maternels et des assistants familiaux ». On conviendra donc que ces dispositions, transférées dans le Code de l'action sociale et des familles (art. L. 423-1 et s.) par l'ordonnance du 12 mars 2007 relative à la nouvelle partie législative du Code du travail, illustrent plutôt la technique de la qualification légale du contrat du travailleur. Quant aux travailleurs à domicile, s'il n'était nulle part question de contrat de travail avec le donneur d'ordre dans les articles L. 721-1 et s. du Code du travail leur assurant le bénéfice des « dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés », et s'il n'en est pas davantage question dans les articles L. 7411-1 et s. nouv. C. trav. qui reprennent à peu près le texte antérieur, des dispositions réglementaires et des arrêts de la Cour de cassation parlent du contrat de travail de ces personnes ou les qualifient sans réserve de « salariés » (ex. : Soc., 2 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 157). Enfin, l'article L. 784-1 du Code du travail, introduit par une loi de 1982 et visant « le conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité », mais bénéficiant au partenaire d'un pacte civil de solidarité depuis la loi du 15 novembre 1999, paraissait également opérer simple assimi-

lation aux salariés en rendant les dispositions de ce code applicables à l'intéressé. La Cour de cassation avait apporté une contribution majeure à son interprétation en précisant que « l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition nécessaire à l'application du statut de conjoint salarié », seules important la réalité de la participation à l'activité professionnelle du conjoint et la perception d'une rémunération horaire au moins égale au SMIC (Soc., 6 nov. 2001, *D.* 2002. 987, note P. Rossi, et *Somm.* 766, obs. P. Lokiec ; *JCP* 2002. II. 10030, note D. Corrigan-Carsin ; 24 janv. 2007, *Bull. civ.* V, n° 12) ou, à défaut de cette perception effective d'une rémunération, le fait que ce concours ait été apporté « dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux » (Soc., 13 déc. 2007, *Dr. soc.* 2008. 242, obs. J. Savatier ; *RDT* 2008. 100, obs. B. Lardy-Pélissier). En parlant de « statut de conjoint salarié » et en avançant, dans son propre commentaire, que la convention entre époux ou compagnons « pacsés » est un « contrat *sui generis* » (*Rapport de la Cour de cassation* 2001, p. 373), la Cour semble percevoir cette convention comme un contrat de travail spécial, à la manière de celui du VRP ou de l'artiste du spectacle. Cette lecture est discutable. Quoi qu'il en soit, ce texte n'a pas été repris dans la nouvelle partie législative du code et se trouve donc abrogé par l'effet de l'article 12, I, de l'ordonnance du 12 mars 2007. Ce choix législatif paraît reposer sur une erreur d'analyse juridique, car l'article L. 121-4 du Code de commerce, issu de la loi du 2 août 2005 et relatif au statut du conjoint du chef d'une entreprise, n'a assurément pas une portée analogue à celle de l'article L. 784-1 tel qu'interprété par la jurisprudence.

Il est vrai que les deux procédés de « forçage » de la qualification sont rarement distingués. Le second est pourtant fort original, puisqu'il consiste à étendre l'application d'un droit conçu pour des salariés à des professionnels qui n'ont pas cette qualité (quand ils ne sont pas commerçants) et qui ne l'acquièrent pas pour autant. D'ailleurs, les arrêts de la Cour de cassation qui, tel l'arrêt *Le Boulanger* du 13 janvier 1972 (n° 4), sont venus tirer de l'oubli la loi du 21 mars 1941, ont suscité en leur temps une réelle perplexité.

Selon l'article L. 781-1 en vigueur jusqu'à mai 2008 et dont on retrouve la substance, sous une présentation un peu modifiée, aux articles L. 7321-1 et 2 nouv. C. trav., les dispositions de ce code sont applicables, sous quelques réserves, notamment aux « personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature (...) qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou 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 ». La « loi » du gouvernement de Vichy dont provenait ce texte entendait protéger des tenanciers de librairies de gare approvisionnées par une entreprise de messageries ou à des vendeurs de billets de loterie. Or, des commerçants insérés dans des réseaux de distribution de produits de firmes puissantes ont sollicité cette disposition pour réclamer un complément de rémunération (à concurrence du SMIC), la rémunération d'heures supplémentaires, des indemnités de congés payés, des indemnités découlant de l'application du régime du licenciement à la rupture ou au non-renouvellement de leur contrat, ou pour demander la résiliation du contrat pour manquement de leur partenaire aux obligations découlant du Code du travail, et d'abord, bien sûr, pour fonder la compétence du conseil de prud'hommes saisi de l'une ou l'autre de ces demandes.

2. Reprenant la solution d'un arrêt antérieur (Soc., 23 oct. 1968, *Bull. civ. V*, n° 455), quatre décisions rendues par la chambre sociale le 13 janvier 1972 ont estimé que des gérants libres de stations-service, liés à des compagnies pétrolières par des contrats de location-gérance et de concession exclusive, remplissaient les conditions posées par ce texte. L'arrêt *Le Boulter*, extrait de cette série, estime notamment que la loi du 21 mars 1941 (l'affaire était antérieure à l'adoption du Code du travail de 1973) n'a pas été modifiée par la loi du 20 mars 1956 sur la location-gérance de fonds de commerce (aujourd'hui art. L. 144-1 et s. C. com.), qui « *n'est pas incompatible avec elle* » bien qu'elle confère au locataire-gérant la qualité de commerçant. Puis il approuve la cour d'appel d'avoir déduit de ses constatations que le gérant de station-service de l'espèce distribuait les produits de la compagnie pétrolière dans des *conditions en fait imposées* par cette dernière, qu'en particulier « *il lui était en fait interdit de pratiquer une politique personnelle de prix* », et qu'il remplissait dès lors les conditions énumérées par la loi de 1941, peu important qu'il ait eu toute liberté d'embaucher du personnel.

La Cour a, depuis lors, maintenu sa position. Notamment à propos de gérants libres de stations-service (ex. : Soc., 27 févr. 1974, *Bull. civ. V*, n° 145 ; 18 déc. 1975, *D.* 1976. 399, note A. Jeammaud ; 18 nov. 1981, *D.* 1983. 242, 3^e esp., note Y. Saint-Jours ; 13 janv. 1983, *Bull. civ. V*, n° 14 ; plus récemment : Soc., 12 juill. 2005, *JCP S* 2006, 1263, note J.-F. Césaro). Mais aussi au profit d'autres professionnels de la distribution, le cas échéant propriétaires d'un fonds de commerce (concessionnaires, distributeurs exclusifs), que les clauses de leur contrat et les modalités effectives de leur activité plaçaient dans les conditions de l'article L. 781-1 C. trav., y compris des franchisés (Soc., 7 juill. 1977, *Bull. civ. V*, n° 482 ; 25 févr. 1998, *JCP* 1998, E, 536,

obs. P. Morvan ; 4 décembre 2001, arrêt n° 5 ; voir aussi un arrêt assez équivoque : Soc., 3 mai 1995, *JCP* 1995, E, 748, note L. Leve-
neur). Dans le même temps, elle a rendu des arrêts favorables à l'affi-
liation au régime général de la Sécurité sociale, en vertu de l'art.
L. 311-2 du Code de la sécurité sociale (art. L. 241 de l'ancien code),
de professionnels qui, par ailleurs, auraient été assimilés à des salariés
par l'effet de ce même article L. 781-1. Il ne faut pas en conclure,
cependant, que tout gérant libre de station-service ou tout franchisé
est assimilé à un salarié. Tout dépend des clauses des conventions
et autres circonstances d'espèce, telle personne pouvant travailler en
franchisage dans les conditions du texte, que ne remplira pas tel autre
professionnel également lié par un contrat de franchise.

La solution a pu être, pour les firmes, d'alléger les sujétions contrac-
tuellement imposées à ces gérants par rapport à ce qu'elles étaient
couramment à l'époque où les intéressés ont commencé à solliciter
l'article L. 781-1 du Code du travail (et les URSSAF à faire jouer,
à leur propos, l'article L. 241 ancien CSS). L'assimilation aux salariés
semblant ne pouvoir concerner que des personnes physiques, une autre
manière d'échapper au droit social a paru être de ne franchiser que
des sociétés ou de ne consentir de gérance libre qu'à des sociétés,
notamment à des sociétés constituées à cette fin. Mais la Cour de
cassation a choisi de déjouer une habileté juridique qui lui semblait,
sans doute, confiner à la fraude à la loi. Ainsi a-t-elle estimé que,
même si le contrat de gérance était conclu avec une société, les asso-
ciés étaient fondés à se prévaloir de l'article L. 781-1 — sans qu'il
leur soit nécessaire d'établir le caractère « factice » ou fictif de la
personne morale — *s'il s'avérait que « l'activité professionnelle était,
en fait, exercée » par eux* (Soc., 3 nov. 2005, *JCP* S 2005, 1399, note
J.-F. Césaro ; v. déjà, implicitement : Soc., 12 juill. 2005, *préc.*, admet-
tant que le fondateur et gérant de la société constituée pour la gérance
de deux stations-service bénéficie du texte). De même, et à plus forte
raison, dans une espèce où « analysant les contrats et appréciant les
conditions de fait dans lesquelles la station-service était exploitée, les
juges du fond, *restituant aux faits et aux actes litigieux leur exacte
qualification*, ont retenu que si la société B., dont les époux B. étaient
cogérants, était la signataire des contrats de location-gérance et de
mandat, les clauses desdits contrats révélaient *l'instauration d'un lien
direct entre la Société (pétrolière) et les époux B., la société B. n'étant
qu'une "société de façade"* » (Soc., 22 mars 2006, *JCP* S 2006, 1393,
note S. Brissy ; *Dr. soc.* 2006, 789, 2^e esp., obs. J. Savatier). Ces
décisions illustrent à nouveau la ligne jurisprudentielle *Barrat-Labbane*.

La constance de la Cour de cassation dans la mise en œuvre de ce
qui est désormais le couple formé par les articles L. 7321-1 et 2 nouv.
C. trav. s'est affirmée contre les critiques suscitées par les arrêts de

1972 : comment assimiler un « gérant libre » à un salarié embauché pour gérer le fonds, et comment un professionnel peut-il être à la fois, pour la même activité, commerçant et salarié ? Quelques arrêts ont assumé cet apparent paradoxe en parlant de « gérant salarié » ou de « cumul de la qualité de commerçant vis-à-vis des tiers et d'employé vis-à-vis de la société concédante », Mais ces formules sont erronées, car les intéressés ne cumulent pas les qualités d'indépendant et de salarié parce que l'article L. 781-1 ne faisait pas — et les textes nouveaux ne font pas — de leur contrat un contrat de travail. La condition juridique des intéressés (inopportunément dénommés « gérants de succursales » par le nouveau texte du code) présente la même structure complexe que celle, plus précisément réglée, des « gérants non salariés » des anciens articles L. 782-1 et s. et articles L. 7322-1 et s. nouv. C. trav. Gérants succursalistes, distributeurs, gérants libres de fonds de commerce, et autres professionnels « saisis » par ce segment singulier du Code du travail, ont licence d'employer eux-mêmes des salariés, ce qu'exclut le droit commun du contrat de travail, et il n'en irait autrement que si les circonstances d'espèce appelaient pure et simple requalification de leur contrat en contrat de travail. On notera que, dans ses arrêts récents plus haut cités, la chambre sociale veille à respecter, par la terminologie choisie, la singularité technique du procédé d'assimilation aux salariés à l'œuvre dans ces dispositions légales. Elle manifeste une exemplaire rigueur lorsqu'elle souligne que des gérants exerçaient leur activité, non dans le cadre d'un « contrat de travail de droit commun », « mais dans les conditions fixées par l'article L. 781-1, 2° » (Soc., 8 mars 2006, *Dr. soc.* 2006. 789, 1^{re} esp., obs. J. Savatier), ou que l'on se trouve en présence de « personnes protégées en tant que travailleurs » au sens de normes communautaires, notamment de la directive « transfert d'entreprise » dans ses versions successives (Soc., 12 juill. 2005, *préc.*).

B — L'indifférence à l'existence d'un lien de subordination

Trois arrêts rendus le 4 décembre 2001 par la chambre sociale dans des affaires concernant des transporteurs franchisés d'une société de transport rapide (dont l'arrêt n° 5) ont rappelé que l'art. L. 781-1 du Code du travail (art. L. 7321-1 nouv. C. trav.) ne subordonne l'application du Code du travail ni à la caractérisation d'un contrat de travail, ni même à la constatation de l'existence d'un lien de subordination. Ils en déduisent que l'application des dispositions de ce code est acquise dès lors que se trouvent réunies les conditions décrites par ce texte. Dès lors qu'elles sont « en fait, réunies (...) quelles que soient les énonciations du contrat ». Il y a là une nouvelle manifestation du

réalisme de la Cour, qu'illustre l'approbation donnée à l'appréciation des faits de l'espèce par les juges du fond et dont d'autres arrêts allaient porter témoignage (ex. : Soc., 3 nov. 2005 et 22 mars 2006, *préc.*). La précision rappelle aussi l'indisponibilité de la compétence étendue des règles du Code du travail, dont on trouve corollaire dans l'actuel article L. 7321-5 inspiré du texte antérieur du code (« *Est nulle toute convention contraire aux dispositions du présent* ») et qui fait pendant à l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail (*supra* n° 3). Si des arrêts ont admis que des pompistes gérants libres pouvaient opter pour l'application d'accords interprofessionnels du pétrole de 1973-1977 en renonçant à celle du Code du travail (Soc., 8 avr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 266 ; 2 juin 1993, n° 2326 D), c'est à la condition, semble-t-il, que cette renonciation soit postérieure à l'acte de rupture du contrat.

L'attendu de principe commun aux arrêts *Société France acheminement* précise que le bénéfice des dispositions auxquelles renvoient aujourd'hui les articles L. 7321-1 et s. nouv. C. trav. ne requiert pas que soit établie l'existence d'un lien de subordination. La Cour distingue avec raison l'exercice d'une activité « dans un lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail de droit commun » et cet exercice « dans les conditions fixées » par ces articles particuliers (Soc., 8 mars 2006, *préc.*). Mais, au total, la liste n'est pas négligeable des catégories de personnes, salariées (« par contrat de travail ») ou assimilées aux salariés, auxquelles les dispositions du Code du travail s'appliquent *sans qu'il y ait lieu de rechercher* si elles se trouvent dans un état de subordination à l'égard de leur cocontractant. Encore cette liste est-elle désormais amputée du conjoint ou du partenaire « pacsé » de l'ancien article L. 784-1 du Code du travail, tel qu'interprété par des arrêts de la Cour de cassation précédemment signalés (Soc., 6 nov. 2001, *D.* 2002. 987, note P. Rossi, et *Somm.* 766, obs. P. Lokiec ; *JCP* 2002. II. 10030, note D. Corrigan-Carsin ; 24 janv. 2007, *Bull. civ. V*, n° 12 ; 13 déc. 2007, *Dr. soc.* 2008. 242, obs. J. Savatier ; *RDT* 2008. 100, obs. B. Lardy-Pélissier). Si, dans des situations concernant des personnes appartenant à ces catégories, un rapport de subordination est constaté, la qualification de contrat de travail doit être retenue, le cas échéant par requalification d'une convention autrement dénommée (ex., pour des situations assez proches de celle de l'arrêt n° 5 : Crim. 17 juin 2003, *TPS* 2003 ; Soc., 15 mars 2006, *Dr. soc.* 2006. 695, obs. J. Savatier), avec diverses conséquences quant aux droits et obligations des intéressés (ex. : Crim. 22 oct. 2002, *Bull. crim.*, n° 192 : délit de recours au travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié retenu à l'encontre d'un restaurateur employant son épouse en qualité de cuisinière, de façon durable et permanente, dans une activité de collaboration excédant la mesure d'une contribu-

tion aux charges du mariage et dans un rapport de subordination, sans l'avoir déclaré aux organismes sociaux, sans lui avoir délibéré de bulletins de paie, etc.).

Ces clarifications ne peuvent faire oublier la complexité engendrée par le jeu de textes comme les articles L. 7321-1 et s. nouv. C. trav. Ceux-ci donnent naissance à des *situations mixtes* qui appellent application distributive ou cumulative de l'essentiel du droit commun du travail (et des dispositions conventionnelles) et des règles de droit civil ou de droit commercial régissant la location-gérance, le mandat d'intérêt commun ou le contrat de franchise. La distribution entre ces différents corps de règles, ou leur combinaison, s'avère parfois délicate. Les intéressés peuvent réclamer le bénéfice du régime de la durée du travail, des repos et congés, du salaire minimum, du licenciement lorsque leur contrat prend fin à l'initiative de leur partenaire (ex. : Soc., 28 oct. 1997, *Bull. civ. V*, n° 351 ; 15 mai 2007, *Dr. soc.* 2007. 1054, obs. J. Savatier : bénéfice de ce qui est l'art. L. 1226-2 nouv. C. trav. en cas d'incapacité à reprendre l'emploi à l'issue d'une période de suspension pour cause de maladie), ou de l'article L. 122-12, al. 2 repris à l'article L. 1224-1 (Soc., 12 juill. 2005, *JCP S* 2006, 1263, note J.-F. Césaro). En revanche, le locataire-gérant d'une station-service remplissant les conditions de l'article L. 7321-2 nouv. C. trav. ne saurait cumuler, au titre de la même année, salaires et bénéfices commerciaux (Soc., 13 mars 2001, *Dr. soc.* 2001. 547, obs. Ch. Radé), alors que l'éventuelle indemnité de licenciement lui est due quel que soit le bénéfice qu'il a pu réaliser dans l'exploitation de la succursale ou du fonds (Soc., 11 déc. 1985, *Bull. civ. V*, n° 606), mais sans pouvoir se cumuler avec l'indemnité de fin du contrat de location-gérance (Soc., 26 févr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 133). Quant à la compétence juridictionnelle, elle varie selon que le litige concerne la dimension de rapport d'emploi ou les conditions de travail (compétence prud'homale : Soc., 9 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 313 ; 22 mars 2006, *Dr. soc.* 2006. 789, 2^e esp., obs. J. Savatier ; *JCP S* 2006, 1393, note S. Brissy ; nullité corrélatrice de la clause attributive de compétence : Soc., 1^{er} juin 1994, *Bull. civ. V*, n° 185) ou qu'il porte sur les modalités commerciales d'exploitation ou un déficit de gestion (compétence commerciale : Soc., 22 nov. 1979, *Bull. civ. V*, n° 890 ; 8 mars 2006, *préc.*).

6-9

SALARIÉS DE DROIT PUBLIC ET SALARIÉS DE DROIT PRIVÉ DU SECTEUR PUBLIC

**6. T. confl. 25 mars 1996 — 7. CE, Ass. 8 juin 1973 —
8. T. confl. 15 janvier 1968 — 9. CE, Ass. 1^{er} juillet 1988**

I. — Le critère du contrat de travail de droit public

6. T. confl. 25 mars 1996

Berkani c. CROUS de Lyon-Saint-Étienne

(*Lebon*, p. 535, concl. Ph. Martin ; *Bull. T. confl.* n° 6 ; *D.* 1996. 598,
note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc.* 1996. 735, obs. X. Prétot ; *RJS* 7/96, n° 851)

ARRÊT

Le tribunal : — Vu, enregistrée à son secrétariat le 6 novembre 1995, la lettre par laquelle le garde des Sceaux, ministre de la Justice, transmet au tribunal le dossier de la procédure opposant M. Berkani au Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) de Lyon-Saint-Étienne ;

Vu le déclinatoire de compétence présenté le 14 mars 1994 par le préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et tendant à ce que le conseil de prud'hommes de Lyon se déclare incompétent et renvoie devant la juridiction administrative la demande par laquelle M. Berkani réclame la condamnation du CROUS de Lyon-Saint-Étienne à lui payer des indemnités de préavis, de licenciement, de congés et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; — Vu le jugement, en date du 3 juillet 1995, par lequel le conseil de prud'hommes de Lyon a condamné le CROUS de Lyon-Saint-Étienne à payer à M. Berkani 25 849,78 F au titre de l'indemnité de licenciement, 16 326,20 F au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, 1 632,60 F au titre des congés payés et 146 935,80 F à titre de dommages-intérêts pour licenciement abusif ; — Vu l'arrêt du 3 août 1995 par lequel le préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône, a élevé le conflit ; — Vu, enregistrées comme ci-dessus les observations présentées au nom de M. Berkani et tendant d'une part à ce que l'arrêté de conflit soit déclaré nul tant en raison de sa tardiveté que de l'appel interjeté par le CROUS de Lyon-Saint-Étienne devant la cour d'appel de Lyon et d'autre part à ce que la compétence du conseil de prud'hommes soit confirmée ;

— Vu, enregistrées comme ci-dessus, le 15 décembre 1995, les observations du ministre du Travail et des Affaires sociales et tendant à ce que soit déclaré nul le jugement du 3 juillet 1995 du conseil de prud'hommes de Lyon et à ce que l'arrêté de conflit soit confirmé, par les motifs que l'article 21 du décret du 5 mars 1987 dispose que les personnels ouvriers sont des agents contractuels de droit public [...];

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ; — Vu les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 ; — Vu la loi du 24 mai 1872 ; — Vu l'ordonnance des 12-21 mars 1831 modifiée ; — Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié [...];

Sur la compétence : — Considérant que *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* ; — Considérant que M. Berkani a travaillé depuis 1971 en qualité d'aide de cuisine au service du CROUS de Lyon-Saint-Étienne ; qu'il s'ensuit que le *litige l'opposant à cet organisme, qui gère un service public à caractère administratif, relève de la compétence de la juridiction administrative* et que c'est à juste titre que le préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône, a élevé le conflit ;

Art. 1^{er}. — L'arrêté de conflit pris le 3 août 1995 par le préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône, est confirmé.

Art. 2. — Sont déclarés nuls et non avenus la procédure engagée par M. Berkani devant le conseil de prud'hommes de Lyon, le jugement de cette juridiction du 3 juillet 1995 et la procédure subséquente.

OBSERVATIONS

Les travailleurs du secteur public sont, soit des *agents publics* (dans l'Administration), soit des *salariés dits « de droit privé »* liés à leur employeur par un contrat de travail soumis au Code du travail (salariés des personnes morales, même publiques, chargées d'un service public industriel ou commercial, et salariés des entreprises publiques du secteur concurrentiel). Les agents publics sont en majorité des fonctionnaires, nommés par un acte administratif unilatéral dans un emploi public, placés à l'égard de l'Administration « dans une situation statutaire et réglementaire » (art. 4 de la loi du 13 juillet 1983), régis par le statut général des fonctionnaires et les dispositions propres à l'une ou l'autre des trois fonctions publiques (de l'État, territoriale ou hospitalière). Mais le secteur public administratif a également recours à nombre de non-fonctionnaires. Les contours de la catégorie et la condition de ces *agents publics non titulaires* ont longtemps souffert d'incertitudes. L'enjeu premier de la qualification d'agent public ou de « salarié privé » de l'Administration étant la détermination du juge compétent, une abondante jurisprudence du Tribunal des conflits, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, s'est développée. Elle a pourtant tardé à livrer des repères assez clairs pour réduire un irritant contentieux. Rendu par la première de ces hautes juridictions, l'arrêt *Berkani* (n° 6) a enfin simplifié la situation, tout en précisant que les

agents publics non fonctionnaires travaillaient dans le cadre d'un *contrat de travail de droit public*.

Il est acquis depuis longtemps que, lorsque l'employeur est une personne de droit privé chargée d'un service public, même administratif, le contrat de travail relève du Code du travail et son contentieux de la juridiction prud'homale (T. confl. 19 mai 1958, *JCP* 1958. II. 10658, note P. Laroque : caisses de sécurité sociale ; 20 nov. 1961, *D.* 1962. 369 : centre anticancéreux ; CE 4 avr. 1962, *Lebon*, p. 244 : fédération départementale de chasseurs ; 1^{er} févr. 1995, *RJS* 3/95, n° 308 : association créée par une chambre de commerce).

Procèdent de la même inspiration les nombreux arrêts concernant les enseignants d'établissements privés sous contrat d'association avec l'État (pour des faits antérieurs à une loi de janvier 2005 qui sera évoquée plus avant), ou délégués dans des établissements privés, et placés sous l'autorité des chefs de ces établissements : recrutés et rémunérés par l'État, ils sont, dans leurs rapports avec ces établissements, régis par le Code du travail et relèvent des conseils de prud'hommes (Ass. plén. 20 déc. 1991 et Soc. 5 février 1992, *Dr. soc.* 1992.439, note J. Savatier ; Soc. 5 nov. 1993, *JCP* G 1994. II. 22180, concl. M. Jéol, note Y. Saint-Jours ; 1^{er} juill. 1998, *RJS* 8-9/98, n° 1033 ; 25 mars 1998, *Dr. soc.* 1998. 616, obs. J. Savatier ; 6 déc. 2005, *JCP* S 2006. 1143, note B. Boubli). De même, Cour de cassation et Tribunal des conflits estiment-ils que le fonctionnaire mis à la disposition ou détaché auprès d'un organisme de droit privé se trouve lié à celui-ci par un contrat de travail qui en fait un salarié relevant du Code du travail (Soc. 20 juin 1990, *RJS* 8-9/1990, n° 643 ; Ass. plén. 20 déc. 1996, *Dr. soc.* 1997. 710, note J.-F. Lachaume ; T. confl. 10 mars 1997, *Dr. soc.* 1997. 717, concl. J. Sainte-Rose ; 7 juin 1999, *D.* 2000, Somm. 81, obs. F. Debord ; Soc. 5 mars 1997, *Bull. civ.* V, n° 99 ; 13 mars 2001, *Dr. soc.* 2001. 544, obs. J. Savatier ; 9 nov. 2005, *Bull. civ.* V, n° 316 ; 19 juin 2007, n° 05-44814, *D.* 2007, AJ. 2035), encore que le régime du détachement et l'acte administratif qui l'opère ou y met fin troublent le jeu des dispositions de ce code (ex. : Soc. 19 juin 2007, *JCP* S 2007, 1837, note B. Gauriau).

Le critère *organique* était, en revanche, écarté lorsque l'employeur avait qualité de personne morale de droit public. La jurisprudence retenait à titre principal le critère de la participation directe à l'exécution du service public, et à titre subsidiaire, pour les agents contractuels, celui de la présence dans le contrat de clauses exorbitantes du droit commun (CE 24 janv. 1947, *Joly*, *Lebon*, p. 27). Celui dont la condition répondait à l'un ou l'autre de ces critères avait la qualité d'agent public et le contentieux de son rapport de travail relevait du juge administratif (CE 4 juin 1954, *Affortit* et *Vingtain*, *Lebon*, p. 342, concl. J. Chardeau). Tribunal des conflits et Conseil d'État entendaient

assez strictement la notion de clause exorbitante du droit commun (T. confl. 14 avr. 1986, *Mme Wagner*, *Dr. soc.* 1987, 131, note G. Renaud ; CE 26 sept. 1986, *Époux Herbelin*, *AJDA* 1986. 714, obs. J. Moreau ; *JCP* 1988. II. 20 922, note Y. Saint-Jours ; *D.* 1987, Somm. 190, obs. F. Llorens). S'agissant de la participation directe à l'exécution du service public, la tendance était de distinguer selon la tâche assurée : les tâches nobles relevaient du fonctionnement du service public (chef d'orchestre engagé par une ville pour organiser et diriger sa saison musicale : Soc. 20 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 330), au contraire des missions plus modestes (serveuse de restaurant universitaire : T. confl. 19 avr. 1982, *Mme Robert*, *D.* 1982. 546, note J. Imbert ; ouvrier d'entretien d'une forêt communale : T. confl. 10 janv. 1983, *Caule*, *Dr. ouvr.* 1983. 426, note Y. Saint-Jours ; employée au nettoyage des écoles et cantines scolaires : T. confl. 14 avr. 1986, *Mme Wagner*, *préc.* ; aide-mécanicien des services industriels et commerciaux de l'aéroport exploité par une chambre de commerce : T. confl. 24 févr. 1992, *RJS* 4/92, n° 483 ; employé de gardiennage et maintenance : T. confl. 16 janv. 1995, *Marquès-Gardès*, *Dr. ouvr.* 196. 172, note Y. Saint-Jours ; dans le même sens : Soc. 18 mars 1992, *RJS* 5/92, n° 657 ; Soc. 7 déc. 1994, *RJS* 1/95, n° 52). De plus, un même agent pouvait changer de qualité en cours d'emploi en raison d'une évolution de ses tâches, ou alterner les qualités. Ainsi avait-il été jugé que l'employée d'une commune, salariée de droit privé de cette dernière tant qu'elle nettoyait les locaux scolaires, était devenue agent public en assurant la garderie d'enfants qui fonctionnait pendant l'année scolaire parce qu'elle participait alors au service public de l'éducation nationale (T. confl. 25 nov. 1963, *Vve Mazerand*, *Lebon*, p. 792, *JCP* 1964. II. 13 466, note R. Lindon ; *GA*, 2^e éd., arrêt n° 7 ; v. aussi : T. confl. 22 juin 1992, *Rouquier*, *RJS* 10/92, n° 1146 ; rapp. : T. confl. 29 juin 1987, *Mme Bungener*, *JCP* 1989. II. 21 196, note G. Renaud, *D.* 1989, Somm. 63, obs. D. Chelle et X. Prétot).

Cette construction plaçait les agents les plus modestes dans une situation juridique complexe, voire absurde, bien que le Tribunal des conflits ait admis l'agent, en cas de rupture, à soumettre l'ensemble de ses demandes au juge compétent au regard de sa dernière qualification (26 nov. 1990, *Salliege*, *RJS* 3/91, n° 310). La Cour de cassation songeait cependant à une autre simplification, puisqu'elle avait, dans son *Rapport* pour l'année 1991, suggéré une modification du Code du travail afin d'attribuer compétence au conseil de prud'hommes pour connaître des litiges concernant les personnels des services publics « n'ayant pas un statut de fonction publique » (comme l'ancien article L. 511-1, l'article L. 1411-2 nouv. C. trav. confie au conseil de prud'hommes le règlement des litiges concernant « les personnels des services publics lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé »).

Rompant enfin avec un système jurisprudentiel excessivement complexe, l'arrêt *Berkani*, a opté pour le critère organique : « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quelles que soient la nature et les conditions de leur emploi* ». Il n'est plus question de distinguer selon que l'intéressé participe directement ou non à l'exécution du service. Le revirement est d'autant plus sensible que l'espèce concernait un aide de cuisine d'un restaurant universitaire et que le juge des conflits de compétence avait, quelques années plus tôt, estimé qu'une serveuse d'un établissement de ce genre était liée par un contrat de travail de droit privé (19 avril 1982, *Mme Robert*, *préc.*). D'ailleurs, si le critère organique présente l'avantage de désigner plus sûrement le juge compétent, sa consécration en 1996 a eu pour conséquence d'augmenter le nombre de ces salariés. Notons aussi que l'arrêt *Berkani*, rendu sur élévation du conflit par le préfet, a eu pour effet immédiat de priver un modeste agent de service public des indemnités de rupture qu'il venait d'obtenir du juge prud'homal. Cette observation pourrait nourrir la réflexion sur la dimension socio-juridique des revirements de jurisprudence relancée ces dernières années, qui a d'abord considéré leurs inconvénients du point de vue des employeurs.

Sur le plan de l'élaboration du droit jurisprudentiel, le Tribunal de conflits devait bientôt préciser que la qualité d'agent public était subordonnée à une double condition : que le service public soit géré par une personne publique (3 juin 1996, *Préfet des Yvelines, Lebon*, p. 541 ; 22 oct. 2001, *Cabanel*, *AJDA* 2002. 348, note M.-C. Rouault), et que l'intéressé soit bien affecté à la mission spécifique de ce service public (18 juin 2001, *Lelaidier*, *RJS* 10/01, n° 1180 : tel n'est pas le cas de l'agent recruté pour la gestion du domaine privé d'une commune). Sa position a aussitôt été adoptée par la Cour de cassation (Soc. 18 juin 1996, *Bull. civ.* V, n° 249 ; 9 juill. 1996, *ibid.*, n° 275 ; 28 oct. 1996, *ibid.* n° 355 ; 15 janv. 1997, *ibid.*, n° 21 ; 16 mai 2000, *ibid.*, n° 186 ; v. aussi : 2^e Civ. 19 avr. 1998, *D.* 2000. 232, note Th. Schmidt, qualifiant de service public administratif l'exploitation et l'entretien de la forêt privée d'une commune d'Alsace-Moselle) et par le Conseil d'État (CE 26 juin 1996, *Commune de Cereste, Lebon*, p. 246).

L'arrêt *Berkani* et ceux qui l'ont suivi qualifient les agents d'une personne publique assurant un service public administratif d'*agents contractuels de droit public*, levant ainsi les doutes quant à la nature de l'acte juridique générateur de leur rapport d'emploi. Cet acte et ce rapport sont de nature contractuelle, au contraire de ce qui caractérise la condition des fonctionnaires. Ce contrat ne pouvant être qu'un *contrat de travail*, on ne voit guère pourquoi il ne relèverait pas du même critère de qualification que celui soumis au Code du travail (sur ce critère voir *supra*, n° 1-3).

La qualification de contrat de droit public supporte naturellement l'exception législative. Ainsi la loi qualifie-t-elle certains contrats de travail de contrats de droit privé, bien qu'ils soient ou même s'ils sont conclus avec des personnes morales publiques gérant un service administratif : c'était le cas des contrats emploi-solidarité et contrats emploi consolidé supprimés par la loi du 18 janvier 2005 (anciens art. L. 322-4-8 et L. 322-4-8-1 C. trav.), c'est aujourd'hui celui des contrats d'accompagnement dans l'emploi (art. L. 5134-24 nouv. C. trav.), des contrats d'avenir (art. L. 5134-41) et des contrats emploi-jeunes (art. L. 5134-9, al. 1). Les litiges relatifs à ces *contrats de droit privé par détermination de la loi* relèvent, en principe, de la compétence des tribunaux judiciaires, donc des conseils de prud'hommes, mais le juge administratif est seul compétent pour statuer sur certains problèmes susceptibles de se poser à l'occasion de telles contestations (T. confl. 20 oct. 1997, *Lebon.*, p. 538 ; 7 juin 1999, *Dr. soc.* 1999. 762, concl. J. Arrighi de Casanova ; D. 2001. 266, note J.-G. Mahinga ; 13 mars 2000, *Lebon.*, n° 6 ; 3 juill. 2000, *Lebon.*, n° 14 et 1 ; 24 sept. 2007, *Mme Groc* et *Mme Vandembulcke*, *Dr. soc.* 2008. 94, concl. J. Duplat ; Soc., 9 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999. 143, note M. Keller ; 16 mars 1999, *Dr. soc.* 1999. 553, note C. Roy-Loustaunau). Qu'en est-il, toutefois, lorsqu'une association (parfois créée à cet effet) s'entremet pour recruter sous contrat aidé une personne aussitôt mise à la disposition d'un service public de l'État, alors que celui-ci est privé par une disposition légale expresse de la faculté de recourir à cette forme d'embauche (contrat emploi-solidarité hier, contrats emploi-jeune et d'accompagnement dans l'emploi aujourd'hui) ? Pour le Conseil d'État, la réaction à cette fraude à la loi devrait être la requalification du contrat avec l'association en contrat de travail de droit public liant à l'État, véritable employeur, dès lors seul débiteur des dettes salariales et indemnités de rupture, à réclamer devant le juge administratif (CE, avis, 16 mai 2001, *RJS* 10/01, n° 1219). La Cour de cassation a retenu une autre « sanction » : la requalification en contrat de travail de droit commun, donc à durée indéterminée, avec l'association elle-même, et contrat dont la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 10 juill. 2002, *Dr. soc.* 2002. 945, note C. Roy-Loustaunau). Sans doute plus favorable à l'intéressé (application du droit commun du licenciement, moindre durée du contentieux prud'homal), cette solution paraît discutable dès lors que le salarié a été soumis à l'autorité effective du service d'État, puisque la qualité d'employeur doit, selon la Cour elle-même, être reconnue au sujet à l'égard duquel l'intéressé se trouve subordonné (Soc. 13 oct. 1993, *Dr. soc.* 1993. 959 ; 1^{er} juill. 1997, *D.* 1998, Somm. 246, obs. I. Vacarie ; 20 oct. 1999, *D.* 2000, Somm. 380, obs. M.-C. Amauger-Lattes ; 20 janv. 2000, *RJS* 3/00, n° 341).

Mais l'intervention législative peut, au contraire, imposer la qualifi-

cation d'agent public, en rompant avec une jurisprudence constamment favorable à celle de salarié « de droit privé ». Ainsi la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 s'est-elle spectaculairement écartée des solutions jurisprudentielles évoquées plus haut en ce qui concerne les enseignants des établissements privés sous contrat d'association. Selon l'article L. 442-5 qu'elle a inséré dans le Code de l'éducation, les maîtres liés à l'État par contrat, et auquel est confié un enseignement en accord avec la direction d'un établissement de ce type, ont la qualité d'agents publics au lieu de se trouver liés par un contrat de travail à cet établissement (la loi de 2005 n'ayant pas de caractère interprétatif, elle ne s'applique pas aux situations antérieures à son entrée en vigueur : Soc., 17 oct. 2007, *JCP S* 2007, 1891) ; tout au plus sont-ils pris en compte pour la mise en place des institutions représentatives du personnel, électeurs et éligibles à ces institutions et bénéficiaires de leurs activités (la Cour de cassation est d'avis qu'ils peuvent aussi être désignés en qualité de délégué syndical : Cass., avis, 15 janvier 2007, *Bull. civ.*, *Avis*, n° 1 ; *D.* 2007, *AJ.* 446, obs. C. Dechristé). On peut trouver ce choix du législateur cohérent avec celui de l'arrêt *Berkani*, puisque les enseignants en question sont liés à l'État, recrutés et rémunérés par lui.

En sens inverse, la portée de la jurisprudence *Berkani* a été affectée par une loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Ce texte a ouvert à certains agents publics non titulaires, et pendant un délai d'un an à compter de sa publication, la faculté de demander que leur contrat de travail « soit un contrat de droit privé soumis aux dispositions du Code du travail » (art. 34.II et 35.II). Ces dispositions de circonstance devaient permettre à des agents de modeste niveau d'échapper au régime restrictif du cumul d'emplois.

II. — Le droit applicable aux agents contractuels de droit public

7. CE, Ass. 8 juin 1973

Dame Peynet

(*Lebon*, p. 406, concl. S. Grévisse ; *JCP* 1974. II. 17957, note Y. Saint-Jours)

ARRÊT

Sur la légalité : — Considérant que la dame Peynet a été recrutée le 17 septembre 1965 par le Territoire de Belfort en qualité d'infirmière auxiliaire pour exercer ses fonctions à l'institut médico-pédagogique « Les Eparses » à Chaux ; que

lesdites fonctions la faisaient participer à l'exécution du service public ; qu'ainsi, elle avait la qualité d'agent de droit public ; qu'alors qu'elle était enceinte et avait adressé à l'administration un certificat attestant son état de grossesse, elle a été licenciée par une décision du préfet du Territoire de Belfort en date du 4 août 1967 ;

Cons. qu'à la date de son licenciement, les seules dispositions relatives à la situation du personnel auxiliaire du Territoire de Belfort avaient trait à la rémunération et aux congés et ne comportaient, notamment, aucune garantie du maintien des femmes enceintes dans leurs emplois ;

Mais cons. que *le principe général, dont s'inspire l'article 19 du livre 1^{er} du Code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose ;* que, par suite, la décision du préfet du Territoire de Belfort, qui a été prise en méconnaissance de ce principe, est entachée d'excès de pouvoir ; que, dès lors, la dame Peynet est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Besançon a rejeté les conclusions de sa demande dirigées contre cette décision ;

Sur l'indemnité : — Cons. que la dame Peynet demande que le Territoire de Belfort soit condamné à lui payer, d'une part, les émoluments dont elle a été privée pendant la période allant de la date d'effet de son licenciement à la fin de la douzième semaine qui a suivi l'accouchement, d'autre part, une indemnité de 5 000 F en réparation des autres préjudices que lui a causés la décision illégale du préfet ; que, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment de ce que la requérante a retrouvé un autre emploi quelques semaines après son licenciement, il y a lieu de fixer au total à 2 000 F, et non à 300 F comme l'on fait les premiers juges l'indemnité qui lui est due par le Territoire de Belfort ;... (Annulation de la décision attaquée ; indemnité portée à 2 000 F ; réformation du jugement de ce sens ; rejet du surplus ; dépens d'appel mis à la charge du Territoire de Belfort).

OBSERVATIONS

A — Un régime composite

Le contrat de travail de droit public appartient à la famille des contrats administratifs, et les litiges relatifs à sa conclusion, son exécution ou sa rupture relèvent donc des juridictions administratives. S'agissant du droit applicable, quelques dispositions du Code du travail concernent les salariés de droit public ou nombre d'entre eux : dispositions particulières relatives à l'indemnisation du chômage (art. L. 5424-1 nouv. C. trav.), textes d'application plus générale, comme ceux relatifs à la grève dans les services publics (art. L. 2512-1 et s.), ou dispositions que d'autres déclarent applicables aux agents publics non titulaires comme celles relatives au délai de préavis en cas de licenciement ou à l'indemnité de licenciement (art. L. 1234-14), à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (art. L. 3221-1) ou encore aux congés des salariés candidats ou élus à un mandat parle-

mentaire ou local (art. 3142-64). Sans compter les dispositions du Code (sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, par exemple) rendues applicables à certains agents publics par des articles de lois particulières. Ajoutons que le régime du travail dans le secteur des services publics administratifs est tributaire de certaines dispositions majeures du Code du travail qui, à défaut d'appréhender les relations entre les personnes publiques et leurs agents (publics), fonctionnaires ou contractuels, ont une incidence sur l'accès à l'emploi public en leur sein ou sur leurs pratiques de gestion de la main-d'œuvre. On songe à la prohibition et à l'incrimination du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, auxquelles ne soustrait pas la circonstance que le personnel de l'établissement public pratiquant cette opération ne relève pas du Code du travail (Crim. 30 sept. 2003, *Dr. soc.* 2004. 205, obs. F. Duquesne). On pense, plus encore, à la portée reconnue à l'article L. 1224-1 nouv. C. trav. (ancien art. L. 122-12, al. 2), sous l'influence de l'interprétation du droit communautaire par la Cour de Luxembourg : cette disposition impose à une personne morale publique reprenant, dans le cadre d'un service public administratif, l'activité d'une entité économique privée, de poursuivre l'exécution des contrats de travail des salariés employés par cette entité (v. notamment : Soc. 14 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003. 437, obs. A. Mazeaud ; v. observations, *infra*, sous n° 62-64), avec obligation de leur proposer un contrat de droit public (article 20 de la loi du 26 juillet 2005, repris par l'art. L. 1224-2 nouv. C. trav. ; sur lequel v. : CE, avis, 21 mai 2007, *Dr. soc.* 2007. 969, concl. F. Sénès).

Est-ce dire que la condition du contractuel de droit public échappe aux autres dispositions, donc à l'essentiel, du Code du travail ? La réponse reste affirmative depuis l'arrêt *Dame Peynet* (n° 7), qui réserve seulement l'application des « *principes généraux du droit du travail* ». Pourtant, si une personne morale publique choisit d'embaucher par contrat de travail au lieu de recruter un fonctionnaire, il serait juste que ce contrat soit, sauf texte législatif exprès, soumis à un Code du travail dont aucune disposition générale — dans sa version de 1973 — ne limitait l'application aux salariés « de droit privé ». Dans son fameux arrêt de 1973, le Conseil d'État a cependant préféré la solution qui consiste à appliquer au cas par cas aux salariés de droit public — et à condition *qu'aucune nécessité propre au service public en cause ne s'y oppose* — les *principes généraux du droit du travail*. Il s'agit là de normes dont certains articles du Code du travail sont réputés « s'inspirer » — ou apparaissent comme des déductions pour une catégorie particulière de situations ou des applications particulières — et que le juge est censé « découvrir » à partir de ces dispositions, c'est-à-dire qu'il choisit de dégager par une sorte d'induction amplifiante.

La pérennité de cette solution paraît assurée, car l'application subsidiaire des dispositions du Code du travail elles-mêmes paraît difficile,

aujourd'hui que la nouvelle partie législative de ce code recèle des règles plus nombreuses et plus précises sur le champ d'application de ses divers segments. Aucune ne donne compétence à ces longues séries d'articles au-delà du cercle des « employeurs de droit privé » et de leurs salariés et du « personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé », notamment des établissements publics à caractère industriel et commercial (et, pour la partie « Santé et sécurité du travail », des établissements de santé du secteur public hospitalier), ou, en vertu de dispositions particulières, de la Banque de France (« institution dont le capital appartient à l'État », personne publique chargée de missions qui « sont pour l'essentiel de nature administrative », mais dont le personnel se voit appliquer les dispositions du Code du travail qui ne sont incompatibles ni avec son statut, ni avec ces missions de service public : CE 30 juill. 2003, *Dr. ouvr.* 2004. 176, note F.S. ; 20 déc. 2006, *Dr. ouvr.* 2007, 568, note M. Cohen).

L'arrêt *Dame Peynet* déclare applicable aux femmes ayant la qualité d'agents publics le principe général dont s'inspire le texte repris par l'article L. 1225-4 nouv. C. trav., selon lequel « aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse » (dans le même sens : CE 9 juill. 1997, *Centre hospitalier de Draguignan*, *RJS* 8-9/97, n° 1034 ; *D.* 1999, Somm. 48, obs. P. Bon et D. de Béchillon). La Haute juridiction administrative allait ensuite « découvrir » derrière des dispositions du Code du travail, et déclarer applicables aux agents publics contractuels, un principe général imposant de verser une rémunération au moins égale au SMIC (CE 23 avr. 1982, *Ville de Toulouse*, *Lebon*, p. 52, concl. D. Labetoulle ; *D.* 1983. 8, note J.-B. Auby). Plus tard, elle a dégagé un principe général dont s'inspireraient tant les dispositions du Code du travail que les règles applicables aux fonctionnaires : en cas d'inaptitude définitive et médicalement constatée à l'emploi occupé, l'employeur a l'obligation de reclasser l'intéressé dans un autre emploi ou, si ce reclassement est impossible, de procéder à son licenciement (CE 2 oct. 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, *AJDA* 2002. 1294, concl. D. Piveteau ; *Dr. ouvr.* 2003. 23, note F. Héas). Si le principe a été appliqué, en l'espèce, à un agent titulaire pour combler une lacune du statut particulier du personnel administratif des chambres de commerce et d'industrie, nul doute qu'il s'applique aussi aux contractuels de droit public.

Ces salariés peuvent également se prévaloir d'autres « principes généraux du droit du travail » dégagés par le Conseil d'État pour apprécier la légalité du statut réglementaire du personnel d'entreprises publiques, c'est-à-dire de salariés « privés » du secteur public (v. *infra* III) : principe de prohibition des sanctions pécuniaires, que le juge administratif estime implicitement « énoncé » à travers une disposition

devenue l'article L. 1331-2 nouv. C. trav. (CE 1^{er} juill. 1988, *Billard et Volle*, *infra* n° 9) ; principe de prohibition des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux à l'égard des grévistes, « énoncé » par le législateur créant la disposition de l'article L. 521-1, al. 2 aujourd'hui absorbée par celle de l'article L. 2511-1, al. 2 nouv. C. trav. (CE 12 nov. 1990, *Malher, Lebon*, p. 321 ; *AJDA* 1991. 332, note M. Hécquard-Théron ; *D.* 1992, *Somm.* 159, obs. D. Chelle et X. Prétot) ; principe subordonnant à un entretien préalable le prononcé d'une sanction disciplinaire, « rappelé » par l'article L. 122-41 du Code du travail, donc par l'article L. 1332-2 nouv. C. trav. (CE 28 juill. 1993, *Fédérations FO et CGT des tabacs et allumettes, Lebon*, p. 573 ; *AJDA* 1993. 739, *Chron. Ch. Maugué et L. Touvet*, p. 682 ; *Dr. ouvr.* 1994. 85, note F. Saramito) ; principe prohibant toute résiliation ou refus de renouvellement d'un contrat de travail en considération du sexe ou de la situation de famille du salarié ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille, « énoncé » par le législateur de 1983 avec la création de l'article L. 123-1, repris par l'article L. 1142-1 nouv. C. trav. (CE 27 mars 2000, *Mme Brodbeck, Lebon*, p. 129) ; principe dont « s'inspirent » les articles 1134 du Code du civil et L. 121-1 du Code du travail (art. L. 1221-1 nouv. C. trav.) — la formule est assez étonnante — impliquant que toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord de l'employeur et du salarié (CE 29 juin 2001, *Berton, Dr. soc.* 2001. 948, concl. S. Boissard ; *Dr. ouvr.* 2001. 484, note F. Saramito).

Si le Conseil d'État n'a pas reconnu l'existence d'un principe général de prescription de l'action disciplinaire de l'employeur (CE 14 juin 1991, *Aliquot, AJDA* 1991. 575), il retiendrait sans doute, à l'occasion, parmi ces principes applicables aux contractuels de droit public et en s'inspirant des articles L. 4131-1 et s. nouv. C. trav., celui d'un droit de retrait d'une situation de travail dont le travailleur peut raisonnablement penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé (en ce sens : TA Besançon, 10 oct. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1034, concl. C. Moulin). Sans doute reconnaîtrait-il aussi, suivant en cela la Cour de cassation, l'existence d'un « principe 'À travail égal, salaire égal' » (*infra*, n° 71), dont l'article L. 3221-1 nouv. C. trav. (applicabilité de l'égalité de rémunération des femmes et des hommes aux agents de droit public) apparaîtrait comme une application particulière et qu'il devrait logiquement traiter comme un principe général du droit du travail. Rappelons cependant que l'application de ces principes est écartée si quelque « nécessité propre » ou « impérieuse » du service public en cause s'y oppose, même si aucun des arrêts cités n'a retenu ce motif d'exception.

Soustraits à l'essentiel des règles du Code du travail autant que des

statuts de la fonction publique, les salariés de droit public ne relèvent pas d'un régime d'ensemble aisément identifiable. Hors l'application des quelques dispositions du Code déjà signalées, leur condition reste, pour l'essentiel, fixée par des dispositions encore éparées et, pendant longtemps, de niveau principalement réglementaire. La part des dispositions législatives, en principe plus « visibles » et au domaine d'application plus général, a toutefois progressé depuis quelques années (dispositions, visant les agents non titulaires, de la loi du 13 juillet 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires, plusieurs fois modifiée, notamment par une loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, sans oublier la loi du 12 avril 2000, déjà évoquée). Les contractuels bénéficient plus largement de dispositions assez analogues à certains textes du Code du travail. Ainsi sont-ils expressément protégés contre le harcèlement moral depuis la loi de modernisation sociale de 2002, ce qui ne paraît pas inutile (v. CE 24 nov. 2006, *Mme A.*, *Dr. soc.* 2007. 285, note Ch. Radé), et le passage d'un contrat de travail à durée déterminée à contrat à durée indéterminée est plus ouvert depuis la loi de 2005 (sur certaines difficultés, v. : CE 20 juin 2007, *Ministre de la Défense*, *RDT* 2007. 521, obs. F. Debord, à paraître au *Lebon*).

B — « Principes généraux du droit du travail » et autres « principes »

L'arrêt *Dame Peynet* a consacré la notion de *principe général du droit du travail*. Mais le terme « principe » est si répandu dans les décisions de justice, les textes législatifs (notamment dans les intitulés de la nouvelle partie législative du Code du travail) et les écrits doctrinaux, qu'il souffre d'une polysémie trop inaperçue. Quand il nomme ou qualifie une norme juridique, *il ne s'agit pas toujours d'une norme de même autorité ou portée*.

Certains principes dégagés et mis en œuvre par le Conseil constitutionnel (interprétant le « bloc de constitutionnalité » que forment le texte de la Constitution en vigueur mais aussi, en vertu d'un renvoi de son Préambule, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946), ou appliqués par des juridictions ordinaires, notamment par les juges des relations du travail, ont rang de *normes constitutionnelles*. C'est le cas des principes constitutionnels signifiés par les alinéas 5 à 8 du Préambule de 1946, prohibant toute discrimination dans le travail ou l'emploi en raison des origines, opinions ou croyances, ou garantissant la liberté syndicale, le droit de grève ou un droit des travailleurs à la participation qui recouvre un droit à la négociation collective (ex. : Cons.

const. n° 2006-545 DC du 28 déc. 2006, *JO* 31 déc., p. 20 320, commentaire A. Lyon-Caen, *RDT* 2007. 84). C'est aussi le cas de ce principe signifié par un autre énoncé de ce Préambule — « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* » — qui, s'il ne dote pas chaque personne d'un véritable droit subjectif d'obtenir un emploi, sert de référence au Conseil constitutionnel pour apprécier des dispositions législatives déférées à sa censure, en tant qu'il porte une « exigence » ou fixe un « objectif » de valeur constitutionnelle (ex. : Cons. const. n° 83-156 DC du 28 mai 1983, *AJDA* 1983. 619, obs. R.-F. Le Bris ; n° 85-200 DC du 16 janv. 1986, *Dr. soc.* 1986. 372, note Y. Gaudemet). Que cette norme soit mise en balance avec d'autres de même rang, et en premier lieu avec le principe de la liberté d'entreprendre (aujourd'hui rattaché, par le Conseil, à l'article 4 de la Déclaration) affecte son aptitude à assurer la constitutionnalité ou à fonder la déclaration d'inconstitutionnalité d'un texte (ex. : Cons. const. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *JO* 18 janv. p. 1053, commentaires X. Prétot, *Dr. soc.* 2002. 244, et A. Lyon-Caen, *ibid.* 258 ; n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Dr. soc.* 494, note X. Prétot), mais non sa positivité. Quant au principe de la liberté du travail, il figure au nombre de ces normes constitutionnelles en tant que « principe fondamental reconnu par les lois de la République » au sens de l'alinéa 1^{er} du Préambule de 1946, mais la Cour de cassation se réfère plutôt, aujourd'hui, à un « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » (notamment à propos des clauses de non-concurrence : v. *infra*, n° 46).

Il importe aussi de souligner l'incidence, dans les relations du travail, du principe constitutionnel doté du plus vaste champ de pertinence : le *principe d'égalité*, si volontiers sollicité par les requérants devant les juridictions administratives comme par les parlementaires dans leurs saisines du Conseil constitutionnel. Il s'agit, tel qu'il se déduit de dispositions du bloc de constitutionnalité, d'une norme d'égalité devant la loi et les charges publiques. Mais il semble, pour la chambre sociale de la Cour de cassation, se fondre dans un « *principe d'égalité de valeur constitutionnelle* » — « que le juge (judiciaire) doit appliquer », précise-t-elle — de plus ample portée que la somme des exigences découlant des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de 1946 et, implicitement, des articles 1^{er} et 2 de la Constitution de 1958. Pour la Cour, en effet, il interdit à un employeur de subventionner un syndicat représentatif, et non un autre, selon qu'il a signé ou non un accord collectif (Soc. 29 mai 2001, *Dr. soc.* 2001. 821, note G. Borenfreund). Tout en tolérant d'autres différences entre organisations syndicales représentatives en fonction de leur influence réelle (Soc., 10 oct. 2007, *Dr. soc.* 2008. 106, note G. Borenfreund ; D. 2008, Pan. 449, obs.

O. Leclerc), sans doute parce que l'exigence est celle d'une égalité de traitement plutôt qu'une égalité des résultats obtenus ou des émoluments retirés de la mesure soumise à cette exigence. Mais ce principe, aussi, voue à l'échec la contestation, par un employeur, de la désignation irrégulière d'un délégué syndical, si ce demandeur n'a pas agi en annulation de la désignation, tout aussi irrégulière, précédemment réalisée par un autre syndicat (Soc. 5 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 119 ; *RJS* 7/04, n° 829, 1^{re} esp. : cassation prononcée au visa de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 et des articles 1^{er}, 5 et 6 de la Déclaration de 1789 ; 19 mai 2004, *RJS* 7/04, n° 829, 2^e esp.).

En revanche, les « principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical » au sens de l'art. 34 de la Constitution n'ont rien de normes de rang constitutionnel. Le choix de cette expression « principes fondamentaux » est source de confusion, car elle désigne alors des objets de dispositions en vigueur ou éventuelles, une matière normative délimitant un domaine de compétence pour le pouvoir législatif, à savoir les composantes principales de dispositifs ou institutions juridiques. Certes, elle va aussi nommer, par métonymie, les dispositions adoptées par le Parlement dans l'exercice de cette compétence. Mais il ne s'agit en aucune façon de dispositions dont la teneur essentielle serait dotée d'une valeur qui les placerait hors d'atteinte du législateur, bien au contraire. Constituent ces « principes fondamentaux » tous les articles de la (nouvelle) partie législative du Code du travail. Ce qui représente une masse énorme de dispositions, qui ont pour la plupart des objets précis, limités, et sont souvent, par les détails dans lesquels ils entrent, de style très « réglementaire ».

Les *principes généraux du droit du travail* au sens de la jurisprudence *Peynet*, au contraire, sont des normes. Ils s'apparentent aux *principes généraux du droit* découverts et promus par le Conseil d'État dans l'une de ses plus fameuses constructions jurisprudentielles. Parce qu'ils valent seulement dans le domaine du travail subordonné, on hésite à y voir une sous-catégorie de ces principes généraux, qui sont transversaux et ont *a priori* pour champ de validité l'ensemble des branches de l'ordre juridique français. Y compris le domaine que régit le droit du travail. Il arrive d'ailleurs que la chambre sociale de la Cour de cassation se réfère, par exemple, à ce principe général du droit qu'est celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires (notamment dans le contentieux du régime des salariés protégés), même si elle le nomme plutôt « principe de séparation des pouvoirs » (ex. : Soc., 14 févr. 2007, *Dr. soc.* 2007. 557, rapport P. Bailly, note P.-Y. Verkindt ; 20 juin 2007, *Bull. civ.* V, n° 110). Principes généraux du droit du travail et principes généraux du droit paraissent, en tout cas, de même nature et d'identique autorité. Des premiers, il est question, déjà, dans un avis rendu le 22 mars 1973 par la Haute juridiction

administrative (*Dr. ouvr.* 1973. 190 : il résulte des termes de ce qui est aujourd'hui l'article L. 2251-1 nouv. C. trav. que « *conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions légales et réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux* »). Dans des arrêts postérieurs, le Conseil s'est référé au « *principe général du droit du travail dont s'inspirent les dispositions de l'article L. 132-4 du Code du travail* » (art. L. 2251-1 nouv. C. trav.) en vertu duquel le pouvoir réglementaire ne peut, sans habilitation législative expresse, prévoir des conventions collectives moins favorables que les dispositions qu'il a lui-même édictées (CE 8 juill. 1994, *CGT, RJS* 12/94, n° 1386 ; note X. Prétot, p. 819), puis à celui selon lequel un accord collectif de travail peut toujours comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur (CE 27 juill. 2001, *Fédération nationale des transports-FO, RJS* 1/02, n° 107 ; note F. Bocquillon, p. 9), après avoir pris en considération un « *principe général de l'indépendance des inspecteurs du travail* » pour juger qu'un décret critiqué ne lui avait pas porté atteinte (CE 9 oct. 1996, *Union nat. CGT des affaires sociales et autres, Lebon*, p. 383). Entre-temps, le Conseil d'État avait estimé qu'en prohibant amendes et autres sanctions pécuniaires l'article L. 122-42 du Code du travail (art. L. 1331-2 nouv. C. trav.) avait « *énoncé un principe général du droit du travail* » (CE 1^{er} juill. 1988, *Billard et Volle*, n° 9). Que le juge administratif les dise « *énoncés* » ou « *rappelés* » par le législateur à travers un texte légal particulier, ou bien qu'il les dégage par une manière d'induction amplifiante à partir de dispositions censées s'en inspirer, ces principes sont des normes auxquelles des textes législatifs peuvent certes déroger mais qui s'imposent aux actes administratifs. Si certains publicistes leur reconnaissent une place intermédiaire entre la loi et le règlement, ils paraissent plutôt assimilables à des règles générales (et « *de principe* ») de rang législatif. Même s'ils ont été dégagés pour être appliqués à la situation d'agents publics, plutôt que comme des éléments de la légalité s'imposant à des règlements, tout porte à penser que les principes consacrés par les arrêts *Dame Peynet* et *Centre hospitalier de Dranguignan, Ville de Toulouse, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, appartiennent à cette catégorie de normes de notre système juridique.

Tel d'entre eux se confond sans doute avec ce « *principe fondamental en droit du travail* » affirmé par la Cour de cassation, « *selon lequel, en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* » (Soc. 17 juill. 1996, *SNCF, Dr. soc.* 1996. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier ; 17 juill. 1996, *EDF, Bull. civ. V*, n° 296 ; 8 oct. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1046, note J. Savatier ;

infra, n° 180). Le « principe “À travail égal, salaire égal” », dont la chambre sociale parle depuis 1999, après avoir consacré la « règle » du même nom en 1996, et qu’elle a, un temps, prétendu « énoncé » par deux articles du Code du travail (*infra*, n° 71), n’est qualifié ni de « fondamental », ni de « général ». Il pourrait cependant appartenir à la catégorie des « principes fondamentaux en droit du travail » ou à celle des « principes généraux en droit du travail », tout comme ce principe d’égalité de traitement de tous les salariés d’un même employeur, qui paraît s’affirmer et dont il pourrait alors n’être qu’une déclinaison. À moins que la Cour voie dans l’un et l’autre des dérivés ou des implications du « principe d’égalité de valeur constitutionnelle ».

Il arrive que la chambre sociale qualifie également de « *principe* » une disposition légale qui lui semble particulièrement importante ou « emblématique » du droit du travail (ex. : Soc. 17 juill. 2001, *Dr. soc.* 2001. 1001, obs. F. Favennec-Héry, se référant au « principe de l’égalité de traitement entre les salariés à temps partiel et les salariés à temps complet édicté par l’art. L. 212-4-5, al. 1 actuel C. trav. »), voire une disposition figurant seulement dans un texte réglementaire (ainsi certains arrêts parlent-ils du « principe de l’unicité de l’instance prud’homale, tandis que d’autres s’en tiennent à l’appellation de « règle », et parfois du « principe de l’oralité des débats en matière prud’homale »). Mais peut-être s’agit-il seulement de rappeler, par une terminologie discutable, qu’il y a là une règle de principe (par opposition à « règle d’exception »).

Enfin, la Cour de cassation nomme volontiers « principes » certaines de ses créations prétoriennes. Sans doute parce qu’il reste délicat, dans un système « légaliste » comme le droit français, de les mettre en œuvre dans des décisions de justice en tant que « règles de droit applicables » au sens de l’article 12 du Code de procédure civile. Ainsi voit-on la chambre sociale prononcer des cassations au visa de règles qui, comme « *le principe selon lequel la responsabilité du salarié n’est engagée qu’en cas de faute lourde* » (Soc. 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 651, obs. J. Savatier ; 2 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 530) ou « *le principe selon lequel l’employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant* » (Soc. 12 févr. 1997, *Dr. soc.* 1997. 430, obs. J. Savatier), n’ont d’autre origine que des arrêts antérieurement rendus par elle.

Ainsi convient-il de distinguer, parmi les normes régissant les relations du travail et la production même de ces règles, *diverses catégories d’outils normatifs dénommés « principes » par les juridictions suprêmes* (ce qui ne garantit pas qu’ils méritent cette appellation du point de vue de la théorie du droit), qui doivent ainsi à la jurisprudence leur affirmation ou leur visibilité, et une part variable de leur teneur, mais qui diffèrent au moins quant à leur autorité. Sans oublier que le

terme « principe » est aussi utilisé dans la littérature juridique pour désigner, en vérité, des éléments extérieurs au corps des règles de droit en vigueur, qu'il s'agisse de métanormes inspirant ou paraissant inspirer un nombre significatif de règles positives, ou de tendances dominantes de certains secteurs du droit positif (c'est pour désigner des données de ce type que les expressions « principe de faveur » et « principe de proportionnalité », par exemple, trouvent sens).

III. — L'incidence du statut du personnel de certaines entreprises publiques

8. T. confl. 15 janvier 1968

Compagnie Air France c. Époux Barbier

(Lebon, p. 789, concl. J. Kahn ; D. 1969. 202, note J.-M. Auby ;
Dr. soc. 1969. 51, note J. Savatier)

ARRÊT

Cons. que si la Compagnie Air France, chargée de l'exploitation de transports aériens, est une société anonyme, c'est-à-dire une personne morale de droit privé, et si, par suite, il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer au fond sur les litiges individuels concernant les agents non fonctionnaires de cet établissement, les juridictions administratives demeurent, en revanche, compétentes pour apprécier, par voie de question préjudicielle, la légalité des règlements émanant du conseil d'administration qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif ; qu'aux termes du décr. n° 50.835 du 1^{er} juin 1950 et de l'article 143 du Code de l'aviation civile et commerciale alors en vigueur, le personnel de la Compagnie Air France est soumis à un statut réglementaire, arrêté par le conseil d'administration et approuvé par le ministre chargé de l'Aviation civile et commerciale et par le ministre des Finances et Affaires économiques ; que, dès lors, en application de ces dispositions, combinées avec celles de l'article 31 du Livre 1^{er} du Code du travail, les conditions de travail de ce personnel ne sont pas fixées par voie de convention collective ;

Cons. que le règlement, établi le 20 avril 1959, dans le cadre des prescriptions ci-dessus analysées, par la Compagnie nationale Air France pour fixer les conditions de travail du personnel navigant commercial, comporte, notamment en son article 72 — lequel dispose que le mariage des hôtesses de l'air entraîne, de la part des intéressées, la cessation de leurs fonctions — des dispositions qui apparaissent comme des éléments de l'organisation du service public exploité ; que ces dispositions confèrent audit acte dans son intégralité un caractère administratif et rendent compétentes les juridictions administratives pour apprécier sa légalité ;

Décide :

Art. 1^{er}. — Il est déclaré que les juridictions administratives sont compétentes pour apprécier la légalité des dispositions du règlement, en date du 20 avril 1959, par lequel la Compagnie nationale Air France a fixé les conditions de travail du personnel navigant commercial.

9. CE, Ass. 1^{er} juillet 1988**Billard et Volle c. SNCF**

(Lebon, p. 268 ; *AJDA* 1988. 592, Chr. M. Azibert et M. de Boisdeffre ;
Dr. soc. 1988. 775, concl. O. van Ruymbeke, et 512, note J.-F. Lachaume ;
JCP 1989. II. 21252, note Y. Saint-Jours)

ARRÊT

(...) Considérant que, par un jugement du 17 octobre 1984, le conseil des prud'hommes de Saint-Étienne a sursis à statuer sur les demandes de MM. Billard et Volle tendant à l'annulation des sanctions disciplinaires qui leur ont été infligées, les 31 août et 1^{er} octobre 1982, jusqu'à la décision de la juridiction administrative sur l'exception d'illégalité invoquée par les demandeurs à l'encontre des dispositions du chapitre 9 du statut des relations collectives entre la Société nationale des chemins de fer français et son personnel qui prévoient l'existence de sanctions pécuniaires ;

Considérant que la circonstance que les retenues opérées sur la prime de fin d'année des requérants leur aient été remboursées ne dispense pas le juge administratif, saisi par voie de question préjudicielle par le juge judiciaire, de se prononcer sur la légalité des dispositions réglementaires soumises à son appréciation ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 122-42 du Code du travail, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 4 août 1982 : « Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite » ; qu'en édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée à la Société nationale des chemins de fer français ; que, par suite, les dispositions du chapitre 9 du statut des relations collectives entre la Société nationale des chemins de fer français et son personnel en vigueur à la date des sanctions infligées à MM. Billard et Volle et prévoyant, en méconnaissance du principe ci-dessus rappelé, des sanctions pécuniaires, sont entachées d'illégalité ;

Décide :

Art. 1^{er}. — Il est déclaré que les dispositions du chapitre 9 du statut des relations collectives entre la Société nationale des chemins de fer français et son personnel, en tant qu'elles prévoient des sanctions pécuniaires, sont entachées d'illégalité.

Art. 2. — La présente décision sera notifiée à MM. Jean Billard et Robert Volle, à la Société nationale des chemins de fer français et au ministre des Transports.

OBSERVATIONS

L'arrêt *Époux Barbier* rendu le 15 janvier 1968 par le Tribunal des conflits (n° 8) n'a pas véritablement innové sur le plan du droit du travail (pour une analyse du point de vue du droit administratif, v. *GAJA*, 16^e éd., 2007, n° 86), mais il a clarifié un point de compétence

juridictionnelle et mis en évidence le particularisme de la condition de certains des «salariés de droit privé» du secteur public industriel et commercial (A). Particularisme doublé de complexité, puisque Conseil d'État (arrêt *Billard et Volle*, n° 9) et Cour de cassation n'ont pas exactement la même vision de la place du Code du travail (B).

A — Notion et régime des statuts du personnel

Comme ceux des sociétés à capital public et des sociétés d'économie mixte, les agents des établissements publics chargés d'un service public industriel et commercial sont liés à leur employeur par *un contrat de travail* dit « *de droit privé* » (CE 15 déc. 1967, *Level*, D. 1968. 387, note C. Leclercq ; *AJDA* 1968. 230, concl. G. Braibant ; *GA*, 2^e éd., n° 3 ; 19 juin 1981, *Lesage et autres*, *Lebon*, p. 279, D. 1981. IR. 519, obs. P. Delvolvé ; Soc. 22 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 165). Il en va de même des agents de tout service public industriel et commercial (dépourvu de la personnalité juridique) institué dans le cadre d'un ministère (Soc., 28 avr. 2006, *JCP S* 2006, 1504, note B. Boubli : Direction des monnaies et médailles instituée au ministère des Finances) ou exploité en régie par une collectivité territoriale (Soc. 28 avr. 2006, *JCP S* 2006, 1549 : établissement thermal en régie municipale ; 19 sept. 2007, *JCP S* 2007, 1860, note F. Dumont : golf dont la gestion a été reprise par une commune). Ont seuls la qualité d'agents publics la personne chargée de la direction de l'établissement et le responsable des services comptable et financier s'il est comptable public (CE 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, D. 1957. 378, concl. Mosset, note A. de Laubadère). Les litiges entre les autres salariés et leur employeur relèvent de la compétence des juridictions judiciaires, donc des conseils de prud'hommes dans la mesure de leur compétence d'attribution (T. confl. 12 févr. 1953, *Dr. ouvr.* 1953. 283 ; 26 oct. 1981, *Grostin*, *Dr. ouvr.* 1982. 37 ; Soc. 12 juillet 1950, *Dr. soc.* 1951. 108 ; 28 juin 1958, *Bull. civ. IV*, n° 823 ; plus récemment : Soc. 22 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 165 ; 18 déc. 2007, *Dr. soc.* 2008. 246, obs. C. Radé ; *JCP S* 2008. 1216, note B. Boubli ; D. 2008, AJ. 225, obs. B. Ines ; *RDT* 2008. 70, obs. F. Guiomard). Le Code du travail, dans la version de 1973, avait consacré cette solution par une disposition (art. L. 511-1, dernier alinéa) que l'on retrouve à l'article L. 1411-2 nouv. C. trav.

1. Quant au droit applicable, les salariés des entreprises publiques ou des services publics industriels et commerciaux dépourvus de personnalité juridique relèvent en principe du Code du travail (il y a lieu, parfois, de déterminer si un organisme est un établissement public

industriel et commercial, ou présente un caractère mixte imposant qu'un décret leur rende applicables certaines de ces dispositions ; ex. pour France Télécom : Soc. 22 févr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 394). Sous réserve d'adaptations prévues par ce code, comme en matière de délégués du personnel ou de comité d'entreprise (art. L. 2311-1 et L. 2321-1 nouv. C. trav.), et d'application, pour celles chargées d'un service public, du régime de la grève dans les services publics (art. L. 2512-1 et s.). Ce code contient également, comme dans sa conformation antérieure, des dispositions particulières ajoutant au droit commun du travail en matière de droit syndical dans l'entreprise (art. L. 2144-1 et s.) et de droit d'expression (L. 2282-1 et s.). Ces dernières règles ont été introduites par la loi de démocratisation du secteur public du 26 juillet 1983, qui prévoit également, dans des dispositions non codifiées, la présence d'élus des travailleurs dans les conseils d'administration ou de surveillance. À ces salariés de droit privé s'appliquent aussi les règles de droit non légiféré du travail, tel le principe « à travail égal, salaire égal », avec une difficulté particulière lorsque le personnel de l'employeur public (comme La Poste ou France Télécom) compte encore des fonctionnaires : les salariés privés se trouvent-ils dans une situation identique à celle de ces derniers ? La Cour de cassation répond négativement au motif que la rémunération des salariés de droit privé de La Poste résulte de négociations salariales dans le cadre d'une convention collective, de sorte qu'ils ne peuvent prétendre à une prime versée à leurs collègues fonctionnaires (Soc., 11 oct. 2005, n° 04-43204 ; 21 déc. 2006, n° 05-41919, 05-41948, 05-41953).

Surtout, la condition des salariés des établissements publics industriels et commerciaux (ex. : EDF-GDF, SNCF, RATP) ou de certaines sociétés à capital en totalité ou majoritairement public, telle la Compagnie Air France avant sa privatisation, est largement fixée par un *statut du personnel de nature législative ou réglementaire*. Si le décret qui devait arrêter la liste des entreprises publiques à statut n'a jamais été publié, plusieurs articles de la nouvelle partie législative du Code du travail prennent en compte les statuts du personnel de personnes publiques, dont ils réservent l'application face aux dispositions du Code ayant le même objet (art. L. 1111-1, 1211-1, L. 2111-1, etc.). Ce statut est posé par un acte administratif unilatéral — décret pris en application d'une loi (statut des mineurs ou statut du personnel des industries électriques et gazières applicable au personnel d'EDF-GDF), délibération du conseil d'administration suivie d'une approbation ou homologation par l'autorité de tutelle (comme, autrefois, le statut du personnel d'Air France) — parfois précédé d'une concertation avec les syndicats représentatifs, et il est modifiable dans les mêmes formes. Mais il se compose parfois d'un ensemble d'instruments, au texte adopté ou agréé par le gouvernement ou le ministre s'ajoutant règlements ou circulaires

d'application émanant de la direction. Il occupe l'essentiel de l'espace dévolu, dans le secteur privé, à la convention et aux accords collectifs. Cependant, depuis la loi du 26 octobre 1982, une convention et des accords peuvent venir compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application (art. L. 134-1 C. trav., repris par l'art. L. 2233-2 nouv. C. trav.) — ce qui rend caduque l'observation de l'arrêt n° 8 selon laquelle « les conditions de travail de ce personnel ne sont pas fixées par voie de convention collective » — mais non s'y substituer (Soc. 19 juill. 1999, *Bull.civ.* V, n° 349), ni poser des règles contraires (Soc. 17 mai 2005, *Dr. ouvr.* 2006. 46, note F. Saramito). Le régime du statut doit beaucoup à la jurisprudence.

En premier lieu, le statut du personnel *ne s'incorpore pas au contrat de travail de chacun des salariés concernés* (Soc. 11 oct. 1995, *Dr. soc.* 1995. 1042, obs. J. Savatier ; CE 27 mars 1985, *Bourhis et autres*, *Lebon*, p. 91 ; 29 juin 2001, *Berton*, *Dr. soc.* 2001. 948, concl. S. Boissard ; *Dr. ouvr.* 2001. 484, note F. Saramito). Ce trait est commun à toutes les composantes de ce que l'on nomme le « statut collectif » des salariés d'une entreprise (convention et accord collectifs, règlement intérieur, règles d'usage ; v. *infra* 12^e partie). Mais, parce qu'il présente un caractère purement réglementaire, cet instrument normatif peut, à la différence d'une convention collective, *être modifié unilatéralement par l'autorité qui l'a posé* (CE 16 mai 1962, *Syndicat des personnels de la RTF*, *Lebon*, p. 328), à condition qu'atteinte ne soit portée « *ni aux dispositions législatives en vigueur, ni aux principes généraux applicables, même sans texte, aux relations de travail nées de contrats soumis aux règles du droit privé* » (CE 1^{er} mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *Dr. soc.* 1969. 33, concl. N. Questiaux ; *GA*, 2^e éd., n° 4). Le régime du rapport d'emploi des salariés ne saurait d'ailleurs paralyser l'application de cette modification qui ne porte pas, en droit, sur les contrats de travail (l'arrêt précité énonce que « les modifications apportées au statut primitif s'incorporent aux contrats conclus sur la base de ce statut », mais il est antérieur à l'affirmation de la non-incorporation). De plus, aucun des principes généraux du droit, réservés par l'arrêt du 1^{er} mars 1968, ne fait obstacle à une modification du statut dans un sens moins favorable au personnel (CE 1^{er} juin 1973, *Syndicat du personnel navigant commercial*, *JCP* 1974.II.17 779, concl. Vught). Enfin, les salariés d'une entreprise absorbée par une entreprise à statut se trouvent de plein droit soumis à celui-ci (Soc. 17 mai 2005, *préc.*).

2. En deuxième lieu, l'existence de cet élément ne peut rester sans incidence sur *la compétence juridictionnelle*. Certes, la Cour de cassation reconnaît aux juridictions judiciaires pouvoir d'*interpréter* les dispositions d'un statut du personnel de nature réglementaire - comme de tout autre

règlement (T. confl. 16 juin 1923, *Septfonds*, D. 1924.3.41, concl. Matter ; *GAJA*, n° 40 ?) ou d'une loi — dans la mesure requise par la solution d'un litige relevant de leur compétence *ratione materie* (la demande d'un élément de salaire par exemple), au lieu de leur imposer de surseoir à statuer jusqu'à interprétation par le juge administratif (Civ. 19 oct. 1937, *DH* 1937. 581 ; Soc. 17 nov. 1955, *Dr. soc.* 1956, 90). En revanche, c'est l'apport de l'arrêt du 15 janvier 1968, *il revient aux seules juridictions administratives d'apprécier la légalité d'un statut du personnel, qui constitue un acte administratif dès lors qu'il touche à l'organisation du service public*, même s'il émane de l'organe chargé du service plutôt que du gouvernement ou d'un ministre. Soulevée dans le cadre d'un contentieux ressortissant à la compétence prud'homale, la contestation de sa légalité est donc une *question préjudicielle*, commandant au juge judiciaire de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif (le Conseil d'État compétent en premier et dernier ressort s'il s'agit d'un statut applicable sur l'ensemble du territoire) se soit prononcé sur ce point par une décision qui s'imposera à la juridiction de renvoi. Le Tribunal des conflits a fixé cette solution sur renvoi par la Cour de cassation (Soc. 7 juin 1967, *Bull. civ.* IV, n° 460), elle-même saisie d'un pourvoi contre un arrêt de cour d'appel qui avait jugé « nulle en son principe » comme « attentatoire à un droit fondamental de la personnalité » et aux « bonnes mœurs » la disposition d'un règlement du personnel navigant commercial d'Air France selon laquelle « pour les hôtesses le mariage entraîne cessation de fonctions de la part des intéressées », et avait condamné la compagnie à verser une indemnité pour rupture abusive à une hôtesse de l'air congédiée suite à son mariage. Il ressort de l'arrêt *Époux Barbier* que le statut du personnel présente, dans son intégralité, un caractère administratif dans la mesure où il constitue *un élément de l'organisation du service public exploité*.

Le Tribunal confirme, dans le même temps, que les mesures individuelles de la direction à l'égard des salariés demeurent, sauf exception, des actes privés sur lesquels seuls les juges judiciaires ont à se prononcer (voir déjà : CE 2 mai 1958, *Garigue, Lebon*, p. 251 ; 15 déc. 1967, *Level, préc.* ; et postérieurement : CE 21 juin 1972, *CFDT et autre, Lebon*, p. 460 ; T. confl. 7 juin 1982, *Préfet de Paris c. Conseil de prud'hommes de Paris, Lebon*, p. 562 ; 12 févr. 2007, *préfet de la Gironde c. Conseil de prud'hommes de Bordeaux, RJS* 5/07, n° 648 ; voir aussi : Soc. 22 mai 1995, *Bull. civ.* V, n° 165 ; 28 avr. 2006, *JCP S* 2006, 1504, note B. Boubli), en faisant application des dispositions du Code du travail, du statut du personnel, d'éventuels conventions et accords collectifs, voire des clauses du contrat de travail. La juridiction administrative est également incompétente pour apprécier la validité d'un contrat de travail conclu entre un établissement public à caractère

commercial et une collaboratrice (CE 27 mars 2000, *Mme Brodbeck, Lebon*, p. 129). Mais la compétence judiciaire peut aussi concerner des décisions collectives ou des litiges émaillant les relations collectives dans l'entreprise (CE 5 mai 1995, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie, Lebon*, tables p. 717 ; *RJS* 7/95, n° 835 : incompétence du juge administratif pour connaître d'une décision de la direction d'EDF-GDF qui, relative à l'accès des personnels au collège des cadres, ne présente aucun caractère réglementaire et concerne les rapports de droit privé entre ces établissements et leurs salariés). Il n'en va autrement que si la question litigieuse touche à l'organisation du service public (ex. : CE 16 nov. 2007, n° 290.485, *Fédération CFTC des postes et télécommunications, JCP S* 2007, act. 561, mentionné aux tables du *Lebon*). Une organisation du service qu'un arrêt de la Cour de cassation a paru bien largement comprendre, au préjudice de l'exercice des missions du comité d'entreprise ou de l'organisme exerçant ses attributions (Soc. 15 juin 1994, *Bull. civ. V*, n° 198 : compétence du seul juge administratif pour apprécier la régularité d'une consultation d'institutions représentatives du personnel d'EDF-GDF s'inscrivant dans le processus de réorganisation du service public et constituant un acte préparatoire à une décision administrative).

La solution de l'arrêt *Époux Barbier* a été réaffirmée par le Tribunal des conflits (26 oct. 1981, *Grostin, préc.* ; 12 oct. 1992, *Syndicat CGT d'EDF, Lebon*, p. 490 ; 17 avr. 2000, *Préfet du Val de Marne, AJDA*. 467) et illustrée par des arrêts de la Cour de cassation (Soc. 9 juill. 1980 et 11 mars 1981, *Dr. ouvr.* 1981. 274 ; 4 juill. 1984, *Dr. soc.* 1985. 122, 1^e espèce, note J.-F. Lachaume ; 2 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 162). Signalons que l'intervention de décisions d'une autorité administrative ayant une incidence sur les relations du travail et la condition des salariés d'établissements publics ou d'organismes privés (organismes de sécurité sociale) chargés d'un service public industriel et commercial ou administratif (décisions concernant les emplois ou les ressources de la personne morale employeur) entraîne une répartition analogue des compétences entre les deux ordres de juridictions : les tribunaux judiciaires connaissent seuls des litiges relatifs à l'exécution ou à la rupture d'un contrat de travail, mais ils doivent, le cas échéant, surseoir à statuer jusqu'à appréciation par le juge administratif de la légalité d'une mesure prise par l'autorité de tutelle (Soc. 29 juin 1966, *Bull. civ. IV*, n° 656), qui ne saurait être utilement contestée devant la juridiction prud'homale (Soc. 3 oct. 1979, *D.* 1980. 99, note Y. Saint-Jours).

Le juge administratif est donc seul juge de la légalité d'un statut du personnel d'entreprise publique ou de telle de ses dispositions. Si une question préjudicielle lui est posée dans le cadre d'un litige devant

une juridiction judiciaire ayant sursis à statuer à cet effet (application de la jurisprudence Barbier), il se livre seulement à une appréciation de légalité qui s'imposera au juge judiciaire sans affecter, au-delà de l'affaire, la validité du statut. En revanche, un recours pour excès de pouvoir (formé, par exemple, par un syndicat), s'il lui paraît fondé, le conduira à annuler le règlement ou sa disposition illégale.

Mais toute juridiction judiciaire a, comme toute juridiction administrative, pouvoir et devoir — primauté des traités et du droit communautaire européen oblige — de déduire elle-même, dans la mesure nécessaire à la solution du litige dont elle est compétemment saisie, les conséquences d'un éventuel conflit entre une norme du droit national et une norme internationale conventionnelle ou communautaire. Elle doit écarter la première si elle s'avère contraire à la seconde. *Ce contrôle de conventionnalité ou de non-contrariété (conformité, parfois) au droit communautaire peut concerner un statut du personnel comme d'autres règles nationales.* Son admission, déjà ancienne en jurisprudence, relativise la portée de la compétence exclusive du juge administratif affirmée par l'arrêt *Époux Barbier*. La Cour de cassation a récemment souligné, à propos d'un article du statut du personnel de la RATP, que se référer à la primauté du droit communautaire était autre chose qu'apprécier la légalité de cette disposition, avant d'approuver la cour d'appel d'avoir jugé contraire au « principe communautaire d'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins en matière d'emploi et de travail tel qu'il résulte des articles 141, paragraphe 4, du traité CE et 3, paragraphe 1 et 2, paragraphe 4, de la Directive 76/207/CEE » une disposition accordant une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes (divorcées non remariées et dans l'obligation de travailler), en leur réservant le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès au statut d'agent permanent, à l'exclusion des hommes placés dans une situation identique (Soc. 18 déc. 2007, *Dr. soc.* 2008. 246, obs. C. Radé ; *D.* 2008, AJ. 225, obs. B. Ines ; *RDT* 2008. 70, obs. F. Guiomard). Mais si la teneur des statuts du personnel se trouve donc assujettie aux normes internationales et communautaires valides dans l'espace de l'ordre juridique de la République française, les rapports entre ces règles d'entreprise et celles du Code du travail sont plus complexes.

B — La place du Code du travail

1. C'est sur question préjudicielle que le Conseil d'État a rendu l'arrêt *Billard et Volle* (n° 9). Il avait déjà, dans une configuration procédurale du même type, déclaré illégales des dispositions d'un règlement du personnel navigant commercial d'Air France réservant

au personnel masculin la faculté de prolonger son activité en vol au-delà de cinquante ans et jusqu'à cinquante-cinq ans. Mais il avait déduit cette illégalité de la contrariété de ces dispositions statutaires aux « *principes rappelés par le Préambule de la Constitution de 1946* » prohibant toute discrimination dans les conditions d'emploi des hommes et des femmes (CE 6 févr. 1981, *Mlle Baudet, Lebon*, p. 53 ; *AJDA* 1981. 489, concl. Ph. Dondoux). Le problème soumis par la question préjudicielle dans l'affaire Billard et Volle avait trait, lui, au *rapport entre les dispositions du statut des relations collectives à la SNCF*, prévoyant à l'époque des sanctions pécuniaires, et le *Code du travail* dont une disposition, introduite par la loi du 4 août 1982 (art. L. 122-42) et reprise par l'article L. 1331-2 nouv. C. trav., interdit « les amendes et autres sanctions pécuniaires » en ajoutant que « toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite ».

L'intérêt particulier de l'arrêt du 1^{er} juillet 1988 est de modifier l'un des termes du conflit de normes dénoncé par les agents sanctionnés : le statut ne se heurte pas à l'article du code mais au *principe général du droit du travail* « énoncé » par le législateur à travers l'édiction de ce texte ; un principe *applicable en tant que tel aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire*. Et ses dispositions contestées sont déclarées illégales parce que ce principe *n'apparaît pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public* confiée à la SNCF. Ce faisant, le Conseil d'État choisit d'écarter l'application pure et simple, et sauf texte exprès contraire, des dispositions du Code du travail aux salariés liés par des contrats « de droit privé ». Il a été sensible à la présence de ces statuts du personnel, que la tradition administrativiste justifie par les exigences de continuité du service public, et qui risqueraient d'être vidés d'une part d'un contenu présumé cohérent et ajusté à ces exigences, s'ils devaient s'incliner (en cas de moindre faveur pour les salariés) devant les dispositions du Code du travail.

Depuis l'arrêt de 1988, la Haute juridiction administrative semble retenir le système suivant :

- les *dispositions du Code du travail* s'appliquent aux entreprises et établissements publics à statut lorsqu'elles le prévoient expressément (cas, dans la version 1973 de ce code, du livre II en vertu de l'art. L. 200-1, du régime du droit syndical dans l'entreprise avec l'art. L. 412-1, etc) ou sur les points non réglés par le statut ;

- le *statut* s'applique seul quand ces dispositions légales de droit commun du travail excluent leur propre application ou la limitent (ex. combinaison des art. L. 131-2 et l'art. L. 134-1 anciens C. trav. en matière de conventions et accords collectifs), ainsi que dans les matières où le code ne fixe pas clairement la position de ces établissements ou entreprises (cas de l'essentiel des dispositions du titre « Con-

trat de travail » du livre I^{er} : règles générales, régime du contrat à durée déterminée, de la résiliation du contrat à durée indéterminée, droit disciplinaire) ; mais si l'on s'en tient alors au statut (CE 27 mars 1985, *Bourhis et autres, Lebon*, p. 91), ses dispositions sont subordonnées aux *principes généraux du droit du travail*, dont certains articles du code seraient de simples applications et qu'elles ne sauraient contrarier ;

— l'application de ces dispositions du Code du travail ou de ces principes généraux est *écartée* si elle paraît « incompatible avec les nécessités du service public », ou peut faire l'objet d' « adaptations liées aux exigences du service public » (CE 6 novembre 2000, *Syndicat national des médecins du travail, Dr. soc.* 2001. 94, obs. Ch. Écoche-Duval).

Cette position assure, malgré tout, au Code du travail une application plus large que pour les contractuels de droit public (*supra*, n° 7). Elle s'est maintenue malgré les critiques d'auteurs soucieux d'une simplification et de ceux qui voudraient que les intérêts des salariés pèsent davantage face à ceux du service. Elle a été illustrée par des décisions qui ont, comme l'arrêt *Billard et Volle*, dégagé des principes généraux du droit du travail et déclaré illégales des dispositions statutaires qui les méconnaissaient : prohibition de toute mesure discriminatoire à l'égard de grévistes en matière de rémunérations et d'avantages sociaux, découverte au-delà de l'article L. 521-1, al. 2 du Code du travail (CE 12 nov. 1990, *Malher, Lebon*, p. 321 ; *AJDA* 1991. 332, note M. Hécquard-Théron ; *D.* 1992, Somm. 159, obs. D. Chelle et X. Prétot) ; interdiction de toute résiliation ou refus de renouvellement d'un contrat de travail en considération du sexe ou de la situation de famille du salarié ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille, induite de l'article L. 123-1 (CE 27 mars 2000, *Mme Brodbeck, Lebon*, p. 129) ; subordination de toute modification des termes d'un contrat de travail à l'accord de l'employeur et du salarié, censée inspirer les articles 1134 du Code civil et L. 121-1 du Code du travail (CE. 29 juin 2001, *Berton, Dr. soc.* 2001. 948, concl. S. Boissard ; *Dr. ouvr.* 2001. 484, note F. Saramito). Dans la même ligne, deux arrêts se réfèrent au principe d'interdiction des sanctions pécuniaires, consacré par l'arrêt de 1988, pour constater que les dispositions en cause ne le méconnaissent pas (CE 17 mars 1997, *Fédération des syndicats du personnel des industries de l'énergie électronique, nucléaire et gazière, Lebon*, p. 90 ; *Hotz et autres, D.* 1997. IR. 117). La démarche du Conseil d'État s'exprime plus complètement dans un arrêt qui consacre aussi un principe général (l'obligation d'entretien préalable au prononcé d'une sanction disciplinaire) et examine la légalité d'autres dispositions d'un statut du personnel au regard d'articles du Code du travail concernant le temps de travail, le

licenciement, le droit syndical, la représentation du personnel, dont l'applicabilité et la primauté sur les règles statutaires est ainsi attestée, tandis que d'autres sont jugés inapplicables dans une entreprise à statut (CE 28 juill. 1993, *Fédérations FO et CGT des tabacs et allumettes*, Lebon, p. 573 ; *AJDA* 1993. 739, Chron. Ch. Maugué et L. Touvet, p. 682 ; *Dr. ouvr.* 1994. 85, note F. Saramito).

Mais on rencontre aussi, dans cette postérité de l'arrêt *Billard et Volle*, des décisions invoquant les *nécessités du service public pour écarter des règles du Code du travail de prime abord applicables*. Ainsi le Conseil d'État a-t-il estimé que les dispositions du statut du personnel de la SNCF relatives au calcul de la rémunération versée aux agents pendant leurs congés payés et absences pour événements familiaux formaient, avec les règles relatives à la détermination des droits à congés, « *un ensemble indivisible en rapport avec les nécessités particulières du service public ferroviaire exploité par la SNCF et, en particulier, avec les exigences, propres à ce service, du principe de continuité* » (7 juill. 1995, *Damiens et autres*, *Dr. soc.* 1996. 175, 1^e esp., note J. Chorin ; 1^{er} déc. 1995, *Muthuon*, *RJS* 2/96, n° 178). Dans un premier temps, il en a déduit que l'application aux agents de certains articles du Code du travail, remettant en cause cet ensemble, serait incompatible avec les *nécessités du service public* (arrêt *Damiens*). Puis il a modifié les termes de cette justification en estimant que, si ces dispositions statutaires renaient des modalités moins favorables pour les agents, à les considérer isolément, elles ne portaient aux règles du Code du travail aucune atteinte qui ne soit liée aux *nécessités du service public* (arrêt *Muthuon*). Ces *nécessités* fonderaient donc l'application d'un ensemble de règles spéciales au lieu et place des règles à vocation générale du Code du travail, à condition qu'elles puissent justifier les dispositions moins favorables aux salariés. En admettant que les dispositions du code exercent une certaine pression sur les dispositions statutaires, la nuance introduite réduirait légèrement la distance de la position du Conseil d'État à celle de la Cour de cassation.

2. Le sursis à statuer pour cause de question préjudicielle ne s'impose au juge judiciaire que s'il y a lieu d'apprécier la légalité de dispositions du statut du personnel. La chambre sociale de la Cour de cassation censure les décisions de juges du fond qui ont cru devoir se prononcer expressément sur la légalité de dispositions statutaires et les dire illégales (Soc. 11 mars 1981, *Dr. ouvr.* 1981. 275 ; 4 juill. 1984, *Dr. soc.* 1985. 122, 1^{re} espèce, note J.-F. Lachaume ; 7 mai 1987, *Bull. civ.* V, n° 267 ; 4 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 366 ; 2 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 162 ; 29 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003. 459, 1^{re} esp., note Ch. Radé). Mais elle s'attache aussi à réduire le problème, en

évitant qu'apparaisse une question de légalité du statut et en assurant aux dispositions du Code du travail une application plus large que celle admise par le Conseil d'État. Il s'agit d'éviter la multiplication des questions préjudicielles, car les dispositions statutaires sont volumineuses. La Cour tire aussi les conséquences de l'évolution du droit étatique, puisque nombre de dispositions du code sont aujourd'hui devenues plus favorables que les statuts du personnel. Elle emprunte à cette fin deux voies inégalement heureuses.

Certains arrêts font comme si la question de légalité du statut ne se posait pas, en relevant que la mesure litigieuse (prise en vertu du statut) était contestée par référence directe aux dispositions du code et sans mise en question de la légalité du statut. Ainsi, en accordant à un salarié de la SNCF la restitution de sommes retenues sur des primes, sans se prononcer sur la légalité des dispositions statutaires fondant cette retenue et en appliquant directement l'article L. 122-42 du Code du travail, « *les juges du fond, auxquels il incombait de déterminer la règle de droit applicable au litige (...) n'ont pas méconnu le principe de la séparation des pouvoirs* » (Soc. 10 juill. 1984, *Dr. soc.* 1985. 122, 2^e espèce, note J.-F. Lachaume). La manière dont les termes d'un litige sont formulés doit, certes, produire quelque effet au profit du plaideur avisé qui se borne à invoquer la disposition du code sans discuter la légalité du statut (comp. Soc. 4 juill. 1984, *préc.*). En l'espèce, cependant, la SNCF invoquait les dispositions statutaires et avait demandé au juge prud'homal de surseoir à statuer. La chambre sociale a persisté dans cette démarche, puisqu'un arrêt plus récent se réfère à l'article L. 144-3 du Code du travail, excluant que l'employeur (notamment « dans les entreprises de chemin de fer ») opère des retenues sur salaires à l'occasion de l'exercice normal du travail, pour rejeter le pourvoi de la SNCF qui reprochait à une cour d'appel de l'avoir condamnée à restituer à un agent la somme correspondant à des communications personnelles par téléphone portable de service et retenue sur son salaire conformément aux dispositions du statut (Soc. 18 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 459, 2^e esp., note Ch. Radé). Comment croire, pourtant, que le statut du personnel n'était pas en cause ?

D'autres arrêts adoptent une démarche plus franche. D'une part, ils affirment l'applicabilité de dispositions du Code du travail aux salariés d'entreprises publiques à statut (SNCF, EDF ou Charbonnages de France). D'autre part ils n'ignorent pas la présence de ce statut, mais ne se prononcent pas sur sa légalité. Traitant la situation comme un conflit entre règles également valides et compétentes, ils écartent la solution dictée par la règle *Specialia generalibus derogant* pour faire prévaloir la norme la plus favorable au salarié, qui se trouve être le plus souvent celle du code, en observant à l'occasion qu'elle est posté-

rieure à la norme statutaire (évocation de *Lex posterior derogat priori* ?). Cette série jurisprudentielle est consistante (Soc. 6 déc. 1979, *Dr. ouvr.* 1980. 414 ; 30 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 402 ; 19 juin 1991, *Dr. ouvr.* 1991. 462, note F. Saramito ; 11 mai 1993, *Dr. soc.* 1993. 953, note J. Chorin ; *Dr. ouvr.* 1993. 348, note F. Saramito ; 17 juill. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier ; *JCP G* 1997. II. 22798, note J. Chorin ; 17 juill. 1996, *Bull. civ.* V, n° 296 ; 17 déc. 1997, *Dr. soc.* 1998. 286, obs. A. Jeammaud), et il convient d'y ajouter les arrêts qui confrontent le statut au code même si le premier en sort sauf (Soc. 22 mai 1995, *Bull. civ.* V, n° 165 ; 26 févr. 2002, *Dr. soc.* 2002. 560, obs. J. Savatier, approuvant les juges du fond d'avoir décidé que des dispositions du décret de 1946 portant statut des mineurs ne violaient pas le principe d'égalité de rémunération et n'instituaient aucune discrimination prohibée par l'art. L. 122-45). Certains de ces arrêts disent applicables des dispositions du livre II, qui le sont aussi selon la jurisprudence administrative (*supra*, B). D'autres affirment l'applicabilité d'articles concernant le licenciement (Soc. 6 déc. 1979) ou le droit disciplinaire (19 juin 1991, 17 décembre 1997), et cristallisent ainsi la divergence avec le Conseil d'État. Quant au fondement de la solution du conflit, les arrêts du 17 juillet 1996, relatifs aux statuts du personnel de la SNCF et à celui d'EDF, le trouvent dans le « *principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* », que la Cour de cassation nomme et décrit ainsi pour la première fois, dans un visa de cassation qui plus est (voir *infra*, n° 180).

Il reste que, si l'employeur invoque la disposition réglementaire, le juge judiciaire qui l'ignore en écarte l'application. Pour le Tribunal de conflits, il juge nécessairement que cette disposition est entachée d'illégalité (12 oct. 1992, *Syndicat CGT d'EDF, Lebon*, p. 490).

Sur le fond, cependant, la position de la Cour de cassation *n'est pas opposée en tout point à celle du Conseil d'État*. D'une part, elle considère, dans ces mêmes arrêts de 1996, que l'appréciation du caractère plus ou moins favorable du régime de congés payés fixé par le statut du personnel doit être globale en raison du caractère indivisible de ce régime « institué en tenant compte des nécessités du service public ». On trouve là un écho de l'arrêt *Billard et Volle* et des arrêts *Damiens et Muthuon* (*supra*, B). D'autre part, elle estime que la loi du 30 juillet 1987, qui a créé les articles L. 122-14-12 et 13 relatifs à la retraite, n'est pas applicable aux agents d'EDF-GDF (Soc. 21 juin 1995, *Dr. soc.* 1996. 175, 2^e esp., note J. Chorin), de la SNCF (Soc. 21 juin 1995, *Bull. civ.* V, n° 205 ; 29 oct. 1996, *RJS* 12/96, n° 1332 ; 23 janv. 2007, *Dr. ouvr.* 2007. 381, note F. Saramito), d'Air France (Soc. 22 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 72) ou du Centre nationale

d'études spatiales (Soc. 12 déc. 2000, *Bull. civ.* V, n° 418 et 419), dont la rupture du contrat pour mise à la retraite est réglée par des dispositions réglementaires spéciales, qui constituent des éléments de l'organisation du service public. Elle a considéré, de même, que les dispositions du Code du travail en matière de protection des victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne s'appliquaient pas aux salariés de la défunte SEITA, soumis à un régime propre de rupture pour mise d'office en retraite invalidité (Soc. 1^{er} juill. 1997, *Bull. civ.* V, n° 243) ou de la Société Air France au temps où subsistait le statut du personnel (Soc. 28 oct. 2003, *Bull. civ.* V, n° 260). Le lien de ces dispositifs spéciaux (à dimension de protection sociale) avec l'organisation du service public justifierait leur application exclusive, tandis que les règles du droit commun du travail s'appliqueraient sur les autres points au nom d'un ordre public s'imposant aux directions des entreprises publiques à statut, sauf plus grande faveur de ce dernier.

Le panorama du droit applicable aux salariés des entreprises publiques à statut souffre ainsi d'une complexité aggravée par une *divergence partielle de jurisprudence*. L'entrée en vigueur de la nouvelle partie législative du Code du travail devrait sensiblement améliorer les choses. La détermination des domaines d'application des différents segments de ce code recomposé a été clarifiée, harmonisée, dans une mesure qu'autorisait assurément l'habilitation législative. Par exemple, les dispositions des livres I (sur le calcul des effectifs, les droits et libertés dans l'entreprise, les discriminations et harcèlements, l'égalité professionnelle entre femmes et hommes, etc.) et II (« Contrat de travail » : notamment les dispositions concernant la maladie, l'accident et l'incapacité médicalement constatée quelle qu'en soit la cause, la rupture du contrat à durée indéterminée, le contrat à durée déterminée, etc.) de la première partie, et celles du livre de la deuxième partie consacré aux syndicats professionnels, sont déclarées « applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel » (art. L. 1111-1, L. 1211-1, 2111-1). Cette claire réserve est absente des autres énoncés concernant les champs d'application. Ainsi, les dispositions sur le règlement intérieur et les sanctions disciplinaires, la durée du travail, les repos et congés, s'appliquent dans les établissements publics à caractère industriel et commercial (art. L. 1311-1, L. 3111-1). Celles réglant la négociation collective et les conventions et accords collectifs, comme la plupart de celles relatives au salaire (mais l'article L. 3221-1 reste un peu mystérieux en ce qui concerne les salariés de droit privé du secteur public) et celles traitant de la santé et de la sécurité au travail, sont applicables à ces mêmes entités, ainsi qu'aux établissements

publics à caractère administratif employant du personnel dans les conditions du droit privé (art. L. 2211-1 et L. 2233-1, L. 3231-1, L. 4111-1). Tout comme les dispositions relatives à la représentation du personnel, sous réserve d'adaptation par décrets pour certains établissements (art. L. 2311-1 et L. 2321-1).

10-13

LES DIRIGEANTS

**10. Soc. 28 janvier 1988 — 11. Soc. 26 avril 2000 —
12. Soc. 4 mars 1997 — 13. Soc. 14 décembre 1999**

Jusqu'à l'introduction dans le Code du travail, par la loi du 19 janvier 2000, dite loi Aubry II, d'un article L. 212-15-1 (art L3111-2 nouv. C. trav.), la notion de cadre dirigeant n'appartenait pas à la langue du droit. Dorénavant le cadre dirigeant fait l'objet d'une définition, même si la présence d'adjectif et d'adverbe rend immédiatement sensible son imprécision. Cette définition, toutefois, ne concerne que le régime du temps de travail.

La condition juridique des cadres dirigeants, et plus généralement, des dirigeants d'entreprise se présente toujours comme une mosaïque, qui avec l'article L. 212-15-1 (art L3111-2 nouv. C. trav) s'est enrichie d'une pièce supplémentaire. Cette mosaïque paraît traversée d'une ligne qui sépare deux catégories de personnes, susceptibles d'assumer les fonctions de direction dans une entreprise : d'un côté les dirigeants mandataires, dits encore mandataires sociaux ou encore dirigeants sociaux et de l'autre, les dirigeants salariés, dont font partie les cadres dirigeants de l'article L. 212-15-1 (art L3111-2 nouv. C. trav). Cette ligne n'est ni facile à tracer ni franche, car, sous certaines conditions, des cumuls de qualités sont possibles (I).

Salarié, un dirigeant relève du droit du travail. Mais exclusions, dérogations, aménagements concourent à dessiner un régime complexe, non sans qu'apparaisse une tendance à cantonner le mouvement de spécialisation (II).

I. — Mandat social et contrat de travail

10. Soc. 28 janvier 1988

Soc. Établissements Léon Picard c. Lévy

(Bull. civ. V, n° 83)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 116 de la loi du 24 juillet 1966 ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, les directeurs généraux sont révocables à tout moment par le conseil d'administration, sur proposition du président ;

Attendu que M. Michel Lévy, entré au service de la société Établissements Léon Picard en qualité d'employé, en est devenu directeur salarié le 1^{er} juillet 1973 et en a été nommé directeur général en vertu d'une délibération du conseil d'administration du 28 août 1981 ; que, le 1^{er} octobre 1981, à la suite de la démission collective des membres du conseil d'administration, la société a été pourvue d'un administrateur provisoire ; que M. Lévy, privé d'emploi, a réclamé la délivrance de l'attestation d'employeur destinée à l'ASSEDIC et d'un certificat de travail comportant les mentions légales ; que l'arrêt attaqué a accueilli cette demande aux motifs essentiels qu'il résultait du procès-verbal de la délibération du 28 août 1981 que M. Lévy ne disposait pas de pouvoirs autres que ceux qu'il possédait en sa qualité de directeur salarié, qu'il avait pris l'engagement d'exécuter certaines directives du conseil d'administration et ne s'était vu, à aucun moment, nanti de l'indépendance d'action d'un directeur général d'entreprise ;

Attendu cependant que tandis que, d'une part, *les directives émanant du conseil d'administration ne suffisent pas à créer un lien de subordination, que, d'autre part, les pouvoirs délégués aux directeurs généraux peuvent être limités dans leur étendue comme dans leur durée, sans que les délégataires perdent la qualité de mandataires sociaux*, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que les fonctions de directeur salarié de M. Lévy avaient un caractère technique tel qu'elles n'avaient pas pu être absorbées par celles découlant du mandat social, a, en reconnaissant à un mandataire social la qualité de salarié, violé l'article précité ;

Par ces motifs :

Casse et annule l'arrêt rendu, le 5 mars 1984, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims.

11. Soc. 26 avril 2000

Wagner c. Soc. Foncia immobilière Halles

(*Bull. civ.* V, n° 152 ; *Dr. soc.* 2000. 771, note J. Mouly ;
D. 2000, Somm. 474, obs. J.-C. Hallouin)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 121-1 du Code du travail ;

Attendu que M. Wagner, engagé le 11 juin 1969 en qualité de directeur général salarié par la société Immobilière Halles, devenue le 1^{er} janvier 1994 société Foncia immobilière Halles, en a été nommé, en 1989, administrateur, puis en 1991, président du conseil d'administration ; que les délibérations du conseil d'administration précisaient que l'intéressé conservait ses fonctions salariales ; que, par lettre du 24 juin 1994, il a démissionné tant de ses mandats sociaux que de ses fonctions salariales, le préavis devant cesser le 30 septembre 1994 ; que la société l'a dispensé, le 4 juillet, d'effectuer son préavis et l'a licencié pour faute lourde le 12 août 1994 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour dire que M. Wagner n'était pas lié à la société Foncia immobilière Halles par un contrat de travail et renvoyer la cause et les parties devant la juridiction commerciale, l'arrêt attaqué énonce que si la licéité du cumul d'une activité salariale n'est pas ici contestée, l'analyse des pièces de la procédure

permet d'admettre que M. Wagner n'était pas, outre son mandat de président du conseil d'administration, titulaire d'un contrat de travail ;

Attendu, cependant, qu'en l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination est suspendu pendant le temps où il est mandataire ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans constater l'existence d'une novation permettant de considérer que le contrat de travail n'avait pas été suspendu pendant l'exercice du mandat social mais avait disparu avec tous ses effets, de sorte que son exécution n'aurait pu reprendre lors de la cessation des mandats sociaux, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 3 juillet 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz.

12. Soc. 4 mars 1997

Soc. Foxboro International et autre c. Schallebaum

(Bull. civ. V, n° 91)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué (8 juill. 1993), que M. Schallebaum a conclu, le 9 juillet 1982, avec la société de droit américain Foxboro International Limited, un contrat de travail afin d'exercer les fonctions de mandataire ou de dirigeant auprès des filiales en France ou en Europe du groupe Foxboro et a été désigné, le 16 décembre 1982, en qualité de directeur général de la société Foxboro France ; que, s'étant opposé au plan de réduction des effectifs ordonné par le président-directeur général et également dirigeant du groupe, il a été licencié le 2 mai 1991 et révoqué de son mandat social ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir le paiement des indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les Sociétés Foxboro International Ltd et Foxboro France font grief à l'arrêt d'avoir dit que le contrat de travail était valable alors, d'une part, que si, au sein d'un groupe de sociétés, l'exercice d'un mandat social dans une filiale peut s'effectuer sur la base d'un contrat de travail conclu avec la société mère, sans contrevenir au principe de la libre révocation des mandataires sociaux, encore faut-il que soit constatée l'existence d'un lien de subordination effectif avec cette dernière, lien que les seules directives émanant du conseil d'administration dans le cadre du mandat social ne suffisent pas à créer ; que dès lors, en l'espèce, la cour d'appel, qui constatait que M. Schallebaum ne percevait qu'une seule et unique rémunération versée par la société Foxboro France, ne pouvait conclure à la validité du contrat de travail conclu entre M. Schallebaum et la société Foxboro International, en se bornant à affirmer que M. Schallebaum exerçait ses fonctions sous un lien de subordination étroit imposé par les dirigeants de la société mère, sans caractériser les circonstances permettant de déduire l'existence d'un tel lien ; que, ce faisant, elle a entaché la décision d'un manque de base légale au regard des articles 1710 du Code civil et 116 de la loi du

24 juillet 1966 ; alors, d'autre part, que le cumul entre un mandat social et des fonctions salariées, fût-ce au sein d'un groupe de sociétés, n'est possible qu'à la condition que ces dernières correspondent à un emploi subordonné effectif, distinct du mandat social ; que, dès lors, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que les fonctions de salarié de M. Schallebaum au service de la société Foxboro International étaient distinctes de celles découlant du mandat social exercé au sein de la société Foxboro France et n'avaient pu être absorbées par celles-ci, a, en reconnaissant à M. Schallebaum, mandataire social, la qualité de directeur salarié, violé l'article 116 de la loi du 24 juillet 1966 ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a relevé que M. Schallebaum, *engagé par la société mère pour diriger l'une de ses filiales, a exercé ses fonctions sous la dépendance des dirigeants de la société mère qui l'ont licencié pour n'avoir pas exécuté leurs instructions* ; qu'elle a, au vu de ces constatations, *caractérisé l'existence d'un lien de subordination* ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si l'intéressé exerçait une activité salariée distincte de son mandat social en l'absence de cumul entre le mandat exercé au profit de la filiale et l'activité salariée exercée au profit de la société mère ;

Sur le deuxième moyen : (sans intérêt) ;

Sur le troisième moyen : (sans intérêt) ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Un mandataire social n'a pas la qualité de salarié. C'est ce qu'énonce, sans surprise, l'arrêt du 28 janvier 1988 (n° 10) qui censure une décision ayant reconnu à un mandataire social, en l'occurrence un directeur général dans une société anonyme, la qualité de salarié, sans faire apparaître un contrat de travail distinct du mandat social.

La distinction des deux qualités est d'une grande importance pratique qui se mesure notamment aux différences qui affectent les pouvoirs de l'un et de l'autre, leurs conditions de rémunération, les conditions et les effets de la cessation de leur activité, la protection sociale. Il faut toutefois noter que les conditions de leur responsabilité envers les tiers sont dorénavant similaires (v. *infra*, n° 47-48).

Comment, en cas de litige, s'opère l'attribution de la qualité de mandataire social ou de salarié ? Un élément est essentiel. La qualité de mandataire social s'acquiert, en effet, par une nomination, c'est-à-dire une décision formelle de l'organe compétent, selon les dispositions du droit des sociétés, pour procéder à cette investiture (comme administrateur, membre du conseil de surveillance, président, directeur général, membre du directoire...). Le respect d'une procédure organisée détermine donc la qualité de mandataire social et à la différence de la qualification de salarié, il n'y a pas lieu, en principe, de tenir compte des conditions d'accomplissement des fonctions. Ainsi, comme l'indique l'arrêt du 28 janvier 1988, un directeur général, régulièrement

investi, ne peut se prétendre salarié au motif qu'il reçoit des instructions du conseil d'administration.

Mandataire social, par son mode d'investiture, un dirigeant n'est pas salarié. Cette dernière proposition, exacte dans son principe, ne tient pas compte des combinaisons possibles des deux qualités.

La première combinaison recouvre un *cumul*, au sein d'une *même* société d'un mandat social et d'un contrat de travail. Ce cumul n'est pas interdit. Il est même envisagé, de manière expresse, au profit d'un salarié appelé à devenir administrateur d'une société anonyme (art. L. 225-22 C. com.). La chronologie inverse n'est pas admise (v. Soc. 21 nov 2006, *Bull. civ.* V, n° 348). Le cumul est également mentionné par les dispositions relatives aux membres du directoire (art. L. 225-61) et aux membres du conseil de surveillance (art. L. 225-85). Dans tous les cas, le cumul est subordonné à une condition : le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif. L'expression doit être prise dans son sens commun. Un emploi est requis, c'est-à-dire un travail exercé dans un lien de subordination. Et ce travail doit être effectif, c'est-à-dire correspondre à une activité réelle, distincte des fonctions de mandataire social par ailleurs exercées. C'est, à l'évidence, l'exigence d'un état de subordination qui rend le cumul difficile, car il n'est pas commode d'imaginer un dirigeant dirigé. Les exemples existent cependant, attestés au moins par des décisions, de coexistence d'un mandat social et d'un contrat de travail.

Mais comment analyser la situation lorsque, appelé à exercer un mandat social, un salarié cesse avec sa nomination d'occuper un emploi effectif ? Longtemps, la jurisprudence a estimé que le contrat de travail était dissous. L'explication technique n'avait nulle évidence, mais la raison d'être de la solution était explicite : la dissolution du contrat de travail était regardée comme seule à même de préserver la libre révocation ultérieure du mandataire social.

Cette solution a été abandonnée par la chambre sociale de la Cour de cassation en 1990 (Soc. 12 déc. 1990, *Bull. civ.* V, n° 658, *Dr. soc.* 1991. 463, note B. Petit) et son arrêt du 26 avril 2000 (**n° 11**) contient la formule la plus complète qui soit et répétée depuis lors (v. par ex., Soc. 14 juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 201) : « *en l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination est suspendu pendant le temps où il est mandataire* ». La chambre sociale ne voit donc plus dans la survie du contrat de travail une atteinte à la libre révocation d'un mandataire social (v. l'affirmation explicite dans Soc. 11 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 218).

Cette survie est dorénavant assurée, mais moyennant une suspension du contrat de travail. Cette solution est destinée à faciliter l'accès de cadres salariés à des fonctions de dirigeant social. La suspension joue

de plein droit, puisqu'elle n'est écartée qu'en présence d'une convention contraire. La chambre sociale n'exclut donc pas une rupture du contrat de travail antérieur, mais comme elle suppose une convention entre les parties, la rupture ne peut guère être qu'une rupture d'un commun accord ou résiliation conventionnelle (sur laquelle v. *infra*, n^{os} 92 à 94).

Dès lors qu'en cas d'accès à un mandat social absorbant toute l'activité de l'intéressé, son contrat de travail n'est, en principe, que suspendu, ce dernier reprend vie lors de la cessation du mandat social. La cessation de ce mandat et ses motifs ne sauraient avoir d'incidence sur le contrat de travail. La chambre sociale souligne l'indépendance entre mandat social et contrat de travail lorsqu'il y a cumul de qualités (Soc. 14 juin 2000, *Bull. civ. V*, n^o 229). *A fortiori* l'indépendance s'impose-t-elle quand le contrat de travail a fait l'objet d'une suspension. Cette technique serait d'ailleurs privée de toute utilité si l'employeur pouvait par exemple invoquer la révocation du mandat et ses motifs pour rompre le contrat de travail.

L'indépendance entre contrat de travail et mandat social a-t-elle la même force lorsque l'un et l'autre ne sont pas exécutés auprès d'une seule société ? Une seconde combinaison doit en effet être évoquée, celle qui résulte de la nomination d'un salarié dans des fonctions de mandataire social d'une *autre* société, telle une filiale.

Dans le souci manifeste de ne pas contrarier cette forme de promotion de cadres salariés, la chambre sociale a conçu une analyse originale qui a inspiré d'abord une série d'arrêts remarquables, quoique non publiés au bulletin (Soc. 12 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 468, note B. Petit, et après renvoi : Soc. 20 mars 1996, *RTD com.* 1997. 114, obs. Y. Reinhard et B. Petit ; Soc. 2 oct. 1991, *RJS* 11/91, n^o 1252, *JCP* 1993. I. 3652, n^o 12, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, *ibid.*, 1992. I. 3554, n^o 1, obs. D. Gatumel, *adde* N. de Servin, *RJS* 6/92, p. 391 et C. Malecki, Les dirigeants de filiales, *Rev. sociétés* 2000. 453) avant d'être consacrée dans les arrêts publiés (v. n^o 12 ; Soc. 6 oct. 1993, *Bull. civ. V*, n^o 226, *Rev. sociétés* 1994. 76, *JCP* 1994. I. 3746, n^o 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain) : l'exercice d'un mandat social — dans une société — peut constituer un *mode d'exécution* du contrat de travail — conclu avec une autre société.

L'arrêt du 4 mars 1997 (n^o 12) est particulièrement édifiant, parce que le pourvoi contestait qu'un même salarié puisse avoir la double qualité de mandataire social et de salarié, alors qu'à chacune ne correspondaient pas des fonctions distinctes. L'objection est écartée puisqu'il n'y avait pas « *de cumul entre le mandat exercé au profit de la filiale et l'activité salariée exercée au profit de la société mère* ». L'analyse retenue par la chambre sociale suscite certaines critiques. La principale réside dans la reconnaissance que sa solution implique d'une possible

subordination des dirigeants sociaux. Mais le réalisme dont la chambre sociale fait ici preuve n'est-il pas bien venu ? En tout cas, elle maintient le cap (v. Soc. 11 mars 2003, *Bull. civ. V*, n° 88).

N'est d'ailleurs pas exclue une autre analyse mais qui suppose une volonté des parties en ce sens : la suspension du contrat de travail pendant l'exercice du mandat social auprès d'une autre société, sur le modèle de ce que la chambre sociale conçoit dans le contexte d'une seule société (v. n° 11). Cette seconde analyse a pour conséquence de garantir une plus grande indépendance entre le mandat social et le contrat de travail (v. Soc. 9 déc. 1997, *Bull. civ. V*, n° 424 ; 4 déc. 2002, *RJS* 2/03, n° 266).

II. — Le dirigeant salarié

13. Soc. 14 décembre 1999

Pierre c. SNC Sanijura

(*Bull. civ. V*, n° 488 ; *Dr. soc.* 2000. 163, concl. J. Duplat, note J.-E. Ray ; *JCP E* 2000. 902, note M.-T. Aubert-Montpeyssen)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Attendu que M. Pierre, directeur administratif et financier de la société Sanijura, a été licencié le 6 décembre 1994 ; qu'il lui était reproché d'avoir remis aux membres du comité de direction, auquel il appartenait, un document critiquant la nouvelle organisation mise en place par l'employeur et d'avoir ainsi manqué à son obligation de réserve ;

Attendu que pour décider que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse, l'arrêt attaqué retient que le document diffusé par l'intéressé aux membres du comité directeur ne rentre pas dans le cadre du droit d'expression du salarié et constitue des critiques vives de l'organisation administrative, financière et comptable mise en place à la suite de la prise de contrôle de l'entreprise ; que la rédaction et la diffusion dudit document révèlent une grande détermination du salarié, qui avait la possibilité de retenir sa plume et de modérer ses ardeurs et que le contenu du document va au-delà du simple devoir d'expression critique d'un cadre dirigeant ;

Attendu, cependant que, si, à bon droit, la cour d'appel a jugé que l'acte reproché au salarié ne pouvait se rattacher au droit d'expression des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail prévu à l'article L. 461-1 du Code du travail, qui s'exerce seulement dans le cadre de réunions collectives organisées sur les lieux et pendant le temps de travail, elle a méconnu que, *sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, qu'il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* ;

Qu'en statuant comme l'a fait alors qu'il résultait de ses constatations que l'intéressé était chargé d'une mission administrative, comptable et financière de très haut niveau dans des circonstances difficiles, de sorte *qu'il pouvait être amené à formuler, dans l'exercice de ses fonctions, et du cercle restreint du comité directeur dont il était membre, des critiques, même vives, concernant la nouvelle organisation proposée par la direction*, et alors que le document litigieux ne comportait pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté M. Pierre de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 7 mars 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon (...).

OBSERVATIONS

On ne trouve pas en droit du travail un ensemble de règles applicables au dirigeant salarié, pas plus qu'on n'y découvre une définition ayant valeur générale. Ce qui peut être mis en lumière, ce sont plutôt, par-delà des dispositions ponctuelles, des tendances.

D'un côté existe une tendance à instituer des règles particulières. Leur domaine d'application est défini de manière très variable. Mention a déjà été faite de l'article L. 212-5-1 du Code du travail (art L. 3111-2 nouv. C. trav.) qui soustrait à l'empire des principales dispositions relatives au temps de travail le cadre dirigeant (sur les critères visés, V. H. Tissandier, *RDT* 2007.535). Mais à côté du cadre dirigeant, apparaissent d'autres cadres, susceptibles de relever d'un régime temporel original (v. art. L. 212-15-3 C. trav. devenu l'art. L. 3121-38). La définition issue de l'article L. 212-5-1 (L. 3111-2 nouv. C. trav.) n'est pas utilisée hors du domaine pour lequel elle a été forgée.

Pourtant le dirigeant salarié justifie d'autres règles spéciales. Nombreuses sont celles qui proviennent du droit conventionnel (v. un exemple d'exclusion des dispositions conventionnelles, Soc. 18 févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 184), d'autres viennent du droit étatique. L'une a son siège dans l'article L. 513-1 du Code du travail (art L. 1441-4 nouv. C. trav.) et elle range parmi les électeurs employeurs aux élections prud'homales les cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise, une délégation particulière d'autorité établie par écrit permettant de les assimiler à un chef d'entreprise. Après avoir usé d'autres références, la chambre sociale a décidé d'étendre la formule à la détermination des cadres exclus de l'électorat et de l'éligibilité aux fonctions de délégués du personnel et de membres du comité d'entreprise, pour la durée de cette délégation particulière (Soc. 6 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 73 ; 24 septembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 244). Cependant, quoiqu'exclus du corps électoral, ces cadres dirigeants doivent être décomptés dans l'effectif de l'entreprise ou de

l'établissement et entrent donc dans le calcul des seuils (Soc. 26 sept. 2002, *Bull. civ. V*, n° 285, *Dr. soc.* 2002. 1080, obs. F. Duquesne).

La question de savoir si le droit du licenciement s'applique de la même façon aux dirigeants salariés et aux autres salariés suscite des discussions.

Les textes ne distinguent pas et l'on connaît l'adage « *là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* ». Certaines décisions, déjà anciennes, exprimaient pourtant un affaiblissement de la protection en cas de licenciement au nom de la confiance qui doit présider aux relations entre une société et un dirigeant, serait-il salarié (v. par ex. Soc. 21 juin 1976, *Dr. soc.* 1977. 21, note J. Péliissier). Un tel affaiblissement est fermement condamné par la chambre sociale qui, dorénavant, pourchasse ces appels à la confiance par où se glissent la subjectivité et donc l'arbitraire. (v. Soc. 29 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 183, *D.* 2002. 921, note A. Gardin).

Surtout elle prend ses distances avec une opinion, sans doute assez répandue, selon laquelle le cadre dirigeant serait tenu à une obligation de réserve. L'arrêt *Pierre* en date du 14 décembre 1999 (n° 13) montre la fermeté avec laquelle la chambre sociale entend protéger la liberté d'expression dans l'entreprise d'un cadre « de très haut niveau ». Cet arrêt ne peut être isolé d'un mouvement législatif et jurisprudentiel d'essor des droits fondamentaux de la personne dans les rapports d'emploi (sur lequel v. *infra*, n° 69-70). Dans son objet précis, il marque un choix clair de ne pas tenir les cadres dirigeants à l'écart de ce mouvement. L'arrêt se prête en effet à une double lecture. La première livre un message général. Tout salarié jouit, sauf abus, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression. Si des restrictions peuvent être apportées, elles doivent répondre aux exigences formulées dans l'article L. 120-2 du Code du travail (art L. 1121-1 nouv. C. trav.). Là apparaît un second message. L'« *exécution d'une mission administrative, comptable et financière de très haut niveau dans des circonstances difficiles* » ne justifie pas une limitation de la liberté d'expression dans l'entreprise. Au contraire, elle peut conduire à émettre des critiques, même vives, protégées par la liberté d'expression. Parfois même, c'est sa mission qui justifie une dénonciation (v. par ex., Soc. 8 nov 2006, *Bull. civ. V*, n° 331, *RDT* 2007.98 obs J. Levy-Amsellem, *D.* 2007. Pan. 686, obs O. Leclerc). Sans que soit affirmé un devoir de critique du cadre dirigeant, un droit de critique lui est reconnu. Chemin faisant, l'abus est précisé et correspond à l'usage de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs (v. Soc. 2 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 142, *Dr. soc.* 2002. 1003, obs. B. Gauriau ; 30 oct. 2002, *Dr. soc.* 2003. 136, obs. F. Duquesne).

14-17

**DOMAINE D'APPLICATION
DANS L'ESPACE INTERNATIONAL**

**14. Soc. 31 mai 1972 — 15. Soc. 9 octobre 2001 —
16. Soc. 12 novembre 2002 — 17. CE 29 juin 1973**

Point n'est besoin de savantes élaborations pour comprendre que les rapports d'emploi, dans lesquels le travail n'est pas sédentaire, en ce qu'il n'est pas exécuté sur un seul et même territoire national, donnent matière à conflits de lois. Il importe, en d'autres termes, de déterminer le droit qui leur est applicable. Que le travail soit ou non sédentaire, il arrive aussi que ce soit le pôle patronal qui présente une dimension internationale. La société qui a la qualité d'employeur peut être une société de droit étranger, c'est-à-dire avoir son siège social à l'étranger, ou encore appartenir à un groupe de sociétés dont la société dominante est de droit étranger. La compétence du droit français du lieu d'exécution du travail, pour régir la représentation des intérêts des salariés, demande, alors, à être précisée.

Tant le règlement des conflits de lois relatifs aux contrats internationaux de travail (I) que la détermination de l'emprise dans l'espace des règles françaises relatives à la représentation du personnel (II) ont été largement l'œuvre de la jurisprudence.

**I. — Le droit applicable
aux contrats internationaux de travail**

14. Soc. 31 mai 1972

Ste Expand Afrique Noire c. Mlle Thuillier

*(Bull. civ. V, n° 388 ; JCP 1973. II. 17317, note G. Lyon-Caen ;
Rev. crit. DIP 1973. 683, note P. Lagarde)*

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation et fausse application de la loi du 15 juin 1961 portant Code du travail au Sénégal, notamment de ses articles 35

et 60, violation de l'article 1134 et de l'article 1184 du Code civil, des articles 19 et 23 du Livre 1^{er} du Code du travail et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que demoiselle Thuillier, ressortissante française avait été engagée à Paris, en 1957, par la Société « Expand Afrique Noire », société de publicité pharmaceutique, pour être employée comme secrétaire médicale à Dakar ; que, suivant contrat signé à Paris le 15 juin 1960, les parties se lièrent pour une durée déterminée de quinze mois à partir du 1^{er} juillet suivant, renouvelable par tacite reconduction sauf dénonciation trois mois avant l'expiration d'une période ; que fin juin 1965, elle fut licenciée avec préavis d'un mois ; que se prévalant de ce que la dernière période en cours expirait le 1^{er} juillet 1965 et de ce que n'ayant pas été dénoncé trois mois avant cette date le contrat s'était renouvelé tacitement pour une nouvelle période, demoiselle Thuillier assigna la société en paiement de dommages-intérêts et que la cour d'appel, par l'arrêt attaqué a fait droit à sa demande ;

Attendu que la Société « Expand Afrique Noire » fait grief à cet arrêt d'avoir refusé d'appliquer aux rapports des parties les dispositions du Code du travail du Sénégal, notamment les articles 35 et 60 édictant notamment « qu'aucun travailleur ne peut conclure avec la même entreprise plus d'une fois un contrat à durée déterminée, ni renouveler plus d'une fois un contrat à durée déterminée et que la continuation de services, en dehors des cas ainsi prévus, constitue de plein droit l'exécution d'un contrat de travail à durée indéterminée » ; au motif que si les textes impératifs qui président à l'organisation ou à la réglementation administrative du travail ont nécessairement un caractère territorial et relèvent de l'ordre public local, de sorte que les dispositions du Code du travail sénégalais sont applicables aux contrats en cours, l'intervention d'une législation nationale abrogeant ou modifiant la législation française antérieurement applicable, quant au droit pour les parties de déterminer la durée et la portée de leurs engagements, ne saurait priver le travailleur des garanties essentielles stipulées lors de la conclusion du contrat et sans lesquelles il n'aurait pas contracté, la loi française étant en l'espèce la loi du contrat, alors que le contrat de travail est d'ordre public et que la loi régissant le contrat de travail est celle du lieu où s'exécute le travail ainsi que le reconnaît l'arrêt qui refuse cependant arbitrairement cette application à la durée et à la portée des engagements du travailleur, et alors que l'arrêt attaqué ne pouvait, sans contradiction manifeste dire que le Code du travail sénégalais était applicable de plein droit aux contrats de travail en cours lors de son entrée en vigueur, et en même temps écarter l'application de ce code au motif qu'il n'apportait pas aux travailleurs la garantie de la loi française, et alors, au surplus, qu'en l'espèce, les parties s'étaient référées aux lois et règlements en vigueur et à la Convention Collective d'Afrique occidentale française, et alors que ces textes ne peuvent être que ceux en vigueur au Sénégal, c'est-à-dire la loi du 15 décembre 1952 portant Code du travail de la France d'Outre-Mer jusqu'à son abrogation par la loi sénégalaise du 15 juin 1961 portant Code du travail du Sénégal qui l'a remplacée, et alors, enfin, que la garantie invoquée par la cour d'appel n'est que le résultat d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation qui avait consacré pendant de longues années la solution du Code du travail du Sénégal ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que le contrat litigieux avait été conclu entre une employée de nationalité française bénéficiant du statut des travailleurs expatriés, ainsi qu'il ressortait de la correspondance versée aux débats, et une société française de publicité pharmaceutique, la Société Expand, dont la Société à responsabilité limitée « Expand Afrique Noire », sa filiale, était devenue ultérieurement une société sénégalaise ; que le directeur de ces deux sociétés demeurait à Paris d'où avaient été adressés à demoiselle Thuillier le contrat de

travail et la lettre de congédiement ; que le contrat de 1960 se référait expressément pour régir les rapports individuels des parties, aux textes législatifs et réglementaires en vigueur, en particulier à la Convention Collective fédérale de l'Afrique Occidentale française du 16 novembre 1956, se plaçant ainsi sous l'égide de la législation française applicable alors dans les territoires d'outre-mer ; que la cour d'appel a observé sans contradiction que *si la loi sénégalaise, intervenue postérieurement le 15 juin 1961 et instituant un Code du travail au Sénégal, était applicable de plein droit en ce qui concernait ses dispositions, relevant de l'ordre public local relatives à l'organisation ou à la réglementation administrative du travail et plus favorables aux travailleurs, par contre cette loi ne pouvait modifier au détriment de demoiselle Thuillier les garanties essentielles du contrat relatives notamment à la durée et la portée de l'engagement régies par la loi française en vigueur au lieu et à l'époque de la conclusion du contrat, et qui était la loi de ce contrat* ;

Qu'en en déduisant, d'une part, que l'article 35 du Code du travail du Sénégal, interdisant à un travailleur de conclure avec une seule entreprise plus de deux contrats à durée déterminée ou de renouveler plus d'une fois un contrat de travail à durée déterminée n'avait pu avoir comme conséquence de restreindre les droits de la salariée et, d'autre part, que le défaut de limitation du nombre des prorogations successives n'avait pas pour effet de réduire la durée de chacune d'elles, mais seulement de soumettre la résiliation du contrat à l'observation du délai de préavis stipulé, la cour d'appel, qui a condamné la Société « Expand Afrique Noire » à réparer le préjudice causé à demoiselle Thuillier, a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu, le 15 mars 1971, par la cour d'appel de Paris.

15. Soc. 9 octobre 2001

Oliva Campos c. Banco de la Nación Argentina

(*Bull. civ.* V, n° 303 ; *Dr. soc.* 2002. 121, obs. M.-A. Moreau)

ARRÊT

Vu les *articles L. 121-1 du Code du travail, 3 du Code civil*, et 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. Oliva Campos a été engagé, le 15 janvier 1959, par la Banco de la Nación Argentina ; qu'en 1973, il a été envoyé en France, désigné en qualité de représentant de cet établissement bancaire, puis nommé en 1981 en qualité de directeur de la succursale créée à Paris ; que, par lettre du 20 avril 1988, il a été licencié pour faute grave en raison de son refus de regagner le siège social de la banque en Argentine ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale en réclamant le paiement d'indemnités de rupture et des dommages-intérêts ;

Attendu que, pour décider que la loi française n'était pas applicable au litige et rejeter les demandes du salarié, la cour d'appel énonce que la loi applicable au contrat est celle choisie par les parties et à défaut celle de son principal rattachement, que le contrat a commencé à être exécuté sur le territoire de l'État où il a été souscrit initialement, que c'est la loi de cet État qui s'applique normalement et que cette solution s'impose d'autant plus quand la situation du salarié a toujours été celle d'un agent détaché qui conservait avec son employeur d'origine

les mêmes liens de dépendance que ceux qui existaient en Argentine et qui développait une carrière administrative dans le cadre hiérarchique de la Fonction publique de ce pays ; qu'elle ajoute qu'il percevait une partie de sa rémunération dans son pays d'origine, cotisait au régime de protection sociale argentin et que le seul contrat écrit était le contrat d'origine de droit argentin, le détachement en France n'en constituant qu'une modalité d'exécution, sans novation ; qu'elle retient encore que les parties n'ont jamais manifesté la volonté de soumettre leurs relations à la loi française et que le salarié était dans une position de fonctionnaire détaché à laquelle il pouvait être mis fin à tout moment ;

Attendu, cependant, qu'à défaut de choix des parties de la loi applicable, le contrat de travail est régi, sauf s'il présente des liens plus étroits avec un autre pays, par la loi du pays où le salarié en exécution du contrat accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que les parties n'avaient pas choisi, lorsque le salarié est venu exercer son activité en France, de continuer à soumettre leurs relations contractuelles à la loi argentine, et que lors de la rupture du contrat, le salarié était depuis quinze ans en France et ne pouvait être considéré comme détaché à titre temporaire, la cour d'appel qui s'est bornée à affirmer que le salarié, qui le contestait, appartenait à la fonction publique argentine, a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 janvier 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Paris.

16. Soc. 12 novembre 2002

Mme Briand c. Institut Culturel autrichien

(*Bull. civ.* V, n° 339 ; *Dr. soc.* 2003. 339, obs. M.-A. Moreau ;
Rev. crit. DIP 2003. 446, note F. Jault)

ARRÊT

Attendu que Mme Briand a dispensé des cours de langue allemande à partir du 1^{er} octobre 1972 à l'Institut culturel autrichien à Paris ; qu'à la suite d'une revendication collective, les professeurs de l'Institut se sont vu reconnaître le statut de salariés et qu'il a été proposé à Mme Briand de choisir entre un contrat de droit autrichien et un contrat de droit français ; que Mme Briand a choisi le contrat de droit autrichien qui a été conclu le 2 décembre 1994 avec le ministère autrichien des Affaires étrangères ; qu'en outre un accord a été conclu, le 29 décembre 1994, pour apurer le passé, que l'Institut ayant décidé pour des raisons budgétaires et d'organisation de cesser de dispenser des cours d'allemand, la salariée a été licenciée par lettre du 14 septembre 1995 ; qu'elle a saisi le tribunal du travail et des affaires sociales de Vienne (Autriche) pour voir constater que la rupture de son contrat n'était pas régulière et que le contrat se poursuivait ; que sa demande ayant été rejetée, elle a saisi le conseil de prud'hommes de Paris en réclamant le paiement d'indemnités de congés payés, des indemnités de rupture, des dommages-intérêts ainsi que la remise de divers documents ;

Sur le pourvoi de l'Institut culturel autrichien :

Sur le premier moyen : (sans intérêt) ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que l'Institut culturel autrichien fait encore grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait alors, selon le moyen :

1° que les dispositions de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail ne peuvent se substituer à celles de la loi d'autonomie qu'à la condition d'être impératives et plus favorables au salarié ; que l'appréciation de ce caractère plus favorable suppose une comparaison globale des dispositions ayant la même cause ou le même objet ; que dès lors en se fondant sur l'absence d'équivalent à l'entretien préalable et à la convention de conversion dans la loi autrichienne sans avoir analysé l'ensemble des dispositions de cette loi relative aux modalités des licenciements, fût-ce pour motif économique pour vérifier si elles n'assuraient pas globalement une protection équivalente à celle du droit français, la cour d'appel a violé les articles 6 du Code civil et L. 132-4 du Code du travail ainsi que les articles 3 et 6 de la convention de Rome ;

2° que les dispositions de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail ne peuvent se substituer à celles de la loi d'autonomie qu'à la condition d'être impératives et plus favorables au salarié ; qu'en l'espèce la salariée a bénéficié selon le droit autrichien d'une indemnité de licenciement équivalant à neuf mois de son dernier salaire, indemnité supérieure à celle à laquelle elle pouvait prétendre en application des dispositions françaises sur le licenciement, sachant que celui-ci reposait sur une cause réelle et sérieuse ; qu'il en résulte que les dispositions de la loi d'autonomie étaient plus favorables que celles de la loi française et s'imposaient donc aux parties et au juge ; que dès lors en appliquant la loi française, la cour d'appel a méconnu les dispositions précitées ;

3° qu'aux termes de l'article 6 de la convention de Rome le choix des parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui lui serait applicable à défaut de choix ; que ne revêtent pas ce caractère au sens du droit international, les dispositions concernant la convention de conversion, celles-ci étant par définition spécifiques au système français d'indemnisation du chômage ; que dès lors, la cour d'appel en statuant comme elle l'a fait, a méconnu les articles 6 du Code civil et L. 132-4 du Code du travail ainsi que les articles 3 et 6 de la convention de Rome ;

4° qu'en tout état de cause la charge de la preuve du caractère impératif et plus favorable des dispositions de la loi applicable à défaut de choix appartient à la partie qui entend écarter l'application de la loi d'autonomie ; qu'en se bornant à constater que les dispositions concernant l'entretien préalable et la convention de conversion étaient impératives et qu'il n'était pas allégué d'équivalent en droit autrichien sans préciser les éléments sur lesquels elle fondait son appréciation, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle quant au respect des règles sur la charge de la preuve privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article 1315 du Code civil ;

Mais attendu, d'abord, que *la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapportant à la même cause ;*

Attendu, ensuite, qu'il résulte des dispositions de l'article 3-3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 que *les dispositions impératives d'une loi sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat ;*

Et attendu qu'il ne peut être dérogé par contrat aux dispositions de la loi française concernant l'entretien préalable au licenciement et la proposition d'une convention de conversion en cas de licenciement pour motif économique ;

Qu'il s'ensuit que la cour d'appel qui a constaté, sans inverser la charge de la preuve, que ces dispositions n'avaient pas d'équivalent en droit autrichien, a légalement justifié sa décision ;

Sur le troisième moyen : (sans intérêt) ;

Sur le pourvoi de Mme Briand :

Sur le premier moyen :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses demandes en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, une somme au titre de l'inobservation de l'usage de procéder au licenciement avant la fin du mois de mai, de dommages-intérêts pour résistance abusive et manœuvres trompeuses et à la remise d'une lettre de licenciement, alors, selon le moyen :

1° qu'en opposant aux demandes de la salariée fondées sur le contrat de travail existant entre elle et l'Institut culturel autrichien, dont elle constate qu'il était bien l'employeur de la salariée, les stipulations du contrat passé le 29 décembre 1994 avec l'État autrichien prévoyant l'application du droit autrichien, qui était un tiers au contrat de travail dont se prévalait la salariée, la cour d'appel a violé l'article 1165 du Code civil et l'article 3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

2° qu'en s'abstenant de répondre au moyen des conclusions de la salariée soutenant que l'Institut culturel autrichien l'avait trompée en affirmant qu'il n'avait pas de personnalité morale et que son véritable employeur était le ministère des Affaires étrangères de Vienne, ce qui l'avait conduite à tenter d'obtenir et à signer un contrat avec ce ministère, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

3° qu'en tout état de cause à supposer que le motif selon lequel l'erreur portant sur l'employeur réel est sans effet sur la validité du choix de la salariée entre les lois autrichienne et française satisfasse aux exigences de motivation requises par l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel, en s'abstenant de rechercher si les manœuvres dolosives de l'Institut culturel autrichien tendant à faire croire à la salariée que seul l'État autrichien pouvait être son employeur n'avaient pas déterminé celle-ci à passer un contrat de travail de droit autrichien, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1109, 1110 et 1116 du Code civil, et de l'article 8 de la convention de Rome ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté, d'une part, qu'il avait été proposé à la salariée pour le travail qu'elle effectuait à l'Institut culturel autrichien le choix entre deux contrats l'un de droit autrichien et l'autre de droit français et qu'elle avait choisi le contrat de droit autrichien, et, d'autre part, répondant au moyen prétendument délaissé, que l'erreur portant sur son employeur réel avait été sans effet sur ce choix ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la salariée fait encore grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts pour violation de l'usage constant dans l'enseignement de procéder au licenciement avant la fin du mois de mai, alors, selon le moyen :

1° que l'application des dispositions impératives de la loi française prévue par l'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles emporte celle des usages professionnels, dès lors que ceux-ci ne peuvent être écartés par les parties au contrat de travail ; qu'en estimant que l'usage invoqué par la salariée ne constituait pas une disposition légale, la cour d'appel a violé l'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

2° qu'en estimant que l'usage invoqué par la salariée n'était pas établi par la seule référence à la convention collective des documentalistes des établissements d'enseignement secondaire, sans répondre aux conclusions de la salariée selon lesquelles l'usage qu'elle invoquait était repris par la convention collective du personnel de l'enseignement privé et par la convention collective du personnel

d'éducation, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a décidé à bon droit, qu'*un usage ne constituait pas une disposition légale impérative au sens de l'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980* ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième, le cinquième et le sixième moyens : (sans intérêt).

Mais sur le troisième moyen du pourvoi de la salariée, pris en sa première branche :

Vu les articles 3-3 et 6-1 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers textes que *le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix et que ces dispositions impératives sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat* ;

Attendu que la cour d'appel pour rejeter la demande de la salariée en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse énonce que la salariée en application de la loi autrichienne bénéficie d'un préavis de cinq mois et d'une indemnité de licenciement égale à neuf mois de salaire et qu'il n'apparaît pas que la loi française, même en tenant compte d'une indemnité au moins égale à six mois de salaire pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, aurait été plus favorable ;

Qu'en statuant ainsi alors que le texte du droit français qui prévoit la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse auquel il ne peut être dérogé par contrat, n'a pas d'équivalent en droit autrichien et n'a pas le même objet ou la même cause que les indemnités de préavis et de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du troisième moyen de la salariée :

Casse et annule mais seulement en ses dispositions rejetant la demande de la salariée en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 30 septembre 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

OBSERVATIONS

D'expérience, la mobilité internationale des salariés donne lieu à une grande diversité de stipulations contractuelles. Il n'en demeure pas moins essentiel de déterminer le droit applicable, pour, le cas échéant, mesurer la validité des clauses et pour compléter les prévisions contractuelles.

Lorsque l'arrêt *Thuillier* (n° 14) a été rendu, aucun texte particulier ne pouvait inspirer le règlement des conflits de lois dans les rapports internationaux d'emploi. Depuis les sources sont devenues plus complexes. Le législateur est parfois intervenu. L'article L. 122-14-8 du Code du travail (art L. 1231-5 nouv. C. trav.), fruit de la loi du

13 juillet 1973, a comme ambition de préciser le sort du contrat de travail à l'issue d'un détachement auprès d'une société filiale de droit étranger. Une loi du 2 août 2005 vise le détachement en sens inverse et détermine l'empire du droit français du travail lorsqu'un salarié exécute son travail, sur le territoire français, pendant une durée limitée, à la demande de son employeur établi et exerçant son activité hors de France (art L. 1261-1 et s. nouv. C. trav., qui se substituent aux art. L. 342-1). Mais surtout la construction européenne a apporté des innovations avec l'unification, par la voie de la convention de Rome du 19 juin 1980, des règles de conflits applicables aux contrats, dont le contrat de travail, mais aussi avec les règles originales, élaborées par la Cour de justice, puis par une directive, pour régler les conflits de lois en cas de détachement de salariés au sein de l'Union européenne.

Entre la jurisprudence française et la convention de Rome, s'est instaurée une sorte de dialogue. Les dispositions conventionnelles sur le contrat de travail (art. 6) ont puisé dans la jurisprudence française sinon ses solutions, au moins sa philosophie. Et aujourd'hui la chambre sociale de la Cour de cassation assure aux dispositions conventionnelles une irradiation au-delà de leur domaine d'application, comme le montre l'arrêt *Oliva Campos* (n° 15). Il est donc utile de préciser ce qui a précédé la convention de Rome (A), car, de la sorte, la logique de ses dispositions peut être perçue (B) ; il faut ensuite prêter attention à ce que la Cour de cassation a fait de cette convention (C), appelée à être remplacée par un règlement, le règlement dit « Rome I ».

A. — La jurisprudence antérieure à la convention de Rome

La Cour de cassation a longtemps hésité entre deux démarches. Selon une première perspective, le contrat international de travail est un contrat comme les autres. Il est donc régi par la loi choisie par les parties, la loi *d'autonomie*, quitte pour les juges, confrontés au silence des parties, à reconstituer leur intention commune ou, à rechercher le centre de gravité de leur contrat (v. dans cette perspective, Soc. 1^{er} juill. 1964, *Rev. crit. DIP* 1966. 47, note M. Simon-Depitre, *JDI* 1965. 128, note J. R.). La seconde perspective est inverse : la législation du travail, participant directement à l'organisation de la société, est constituée de dispositions de police qui déterminent elles-mêmes leur champ d'application dans l'espace, sans que les parties aient la moindre prise sur elle (v. dans cette perspective, Soc. 9 déc. 1960, *JCP* 1961. II. 12029, note M. Simon-Depitre, *Rev. crit. DIP* 1961. 835).

L'arrêt *Thuillier* (n° 14) amorce une évolution, car on y perçoit un effort pour concilier, en leur faisant à chacune une place, la loi du

lieu de travail, devenue en l'espèce, après l'indépendance du Sénégal, la loi sénégalaise et la loi choisie, appelée, dans l'arrêt, la loi du contrat. Les dispositions de la première relatives à « *l'organisation et à la réglementation administrative du travail* » sont déclarées applicables. Mais le contrat lui-même et les garanties essentielles qu'il comporte, notamment quant à sa durée et aux indemnités dues en cas de rupture, sont régis par la loi voulue par les parties. Un partage paraît s'esquisser entre deux domaines, chacun relevant d'une des démarches évoquées. Le partage, à vrai dire, est malcommode, car, pour ne citer qu'un exemple, des interférences existent entre durée du travail et durée du contrat. L'arrêt lui-même ne semble pas tenir à un partage strict : il n'exclut pas en effet que la loi d'autonomie s'applique de préférence aux dispositions de police locales, si elle est plus favorable au salarié.

Dans l'arrêt *Thuillier*, se trouve en germe une combinaison originale. Si, en premier lieu, les dispositions françaises sont applicables dès lors que le travail est exécuté de manière stable en France, pourquoi ne pas supposer que, dans chaque pays, des dispositions de même ambition existent ? Si cette supposition est raisonnable, il suffit alors d'énoncer une règle de conflit bilatérale, apte donc à désigner tant la loi française que la loi étrangère : un contrat de travail est régi par la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Puis, deuxième étape, lorsque cette loi vient en concours avec la loi choisie par les parties, il y a lieu de faire prévaloir celle qui est la plus favorable au salarié. Le salarié ne peut donc être privé des droits reconnus par la loi du pays où le travail s'exécute de manière habituelle, mais il peut, le cas échéant, bénéficier de droits plus complets par application d'une loi choisie par les parties.

La Cour de cassation a, plus ou moins explicitement, consacré ce système combinatoire (v. Soc. 31 mars 1978, *Bull. civ. V*, n° 259, *Rev. crit. DIP* 1978. 701, note A. Lyon-Caen, *D.* 1978. IR. 385, obs. J. Pélissier ; 29 mai 1991, *Bull. civ. V*, n° 270, *Rev. crit. DIP* 1992. 460, note H. Muir-Watt). Parfois cependant ses arrêts n'en portent pas l'empreinte (v. par ex. : Soc. 7 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 142 dont la solution est, au demeurant, contredite par Soc. 31 janv. 2007, *Bull. civ. V*, n° 17, *RDT* 2007.398 obs H. Tissandier), mais leur interprétation requiert, comme il se doit, qu'une attention particulière soit portée au(x) moyen(s) du pourvoi.

B. — La convention de Rome du 19 juin 1980

Cet instrument a procédé à l'unification des règles de conflits de lois applicables aux contrats, dont le contrat individuel de travail, visé

par son article 6. Elle ne concerne pas seulement les rapports internes à l'Union, puisque selon son article 2, « *la loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non-contractant* ».

Selon l'article 6, un contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties, ce qui est la règle générale de la convention. Toutefois ce choix volontaire, qui doit sinon être exprès, du moins résulter de manière certaine des dispositions du contrat ou des circonstances, ne peut priver le salarié de la protection minimale que lui assure une loi objectivement désignée. Cette dernière n'est autre que la loi applicable à défaut de choix, c'est-à-dire, en règle générale, « *la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays* » (convention de Rome, art. 6, § 2.a).

La loi choisie ne peut donc avoir pour résultat de priver le salarié de la protection que leur assurent les dispositions impératives de la loi du lieu d'exécution habituel de son travail. Le système de la convention est proche des orientations de la jurisprudence française, sensibles l'un et l'autre au lieu d'accomplissement habituel du travail. La convention introduit cependant des éléments de souplesse, en prévoyant d'autres rattachements notamment en cas de pluralité de lieux de travail et aussi une possible mise à l'écart des rattachements indiqués au profit d'un rattachement commandé par une plus forte proximité.

Ce qui sépare la convention et la jurisprudence française est subtil. Certes l'ordre des facteurs y est inversé : le libre choix est premier dans la convention et la loi du lieu de travail intervient pour faire respecter un minimum. Mais l'inspiration de l'une et de l'autre paraît identique.

C. — Depuis l'entrée en vigueur de la convention

La Cour de cassation a pris le parti de reprendre à son compte les expressions de la convention de Rome, sur le modèle du principe communautaire de l'interprétation conforme du droit national.

Témoin de cette option, l'arrêt *Oliva Campos* (n° 15) use de la formulation même de l'article 6 de la convention, dans une hypothèse où ses dispositions n'étaient pas encore applicables. Chemin faisant, l'arrêt invite à rechercher en quoi consiste un détachement à titre temporaire et comment régler les conflits de lois qu'il suscite. L'article 6 de la convention de Rome consacre l'attraction qu'exerce la loi du lieu de travail originaire en cas de détachement à titre temporaire. D'un tel détachement, il ne donne toutefois pas de définition, et ménage donc

l'hésitation présente dans la jurisprudence française, entre une référence (subjective) à la volonté de retour, compatible avec une durée longue, et une référence (objective) à un paramètre de durée. Mais la définition du détachement à titre temporaire n'est pas la seule question critique. La mobilité des travailleurs au sein de la Communauté européenne en vue de l'exécution d'une prestation de services assurée par leur employeur, a rendu sensible une autre question, celle de l'emprise, pendant la période de détachement, des lois de police locales.

La convention de Rome envisage, de manière explicite, dans son article 7, l'application de dispositions de police (sur le sens de cette expression en droit communautaire, v. CJCE 23 nov. 1999, C369/96 et C376/96, *Arblade et Leloup*, *Rec. CJCE* I, p.8498, motif n°30) d'une loi autre que la loi choisie et que la loi assurant une protection minimale du salarié. Mais cet article ne fournit qu'une indication générale. Lorsque des travailleurs d'une société de droit portugais sont envoyés en France, pour quelques mois, pour l'exécution d'un marché confié à leur employeur, les dispositions françaises sont-elles applicables et lesquelles ? La Cour de justice des Communautés européennes a pour sa part estimé que la liberté de prestation de services n'exclut pas que l'État membre sur le territoire duquel la prestation est exécutée impose à l'employeur le respect de certaines règles. Elle a soumis cette ambition à certaines conditions (v. CJCE 27 mars 1990, C113/87, *Rush portuguesa*, *Rec. CJCE* I, p. 1417, *RTD eur.* 1990. 632, note P. Rodière ; 9 août 1994, C43/93, *Vander Elst*, *Rec. CJCE* I, p. 3803). Un pas de plus a été franchi avec la directive du 16 décembre 1996 (*JOCE* L. 18 21 janv. 1997) dont l'objet est de préciser, à l'égard des détachements de travailleurs dans un État de l'Union européenne, la portée de l'article 7 de la convention de Rome (v. sur le chef de compétence juridictionnelle nouveau résultant de la directive, art. R. 517-1-1 C. trav. issu du décret du 29 mai 2000, *R.* 2000. 519, commentaire E. Pataut). Le droit français comporte des dispositions particulières à cet égard, destinées à fixer la réglementation applicable au détachement effectué sur le territoire français (art L. 1261-1 et s. nouv. C. trav.).

Dans son arrêt *Briand c. Institut culturel autrichien* (n° 16) la chambre sociale jette quelque lumière sur l'article 6 de la convention de Rome. En premier lieu, l'arrêt s'efforce de déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par dispositions impératives (à la protection minimale desquelles le salarié a droit). Il s'agit « des dispositions auxquelles la loi ne permet pas de déroger par contrat ». La formule n'emporte pas l'adhésion, car les droits nationaux de travail sont emplis de dispositions impératives auxquelles la loi permet de déroger par contrat au profit du salarié. Le mérite de la formule est plus lointain : elle convie à ne pas confondre les dispositions impératives de la loi de protection

minimale et les dispositions de police locales de l'article 7, susceptibles d'être rendues applicables alors même que la protection minimale serait assurée par une loi autre.

La Cour de cassation indique en deuxième lieu qu'« *un usage ne constitue pas une disposition impérative au sens de l'article 6 de la convention de Rome* ». La qualification retenue ne va nullement de soi. Elle fait peu de cas de l'importance et de l'impérativité des usages dans de nombreux systèmes juridiques. Elle correspond à une vision de la loi peu ouverte à la complexité des sources de droit du travail. Ajoutons que la solution n'est guère cohérente avec le choix précédemment fait par la Cour de cassation de considérer que la compétence de la loi française entraîne nécessairement application des conventions collectives relevant du même ordre juridique (v. Soc. 5 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n° 293).

En troisième lieu, la chambre sociale fournit un mode d'emploi de la règle de faveur appliquée à la confrontation entre la loi choisie par les parties et la loi qui assure au salarié une protection minimale : est retenue « *une appréciation globale des dispositions..., ayant le même objet en se rapportant à la même cause* ». Modèle est pris des comparaisons des règles en droit interne dont les qualités et les difficultés sont connues (v. *infra*, n°s 179-181).

II. — L'emprise dans l'espace des dispositions relatives à la représentation

17. CE 29 juin 1973

Cie internationale des Wagons-Lits

(Lebon, p. 458 ; *Rev. crit. DIP* 1974. 334, concl. N. Questiaux ;
Dr. soc. 1974. 42, note J. Savatier)

ARRÊT

Requête du Syndicat général du personnel de la Compagnie des wagons-lits tendant à l'annulation de la décision du 25 mars 1969 par laquelle le ministre des Transports a rejeté la demande dudit syndicat dirigée contre la décision de l'inspecteur régional du service du travail et de la main-d'œuvre des transports du 28 décembre 1968 décidant que la direction française d'exploitation de la Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme ainsi que les services administratifs et d'exploitation, les inspections, sections et garages de Paris et de province formaient un établissement unique pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance du 22 février 1945, ensemble ladite décision ;

Vu l'ordonnance du 22 février 1945 modifiée par les lois des 16 mai 1946,

12 août 1950 et 18 juin 1966 ; le Code du travail ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; le Code général des impôts ;

Sur la requête du Syndicat général du personnel de la Compagnie des wagons-lits : — Considérant qu'aux termes des deux premiers alinéas de l'article 21 de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise, « dans les entreprises comportant des établissements distincts, il sera créé des comités d'établissements dont la composition et le fonctionnement seront identiques à ceux des comités d'entreprises... », qui auront les mêmes attributions que les comités d'entreprises dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements. Le comité central d'entreprise sera composé de délégués élus des comités d'établissements... » ; que le troisième alinéa du même article, modifié par l'article 12 de la loi du 18 juin 1966, dispose, « dans chaque entreprise le nombre d'établissements distincts et la répartition des sièges entre les différents établissements et les différentes catégories font l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales reconnues comme représentatives dans l'entreprise ; dans le cas où cet accord ne peut être obtenu, le directeur départemental du travail et de la main-d'œuvre dans le ressort duquel se trouve le siège de l'entreprise décide de ce nombre et de cette répartition » ; qu'en vertu de l'article 96 du livre II du Code du travail lesdites attributions sont confiées, dans les établissements soumis au contrôle technique du ministère des Transports, à des fonctionnaires relevant de ce département, notamment en ce qui concerne les entreprises de chemins de fer d'intérêt général ; que la Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme est au nombre de ces entreprises ;

Considérant qu'en application de ces dispositions le syndicat requérant, faisant état d'un désaccord entre lui et la direction de la compagnie, a saisi l'inspecteur principal du travail et de la main-d'œuvre des transports d'une demande qui tendait, d'une part, à ce qu'au sein de la direction française de l'exploitation ferroviaire et hôtelière le nombre de comités d'établissements soit porté de un à neuf et, d'autre part, à ce que soit mis en place en sus desdits comités et des quatre comités existants déjà dans les autres services de la compagnie un comité central d'entreprise à ladite compagnie ; qu'il se pourvoit contre le refus opposé à cette double demande par l'inspecteur régional du travail et de la main-d'œuvre des transports le 28 décembre 1968, et, sur recours hiérarchique, par le ministre des Transports les 2 janvier et 25 mars 1969 ;

Sur les conclusions relatives à la création d'un comité central d'entreprise à la Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme : — Considérant qu'en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance précitée du 22 février 1945 il doit être constitué dans toute entreprise industrielle et commerciale employant au moins cinquante salariés un comité d'entreprise et qu'en vertu de l'article 21 de ladite ordonnance, lorsque dans une entreprise comportant des établissements distincts il est créé des comités d'établissements, ceux-ci doivent élire des délégués à un comité central d'entreprise ; que le législateur a ainsi entendu assurer à tout travailleur employé dans les conditions ci-dessus indiquées l'exercice des droits reconnus par ladite ordonnance dont les dispositions doivent être appliquées par toute personne physique ou morale exerçant en France les responsabilités de l'employeur ; qu'il suit de là que la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprises ; qu'il lui appartient, au contraire, d'instituer la participation d'un tel comité à ses activités d'employeur en France dans toute la mesure du possible ; que les dispositions de l'article 21 de l'ordonnance selon lesquelles le comité central se réunit au siège de l'entreprise doivent s'entendre, lorsque cette dernière a son siège social à l'étranger, comme visant le lieu d'exercice principal de ses activités d'employeur

en France et qu'un tel comité central *doit être mis à même d'exercer l'ensemble des attributions définies par l'ordonnance à la seule exception de celles qui seraient incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social* ; que, par suite, le syndicat requérant est fondé à soutenir qu'en tant qu'elles ont rejeté sa demande de création d'un comité central des établissements français de la Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme, les décisions attaquées sont entachées d'excès de pouvoir ;

Sur les conclusions relatives à la création de neuf comités d'établissements au sein de la direction française de l'exploitation ferroviaire et hôtelière de la Compagnie : — Considérant que cette direction comprend un personnel administratif situé à Paris et est divisée en inspections correspondant aux gares de Paris et de Lyon et en sections principales, sections et postes en gare correspondant aux autres gares les plus importantes du territoire français ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, si les inspections, sections, groupes de sections et d'inspections et services que le syndicat requérant voudrait voir doter de comités d'établissements propres ont bien une implantation géographique distincte et présentent un certain caractère de stabilité, ils ne possèdent, en revanche, aucune comptabilité propre et ne présentent qu'un degré d'autonomie très réduit tant en ce qui concerne la gestion du personnel qui y est affecté qu'en ce qui a trait à l'exécution du service ; que, par suite, en estimant qu'ils ne constituaient pas des établissements distincts de la direction française de l'exploitation ferroviaire et hôtelière de la compagnie formait un établissement unique pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance du 22 février 1945, les auteurs des décisions attaquées n'ont pas fait des dispositions de cette ordonnance une inexacte application... ; (Intervention admise ; annulation partielle des décisions attaquées ; rejet du surplus ; dépens mis à la charge de l'État).

OBSERVATIONS

Les règles françaises relatives à la représentation des salariés ont le caractère de *lois de police*. Cette qualification qui ne leur a jamais été sérieusement déniée a reçu une consécration jurisprudentielle (v. Soc. 3 mars 1988, *Bull. civ. V*, n° 164 ; *Rev. crit. DIP* 1989. 63, note G. Lyon-Caen ; *JDI* 1988. 78, note M.-A. Moreau-Bourlès). La Cour de cassation évoque dorénavant l'application immédiate de la loi française (Soc. 14 janv. 2004, *Bull. civ. n° 17*). Il en résulte qu'elles sont applicables dans tout établissement situé sur le territoire français, la Cour de cassation considérant même, par voie d'adaptation de la notion française, qu'un tel établissement existe du seul fait qu'un groupe de salariés travaille sur le territoire français (Soc. 14 févr. 2001, *Bull. civ. V*, n° 55 ; *Dr. soc.* 2001. 639, note M.-A. Moreau).

La qualification de lois de police, d'application immédiate, c'est-à-dire sans la médiation d'une règle de conflit, présente le mérite d'offrir des repères solides pour aborder les questions diverses que soulèvent l'implantation et le fonctionnement, dans les entreprises et groupes internationaux présents sur le territoire français, des institutions de représentation. La qualification souligne en effet que les dispositions

françaises qui ont cet objet constituent des pièces nécessaires à l'organisation sociale. Mieux, sans doute, ces dispositions offrent des garanties d'exercice des droits fondamentaux que sont le droit à la liberté syndicale et le droit à la participation.

C'est le Conseil d'État qui dans son important arrêt *Compagnie internationale des Wagons-Lits* (n° 17), a démontré l'intérêt pratique de la qualification de lois de police, même si, comme telle, elle n'y est pas mentionnée. Il lui était demandé de se prononcer sur la création d'un comité central d'entreprise dans une société de droit belge exploitant, sur le territoire français, plusieurs établissements. Jusqu'alors une double objection était opposée à la soumission d'une société de droit étranger aux règles françaises relatives au comité d'entreprise : l'y soumettre reviendrait, en raison de la localisation à l'étranger du siège social, à une application extraterritoriale de la loi française et conduirait à imposer à une société de droit étranger, une institution non prévue par ce droit, toutes choses impossibles. Dans son arrêt, le Conseil d'État écarte ces deux objections. La localisation à l'étranger du siège social ne fait pas échapper à la législation française sur le comité d'entreprise. Deux adaptations sont toutefois suggérées. Le comité doit se réunir au lieu d'exercice des principales activités en France ; et il doit être associé aux activités d'employeur « *dans toute la mesure du possible* ». D'autre part, le Conseil d'État souligne l'indifférence de principe de la *lex societatis* : la loi sur le comité d'entreprise n'est pas une loi d'organisation de l'entreprise, elle permet aux salariés d'exercer leurs droits.

La démarche du Conseil d'État est remarquable ; son arrêt n'intéresse cependant que les sociétés de droit étranger présentes en France sous forme d'établissements non personnalisés.

La vigueur de l'arrêt *Compagnie internationale des Wagons-Lits* contraste avec la timidité des dispositions françaises relatives au comité de groupe qui se limitent à en prévoir la constitution lorsque le groupe est formé d'une société dominante et de filiales dont le siège est situé sur le territoire français (art. L. 439-1 C. trav.). Mais cette timidité pourrait n'être qu'apparence car le texte issu de la recodification (art L. 2331-1) ne mentionne plus la localisation en France du siège social de l'entreprise dominante, comme condition d'application des dispositions françaises.

Le raisonnement suivi par le Conseil d'État à propos d'un comité central d'entreprise a été repris par la chambre sociale à propos du délégué syndical central qui doit donc pouvoir être désigné lorsqu'une société de droit étranger a plusieurs établissements sur le territoire français (Soc. 3 mars 1988, *préc.*).

L'implantation des institutions de représentation selon la loi française est une chose, la participation effective d'un salarié autre chose. Les

hésitations commencent lorsqu'un salarié travaille à l'étranger pour le compte d'une société de droit français. Les décisions, mêmes publiées au bulletin des arrêts civils, ne manquent pas ; cependant elles n'exposent guère les raisonnements qui les sous-tendent et ne se prêtent guère à des généralisations. Il n'en est pas moins utile de rappeler quelques orientations essentielles.

Définir dans l'espace international l'unité de représentation, c'est contribuer à fixer l'emprise des lois de police. Aussi la loi applicable aux contrats individuels (v. *supra*, n°s 14-17) doit être tenue pour négligeable (en ce sens, Soc. 4 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 151, *D.* 1994, *Somm.* 297, obs. A. Lyon-Caen). Tout dépend en fin de compte des conceptions que l'on prête à la loi française sur la représentation. Ainsi il faut noter que l'éloignement d'un salarié n'est en général pas considéré comme emportant rupture avec son unité de représentation. Toutefois d'importantes nuances sont à relever, notamment dans le cas où l'éloignement peut contrarier l'exercice efficace des fonctions de représentant : c'est alors non pas la qualité d'électeur qui est déniée, mais l'éligibilité (v. Soc. 4 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 152, *D.* 1994, *Somm.* 297, obs. A. Lyon-Caen).

Les difficultés sont à leur comble lorsque les salariés sont, par nature, mobiles, tels les marins ou les navigants (v. pour ces derniers, Ass. plén. 10 juill. 1992, *Dr. soc.* 1993. 67, concl. Y. Chauvy, *JCP* 1993. II. 22003, note P. Rodière). La tentation de considérer le navire ou l'avion comme un établissement devrait être fermement repoussée au profit d'une plus fine analyse de l'organisation du travail et de la place qu'y occupent ports d'attache et bases d'affectation. (v. sur la notion proche de base d'exploitation et son usage dans le droit du travail du transport aérien, S. Guedes de Costa, *Mobilité internationale des salariés et loi applicable au contrat de travail*, *RDT* 2007.571).

Les règles sur la représentation du personnel ne sont pas les seules dispositions de police, ou d'application immédiate, dont le domaine d'application dans l'espace est tributaire de leurs buts. D'autres dispositions de même ordre intéressent le droit du travail et réservent, lorsqu'on y prend garde, des surprises. Ainsi, l'assurance contre le risque de privation d'emploi est obligatoire pour tout employeur, lors même que le salarié serait détaché ou serait un travailleur français expatrié (la distinction fondée sur la nationalité est contestée), et que l'affectation auprès d'une société à l'étranger aurait donné lieu à l'établissement d'un autre contrat (v. Soc. 1^{er} avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 127).

Le domaine d'application dans l'espace des règles sur la garantie des salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur a suscité des discussions à cause ou en dépit de l'harmonisation recherchée par une directive communautaire. Les incertitudes présentes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et celle

de la Cour de cassation (v. Soc. 20 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998. 299, obs. R. Vatinet, *JCP* 1998. II. 10086, note E. Kerchove ; 2 oct. 2001, *Bull. civ.* V, n° 294 ; 2 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 228, *Dr. soc.* 2002. 1004, obs. C. Radé) ont été dissipées avec l'adoption de la directive du 23 septembre 2002 (*JOCE* L. 270 du 8 oct. 2002) modifiant la directive originaire du 20 octobre 1980 : est dorénavant privilégié comme facteur de rattachement utile, non plus le lieu d'ouverture de la procédure collective visant l'employeur, mais le lieu habituel du travail (v. n'exigeant même plus pour l'application des dispositions françaises que l'employeur ait un établissement ou une succursale sur le territoire français, Soc 26 avril 2006, *Bull.civ.* V, n° 144).

DEUXIÈME PARTIE

LES JUSTICES DU TRAVAIL

Reprenant les dispositions du livre V (art. L. 511-1 et s.) issu de la codification des années soixante-dix, le livre IV (« La résolution des litiges - Le conseil de prud'hommes ») de la Première partie du nouveau Code du travail (art. L. 1411-1 et s.), et les dispositions réglementaires qui le complètent, instituent les conseils de prud'hommes, fixent leur compétence, règlent l'organisation et le fonctionnement de ces conseils, le statut de ces juges non professionnels que sont les conseillers prud'hommes. Cet ensemble recèle nombre de dispositions spéciales ou particulières de procédure qui dérogent ou s'ajoutent aux règles du Code de procédure civile en principe applicables au procès devant « les juridictions statuant en matière prud'homale ». Malgré cette densité des textes légaux et réglementaires, l'apport de la jurisprudence au droit judiciaire du travail n'est pas négligeable. Il intéresse surtout la compétence d'attribution, les pouvoirs ainsi que la compétence internationale de cette juridiction prud'homale (n° 18 à 26), et certains aspects de son organisation ou de sa procédure (n° 27 à 30). La contribution jurisprudentielle porte aussi sur l'action en justice (n° 31 à 34), qui ne concerne pas la seule juridiction prud'homale et dont le régime tire son originalité des prérogatives reconnues aux syndicats professionnels.

18-26

COMPÉTENCE ET POUVOIRS DE LA JURIDICTION PRUD'HOMALE

**18. Soc. 23 juin 1960 — 19. Soc. 15 mai 1974 —
20. Ass. plén. 6 février 1976 — 21. Soc. 26 novembre 1981 —
22. Soc. 19 juillet 1988 — 23. Ass. plén. 14 octobre 1977 —
24. Soc. 2 juin 1983 — 25. Soc. 30 janvier 1991 —
26. Soc. 16 février 1999**

I. — La compétence d'attribution et les pouvoirs des conseils de prud'hommes

18. Soc. 23 juin 1960

Toussaint c. Compagnie des matières colorantes

(Bull. civ. IV, n° 688 ; D. 1960. 688 ; Dr. soc. 1961. 48)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1^{er} du Livre IV du Code du travail ;

Attendu que les conseils de prud'hommes sont compétents pour connaître des différends individuels qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les patrons et les employés et ouvriers qu'ils emploient ;

Or attendu que pour déclarer la juridiction prud'homale incompétente pour connaître des demandes formées par Toussaint et autres, employés comme magasiniers par la Compagnie française des matières colorantes, afin de bénéficier des dispositions de l'annexe du 21 décembre 1954, à la convention collective de travail des produits chimiques, le jugement infirmatif attaqué a estimé que ces demandes, émanant de la totalité des salariés ayant un emploi dans les magasins de l'entreprise, ne s'analysaient pas comme une somme de réclamations individuelles, mais comme la revendication d'un nouveau cadre contractuel intéressant les conditions de travail d'une collectivité considérée dans son ensemble ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en portant leurs demandes devant les juridictions de droit commun, Toussaint et autres *n'entendaient pas faire trancher, définitivement, sur un plan collectif le conflit qui s'était élevé, entre la compagnie et eux au sujet de l'interprétation de la convention collective mais uniquement obtenir pour eux-mêmes individuellement, une classification et une rémunération différentes,*

ce que le conseil des prud'hommes était compétent pour décider même s'il y avait à cette occasion lieu d'appliquer et d'interpréter une convention collective, les juges du fond ont violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule le jugement rendu entre les parties par le tribunal civil de Senlis, le 19 novembre 1958, remet en conséquence la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ledit jugement et pour être fait droit les renvoie devant le tribunal de grande instance de Beauvais.

19. Soc. 15 mai 1974

Delbecq c. SA Les Trois Suisses

(*Bull. civ. V, n° 297 ; D. 1974. 702, note Y. Serra*)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1^{er} et 81 du décret n° 58-1292 du 22 décembre 1958 alors en vigueur ;

Attendu que, ayant démissionné des fonctions de « directeur des achats » qu'il occupait à la société Les Trois Suisses, entreprise de vente par correspondance dont le siège est à Croix (Nord), Delbecq s'est mis immédiatement au service de la société Quelle, qui a le même objet ; que lui reprochant d'avoir, avec la complicité de son nouvel employeur, enfreint la clause de non-concurrence stipulée au contrat de travail qui les unissait, la société Les Trois Suisses les a assignés ensemble devant le tribunal de grande instance de Lille et a demandé leur condamnation solidaire à des dommages-intérêts ;

Attendu que, pour décider que le tribunal de grande instance était compétent *ratione materiae* pour connaître de l'action en violation de la clause de non-concurrence intentée par la société Les Trois Suisses contre son ancien employé Delbecq, les juges du fond ont estimé que sa demande, dirigée à la fois contre ce dernier et la société Quelle, son nouvel employeur, et fondée sur le respect de son contrat était indivisible, et que, dans le cas de concours entre deux juridictions, l'une ordinaire, l'autre, exceptionnelle, la première doit, par l'effet d'une prorogation légale, prévaloir sur la juridiction exceptionnelle et rester saisie de l'entier litige ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les demandes dirigées contre Delbecq et la société Quelle avaient des causes différentes et n'étaient pas indivisibles et alors que les conseils de prud'hommes ont été institués pour terminer par voie de conciliation les différends pouvant s'élever, notamment, à l'occasion du contrat de travail entre patrons et employés et qu'ils sont seuls compétents pour connaître en premier ressort de ces différends, peu important leur connexité avec un autre litige non susceptible de leur être soumis, Delbecq pouvant simplement être retenu dans la cause aux fins de déclaration de jugement commun pour que la décision à intervenir vis-à-vis de son employeur lui soit opposable, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, en ce qu'il a déclaré le tribunal de grande instance compétent pour connaître de l'action suivie contre Delbecq, l'arrêt rendu entre les parties le 13 juin 1972, par la cour d'appel de Douai ; (...).

20. Ass. plén. 6 février 1976

SA La Belle jardinière c. Mme Bourasseau

(*Bull. Ass. plén.* n° 2 ; *JCP* 1976. II. 18841, note H. Groutel ;
Dr. soc. 1976. 472, obs. J. Savatier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 31 e du livre 1^{er} du Code du travail dans sa rédaction applicable en la cause, ensemble les articles 27 et 31 de la convention collective du commerce de la nouveauté et des spécialités qui s'y rattachent de la région nantaise ;

Attendu qu'il résulte de la sentence prud'homale attaquée rendue en dernier ressort et sur renvoi après cassation que demoiselle Alix, vendeuse qualifiée au magasin de nouveautés de la société La Belle Jardinière à Nantes, a formé contre son employeur une demande de rappel de salaires en faisant valoir que son salaire fixe mensuel était inférieur au salaire minimum, fixé par un barème établi conformément aux dispositions de la convention collective applicable, et que ne devaient pas être prises en considération pour savoir si elle avait été remplie de ses droits les sommes qui lui avaient été versées à titre de « guelte » ou tantième au prorata des ventes par elle effectuées ;

Attendu que pour faire droit à cette demande le conseil de prud'hommes a fait état de l'interprétation donnée en ce sens à la convention collective par les membres de la commission mixte appelée à formuler son avis sur la difficulté et réunie en vertu de l'article 31 de ladite convention ; qu'il a estimé en outre que par définition la guelte ne saurait constituer un complément de salaire mais une prime pour encourager la vente de « rossignols » ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors, d'une part, que l'avis donné par la commission paritaire, dans un but de conciliation, ne liait pas le juge, et alors, d'autre part, que, l'article 27 de la convention collective susvisée prévoyant uniquement la fixation de salaires minima, les tantièmes versés à demoiselle Alix au prorata des ventes qu'elle effectuait constituaient un élément de rémunération devant être ajouté au salaire fixe pour vérifier si le salaire total atteignait le minimum obligatoire selon la convention collective, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule dans toutes ses dispositions le jugement rendu entre les parties le 21 décembre 1973 par le conseil de prud'hommes de Niort (...).

21. Soc. 26 novembre 1981

Cervera et Fernandez c. Entreprise Mors et Bouchon

(*Bull. civ.* V, n° 920)

ARRÊT

Vu la connexité, joint les pourvois n°s 79-41.430 et 79-41.440 formés avec le même moyen par MM. Cervera et Fernandez, salariés de l'Entreprise électrique Mors et Bouchon, contre les arrêts rendus en termes identiques le 21 mars 1979, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence au profit de ladite société ;

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 511-1 du Code du travail ;

Attendu que, selon ce texte, les conseils de prud'hommes jugent les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail entre les employeurs ou leurs représentants et les salariés qu'ils emploient ;

Attendu que la société Entreprise électrique Mors et Bouchon ayant réduit par une note de service le montant des indemnités de déplacement et de panier qu'elle versait aux salariés de son chantier de Fos en application d'un accord d'entreprise, MM. Cervera et Fernandez ont réclamé le paiement de compléments d'indemnités ; que la cour d'appel a estimé qu'il s'agissait d'un conflit collectif échappant à la compétence du conseil de prud'hommes, au motif que le litige soulevait le problème de savoir si la direction avait ou non la possibilité de revenir unilatéralement sur l'accord d'entreprise, et que, bien que ne concernant pour l'instant que quelques salariés, il présentait un intérêt collectif pour l'ensemble du personnel de la société ;

Attendu cependant que *même si la décision à intervenir sur ce litige était susceptible d'être invoquée comme un précédent par d'autres salariés, MM. Cervera et Fernandez n'entendaient pas le faire juger sur le plan collectif, mais agissaient en leur nom personnel pour réclamer individuellement un complément de salaire en contrepartie du travail fourni par eux en exécution de leur contrat de travail ; qu'en estimant que ce litige ne relevait pas de la compétence de la juridiction prud'homale, les juges du fond ont violé le texte susvisé.*

Par ces motifs :

Casse et annule les arrêts rendus entre les parties le 21 mars 1979 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; (...).

22. Soc. 19 juillet 1988

Fornasier c. Garessus

(Bull. civ. V, n° 475)

ARRÊT

Sur les deux moyens réunis :

Vu les articles L. 511-1 du Code du travail, 1156 et suivants du Code civil ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que M. Fornasier, qui était employé par M. Garessus en qualité d'ouvrier boulanger depuis le 1^{er} avril 1951, a été licencié le 31 août 1981 au motif, selon l'employeur, qu'il n'avait pas repris le travail à l'issue de son congé annuel qui expirait le 4 août 1981 ;

Attendu que, pour renvoyer M. Fornasier à saisir la commission de conciliation prévue à l'article 6 de l'avenant du 7 mars 1979 à la convention collective nationale de la boulangerie du 19 mars 1976, la cour d'appel a retenu qu'il se déduisait des termes mêmes de ce texte conventionnel une obligation pour les parties au litige de saisir, avant toute procédure contentieuse, la commission de conciliation et que cette interprétation avait été d'ailleurs implicitement admise par M. Fornasier puisqu'il soutenait, à titre principal, que la convention collective ne pouvait déroger aux règles d'ordre public ;

Qu'en statuant ainsi, alors que *la création d'organismes conventionnels chargés de régler les différends nés à l'occasion du contrat de travail, ou même de procéder à la conciliation des parties, ne saurait faire obstacle à la saisine*

directe des conseils de prud'hommes, légalement compétents, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 4 juin 1985, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Dijon.

OBSERVATIONS

Dans certains pays, le contentieux du travail relève des juridictions ordinaires. Dans d'autres, des juridictions spécialisées traitent l'ensemble des différends émaillant les rapports d'emploi et les relations professionnelles. En France, les conseils de prud'hommes sont des juridictions spécialisées, mais, intégrés dans l'ordre judiciaire comme juridictions civiles du premier degré, ils connaissent d'une *partie* seulement de ce contentieux. Ils ne disposent *ratione materiae* que d'une *compétence d'attribution*, fixée par les articles L. 1411-1 et s. nouv. C. trav., et tout litige n'entrant pas dans les prévisions de ces textes relève du tribunal de grande instance, juge de droit commun, à moins qu'une disposition expresse n'en réserve la connaissance à une autre juridiction. En outre, divers articles du Code confient expressément à ce tribunal (parfois à son président) ou au tribunal d'instance la connaissance de certains litiges entre employeurs et salariés, ou organisations et institutions chargées de leurs intérêts. Ainsi l'essentiel du contentieux des relations professionnelles (mise en place et fonctionnement des institutions représentatives, négociation collective et validité ou interprétation des conventions ou accords collectifs, etc.) relève-t-il du tribunal de grande instance ou du tribunal d'instance. Deux autres données accentuent cette *dispersion du contentieux du travail*. D'une part, la présence d'incriminations pénales dans le Code du travail et, dans le Code pénal, de certaines incriminations susceptibles de saisir des événements ou agissements survenant dans le monde du travail (homicide ou coups et blessures par imprudence, discrimination, etc.) confère un rôle non négligeable aux tribunaux correctionnels et de police appelés à se prononcer sur des questions de droit du travail pour apprécier les conditions préalables ou les éléments constitutifs d'infractions. D'autre part, la place des règlements et des décisions administratives (de l'inspection du travail en premier lieu) vaut aux juridictions administratives de connaître d'importantes questions touchant aux relations du travail.

La plus grande part du contentieux du travail salarié est cependant traitée par les conseils de prud'hommes. Certains choix jurisprudentiels sont d'ailleurs favorables à la saisine de ces derniers, qu'il s'agisse

de l'interprétation du *critère de compétence d'attribution de l'article L. 1411-1 nouv. C. trav.* (A), de l'affirmation du *caractère exclusif* de cette compétence (B), ou des *pouvoirs* de la juridiction prud'homale face à des organismes conventionnels (C).

A — Le critère de compétence de l'article L. 1411-1 nouv. C. trav.

1. Reprenant une disposition dont la rédaction a peu changé depuis une loi de 1907, et qui figurait à l'article L. 511-1, al. 1^{er} du Code du travail de 1973, cet article donne compétence au conseil de prud'hommes pour régler par voie de conciliation, ou juger à défaut de conciliation, « *les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* ». À cette règle générale de compétence s'ajoutent quelques dispositions particulières ou spéciales confiant à la juridiction prud'homale la connaissance de différends qui relèveraient de sa compétence par application logique de cet article L. 1411-1 et compte tenu de la qualification du contrat comme du droit applicable (art. L. 1411-2, art. L. 7215-1 pour les concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation, art. L. 7313-18 pour les VRP), ou bien de litiges qui, à s'en tenir à ce même article, lui échapperaient (art. L. 1411-3) ou risqueraient de lui échapper (art. L. 7322-5 répartissant les compétences entre tribunaux de commerce et conseils de prud'hommes pour les contentieux entre gérants non salariés de succursales et entreprises du commerce de détail alimentaire ; nouvel art. L. 423-2, 5^o CASF, repris de l'art. L. 773-4 C. trav., pour les assistants maternels et familiaux, à propos desquels la Cour de cassation avait naguère retenu la compétence du tribunal d'instance : Soc. 28 juin 1995, *Bull. civ.* V, n^o 221 ; 1^{er} févr. 2001, *Dr. ouvr.* 2001. 390, note A. Baschéris). D'autres dispositions légales œuvrent à l'extension de la compétence prud'homale, tels les articles L. 625-1 et s. du Code de commerce pour la contestation du refus de l'AGS de garantir le paiement d'une créance salariale dans le cadre d'une procédure collective. L'article L. 1411-6 nouv. C. trav., quant à lui, permet de mettre en cause, aux côtés de l'employeur, tout organisme (caisse des congés payés du bâtiment ou du spectacle, organisme d'assurance, AGS) qui se substitue habituellement à ce dernier dans l'exécution de ses obligations légales (ce qui fonde un particulier employeur, visé par une demande de sa salariée relative à la rémunération, à appeler en garantie l'association de services aux personnes ayant servi d'intermédiaire et établissant les bulletins de paie : Soc. 28 févr. 2006, *Dr. soc.* 2006. 680, obs. J. Savatier ; *JCP S* 2006, 1394, note B. Boubli). En sens inverse, il est vrai, la disposition de l'actuel ali-

née 7 de la loi du 31 décembre 1971 sur certaines professions judiciaires soustrait à la compétence des prud'hommes les litiges entre un avocat salarié et son employeur en les confiant au bâtonnier. Mais l'article L. 1411-3 nouv. C. trav. charge le conseil de régler « les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail » (pour un exemple original de ce contentieux assez rare : Soc. 18 mars 2008, n° 07-40.835 P).

La discussion de la compétence de la juridiction paritaire saisie d'une demande porte le plus souvent sur la nature du contrat liant ou ayant lié les parties, et constitue le terrain d'élection des controverses sur la qualification de contrat de travail (v. par exemple *supra*, arrêt n° 3). Le texte posant aussi la condition que le contrat de travail, avéré ou prétendu, soit « soumis aux dispositions du présent code », la qualification de contrat de travail « de droit public » ou « de droit privé » a un enjeu sur ce terrain de la compétence prud'homale, qu'élargit toute disposition légale qualifiant tel contrat de travail particulier de « contrat de droit privé » (v. *supra*, sous arrêt n° 6). Autre conséquence remarquable de cette référence au droit applicable, le jeu de la disposition désormais logée à l'article L. 1224-1 nouv. C. trav. (ancien art. L. 122-12, al. 2), imposant le maintien des contrats de travail en cours en cas de transfert de l'entité économique à une personne morale publique gérant un service public administratif, sans transformer *de plano* la nature de ces conventions qui demeurent des contrats de travail de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés sous un régime de droit public, le juge judiciaire — donc le conseil des prud'hommes — est seul compétent pour statuer sur les litiges nés du refus de l'un ou l'autre des deux employeurs successifs de poursuivre l'exécution de l'un de ces contrats (T. confl. 19 janv. 2004, *Mme Devun et autres*, *Dr. ouvr.* 2004. 146, concl. J. Duplat ; *Dr. soc.* 2004. 433, obs. A. Mazeaud). Il paraît logique, en sens inverse, qu'échappe à la compétence prud'homale le litige entre armateur et marin relatif à un contrat d'engagement régi par le Code du travail maritime, d'ailleurs confié au tribunal d'instance par une disposition du Code de l'organisation judiciaire (Soc. 3 mai 2006, *JCP S* 2006, 1523, note B. Boubli). La référence à l'applicabilité des dispositions du « présent code » ne compromet pas toutefois l'aptitude d'un conseil de prud'hommes à connaître, dans la mesure de la compétence internationale des juridictions françaises, d'un différend relatif à un contrat de travail à caractère international que les règles de conflit de lois s'imposant en France (celles de la Convention de Rome de 1980) soumettent à une loi étrangère (sur le conflit de lois, v. *supra*, sous n° 14-16 ; sur la compétence prud'homale internationale, v. *infra*, n° 23 à 26).

La compétence du conseil de prud'hommes bénéficie d'une lecture

jurisprudentielle compréhensive de l'expression « *différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail* ». Il va de soi que si le demandeur saisit un conseil de prud'hommes en se prétendant salarié, la contestation de cette qualité, c'est-à-dire de la qualification du contrat, par le défendeur ne saurait faire échec à la compétence du conseil de prud'hommes, pas plus que la dénégation, par ce défendeur, de sa qualité d'employeur et son affirmation qu'un autre sujet à cette qualité (Soc. 7 déc. 2005, *JCP S* 2006. 1123, note B. Boubli). On ne saurait davantage discuter la compétence prud'homale pour les contestations portant sur la validité même d'un contrat de travail (action en nullité : Soc. 6 nov. 1974, *Bull. civ.* V, n° 523), encore moins pour les litiges naissant de sa rupture. Elle est acquise même pour l'action en nullité ou résolution de la transaction accompagnant la rupture (notamment s'il s'agit de la transaction conclue devant le bureau de conciliation et constatée par le procès-verbal de conciliation : Soc. 9 févr. 1989, *Bull. civ.* V, n° 118 ; 7 juin 1989, *ibid.*, n° 428). Il n'est pas aberrant, en revanche, de se demander si le conseil de prud'hommes a vocation à connaître de la demande de dommages-intérêts du candidat malheureux à l'emploi qui prétend n'avoir pas été engagé pour un motif discriminatoire ou qui conteste la régularité des opérations de recrutement au regard des articles L. 1221-6 et s. nouv. C. trav. Mais la Cour de cassation affirme que ce conseil « est compétent pour connaître de tout litige relatif à l'article L. 122-45 (ancien) du Code du travail » (Soc. 20 déc. 2006, *Bull. civ.* V, n° 404 ; *D.* 2007, AJ. 446, obs. A. Favre ; 28 nov. 2007, n° 07-40 787) ; sans doute estimerait-elle qu'il en va de même d'un litige relatif aux dispositions du code réglant le recrutement des salariés et ses méthodes. Cette référence exclusive au texte légal fondant la demande ne semble pas en harmonie avec la lettre et l'esprit de la disposition reprise par l'article L. 1411-1 (alors surtout que le texte en question n'appartient plus à un livre « contrat de travail »). Si compétence doit être reconnue au conseil de prud'hommes c'est parce que le différend s'élève dans une phase de conclusion éventuelle d'un contrat de travail, qui relève d'une négociation pré-contractuelle, donc « à l'occasion d'un contrat de travail... » *lato sensu*. Ainsi motivée la solution opportunément retenue par la Cour de cassation s'inscrirait dans le courant constant d'interprétation du texte.

La *compréhension large de la compétence prud'homale* est une tendance générale de la jurisprudence. En témoignent, par exemple, des arrêts admettant que le conseil est seul compétent pour trancher les litiges entre des salariés et leur ancien employeur auquel reproche est fait d'avoir manqué aux engagements pris dans un plan social (Soc. 23 févr. 1994, *Dr. soc.* 1994. 516) ou qu'il lui revient de statuer sur la demande d'un salarié contre son ancien employeur à propos de

l'exécution d'un contrat d'assurance de groupe souscrit au profit de l'ensemble du personnel, parce qu'il s'agit d'un avantage accessoire au contrat de travail (Soc. 19 janv. 1999, *Bull. civ.* V, n° 34). D'autres arrêts, plus récents, confirment ou affirment que le conseil de prud'hommes est compétent pour connaître : de l'action de l'ancien employeur contre ses ex-salariés en réparation du préjudice causé par des faits de concurrence déloyale au temps de l'exécution des contrats de travail les ayant liés (Soc. 16 janv. 2008, *JCP S* 2008. 1144), de la demande d'une ancienne conseillère littéraire salariée contre son ancien employeur, éditeur, en paiement des droits découlant de son activité créatrice dans l'élaboration d'ouvrages (Soc. 2 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 155), ou d'une demande relative à un accessoire du contrat de travail (que peut être l'octroi d'une option de souscription d'actions : Soc. 21 juin 2005, *JCP S* 2005. 1183, note B. Boubli ; mais que ne constitue pas un pacte d'actionnaire : Soc. 18 oct. 2007, *D.* 2008. 262, note P. Lokiec), ou encore de l'action d'un employeur contre son salarié en remboursement de la somme versée à l'un de ses clients en réparation d'un dommage causé par ce salarié dans l'exécution de son contrat de travail (Civ. 2^e, 20 déc. 2007, *D.* 2008, AJ. 225 et Chron. Cass. 657, obs. C. Nicoletis, à paraître au *Bulletin*). Certains procès engagés devant un conseil des prud'hommes par des artistes du spectacle, salariés par détermination de la loi, montrent que cette juridiction, une chambre sociale de cour d'appel et la chambre sociale de la Cour de cassation peuvent connaître, faute de contestation de la compétence prud'homale ou de la présomption gouvernant la qualification de leur contrat, de questions dont on imagine peu qu'elles puissent être soumises à des juges du travail (question de respect du droit moral de l'artiste : Soc. 8 févr. 2006, *Bull. civ.* V, n° 64 ; de propriété de bandes d'enregistrement : Soc. 20 déc. 2007, *Dr. soc.* 2007. 353, obs. J. Savatier).

2. La compétence prud'homale a également profité d'une interprétation jurisprudentielle dont on dit qu'elle retient une *notion extensive du litige individuel*, et qu'illustrent deux des arrêts ci-dessus (n° 18 et 21).

Bien que le texte désormais logé à l'article L. 1411-1 n'utilise pas de cette terminologie, l'habitude est d'expliquer que les conseils de prud'hommes connaissent des « conflits individuels », par opposition à ces « conflits collectifs » dont le traitement relèverait des procédures extrajudiciaires instituées à cet effet par les articles L. 2521-1 et s. nouv. C. trav., voire du tribunal de grande instance si l'un des protagonistes entend saisir une juridiction étatique. La construction du code de 1973 nourrissait cette représentation en intitulant respectivement « Conflits individuels-Conseils de prud'hommes » et « Conflits

collectifs » les deux principaux titres du livre V. La recodification de 2007 n'a pas été beaucoup mieux inspirée : le livre traitant du conseil de prud'hommes est inséré dans la partie « Les relations individuelles de travail ». Or, cette représentation méconnaît la distinction entre *conflit* et *litige*. Une juridiction n'est pas saisie d'un conflit proprement dit, mais seulement d'un litige ou différend (les dispositions législatives et réglementaires réécrites du Code du travail emploient les deux termes sans, apparemment, leur prêter des significations distinctes), c'est-à-dire d'une opposition de prétentions juridiques ou d'une opposition sur la prétention formulée par un demandeur. Par ailleurs, *la compétence d'attribution d'une juridiction dépend, en principe, de l'objet de la demande* — parfois aussi de la qualité des parties, voire du droit applicable — mais *non du contexte socio-juridique du litige ou des questions de droit dont la décision sur la demande requiert la solution*. Qu'un litige s'inscrive dans une situation de conflit impliquant d'autres acteurs, des groupes, des organisations syndicales (avec mouvement de grève le cas échéant), ou que l'initiative contentieuse d'un demandeur soit un élément de l'action de protagonistes d'un tel conflit, ne devrait pas affecter la compétence du conseil. Pas davantage le fait que la décision sur la demande formée appelle l'interprétation de dispositions d'un accord collectif, ou même l'appréciation de la validité de cet instrument. On en trouve confirmation dans l'arrêt *Toussaint* du 23 juin 1960 (n° 18).

Tous les salariés d'une même catégorie professionnelle au service d'une société ayant simultanément introduit, devant le conseil de prud'hommes, des demandes identiques de reconnaissance d'une certaine classification selon la convention collective et de rappel de rémunération, le juge d'appel avait déclaré ce conseil incompétent, au motif qu'il avait été saisi, non d'une série de « réclamations individuelles », mais de « la revendication d'un nouveau cadre contractuel intéressant les conditions de travail d'une collectivité considérée dans son ensemble ». L'idée était que cette réclamation, apparaissant au cœur d'un conflit collectif, pouvait seulement être soumise à l'une des procédures spécifiques de règlement de ce type de conflit. La Cour de cassation casse ce jugement : les demandeurs n'entendaient pas faire trancher « sur un plan collectif » le conflit avec leur employeur sur l'interprétation de la convention collective, « *mais uniquement obtenir pour eux-mêmes, individuellement, une classification et une rémunération différentes* ». Et d'ajouter que la juridiction prud'homale était seule compétente pour statuer sur leurs demandes, « *même s'il y avait à cette occasion lieu d'appliquer et d'interpréter une convention collective* ». Cette précision écarte un autre obstacle apparent à la compétence prud'homale. En effet, les personnes liées par une convention ou un accord collectif peuvent agir en exécution des engagements contractés

ou en dommages-intérêts contre les autres personnes ou organisations liées par cet acte (art. L. 2262-11 nouv. C. trav.), et cette action d'un syndicat contre un employeur ou une organisation patronale relève du tribunal de grande instance. Tout comme, entre les mêmes parties, l'action en interprétation de dispositions conventionnelles. C'est que l'exécution de l'engagement entre parties, ou la délivrance d'une certaine interprétation, constitue alors l'objet même de la demande en justice, et qu'il ne faut pas confondre *objet d'une demande*, déterminant la compétence, et *moyen* au soutien d'une demande. Même si ce moyen est une interprétation ou la nullité de l'accord collectif, il ne donne pas lieu, devant la juridiction prud'homale compétemment saisie en raison de l'objet de la demande, à question préjudicielle d'interprétation ou d'appréciation de validité qu'il faudrait soumettre au tribunal de grande instance (Soc. 5 mai 1965, *Bull. civ.* IV, n° 352).

L'arrêt *Toussaint* confirme et précise ainsi la position adoptée au temps de plus grande vitalité des procédures de règlement des conflits collectifs. Un arrêt avait, en effet, estimé que les demandes dirigées contre un employeur par plusieurs de ses salariés réclamant le paiement d'un solde de salaires en vertu d'une convention collective faisaient naître autant de différends relatifs à l'exécution d'un « contrat de louage de services », et qu'elles relevaient donc de la compétence du conseil de prud'hommes (Civ. 19 octobre 1937, *DH* 1937. 581 ; *GA*, 2^e éd., arrêt n° 31).

Le commentaire classique de cette orientation est que la Cour de cassation a retenu une compréhension extensive de la notion de litige individuel en raison de la déshérence des procédures de conciliation, médiation ou arbitrage. La mise en sommeil de ces dernières, contrastant avec le raffinement de leur réglementation, aurait incité à élargir la possibilité de trouver dans le juge prud'homal un organe apte à régler certains aspects de conflits collectifs en mal de traitement institutionnel. Mais ce parti ne supposait aucune violence aux institutions d'un système juridique qui n'apparie pas situations et procédures contentieuses (dans le genre « à telle situation, telle action »). Il est banal que, dans une situation concrète, une option s'ouvre entre divers objets et lieux possibles de demande en justice. Les termes dans lesquels et la juridiction devant laquelle l'affaire donnera naissance à un contentieux seront tributaires d'un choix juridique du ou des acteurs prenant l'initiative de recourir à la justice. La Cour de cassation refuse de faire obstacle à cette logique en déduisant de l'existence de procédures de règlement des conflits collectifs que celles-ci peuvent seules être mises en œuvre dès lors qu'existe une situation de conflit collectif. Elle choisit de ne pas soustraire aux prud'hommes la connaissance de toute demande s'inscrivant dans un tel conflit, qu'elle ait trait à son déroulement ou soit consécutive à un accord de règlement.

Il reste que, même si les procédures des articles L. 2521-1 et s. nouv. C. trav sont très rarement utilisées, leur existence commande de disposer d'une définition du *différend collectif*, afin de déterminer, à l'occasion, si ces procédures peuvent être mises en œuvre. La Cour supérieure d'arbitrage (art. L. 2524-7 nouv. C. trav.) a dégagé une qualification qui suppose la réunion de deux conditions : la présence, parmi les protagonistes, d'un groupe de fait ou d'un groupement (un syndicat), et un enjeu d'intérêt collectif (C. sup. arb., 13 juin 1938, *Dr. soc.* 1938. 292 ; 26 août 1938, *Dr. soc.* 1938. 353 ; 15 juin 1954, *Dr. soc.* 1954. 608 ; 14 déc. 1954, *Dr. soc.* 1955. 282). Une conception confirmée par l'une des très rares décisions des dernières décennies (6 janv. 1983, *Dr. soc.* 1983. 230, concl. M. Pinault).

3. S'agissant de la compétence prud'homale, des arrêts ultérieurs allaient conforter l'orientation de ceux de 1937 et 1960. Notamment pour écarter l'argument selon lequel la concomitance de plusieurs demandes identiques dirigées contre un même employeur ou le fait qu'une demande appelle interprétation, voire appréciation de validité, d'une convention ou d'un accord collectif, feraient du différend un litige collectif échappant à cette compétence (Soc. 24 avr. 1975, *Bull. civ.* V, n° 209 ; 26 mars 1981, *ibid.*, n° 264 ; 10 déc. 1986, *ibid.*, n° 584 ; 20 oct. 1988, *ibid.*, n° 548 ; 15 janv. 1997, *ibid.*, n° 20).

D'autres décisions retiennent, pour un cas de figure un peu différent, une solution harmonieuse avec cette interprétation : dès lors que le salarié réclame pour lui-même un certain résultat juridique (la reconnaissance d'une qualification professionnelle, un rappel de rémunération, une prime, etc.), en vertu de son contrat de travail ou par application de règles juridiques étatiques ou professionnelles applicables à celui-ci, le conseil de prud'hommes est compétent, même s'il doit alors se prononcer sur une difficulté juridique déjà soumise, en vain, à une procédure de conciliation ou de médiation parce qu'elle se trouvait au cœur d'un conflit collectif (Soc. 2 mars 1960, *Bull. civ.* IV, n° 247 ; 29 mai 1962, *ibid.*, n° 299). Selon d'autres arrêts, peu importe que plusieurs demandes individuelles analogues émanant de divers salariés acteurs d'un conflit collectif, voire de tous les salariés concernés par ce dernier, soient simultanément soumises au juge prud'homal, qu'elles visent l'adjudication de ce qui a été réclamé sans succès par l'action collective, ou que ces demandes soient relatives aux conséquences (pertes de salaires, licenciement ou autre sanction) de cette « lutte du travail » (Soc. 10 févr. 1950, *Dr. soc.* 1950. 322, obs. P. Hébraud ; 21 juin 1951, *Gaz. Pal.* 1951. 2. 261 ; 27 oct. 1959, *Dr. soc.* 1960. 95 ; 26 nov. 1959, *Bull. civ.* IV, n° 1191 ; 9 juin 1961, *ibid.*, n° 626 ; 11 juin 1975, *Bull. civ.* V, n° 321). De même, relèvent de la compétence du conseil de prud'hommes, et non du tribunal de

grande instance, les demandes simultanément formées par un employeur contre quatorze de ses salariés en réparation du préjudice causé par une occupation des lieux de travail à l'occasion d'une grève (Soc. 25 oct. 1978, *Bull. civ. V*, n° 710).

Il n'importe pas davantage que le demandeur soit un salarié investi de fonctions représentatives ou syndicales, ayant participé à ce titre à la tentative de conciliation du conflit collectif, qui prend l'initiative d'une action personnelle en justice dans le but d'obtenir un résultat que l'employeur pourra difficilement ne pas étendre à tous ses collègues (Soc. 29 mai 1962, *préc.*). Ce que confirme clairement l'arrêt *Cervera et Fernandez* du 26 novembre 1981 (n° 21) : même si la décision à intervenir sur les demandes analogues dont deux salariés avaient pris l'initiative « *était susceptible d'être invoquée comme un précédent par d'autres salariés* », les actions respectives de ces deux personnes visaient à leur procurer un complément de salaire dû en exécution de leur contrat et relevaient donc de la juridiction prud'homale. Si le résultat escompté est obtenu, il ne profitera *en droit* qu'au demandeur ou à chacun des demandeurs, même si les motifs de la décision ont, en fait, une plus ample portée ou si sa seule survenance convainc l'employeur, voire d'autres employeurs, d'accorder aux autres salariés placés dans une situation identique ce qu'ont obtenu ceux qui sont « allés aux prud'hommes ».

Pour qu'un conseil soit compétent, il faut en tout cas que le ou les salariés demandeurs lui soumettent *une prétention personnelle*, c'est-à-dire sollicitent l'adjudication de quelque chose à leur profit. Ce n'est pas le cas lorsque des salariés entendent seulement faire juger que telle disposition s'applique ou ne s'applique pas à eux (Soc. 30 avr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 153) ou lorsqu'un salarié veut seulement entendre dire que telle convention collective est applicable à son contrat de travail, sans formuler de prétention particulière (Soc. 6 mai 1998, *Dr. soc.* 1998. 731, obs. G. Couturier). Hypothèses étonnantes, tant les conditions de la compétence prud'homale paraissent faciles à remplir (demander pour soi un émolument de l'application des normes invoquées).

B. — Le caractère exclusif et d'ordre public de la compétence prud'homale

1. Compétence d'attribution, l'habilitation des conseils de prud'hommes à connaître de tout différend entrant dans les prévisions des articles L. 1411-1 et s. nouv. C. trav. est également *exclusive*, souligne l'arrêt *Delbecq* (n° 19) en éclairant ainsi le sens de ce qui est désormais l'alinéa 1^{er} de l'article 1411-4. En l'espèce, un salarié démission-

naire immédiatement embauché, en dépit d'une clause de non-concurrence, par un concurrent de son ancien employeur, et assigné par ce dernier en même temps que son nouvel employeur devant le tribunal de grande instance, faisait grief à la cour d'appel d'avoir jugé ce tribunal compétent à son égard. Fondée sur le contrat de travail rompu, la demande avait paru « indivisible » aux juges du fond. Ils avaient donc estimé que la compétence de la juridiction de droit commun devait être prorogée à l'égard de la demande formée contre le salarié et prévaloir sur celle du conseil de prud'hommes, qualifié de « juridiction exceptionnelle ». Leur arrêt est cassé, au motif que *les conseils de prud'hommes sont seuls compétents pour connaître en premier ressort des différends visés, aujourd'hui, par l'article L. 1411-1 nouv. C. trav.*, même en cas de « connexité » avec une autre demande échappant à leur compétence. On devine qu'il en irait autrement en présence d'une véritable indivisibilité, mais, en l'espèce, les demandes avaient des causes différentes (responsabilité contractuelle pour l'ancien salarié, délictuelle pour le concurrent). L'arrêt précise qu'en cas de connexité le demandeur a la faculté d'appeler celui qu'il ne saurait attraire qu'aux prud'hommes en déclaration de jugement commun devant l'autre juridiction (tribunal de grande instance ou tribunal de commerce), afin de lui rendre opposable la décision à intervenir.

Avant 1974, la chambre sociale avait déjà souligné que la juridiction prud'homale était « *exclusivement compétente* », mais sans avoir à en tirer de conséquence particulière (Soc. 1^{er} juill. 1970, *Bull. civ.* V, n° 454) La position de l'arrêt *Delbecq* a été réaffirmée trois ans plus tard à l'occasion d'un litige analogue (Soc. 21 avr. 1977, *D.* 1978. 8, note Y. Serra ; *RTD civ.* 1978. 415, obs. J. Normand ; un autre arrêt énonce la règle en censurant une décision prud'homale qui avait admis une exception de litispendance au profit d'un tribunal de grande instance alors que n'étaient pas réunies les conditions de cette litispendance : Soc. 22 juin 1977, *Bull. civ.* V, n° 419). Puis elle a été reprise par la deuxième chambre civile, spécialisée dans les questions de procédure (12 oct. 1978, *Bull. civ.* II, n° 208). La chambre sociale l'a plus récemment réaffirmée dans un autre cas de figure (Soc. 11 mars 2003, *Dr. soc.* 2003. 669, obs. D. Boulmier).

Bien qu'elle puisse engendrer une fragmentation qui n'est pas sans inconvénient, elle trouve sa justification dans les caractères spécifiques du conseil. « Juridiction élective et paritaire » (art. L. 1421-1), celui-ci a pour mission première de rechercher un règlement du différend « *par voie de conciliation* » (v. rédaction de l'art. L. 1411-1 comme de l'ancien art. L. 511-1, al. 1^{er}), et sa procédure prétend favoriser cette voie (phase obligatoire devant le bureau de conciliation). Il paraît dès lors souhaitable qu'aucune affaire de sa compétence ne lui échappe et que des juridictions composées de magistrats professionnels ou

représentant d'autres catégories de justiciables (les tribunaux de commerce) ne s'immiscent pas dans « son » contentieux.

2. Exclusive, la compétence prud'homale reste néanmoins « d'attribution », donc limitée (ce que souligne l'art. L. 1411-4, al. 2, objectivement inutile), y compris en cas de connexité. Si le conseil de prud'hommes est seul habile à traiter le litige opposant une société à son ancien salarié, il ne peut statuer sur la demande dirigée simultanément par cette société contre le nouvel employeur, c'est-à-dire sur le différend opposant deux employeurs pour concurrence déloyale au motif que l'un a débauché le salarié de l'autre au mépris d'une clause de non concurrence (Soc., 22 févr. 2000, *Cah. prud'h.* n° 9-2002, p. 89). Saisi d'une telle demande, le conseil doit se déclarer incompétent, tandis qu'une exception de connexité soulevée devant une autre juridiction ne saurait prospérer et aboutir à une prorogation de sa compétence.

Il y a plus : le tribunal de commerce, ou de grande instance voire d'instance si le défendeur n'est pas commerçant, reste compétent pour statuer sur l'action en responsabilité civile dirigée contre le nouvel employeur, même si le défendeur conteste la validité ou l'applicabilité de la clause de non-concurrence (Com. 27 mars 2001, *D.* 2001, CDA 1617, obs. É. Chevrier ; *D.* 2002, Somm. 1258, obs. Y. Serra). Ce tribunal peut (doit) alors se prononcer sur une question de droit du travail (validité ou portée d'une clause de non-concurrence, problème d'application de l'art. L. 1224-1 nouv. C. trav. à l'occasion d'un litige entre employeurs successifs sur la charge définitive de salaires ou d'indemnités de rupture versées à des salariés). À moins que le conseil de prud'hommes se trouve simultanément saisi d'une demande l'appelant à trancher cette question : le juge commercial ou civil doit, dans ce cas, surseoir à statuer jusqu'à sa décision (Com. 6 mai 2003, *Bull. civ.* IV, n° 67 : saisi d'une action contre une société fondée sur la complicité de celle-ci dans la violation d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, la juridiction commerciale doit surseoir jusqu'à ce que la question de cette violation ait été tranchée par le juge prud'homal saisi d'une demande de l'employeur contre son ancien salarié) ou ne peut se prononcer que sur des faits de détournement de clientèle postérieurs à la rupture du contrat de travail litigieux (Com. 18 déc. 2007, *JCP S* 2008. 1085).

Dans notre système juridique, où la compétence *ratione materiae* dépend en principe de l'objet de la demande et non des questions de droit à régler pour statuer sur cet objet, « le juge de l'action est juge de l'exception ». Plus précisément, « toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui

soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction » (art. 49 C. pr. civ.). On ne saurait donc reprocher à un tribunal d'instance, juge des élections professionnelles ou de la désignation des délégués syndicaux, de s'être prononcé sur la permanence ou la rupture alléguée du contrat de travail de salarié élu ou désigné (Soc. 22 juill. 1975, *Bull. civ.* V, n° 425 ; 20 juill. 1981, *ibid.*, n° 720 ; *RTD civ.* 1982. 465, obs. J. Normand), ou bien sur la qualité de salarié ou la nature à durée déterminée ou à durée indéterminée des contrats de travail de salariés dont la qualité d'électeurs était contestée (Soc. 27 mai 1987, *Bull. civ.* V, n° 346 ; 8 avr. 1992, *ibid.*, n° 262). Encourt d'ailleurs la cassation la décision d'un juge d'instance qui, saisi d'une contestation relative au défaut d'inscription de journalistes pigistes sur la liste électorale, se déclare incompétent pour apprécier leur qualité de journalistes (Soc. 5 juin 1985, *Bull. civ.* V, n° 327). Le tribunal d'instance ne méconnaît l'article 49 C. pr. civ. que s'il se prononce sur la poursuite du contrat du salarié (licencié) avec l'acquéreur de l'actif de son employeur en liquidation alors qu'un litige sur son licenciement est pendant devant le conseil de prud'hommes (Soc. 20 juill. 1983, *D.* 1984. 230, note Y. Serra ; *RTD civ.* 1984. 555, obs. J. Normand) ; encore s'agit-il moins, dans cette circonstance, d'ignorance de la compétence exclusive de ce conseil que de dédain d'une litispendance. Dans le cadre de ce contentieux « électoral », le tribunal d'instance peut et doit donc prendre parti, autant que de besoin, sur la qualification de contrat de travail. Comme lui-même et le tribunal de grande instance doivent le faire lorsque, juges de droit commun, ils statuent sur des actions introduites par ou dirigées contre une Assédic, qui échappent à la compétence prud'homale (mais le juge de droit commun, saisi d'une action de l'ancien salarié contre l'Assédic en paiement des allocations de chômage, doit surseoir à statuer en invitant le salarié à attirer l'employeur soumis à une procédure collective devant le juge prud'homal, afin que ce dernier détermine le montant du salaire à prendre en considération pour le calcul des allocations : Soc. 22 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 73). Comme doit le faire encore le tribunal des affaires de sécurité sociale dans certains contentieux pouvant donner lieu à discussion sur la qualification de contrat de travail (mais si celui qui se prétend salarié fait convoquer son employeur prétendu devant le conseil de prud'hommes en faisant appeler également l'Assédic, qui lui dénie cette qualité, la caisse primaire d'assurance-maladie et l'URSSAF, ce conseil est compétent : Soc. 9 avr. 2002, *RJS* 6/02, n° 710).

Il n'y a question préjudicielle à poser au juge prud'homal que devant le juge administratif saisi, par exemple, d'une contestation de la légalité d'une décision concernant un salarié protégé en raison de ses fonctions représentatives, s'il y a besoin de savoir si le contrat de l'intéressé

est à durée détermine ou à durée indéterminée, et à condition que la contestation soit sérieuse (CE 28 juin 1989, n° 64.773, *Blaise* ; 21 juin 1996, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, *RJS* 8-9/96, n° 948). Il en est ainsi, d'abord parce qu'il y a question préjudicielle au profit des tribunaux judiciaires. Mais la Cour de cassation considère qu'il revient au conseil de prud'hommes, plutôt qu'au tribunal de grande instance, de se prononcer sur la question préjudicielle relative à l'interprétation d'un accord collectif posée par le juge administratif (saisi d'une demande d'annulation d'une décision de l'inspecteur du travail) dans le cadre d'un litige opposant un salarié protégé à son employeur (Soc. 18 mars 2008, n° 07-41.813 PB).

Quand il est lui-même « juge de l'action », le conseil de prud'hommes l'est aussi de « l'exception ». Ainsi lorsqu'il y a lieu, pour statuer sur une demande relevant de sa compétence, d'interpréter une convention ou un accord collectif, voire de se prononcer sur la validité de cet acte ou d'une de ses dispositions (v. *supra*, A). Il a aussi été jugé qu'il pouvait statuer sur la demande d'un employeur contre son ancien salarié pour violation d'une clause de non-concurrence, même si certains des agissements du défendeur étaient critiqués (atteinte aux marques, contrefaçon) au regard de dispositions du Code de la propriété intellectuelle (Versailles, 9 mai 1996, *D.* 1998. Somm. 216, obs. Y. Serra). Mais la plus remarquable illustration du jeu de l'art. 49 C. pr. civ. au bénéfice du conseil de prud'hommes est offerte, même si ce texte n'est ni visé ni évoqué dans leurs motifs, par les arrêts consacrant un « droit propre » des salariés licenciés pour motif économique à faire valoir que leur licenciement est nul pour cause d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi). Il appartient alors au juge prud'homal, saisi d'une action en nullité de la rupture et réintégration (ou dommages-intérêts), d'apprécier ce plan au regard des exigences légales afin de se prononcer sur des demandes individuelles (Soc. 30 mars 1999, *Dr. soc.* 1999. 593, note G. Couturier ; *Dr. ouvr.* 1999. 365, note H. Tourniquet : l'arrêt affirme ce pouvoir même si le président du tribunal de grande instance a été saisi d'une contestation du plan en cours de procédure d'information et consultation des représentants du personnel, puisque sa décision n'a pas été rendue entre les parties à l'instance prud'homale et n'avait qu'un caractère provisoire ; 28 mars 2000, *Dr. soc.* 2000. 597, 2° esp., note P.-H. Antonmattéi ; *D.* 2001. 35, note A. Cristau ; 20 mars 2001, *Dr. soc.* 2001. 561, obs. G. Couturier ; 2 mai 2001, *Dr. soc.* 2001. 769, obs. G. Couturier ; 20 mars 2002, *CSB* 2002, A. 35 ; 28 nov. 2006, *RJS* 2/07, n° 211). Même les salariés protégés dont le licenciement a été autorisé par l'inspecteur du travail disposent de ce droit propre de contester la validité du plan devant le juge prud'homal et de demander à celui-ci d'en tirer toutes conséquences (Soc. 23 juin 2003, *Bull. civ.*

V, n° 207 ; 22 juin 2004, *ibid.*, n° 177 ; 20 oct. 2004, CSB 2005, S. 33). La modification apportée par la loi du 11 janvier 2002 (non remise en cause par la loi du 18 janvier 2005) à ce qui était alors l'article L. 122-14-4 du Code du travail, dans une disposition devenue l'article L. 1235-11, a conforté le *pouvoir* ainsi reconnu au juge prud'homal dans le cadre de sa compétence.

3. Le caractère exclusif de la compétence du conseil de prud'hommes tient, en partie, à son *caractère d'ordre public*, que soulignent les articles L. 1411-4, al. 1^{er} (« *Le conseil de prud'hommes est seul compétent... Toute convention contraire est réputée non écrite* ») et L. 1221-5 (« *Toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet* ») nouv. C. trav. La compétence territoriale présente le même caractère, puisque l'article R. 1412-4 nouv. C. trav. (ex. art. R. 517-1) répute non écrite toute clause dérogeant directement ou indirectement aux critères qu'il retient. Ces règles paraissent poser assez peu de problèmes dans l'ordre interne (pour la question sur le plan international, v. *infra*, n° 25). Nul doute que toute clause d'un contrat de travail ou disposition d'une convention collective donnant compétence, en matière prud'homale, à un autre ordre de juridictions ou à un conseil qui ne serait pas territorialement compétent est nulle, d'une nullité absolue (Soc 16 déc. 1960, D. 1961. 172 ; 21 avr. 1961, *Bull. civ.* IV 353 ; 4 mai 1961, *ibid.*, n° 459).

Se pose toutefois la question du *recours à l'arbitrage*. L'article L. 1411-4, al. 1^{er} et un raisonnement *a fortiori* à partir de l'article L. 1221-5 nouv. C. trav. condamnent la *clause compromissoire* insérée dans un contrat de travail (Soc. 25 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n° 292 ; 5 nov. 1984, *JCP G* 1985. II. 20510 ; *Rev. arb.* 1986. 47, 1^e esp., obs. M.-A. Moreau). La sentence arbitrale rendue sur le fondement d'une telle clause encourt annulation par la cour d'appel (ex. : Paris, 10 déc. 1985, *Rev. arb.* 1987. 157, note M.-C. Rivier). Depuis que la loi du 15 mai 2001 a donné une nouvelle rédaction à l'article 2061 du Code civil, l'article L. 1411-4, al. 1^{er} nouv. C. trav. constitue une « disposition législative particulière » au sens de ce texte et impose exception à la validité de principe de la clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. S'agissant du *compromis d'arbitrage*, par lequel les protagonistes d'un litige né s'accordent pour le soumettre à un arbitre, l'ancien article L. 511-1, al. 6 du Code du travail, tel que rédigé par la loi du 18 janvier 1978 (réforme Boulain), réputait non écrite toute convention dérogatoire à la compétence prud'homale « à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail ». C'est bien sous cette limite que la Cour de cassation avait admis la validité ou l'efficacité du compromis (Soc., 5 nov. 1984, *préc.*). Mais, en l'espèce, faits et

compromis étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 6 mai 1982 (réforme Auroux), qui a gommé cette réserve du compromis d'arbitrage postérieur à la cessation du contrat. On s'est pourtant interrogé sur la volonté du législateur de mettre fin à cette exception et d'exclure tout règlement arbitral des différends relevant de la compétence prud'homale. Selon l'article 2059 du Code civil, « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition », or, après la cessation de son contrat et de sa situation de subordination, l'ancien salarié peut disposer des droits qu'il tient de ce contrat de travail ou de sa rupture (contrairement à une idée reçue, le droit français n'invalide pas par principe toute renonciation du salarié). Depuis 1982, pourtant, la disposition légale ne prête guère à discussion : « *toute convention* » ayant pour objet ou effet de soumettre à une juridiction ou un organe autre que le conseil de prud'hommes un litige confié à celui-ci par cet article est réputée non écrite. Cette règle spéciale déroge à la règle générale de l'article 2059.

Cette restriction de la faculté de recourir à l'arbitrage ne reçoit exception ni avec l'article. L. 7112-4 nouv. C. trav. imposant l'intervention d'une commission arbitrale en cas de résiliation du contrat d'un journaliste professionnel (elle statue seulement sur l'octroi de l'indemnité de licenciement spéciale, et les règles communes aux conventions d'arbitrage du nouveau Code de procédure civile ne lui sont pas applicables : Soc. 11 janv. 2000, *Bull. civ.* V, n° 14), ni avec l'« arbitrage » du bâtonnier auquel la loi confie le contentieux du travail de l'avocat salarié (il intervient alors comme une juridiction spéciale, intégrée, par les voies de recours, dans l'appareil de la justice étatique).

Notre époque fait cependant grand cas des « modes alternatifs de règlement des différends », conciliation ou médiation au sens de la langue du droit français constituant des variantes d'un mode non décisionnel qui repose sur l'entremise d'un tiers, individu ou collège, chargé de favoriser un règlement par accord. Aussi pourrait-on penser que les clauses conventionnelles prévoyant la saisine d'une instance extrajudiciaire, surtout paritaire, sont traitées avec faveur. L'arrêt *Forناسier* du 19 juillet 1988 (n° 22) montre qu'il n'en est rien. Il casse l'arrêt d'une cour d'appel qui, croyant découvrir dans la convention collective une obligation imposée aux employeurs et salariés de saisir, avant toute procédure contentieuse, la commission de conciliation instituée par cette convention, avait jugé irrecevable l'action prud'homale engagée par un ouvrier licencié. La cassation est prononcée pour violation des articles L. 511-1 du Code du travail alors en vigueur (art. L. 1411-1 nouv. C. trav.) et des articles 1156 et s. du Code civil (dispositions sur l'interprétation des conventions qu'il est pourtant convenu de dire « non contraignantes » au motif que la Cour refuserait d'en sanctionner la méconnaissance !) : la chambre sociale estime que

« la création d'organismes conventionnels chargés de régler les différends nés à l'occasion du contrat de travail, ou même de procéder à la conciliation des parties, ne saurait faire obstacle à la saisine directe des conseils de prud'hommes, légalement compétents ».

Voilà qui est on ne peut plus clair et que la Cour avait déjà affirmé (Soc. 27 avr. 1964, *Bull. civ. IV*, n° 347 ; 8 déc. 1965, *Dr. soc.* 1966. 629, note P. Hébraud ; 14 mars 1973, *Dr. soc.* 1973. 438, obs. J. Savatier ; 9 déc. 1981, *Bull. civ. V*, n° 954), en même temps qu'elle excluait toute substitution au conseil de prud'hommes d'une instance disciplinaire interne (Soc. 24 oct. 1962, *D.* 1963. 214) ou d'une « commission du personnel » (Soc. 14 mars 1973, *préc.*). Elle allait le redire ultérieurement (26 janv. 1994, *Bull. civ. V*, n° 32 ; 1^{er} avr. 1997, n° 94-43433). Notons que l'arrêt *Fornasier* ne distingue pas selon que le demandeur principal est le salarié (comme en l'espèce) ou l'employeur, alors que certains auteurs songeaient à un jeu de l'ordre public social : le salarié ne pourrait se voir imposer de saisir d'abord l'organe conventionnel de conciliation, mais aurait le loisir de préférer cette voie, tandis que l'employeur demandeur ne pourrait imposer ce préalable au salarié défendeur. Par sa généralité, la formule de la Cour de cassation exclut que l'employeur demandeur principal aux prud'hommes (il l'est dans un petit nombre de cas) puisse être déclaré irrecevable et renvoyé à saisir d'abord l'organe conventionnel aux fins de tentative préalable de conciliation. La saisine de cet organe demeure donc facultative et requiert en tout cas l'accord des parties. Si le conseil de prud'hommes est simultanément saisi, il n'est pas tenu de surseoir à statuer en attendant l'issue de cette procédure extrajudiciaire (Soc. 23 avr. 1975, *Dr. ouvr.* 1976. 106). S'il est saisi après l'échec de cette tentative, celle-ci ne dispense pas de la phase initiale de la procédure prud'homale qu'est la convocation des parties devant le bureau de conciliation (Soc. 8 déc. 1965, *préc.*).

Plus récemment, la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt de chambre mixte, que la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge était licite, et que sa mise en œuvre, suspendant jusqu'à son issue le cours de la prescription, constituait une fin de non-recevoir s'imposant au juge si les parties l'invoquaient (14 févr. 2003, *D.* 2003. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *Dr. soc.* 2003. 890, obs. M. Keller). Le contrat litigieux était en l'espèce une cession d'actions de société, mais les termes du motif sont très généraux. Cependant, l'existence d'une phase obligatoire de conciliation dans la procédure prud'homale, autant que le caractère d'ordre public de la compétence de la juridiction paritaire, privent cette règle générale de pertinence pour les litiges qui relèvent de cette compétence. Insérée dans un contrat de travail, une « clause de conciliation » ou de « médiation » ne saurait fonder une fin de non-

recevoir (v. en sens contraire : Rennes, 15 sept. 2005, *Dr. soc.* 2007. 445, note J.-Ph. Tricoit). Seule une transaction entre employeur et salarié peut véritablement faire obstacle à la saisine utile d'un conseil de prud'hommes, en raison de l'autorité de chose jugée attachée à ce contrat spécial qui rend irrecevable toute demande prud'homale ultérieure portant sur un objet concerné par l'arrangement (ex. : Soc., 17 oct. 2007, *JCP S* 2008. 1099, note F. Dumont), sauf s'il s'agit d'une demande en nullité de cette transaction ou d'une demande au fond confortée par l'invocation de la nullité de la transaction opposée par le défendeur. Le thème est aujourd'hui d'importance, s'agissant en particulier de la transaction en contexte de rupture du contrat de travail (voir *infra*, n° 119-121). Rappelons, ici, qu'un conseil de prud'hommes peut, comme toute autre juridiction civile, proposer une médiation « externe » selon les dispositions des articles 131-1 et suivants du Code procédure civile, et, qu'en cas de succès, l'accord obtenu sous la houlette du tiers intervenant peut être homologué par la juridiction. La chambre sociale a naguère manifesté sa faveur pour « l'accord transactionnel » ainsi obtenu et homologué, en considérant que l'AGS n'était recevable à le contester qu'à la condition d'établir l'intention de faire fraude à ses propres droits (Soc., 25 janv. 2006, *Bull. civ.* V, n° 22 ; *JCP S* 2006. 1446, note P. Morvan ; *RDT* 2006. 120, obs. E. Serverin). La porte n'est-elle pas ainsi ouverte à une instrumentalisation de la justice prud'homale au service d'arrangements préjudiciables à l'organisme garantissant le paiement des salaires ?

C. — Les pouvoirs du conseil de prud'hommes

1. L'arrêt *Société La Belle Jardinière* rendu le 6 février 1976 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (n° 20) concerne, non plus la compétence, mais le *pouvoir* de la juridiction prud'homale. Pouvoir de juger et compétence étant des notions distinctes mais proches, au point d'être souvent confondues, cet arrêt doit être rapproché du précédent. D'autant plus qu'il concerne également les rapports entre conseils de prud'hommes et organismes paritaires créés par des conventions collectives. Il atteste que la Cour de cassation veille à sauvegarder, autant que la compétence d'attribution, le pouvoir de dire le droit du conseil de prud'hommes.

Conventions et accords collectifs instituent parfois des commissions d'interprétation appelées à préciser le sens et la portée des clauses qui, à l'expérience, susciteraient des difficultés. Les accords interprofessionnels et conventions de branche ou accords professionnels doivent désormais instituer de telles commissions paritaires (art. L. 2232-4 et 2232-9 nouv. C. trav.), et ces instances peuvent solliciter, sur une

question d'interprétation de leur convention ou accord, l'avis de la Commission nationale de la négociation collective (art. L. 2271-1, 4°). Mais quelle est l'autorité, à l'égard des juridictions statuant en matière prud'homale et plus largement des tribunaux étatiques, des interprétations délivrées par ces organismes paritaires ? L'arrêt *La Belle Jardinière* répond que *l'avis donné par une commission paritaire ne lie pas le juge*, et casse un jugement prud'homal qui s'était référé, pour faire droit à la demande d'une vendeuse, à l'avis formulé par la commission mixte d'une convention de branche quant aux sommes à prendre en compte pour vérifier que le salarié percevait le salaire minimum conventionnel. « Le juge » dont parle l'arrêt est toute juridiction étatique : tribunal de grande instance, saisi d'une action en interprétation d'une convention collective, autant que conseil de prud'hommes (v. le premier arrêt de cassation dans cette affaire : 23 févr. 1973, *Bull. civ. V*, n° 105 ; v. également : Soc. 14 mai 1987, *Bull. civ. V*, n° 319 ; 10 févr. 1998, *ibid.*, n° 81). Cette règle doit être rapprochée d'une autre solution constante : on ne saurait faire grief à un juge d'avoir interprété une convention collective qui institue une commission paritaire d'interprétation (Soc. 15 oct. 1969, *Bull. civ. V*, n° 543).

Que l'avis paritaire soit dépourvu d'« autorité de chose interprétée » à l'égard du juge étatique signifie que ce dernier, d'une part *n'est jamais tenu de le suivre*, d'autre part *ne peut se borner à s'y référer pour motiver sa propre décision*. Il peut en revanche, quoi qu'en dise l'arrêt, « faire état » de cet avis, et a même licence de surseoir à statuer afin de le recueillir (Soc. 6 mars 1964, *Dr. soc.* 1964. 420, obs. J. Savatier). Il peut aussi le partager à condition de présenter cette lecture comme le résultat de son propre effort d'interprétation. Corrélativement, et parce qu'il lui appartient d'interpréter au besoin la convention collective applicable, le juge prud'homal ne saurait tirer motif du défaut d'accord au sein de l'organe conventionnel pour rejeter une demande fondée sur une certaine méthode de calcul du salaire (Soc. 15 juill. 1998, *Bull. civ. V*, n° 389). Ajoutons que le juge, pas plus qu'il n'est lié par l'interprétation d'une commission paritaire, ne l'est par la décision d'une instance paritaire d'examen des classifications selon la convention collective (Soc. 20 oct. 1998, *RJS* 11/98, n° 1386).

En observant que l'avis de la commission paritaire avait été donné « dans un but de conciliation », l'arrêt *La Belle Jardinière* (v. aussi Soc. 10 févr. et 15 juill. 1998, *préc.*) signale la raison de la règle consacrée : la composition de cet organisme, sa mission d'administration de la convention, fondent à penser qu'il cherche moins à dégager le sens de dispositions conventionnelles qu'à obtenir un accord pour les entendre et appliquer d'une certaine manière afin d'éviter ou apaiser

les différends, c'est-à-dire qu'il est lieu de négociation plutôt que de véritable interprétation. Or, telle n'est pas la mission du juge dès lors qu'il se trouve en phase de jugement et doit trancher la dispute juridique en assignant sens et portée aux dispositions normatives applicables. Du coup, la règle de principe de l'arrêt *La Belle Jardinière* perd sa justification lorsque la convention collective elle-même dispose que l'avis de la commission d'interprétation vaudra avenant. Un arrêt de 1994 confirme cette distinction en précisant que l'avis est dépourvu d'autorité à l'égard des juges « *en l'absence de dispositions de la convention collective prévoyant que l'avis de la commission nationale paritaire aura la valeur d'un avenant à la convention, le conseil de prud'hommes n'était pas tenu de suivre cet avis* » (Soc. 11 oct. 1994, *Dr. soc.* 1994. 984 ; *D.* 1995. Somm. 369, obs. V. Soubise ; comm. M. Moreau, *Dr. soc.* 1995. 359 ; rappr. : Soc., 15 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 425 : les décisions de la commission paritaire ne sont pas des sentences arbitrales). D'ailleurs, la Cour a suggéré une réforme législative visant à imposer que l'avis de la commission paritaire d'interprétation ait valeur d'avenant, au moins pour les conventions de branche susceptibles d'extension (*Rapport de la Cour de cassation 1994*, p. 17). Mais la loi du 4 mai 2004 réformant le régime de la négociation collective n'a pas suivi cette suggestion. Le droit positif demeure donc, sur ce point, inchangé et clairement conforté par des arrêts plus récents (Soc., 15 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 169 ; 11 juill. 2007, *Dr. soc.* 2007. 1172, obs. J. Savatier ; *JCP S* 2007. 1862, note P.-Y. Verkindt).

Cette jurisprudence *La Belle Jardinière* manifeste la volonté, illustrée aussi par d'autres séries d'arrêts, qui soulignent la volonté de la Cour de cassation de *sauvegarder le pouvoir du juge prud'homal de dire le droit*, même en présence de décisions valides d'autres autorités. Par exemple, ces arrêts affirmant que l'autorisation délivrée par le juge-commissaire, pendant la phase d'observation, de pratiquer certains licenciements pour motif économique « n'interdit pas à la juridiction prud'homale de statuer sur les demandes des salariés licenciés au regard de leur situation individuelle », si ces demandeurs font valoir que la procédure de consultation des représentants du personnel ou l'ordre des licenciements n'a pas été respecté (Soc. 3 oct. 1989, *Bull. civ.* V, n° 59 ; 6 mars 1990, *ibid.*, n° 92 ; 3 mars 1998, *D.* 1998. 418, note P. Bailly ; *Dr. soc.* 1998. 508, obs. R. Vatinet).

2. La contribution jurisprudentielle à la détermination des pouvoirs de la juridiction prud'homale dans l'exercice de sa compétence d'attribution concerne également le *contrôle des règles* de prime abord applicables au litige.

Pas plus que les autres juridictions ordinaires les juges statuant en

matière prud'homale, et les autres juridictions qui connaissent d'un contentieux lié aux relations du travail, n'ont le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des dispositions législatives appelées à régir la situation litigieuse. La Cour de cassation et le Conseil d'État rappellent, à l'occasion, cette règle de l'exclusion de tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois « par voie d'exception » (ex. : Soc. 21 janv. 1997, *Dr. soc.* 1997. 344, note G. Giudicelli-Delage et M. Massé ; CE 15 nov. 2006, *Desjardins*, *Dr. soc.* 2007. 314, concl. M. Guyomar), prolongée par l'impossibilité, pour une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité à soumettre au Conseil constitutionnel. Discutable et discutée, cette règle (de valeur constitutionnelle) est anciennement et très solidement établie. Elle apparaît aujourd'hui comme impliquée par l'article 61, alinéa 2 de la Constitution de 1958, qui ouvre à un nombre réduit de personnalités la faculté de saisir le Conseil constitutionnel aux fins de contrôle de la « conformité » (de la non-contrariété, le plus souvent) de textes législatifs adoptés par le Parlement aux « principes et règles de valeur constitutionnelle ». On sait aussi que, depuis l'arrêt *Septfonds* rendu en 1923 par le Tribunal des conflits, le juge judiciaire, à l'exception du juge pénal, n'a pas pouvoir de contrôler (par voie d'exception) la légalité des actes administratifs réglementaires ou individuels.

En revanche, il incombe à toute juridiction d'assurer, en vertu de l'article 55 de la Constitution ou des normes du traité de Rome tel qu'interprété par la Cour de justice de Luxembourg, la *primauté des normes internationales et communautaires* sur les règles du droit national. Rendu deux ans après le fameux arrêt *Société Jacques Vabre* (Ch. mixte 24 mai 1975, *D.* 1975. 497, concl. A. Touffait, *Rev. crit. DIP* 1976. 347, note J. Foyer et D. Holleaux, *AJDA* 1975. 567, note J. Boulouis), l'arrêt *Bloch* du 14 octobre 1977 (*infra*, n° 23) a confirmé la primauté du traité international sur la loi nationale, même postérieure. Cette décision illustre aussi une modalité de cette primauté : en cas de *conflit de compétence* engendré par le concours d'une norme résultant d'une convention internationale et d'une règle nationale, dont la teneur diffère et dont les résultats d'application seraient différents, la première doit seule être appliquée. Mais cette primauté se manifeste plus rudement lorsque la règle nationale s'avère contraire à la norme internationale ou communautaire : la première doit rester inappliquée en raison de cette contrariété, au titre de ce qui apparaît comme un *contrôle de conventionnalité* ou de *non-contrariété (ou conformité) au droit communautaire*. Dans le domaine des relations du travail, cette primauté trouve surtout à se manifester au profit de *conventions de l'Organisation internationale du travail*, mais aussi de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Conv. EDH).

On a longtemps pensé que les standards retenus par les conventions de l'OIT étaient trop modestes pour que ces instruments puissent utilement concourir à la solution de litiges dans le champ du droit français et, notamment, primer des règles françaises. On sait aujourd'hui que des dispositions de certaines de ces conventions peuvent présenter un intérêt, en tout cas pour le justiciable salarié, face à certaines règles nationales. Ainsi la Convention n° 158 (1982), concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, a-t-elle été sollicitée depuis quelques années. La Cour de cassation a trouvé l'occasion de rappeler que nombre de ses articles étaient « d'application directe devant les juridictions nationales », même si elle a aussitôt estimé qu'une durée d'ancienneté de services continus de six mois comme condition légale de bénéfice d'un préavis était « raisonnable » au sens de l'article 2, paragraphe 2, b, de cet instrument (Soc. 29 mars 2006, *D.* 2006. 2228, note L. Perrin, *Dr. soc.* 2006. 636, avis J. Duplat, *RJS* 5/06, n° 561 et rapport A. Martinet, p. 369 ; *JCP S* 2006, 1427, note R. Vatinet, *RDT* 2006. 273, obs. P. Lokiec). Elle a également souligné que son article 7, assurant au salarié le droit de « se défendre contre les allégations formulées », ne visait que le licenciement pour des motifs liés à la conduite ou au travail du salarié et ne trouvait donc pas à s'appliquer à la rupture du contrat de travail d'un étranger en raison de l'irrégularité de son accès à l'emploi en France (Soc. 29 janv. 2008, *D.* 2008. AJ. 554, publié au *Bulletin*). Plus récemment, cette convention a été mobilisée contre le régime du contrat de travail « nouvelles embauches », créé par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, prise en vertu d'une loi d'habilitation du 26 juillet précédent. Invité par les principales confédérations de syndicats de salariés à annuler cette ordonnance (non encore ratifiée) pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a jugé que l'institution d'une période initiale de deux ans au cours de laquelle la rupture à l'initiative de l'employeur était soustraite à l'essentiel du droit commun du licenciement restait « raisonnable » au sens du texte international (CE 19 oct. 2005, *CGT et autres*, *D.* 2006. 629, note G. Borenfreund, *JCP S* 2005, 1317, note R. Vatinet). De fait, s'il n'est plus discuté que les conventions internationales appartiennent à l'ensemble normatif à considérer pour apprécier la légalité d'un acte administratif, les conventions de l'OIT restent d'un faible secours pour les requérants (ex., pour la Convention n° 81 relative à l'inspection du travail : CE 11 janv. 2002, *Dr. soc.* 2002. 428, concl. E. Mignon ; 14 nov. 2007, *Dr. soc.* 2008.117, concl. A. Courrèges ; pour la Convention n° 29 sur le travail forcé : CE 9 nov. 2007, *JCP S* 2008, 1065, 2^e esp., note A. Noury ; v. aussi, pour le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de 1966 : CE 26 juill. 2007, *JCP S* 2007, 1065, 1^{re} esp.). Des conseils de prud'hommes et cours d'appel ont cependant jugé les dispositions

relatives au contrat « nouvelles embauches » contraires à la Convention n° 158. La question du pouvoir d'un juge judiciaire de se prononcer sur la conventionnalité de dispositions d'une ordonnance non encore expressément ratifiée a été posée au Tribunal des conflits à l'initiative d'un préfet, suite au rejet de son déclinatoire de la compétence de la Cour de Paris saisie de l'appel interjeté par un employeur et un procureur de la République contre un jugement de conseil de prud'hommes (Paris, 20 oct. 2006, *Dr. soc.* 2006. 1088, note P. Lyon-Caen, *JCP S* 2006. 1876, note P. Morvan, *Sem. soc. Lamy* 2006, n° 1284, p. 5, note P. Rodière, *AJDA* 2006. 2033, note M. Verpeaux). Le Tribunal a alors rappelé, dans le droit fil d'une jurisprudence convergente du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, que les ordonnances prises au titre d'une loi d'habilitation, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, avaient nature d'actes administratifs jusqu'à la ratification législative qui leur conférerait rétroactivement valeur de lois, mais que cette ratification pouvait résulter aussi bien du vote d'une disposition législative faisant référence à celles de l'ordonnance ou « impliquant nécessairement » cette ratification, que d'une loi ayant cette dernière opération pour objet. Ce dont il résultait que les dispositions de l'ordonnance d'août 2005 avaient acquis valeur législative et n'étaient pas soustraites à un contrôle judiciaire de conventionnalité (T. confl. 19 mars 2007, Préfet de l'Essonne, *Dr. soc.* 2007. 750, concl. I. de Silva, *RDT* 2007. 369, rapport D. Guirimand, *D.* 2007. Pan. 690, obs. O. Leclerc). Tranchée cette question de pouvoir du juge judiciaire — en forme de question de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions — la cour d'appel de Paris allait estimer les dispositions relatives au contrat « nouvelles embauches » contraires à celles de la Convention n° 158 (6 juill. 2007, *D.* 2007. AJ. 1961, obs. A. Astaix et entretien A. Lyon-Caen, *D.* 2007. 2152, *JCP S* 2007. 1565, note P. Morvan, *Dr. ouvr.* 2007. 504, note L. Milet). On attend, sur cette question si disputée, la position de la Cour de cassation.

La sollicitation de conventions internationales face à des dispositions législatives est une démarche désormais familière aux juristes français de droit social. Nul doute qu'elle constitue parfois une tentative de pallier la vanité, devant le juge judiciaire ou administratif, du moyen tiré de la contrariété d'une règle de valeur législative ou réglementaire à une norme constitutionnelle (ex., pour le Pacte international relatif aux droits civiques et politiques de 1966 : Soc. 6 juill. 2005, *JCP S* 2005. 1289, note J.-Y. Kerbourc'h ; 16 janv. 2008, *D.* 2008. 345, 2° esp., obs. J. Cortot).

Du côté des instruments du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne ne s'est pas révélée très « performante » dans sa mobilisation contre des dispositions du droit national (ex. : CE 19 oct. 2005,

CGT et autres, préc. ; 25 juill. 2007, *Lowinski*, JPC S 2008. 1065, 1^{re} esp., note A. Noury). La sollicitation de la Conv. EDH était plus inattendue. Alors que beaucoup la prétendaient sans application dans les rapports privés, la Cour de cassation a estimé qu'elle pouvait être utilement invoquée dans les relations du travail et que des dispositions du Code du travail pouvaient être confrontées à ses normes. La critique, par un employeur, de certaines dispositions du régime du licenciement au regard de l'article 6 de la Convention a fourni, à la Cour, la première occasion d'un tel contrôle de conventionnalité. Le droit national en est toutefois sorti indemne (Soc. 18 janv. 1989, *D.* 1989. 320, note A. Jeammaud ; sur la même question et dans le même sens : 23 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 193 ; 4 juill. 2000, *RJS* 7-8/00, n° 783). De même que la disposition d'une convention collective restreignant la faculté de licencier un salarié sans préavis ni indemnité compensatrice en la subordonnant à l'avis conforme d'un organisme paritaire, lorsqu'un employeur a soutenu qu'elle violait ce même article 6 en altérant le pouvoir d'appréciation du juge (Soc. 3 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003. 235, obs. J. Savatier). Quant aux dispositions légales et réglementaires imposant à l'employeur une adhésion à une caisse de congés payés du spectacle ou du bâtiment, critiquées au nom de l'article 11 de la Conv. EDH garant de la liberté d'association, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé qu'elles étaient fondées au regard du paragraphe 2 de ce même article parce que vouées à protéger les droits à congés et la santé des salariés (Soc. 22 févr. 2006, *JCP S* 2006, 1309, note Ch. Willmann, *D.* 2006. IR. 813) et prévues par un texte accessible à tous et suffisamment intelligible (Soc. 28 juin 2007, *Dr. ouvr.* 2007. 570, note A. de Senga, *D.* 2007, AJ. 2036). La dénonciation de la méconnaissance des exigences de prévisibilité de la loi pénale (article 7 de la convention) par les textes du Code du travail incriminant les délits d'atteinte ou d'entrave aux institutions représentatives du personnel n'a pas connu plus de succès devant la chambre criminelle de la Cour (3 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 164 ; 13 janv. 1998, *ibid.*, n° 17 ; 22 nov. 2005, *Dr. soc.* 2006. 388, note F. Duquesne).

L'autorité et la puissance du texte européen sont évidemment plus sensibles lorsque l'examen de conventionnalité d'une règle du droit national se conclut par la mise à l'écart de celle-ci. C'est ce qui est advenu — grâce, il est vrai, à une intervention de la Cour européenne des droits de l'homme — lorsque des salariés ont invoqué l'article 6 pour tenir en échec l'article 29 de la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000 validant un régime conventionnel d'heures d'équivalence, dont la condamnation par la Cour de cassation avait encouragé des salariés à saisir des conseils de prud'hommes afin d'obtenir des rappels de rémunération. S'inspirant de la Cour de Strasbourg (28 oct. 1999, *Zielinski et autres c. République française*, *RJS* 1/00, n° 87, *D.* 2000,

Somm. 184, obs. N. Fricero), la chambre sociale a d'abord estimé que « le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable » résultant de cet article 6 « s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire de litiges ». Mais, si elle n'avait pas aperçu ce « motif impérieux » (Soc. 24 avr. 2001, *Dr. soc.* 2001. 583, concl. S. Kehrig, et 723, note J.-Ph. Lhernould, *D.* 2001. 2445, note J.-K. Adom, et Somm. 3012, obs. P. Fadeuilhe), l'Assemblée plénière l'a découvert dans la nécessité d'« aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements » bénéficiaires de cette validation législative (24 janv. 2003, deux arrêts, *Dr. soc.* 2003. 473, rapp. J. Merlin, et 430, obs. X. Prétot, *D.* 2003. 1648, note S. Paricard-Pioux). La chambre sociale s'est naturellement rangée à cette argumentation (Soc. 18 mars 2003, *Bull. civ. V*, n° 100 ; 10 juin 2003, *Dr. soc.* 2003. 1017, obs. J. Mouly ; 20 oct. 2004, *Bull. civ. V*, n° 266), qui, en revanche, n'a pas convaincu la Cour européenne. Dans une série d'arrêts du 9 janvier 2007, celle-ci a considéré que le législateur français ne pouvait ni justifier d'une cause d'utilité publique pour porter atteinte au droit au respect des biens (garanti par l'art. 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Conv. EDH), ni se prévaloir d'impérieux motifs d'intérêt général propres à justifier l'adoption d'une disposition légale rétroactive » ; elle a, en conséquence, constaté une violation de la convention par la République française et condamné cette dernière à verser d'importantes compensations à des salariés ayant épuisé les recours internes (CEDH 9 janv. 2007, n° 31501/03, *Aubert et autres c. France*, et n° 2012/03, *Arnolin et autres c. France*, *D.* 2007. AJ. 580, obs. J. Cortot, *RDT* 2007. 179, obs. Th. Aubert-Monpeyssen). La chambre sociale de la Cour de cassation a dû tirer les conséquences de cette position de la Cour européenne en opérant un nouveau revirement : l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 ne peut, sans violation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH garantissant le droit à un procès équitable, être appliqué au détriment des salariés ayant introduit leur demande devant la juridiction prud'homale avant la date d'entrée en vigueur de cette loi (13 juin 2007, *Dr. soc.* 2007. 1178, 1^{re} esp., obs. M. Morand : arrêt de cassation au visa, notamment, de « l'art. 6 § 1 Conv. EDH « tel qu'interprété par l'arrêt *Arnolin et autres c. France* »), tandis que les salariés ayant introduit leur action après cette date ne sont pas fondés à invoquer l'incompatibilité de ses dispositions rétroactives avec l'exigence de l'article 6 § 1 (...) » (13 juin 2007, *ibid.*, 2^e esp. : rejet du pourvoi des salariés).

Ce fruit de la primauté de la convention internationale sur la loi nationale (qui ne constitue pas nécessairement une grande victoire de

la justice : v. M. Morand, *obs. préc. et Sem. soc. Lamy* 2007, n° 1294, p. 8 et n° 1322, p. 11) ne saurait faire oublier que la sollicitation de la Conv. EDH reste le plus souvent vaine, au moins devant la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit de mettre en question des dispositions du droit national du travail. Si elle a eu quelque incidence sur certaines pratiques de la juridiction prud'homale (v. *infra*, n° 29), l'invocation de l'article 6 n'a pu faire obstacle à l'application de règles ou interprétations jurisprudentielles réellement ou prétendument nouvelles à des espèces antérieures à leur affirmation (v. : Soc. 17 déc. 2004, *Dr. soc.* 2005. 334, obs. B. Gauriau ; 26 janv. 2005, *ibid.* 567, obs. A. Jeammaud). Si la Convention européenne des droits de l'homme appartient, comme les conventions de l'OIT ou les Pactes des Nations unies de 1966, au bloc normatif assujettissant les actes administratifs réglementaires, l'invocation de son article 4 et de la prohibition du travail forcé n'a pas été plus efficace (v. : CE 3 mai 2005, *CFTC*, *D.* 2005. 1465, note Th. Guillemain ; 9 nov. 2007, *Pollart*, *JCP S* 2008. 1067, 2^e esp., note A. Noury). Pas plus que celle de l'article 10, garantissant la liberté d'expression, face au régime des journalistes professionnels inséré dans le Code du travail lorsqu'il a été prétendu que celui-ci entravait le libre exercice d'une activité journalistique (CE 15 nov. 2006, *Desjardins*, *Dr. soc.* 2007. 315, concl. M. Guyomar).

Les conventions internationales ont surtout eu un impact sur le régime des relations du travail et la résolution des litiges auxquels elles peuvent donner lieu, *dans la mesure où elles peuvent être directement applicables à ces rapports* (grâce à leur caractère *self executing*, qui dépend de leur teneur) et sont effectivement invoquées. Ainsi voit-on l'article 8 encadrer des clauses contractuelles ou leur mise en œuvre (Soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly) et, surtout, conduire à écarter des débats devant les prud'hommes certains moyens de preuve d'agissements ou manquements du salarié (Soc. 2 oct. 2001, *D.* 2001. 3148, note P.-Y. Gautier, *Dr. soc.* 2001. 915, obs. J.-E. Ray ; 26 nov. 2002, *Dr. soc.* 2003. 225, obs. J. Savatier, *D.* 2003, *Somm.* 394, obs. A. Fabre ; 12 oct. 2004, *Bull. civ.* V, n° 245 ; 17 mai 2005, *ibid.*, n° 165 : arrêts de cassation au visa conjoint de l'art. 8 Conv. EDH, de l'art. 9 C. civ., et de l'art. 120-2 C. trav., devenu art. L. 1121-1 nouv. C. trav. ; v. aussi : Soc. 24 janv. 2007, *D.* 2007. 1480, note G. Loiseau ; 23 mai 2007, *JCP S* 2007. 1833, note B. Bossu). De même a-t-on vu solliciter l'article 10 de cette convention, relatif à la liberté d'expression, mais sans qu'il parvienne à « couvrir » une appréciation injurieuse à l'égard d'un supérieur hiérarchique (Soc. 28 avr. 1994, *Bull. civ.* V, n° 159 ; rapp. l'admission de restrictions à la liberté d'expression sur le site Internet d'un syndicat : Soc. 5 mars 2008, *D.* 2008. 840, obs. B. Ines). Notons que les normes constitutionnelles, si elles ne peuvent être sollicitées

devant les tribunaux ordinaires pour juger des règles de moindre autorité, sont, comme les normes internationales, directement applicables aux relations du travail. Aussi n'est-il pas rare que la Cour de cassation se réfère au principe constitutionnel de la liberté du travail (ex. : Soc. 19 nov. ; 1996, *Dr. soc.* 1997. 95, note G. Couturier ; 18 déc. 1997, *Dr. soc.* 1998. 194, obs. J. Savatier ; 11 mai 2005, *Bull. civ.* V, n° 161). De même qu'elle a pu, dans des affaires de relations professionnelles ne relevant pas du contentieux prud'homal, se référer au « principe d'égalité, de valeur constitutionnelle » (ex. : Soc. 29 mai 2001, *Dr. soc.* 2001. 821, note G. Borenfreund, *D.* 2002. 34, note F. Petit ; 5 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 119 ; 19 mai 2004, *RJS* 7/04, n° 829, 2^e esp.) ou au « principe d'égalité de traitement (entre les syndicats) garanti par les articles 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et 1,5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (Soc. 5 mars 2008, n° 07-60.305 P, *D.* 2008. AJ. 926), et souligner, dans d'autres affaires, le caractère constitutionnel du droit de grève (v. *infra*, n° 182 et les arrêts cités).

« Juge communautaire de droit commun », le juge national, donc le juge prud'homal, doit écarter toute disposition du droit national contraire à une norme de droit communautaire, soit qu'il la laisse inappliquée ou ajuste son application afin de tenir compte de la règle européenne, soit qu'il la déclare illégale et l'annule (cas, notamment, du juge administratif de l'excès de pouvoir). Ainsi le juge français est-il parfois conduit à vérifier que telle disposition communautaire — d'une directive de rapprochement des législations, notamment — « ne s'oppose pas » à ce que le droit français règle une question dans un sens déterminé (ex. : Soc. 7 mars 2007, *Dr. soc.* 2007. 652, obs. J. Savatier). Mais la « pression » exercée par le droit communautaire (sa primauté, l'applicabilité directe ou l'effet direct de ses normes, son « immédiateté ») sur le droit national du travail et le juge des relations du travail, est surtout celle qu'emporte l'obligation d'interprétation conforme affirmée par la Cour de justice des Communautés européennes à partir de dispositions du traité de Rome. Le mécanisme de la question préjudicielle d'interprétation posée à cette Cour (art. 234, version consolidée du traité instituant la Communauté européenne) auquel ne peuvent se soustraire les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours interne (Cour de cassation, Conseil d'État), a été institué à cet effet. Dans le domaine du droit du travail, Cour de cassation et Conseil d'État ont eu quelques occasions d'interroger la Cour de Luxembourg (ex. : CE 19 oct. 2005, *CGT et autres*, *JCP S* 2005, 1321, concl. Ch. Devys, *Dr. soc.* 2005. 1154, en annexe d'une étude de Ch. Willmann ; et la réponse de la CJCE : 18 janv. 2007, *D.* 2007. 776, note V. Bonnin, *JCP S* 2007, 1082, note B. Gauriau, *Dr. ouvr.* 2007. 197). Mais il faut ici rappeler

que, de manière plus générale, *tout juge d'un État membre doit interpréter et appliquer les dispositions de son droit national dans un sens qui assure la conformité de ce dernier aux normes pertinentes de droit communautaire, et plus précisément de ce droit tel qu'interprété par la Cour de justice*. On remarque à peine désormais, tant ils sont nombreux, les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation, pour ne parler que d'elle, faisant expresse référence, en visa de cassation si nécessaire (ex. : Soc. 23 janv. 2008, *D.* 2008. 1321, 1^{re} esp., note C. Vigneau ; *RDT* 2008. 170, obs. G. Auzero ; n° 38), à un instrument du droit communautaire pour éclairer — pour gouverner, car le juge est censé n'avoir d'autre choix — l'interprétation à retenir d'une disposition législative nationale, en particulier du Code du travail. La Cour a, un temps, parlé de « tel article interprété au regard de la directive... » (ex. : Soc. 14 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003. 437, obs. A. Mazeaud), avant de préférer une expression plus élégante : « interprété à la lumière de la directive... » (ex., parmi d'innombrables arrêts de ces dernières années : Soc. 12 juin 2007, *JCP S* 2007. 1878, note B. Bos-su ; Soc. 15 nov. 2007, *D.* 2007. AJ. 3072, *RDT* 2008. 44, obs. H. Tissandier). Sur le fond, on peut se demander si le zèle communautaire de la chambre sociale ne l'entraîne pas, parfois, à adopter une « interprétation conforme » qui ne s'impose pas, au regard même d'arrêts interprétatifs de la CJCE (ex. : Soc. 15 nov. 2007, *préc.*).

II. — La compétence internationale des conseils de prud'hommes

23. Ass. plén. 14 octobre 1977

Bloch c. Soc. Filtex

(*Bull. Ass. plén.* n° 6 ; *D.* 1978. 417, note P. Lagarde ;
Rev. crit. DIP 1978. 166, note H. Batiffol ; *JDI* 1978. 304, note G. Lyon-Caen)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en juillet 1960, Bloch, domicilié à Strasbourg, fut engagé comme représentant à la commission pour l'Est de la France par la société Filtex dont le siège est à Saint-Gall (Suisse) ; que, licencié le 25 mars 1969, il assigna son employeur devant le conseil de prud'hommes de Strasbourg en paiement de commissions et d'indemnités ;

Attendu que Bloch fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir, en se fondant sur les dispositions de l'article 1^{er} de la convention franco-suisse du 15 juin 1869, déclaré que la juridiction saisie était compétente, alors, selon le moyen, que la convention internationale ne saurait porter atteinte à la compétence des tribunaux français

saisis d'une commande intéressant l'ordre public français ; que Bloch, qui se prévalait du statut d'ordre public des voyageurs, représentants et placiers, avait, en vertu de la loi locale du 30 juin 1901, valablement saisi les tribunaux français d'une demande concernant la rupture abusive d'un contrat de travail qui a été exécuté exclusivement en France ainsi que le constate la cour d'appel, et qu'en conséquence le tribunal saisi était bien compétent pour connaître du litige ;

Mais attendu que *si l'ordre public peut être invoqué pour faire obstacle à l'application d'une loi étrangère contraire à des conceptions fondamentales du droit français, tel n'est pas le cas en l'espèce où le caractère d'ordre public de la loi de Fond ne commande pas d'écarter une règle de compétence contenue dans un traité international dont l'autorité est supérieure à celle de la loi interne ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;*

Par ces motifs : Rejette le pourvoi contre l'arrêt rendu le 20 novembre 1974 par la cour d'appel de Colmar.

24. Soc. 2 juin 1983

Dawson c. SNEF Électro-Mécanique et autre

(*Bull. civ. V, n° 301 ; JDI 1984. 337, 1^{re} esp., note P. Rodière ; D. 1984. IR. 368, obs. A. Lyon-Caen*)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article R. 517-1 du Code du travail ;

Attendu que, selon ce texte, le conseil de prud'hommes territorialement compétent pour connaître d'un litige est celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est effectué le travail, toute clause dérogeant directement ou indirectement à cette prescription étant réputée non écrite ;

Attendu que pour décider que la juridiction française était incompétente pour connaître du litige soulevé par M. Dawson, cadre supérieur au service de la société General Electric Technical Services Company de New York, muté en France afin de diriger l'usine de Vitrolles, l'arrêt attaqué a retenu que *le contrat passé entre les parties précisait en son article 11 qu'il était soumis au droit de l'État de New York ;*

Qu'en statuant ainsi, alors qu'une telle stipulation qui ne concernait que la loi applicable au fond du litige demeurait sans effet sur la juridiction compétente et qu'il n'était pas contesté que le travail avait été effectué dans un établissement situé en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : Casse et annule l'arrêt rendu entre les parties le 4 juin 1980 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (...).

25. Soc. 30 janvier 1991

Bernheim c. Soc. Air Zaïre

(*Bull. civ. V, n° 41 ; RJS 11/91, p. 618, 2^e esp., note J. Déprez*)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 24 févr. 1987) et la procédure, que

M. Bernheim, engagé comme pilote par la compagnie Air Zaïre, suivant contrat conclu à Kinshasa le 12 novembre 1973, a saisi le conseil de prud'hommes de son domicile à la suite de son licenciement ;

Attendu que M. Bernheim fait grief à l'arrêt, rendu sur contredit d'avoir déclaré la juridiction prud'homale française incompétente pour connaître du litige, alors, selon le pourvoi, que, d'une part, M. Bernheim, qui exerçait son activité de pilote à l'intérieur comme à l'extérieur de la République du Zaïre, effectuait son travail en dehors de tout établissement ; qu'il avait conservé son domicile à La Baule en France ; que la réunion de ces deux éléments déterminait une compétence interne qui s'imposait à l'employeur étranger qui ne pouvait invoquer une clause attributive de juridiction nulle aux termes de l'article R. 517-1 du Code du travail ; qu'ainsi, la cour d'appel a violé ce texte ; alors que, d'autre part, la clause attributive de compétence au profit d'un tribunal zaïrois était d'autant plus inopposable à M. Bernheim que celui-ci n'avait, à aucun moment, renoncé de manière expresse et non équivoque au bénéfice de l'article 14 du Code civil, que la cour d'appel a donc violé ; alors que, enfin, la compétence internationale est régie par les règles internes de compétence territoriale quelles que soient la loi applicable au fond et la nationalité des parties ; que les considérations de la cour d'appel, relatives aux dispositions réglementaires applicables au contrat, sont donc inopérantes et équivalentes à un défaut de motif ; qu'ainsi, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que *la cour d'appel n'a pas fait dépendre la compétence juridictionnelle de la loi applicable au contrat de travail, mais s'est bornée à relever son caractère international ; que, d'autre part, en l'état de ses constatations, elle a pu décider que la clause attributive de compétence, incluse dans un contrat conclu entre le salarié français et une société étrangère pour être exécuté à l'étranger, et désignant expressément les juridictions de Kinshasa, était valide, qu'elle excluait l'application de l'article R. 517-1 du Code du travail, et qu'elle emportait renonciation de M. Bernheim au bénéfice des dispositions de l'article 14 du Code civil ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches ;*

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

26. Soc. 16 février 1999

Soc. Château Tour Saint-Christophe et autre c. Aström

(*Bull. civ.* V, n° 78 ; *Dr. soc.* 1999. 632, obs. M.-A. Moreau ; *RJS* 5/99, n° 191 ;

JCP E. 1999. 1685, note Ph. Coursier ;

Rev. crit. DIP 1999. 745, 1^{re} esp., note F. Jault-Seseke)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Attendu que, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 5 déc. 1995), M. Aström, de nationalité suédoise, a été engagé par la société française Château Tour Saint-Christophe, en vertu d'un contrat de travail signé en Suède le 21 octobre 1991 ; que ce contrat comporte une clause compromissoire prévoyant « l'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm » pour tout différend concernant ce dernier ; qu'il a été licencié le 1^{er} octobre 1992 ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir notamment le paiement des indemnités liées à son licenciement ; que la société Château Tour Saint-Christophe a décliné la compétence de la juridiction française en se fondant sur la clause compromissoire ;

Attendu que la société Château Tour Saint-Christophe et l'administrateur judiciaire de cette société font grief à l'arrêt d'avoir décidé que le conseil de prud'hommes était compétent pour statuer sur le litige opposant les parties, alors, selon le moyen, d'une part, que viole les principes de droit international privé français régissant les conflits de juridictions l'arrêt qui, pour retenir la compétence des tribunaux français dans le litige international, se fonde sur la circonstance que la convention des parties aurait été soumise à la loi française en vertu de la convention de Rome du 19 juin 1980 énonçant le principe de la liberté des cocontractants dans le choix de la loi applicable et prévoyant à défaut de choix que la loi applicable est celle du lieu d'exécution du contrat ; alors, d'autre part, qu'il était relevé par la cour d'appel que M. Aström, de nationalité suédoise, avait été engagé par contrat de travail rédigé en suédois, signé en Suède et comportant une clause compromissoire visant la compétence d'une juridiction arbitrale sise en Suède ainsi que le bénéficiaire au profit du salarié d'un plan de retraite suédois (Skandia) ; qu'il s'ensuit que ledit contrat de travail ayant un caractère international indiscutable, fait une fausse application à l'espèce des articles L. 517-1, L. 121-3 et L. 511-1 du Code du travail, et 14 et 2061 du Code civil, l'arrêt qui, sur le fondement de ces textes, retient que les parties n'avaient pu stipuler une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire visant une juridiction autre que celle désignée par la règle française de compétence interne ; alors, de plus, subsidiairement, que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt qui retient que le contrat de travail de M. Aström aurait été soumis à la loi française parce que celui-ci aurait été embauché pour travailler en France, sans s'expliquer sur le moyen des conclusions d'appel de la société faisant valoir que l'intéressé avait conclu son contrat de travail avec le groupe suédois, à partir d'une annonce parue en anglais dans un journal suédois visant un poste de « vendeur » en ces termes : «... nous cherchons une personne qui puisse à la fois assurer le développement et avoir les qualités d'un vendeur pour promouvoir nos vins en Europe... », alors, enfin, subsidiairement, que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt qui considère que le lieu de travail de M. Aström se trouvait en France, sans s'expliquer sur les moyens des conclusions d'appel de la société faisant valoir que l'intéressé avait conclu son contrat de travail avec le groupe suédois, à partir d'une annonce parue en anglais dans un journal suédois visant un poste de « vendeur » en ces termes : «... nous cherchons une personne qui puisse à la fois assurer le développement et avoir les qualités d'un vendeur pour promouvoir nos vins en Europe... » et que l'activité du salarié devait se dérouler principalement en zone scandinave et en aucune façon en France dans la région bordelaise où un Suédois vendant du vin de Bordeaux n'aurait présenté aucun intérêt ;

Mais attendu que la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail ; Et attendu que la cour d'appel a constaté que le travail de M. Aström de nationalité suédoise était exécuté en France au service de la société Château Tour Saint-Christophe ayant son siège social en France, de sorte que le conseil de prud'hommes avait compétence pour statuer sur le litige ; d'où il suit que la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions invoquées, a décidé à bon droit d'écarter la clause compromissoire ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen : (sans intérêt) ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Hors la disposition particulière créée en 2000 et reprise à l'article R. 1412-5 nouveau, le Code du travail ne règle pas la compétence de la juridiction prud'homale pour connaître des litiges à dimension internationale. C'est-à-dire des litiges des types visés par les articles L. 1411-1 et s. qui s'élèvent à propos d'un contrat de travail présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité : salarié français ou étranger travaillant en France pour un employeur étranger, ou engagé en France pour travailler à l'étranger, ou envoyé travailler à l'étranger alors qu'il avait commencé à exécuter son contrat sur le territoire national, ou encore salarié engagé à l'étranger pour travailler en France ou venu travailler durablement en France, etc. Les tribunaux devaient donc trouver les critères de cette aptitude dans les règles générales de compétence internationale des juridictions françaises, sous réserve du jeu des normes de droit international et d'instruments européens (A). Mais la question est aussi de savoir si des conventions privées pouvaient altérer cette compétence au profit d'un juge d'un autre pays ou d'un arbitre (B).

A. — Les critères de compétence internationale

1. Selon les règles du droit français, les juridictions françaises sont compétentes à l'égard des litiges à caractère international, soit en vertu du privilège de juridiction garanti à tout plaideur français par les articles 14 et 15 du Code civil, soit par extension internationale des critères de compétence territoriale interne (tels ceux retenus par les art. 42 et s. C. pr. civ.).

Le jeu du *privilège de juridiction* en matière prud'homale n'a jamais été discuté. Quelques arrêts précisent les conditions de sa mise en œuvre ou les circonstances dont on peut déduire que le plaideur français a renoncé à l'invoquer (ex. : Soc. 20 juin 1979, *Bull. civ.* V, n° 551 ; *JDI* 1979. 852, note A. Lyon-Caen : le choix contractuel d'une loi étrangère pour régir le contrat de travail ne vaut pas renonciation au bénéfice de l'art. 14 ; Civ. 1^{re} 18 oct. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 537, note P. Lagarde : le salarié français attire par son employeur devant un juge étranger n'est pas tenu d'invoquer son privilège devant ce juge pour en conserver le bénéfice ; Soc. 9 juill. 1996, *Bull. civ.* V, n° 266 : le salarié français qui a saisi une juridiction étrangère recouvre, en cas de décision d'incompétence de celle-ci, la faculté d'invoquer l'art. 14 pour saisir de la même demande un conseil de prud'hommes). Il se trouve d'ailleurs confirmé par les décisions qui, tel l'arrêt *Bernheim* (n° 25), se prononcent sur la validité ou l'efficacité d'une clause attributive de compétence à une juridiction étrangère

valant renonciation à ce privilège (pourvu que les termes de cette clause soient précis et sans ambiguïté : Civ. 1^{re} 18 oct. 1988, *préc.*). Plus récemment, la chambre sociale a eu l'occasion de dire que ce privilège ne portait pas atteinte à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit à un procès équitable (Soc. 10 juill. 2001, n° 99-43.495).

Quant à la règle prétorienne d'*extension à la compétence internationale des critères de compétence territoriale interne*, consacrée par la Cour de cassation au milieu du siècle passé afin de permettre aux juridictions françaises de connaître de litiges entre étrangers ayant un contact sérieux avec notre pays (notamment : Civ. 19 oct. 1959, *D.* 1960. 37, note G. Holleaux, *Rev. crit. DIP* 1960. 215, note Y. Lous-souarn ; 30 oct. 1962, *D.* 1963. 109, note G. Holleaux), son application aux différends que visent désormais les articles L. 1411-1 et s. du Code du travail a été confirmée par quelques décisions de la chambre sociale, dont l'arrêt *Dawson* (n° 24). *Un conseil de prud'hommes français est donc internationalement compétent dès lors qu'il serait territorialement compétent, selon l'article R. 1412-5 du Code du travail, abstraction faite de la nationalité des parties*. C'est-à-dire si le travail est ou a été exécuté dans un établissement situé dans le ressort de ce conseil, ou si, en cas de travail en dehors de tout établissement, le salarié (même étranger, même si l'employeur est étranger) a son domicile dans ce ressort ; ou encore si, le salarié étant demandeur, le lieu de l'engagement se trouve ou l'employeur est établi dans ce ressort. L'arrêt *Dawson* censure une cour d'appel qui avait dénié compétence à la juridiction prud'homale saisie par un cadre américain, employé d'une société de droit américain, envoyé en France pour y diriger une usine de cet employeur, de sorte que le travail fourni en exécution du contrat rompu l'avait été dans un établissement situé en France. La première chambre civile avait quelques mois plus tôt (26 oct. 1982, *Bull. civ. I*, n° 300), et la chambre sociale allait quelques mois plus tard (20 oct. 1983, *JDI* 1984. 337, 2^e esp., note P. Rodière, *Rev. crit. DIP* 1985. 99, obs. H. G.-T.), rejeter les pourvois formés par une société de droit iranien contre des arrêts de la cour de Paris qui avaient déduit des dispositions de l'actuel article R. 1412-1 la compétence du conseil de prud'hommes de la capitale pour connaître de l'action en paiement d'indemnités de rupture de cadres iraniens embauchés pour diriger sa succursale parisienne. D'autres décisions ont confirmé cette compétence internationale des juridictions prud'homales découlant de l'application des critères retenus par les règles de compétence territoriale (ex. : Soc. 26 janv. 1989, *Dr. soc.* 1989. 729, 1^{re} esp., note A. Jeammaud, *Rev. crit. DIP* 1989. 754, note H. Gaudemet-Tallon ; 29 avr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 893, obs. P. Chaumette), que les parties soient également étrangères (Soc. 20 oct. 1983, *préc.*) ou que l'une

d'elles soit française (Soc. 6 févr. 1986, *Bull. civ. V*, n° 5, *D.* 1986. IR. 266, obs. B. Audit).

L'arrêt *Dawson* souligne que *cette compétence est indépendante de la loi applicable au fond*, celle-ci aurait-elle été expressément choisie par les parties, ainsi que le permet la règle de conflit. D'autres décisions devaient le rappeler (Soc. 20 oct. 1983, *préc.* ; 6 févr. 1986, *préc.* ; 16 févr. 1987, *Bull. civ. V*, n° 77). L'arrêt du 2 juin 1983 reproche justement à la cour d'appel (Aix, 4 juin 1980, *D.* 1981. 479, note J. Mestre et M. Buy) d'avoir, pour dénier compétence au juge français, retenu qu'une clause du contrat soumettait celui-ci au droit de l'État de New York. La chambre sociale avait déjà souligné cette indépendance de la loi applicable et de la compétence juridictionnelle (Soc. 29 nov. 1978, *Bull. civ. V*, n° 804 ; 20 juin 1979, *préc.*), qu'une de ses décisions plus récentes avait pourtant paru ignorer (Soc. 8 janv. 1981, *Bull. civ. V*, n° 10). Elle a eu, depuis lors, l'occasion de rappeler cette nécessaire distinction des deux questions (Soc. 16 févr. 1987, *Bull. civ. V*, n° 77).

Que la plupart de ces décisions de la Cour soient des arrêts de cassation pourrait signifier que des juges du fond ont été réticents à retenir la connaissance de litiges présentant parfois un lien assez faible avec le pays (le seul fait que le salarié soit domicilié ou que le contrat ait été conclu en France), ou appelant l'application d'une loi étrangère. Dès lors, ne serait-il pas préférable de retenir comme unique critère de compétence d'un conseil de prud'hommes français celui tiré du travail dans un établissement situé dans son ressort, lien le plus fort à coup sûr entre le rapport litigieux et une juridiction ? Mais cette dérogation romprait sans suffisante raison l'unité du régime de la compétence internationale des tribunaux français. D'ailleurs, la tendance jurisprudentielle n'est pas à la restriction de cette compétence (*v. infra*).

Vaut certes, en matière prud'homale comme dans d'autres, la règle prétorienne de la *subsidiarité des chefs de compétence des articles 14 et 15 du Code civil* : une juridiction française n'est compétente en vertu du privilège de juridiction que si aucun autre tribunal du pays ne l'est en vertu d'un critère de compétence territoriale jouant comme critère de compétence internationale (Civ. 1^{re} 19 nov. 1985, *D.* 1986. 362, note J. Prévault, et IR. 268, obs. B. Audit, *Rev. crit. DIP* 1986. 712, note Y. Lequette, *JDI* 1986. 719, note A. Huet). En clair, ces articles ne fondent la saisine d'un conseil de prud'hommes (celui du domicile du salarié demandeur, en pratique) que si aucun critère emprunté à l'article R. 1412-1 nouv. C. trav. n'est « réalisé » en France et ne donne ainsi compétence à un autre conseil. Un autre phénomène de subsidiarité doit d'ailleurs être signalé. À savoir que, si les critères retenus par cet article ne donnent pas compétence à un conseil de

prud'hommes (le salarié travaille dans un établissement, mais situé hors du territoire français), et si le salarié n'est jamais tenu d'exercer l'option ouverte par son dernier alinéa (saisir le conseil du lieu de l'engagement ou du siège de l'employeur), l'article 42 du Code de procédure civile s'applique à titre subsidiaire : le salarié ne peut saisir que le conseil du lieu où demeure l'employeur si celui-ci est établi en France, et n'a la faculté de saisir le conseil de sa propre « demeure » ou celle de son choix (s'il demeure lui-même à l'étranger) que si ce défendeur n'a ni domicile ni résidence connus en France (Soc. 16 mars 1989, *Dr. soc.* 1989. 729, 2^e esp., note A. Jeammaud).

Un décret du 29 mai 2000, pris pour la transposition de l'article 6 de la directive 96-71-CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement international (intracommunautaire) de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services fournie par l'employeur, a introduit une disposition dont on retrouve la substance à l'article R. 1412-5 nouv. C. trav. Selon cette disposition, « *lorsqu'un salarié est temporairement détaché sur le territoire national par une entreprise établie dans un autre État membre de la Communauté européenne, les contestations relatives aux droits reconnus dans les matières énumérées à l'article L. 1262-4 peuvent être portées devant le conseil de prud'hommes dans le ressort duquel la prestation est ou a été exécutée* » (ou devant l'un des conseils dans le ressort desquels cette prestation est ou a été effectuée). La compétence internationale des conseils se trouve donc étendue, puisque, à défaut de cette disposition, le salarié détaché depuis un autre pays de la Communauté, travaillant en dehors de tout établissement dans le cadre de la prestation de services assurée par son employeur qui n'est pas normalement « établi » en France, et n'ayant pas lui-même de domicile en France, ne pourrait saisir aucun conseil de prud'hommes. Observons toutefois que, né d'une obligation de transposer un acte communautaire et articulé avec un article qui impose l'application des normes françaises en matière de rémunération, durée et conditions de travail en cas de prestation de services sur le territoire français, cet article R. 1412-5 lie la compétence internationale spéciale des conseils de prud'hommes à l'application du droit français, paraissant ainsi limiter l'office du juge prud'homal éventuellement saisi à l'appréciation de demandes fondées sur ce droit. Des tribunaux vont sans doute se trouver confrontés aux difficultés découlant de cette apparente liaison, et pourraient préférer retenir de ce texte une interprétation favorable à l'extension de la faculté de recourir à une juridiction du travail française.

On est loin, en effet, du temps où l'on se demandait s'il convenait de permettre aux étrangers de solliciter le service public français de la justice pour le règlement de leurs différends. Pour la chambre sociale, conduite à se prononcer sur la compétence internationale d'un

conseil de prud'hommes à l'occasion d'une affaire d'« esclavage domestique » entre ressortissants étrangers, « l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions françaises et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle » (Soc. 10 mai 2006, *Bull. civ. V*, n° 168, *D.* 2006. 1400, note P. Guiomard, *Rev. crit. DIP* 2006. 856, note E. Pataut et P. Hammje). L'« ordre public international » avait été invoqué, quelques mois plus tôt, par la chambre sociale pour tenir en échec un privilège de juridiction.

2. En effet, la compétence internationale des conseils de prud'hommes est tributaire (même s'il ne s'agit d'une norme relative au pouvoir du juge plutôt qu'à sa compétence) de la règle de droit international public, expressément reprise ou précisée par certaines conventions internationales, qui prive les tribunaux d'un pays de tout pouvoir de juger et condamner un État étranger ou une organisation internationale. Divers arrêts de la Cour de cassation et de cours d'appel ont illustré l'application de ce *principe de l'immunité de juridiction des États étrangers* dans les rapports de travail, suite, le plus souvent, à la rupture du contrat d'un collaborateur d'ambassade ou de consulat étranger (ou d'un organisme lié à cette représentation) ou d'une organisation internationale. Ils confirment que celui-ci protège la souveraineté des États et concerne donc les actes relevant de cet attribut, mais non ceux que ces États ou leurs services peuvent accomplir à la manière de personnes privées (« actes de gestion »).

Ils tendent d'ailleurs à *restreindre le domaine de l'immunité*, dont le jeu est subordonné à une double condition :

- que le défendeur soit un *État* étranger ou une émanation de cet État (mais non un agent diplomatique, bénéficiaire d'une immunité distincte couvrant tous ses actes : Civ. 1^{re}, 29 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 126), à raison d'un *acte de puissance publique* ou accompli « *dans l'intérêt d'un service public* » (la qualification étant pratiquée selon les conceptions du droit français : Soc. 26 janv. 1989, *préc.*) ;

- que le salarié demandeur soit ou ait été chargé d'une « *responsabilité particulière dans l'exercice du service public diplomatique* », faute de quoi l'acte qu'il conteste sera traité comme un simple « *acte de gestion* » pleinement appréciable par les juges locaux.

Ont ainsi été jugées recevables les actions aux prud'hommes d'un certain nombre de collaborateurs d'ambassade évincés par leur employeur (Soc. 2 avr. 1996, *Bull. civ. V*, n° 132 ; Civ. 1^{re} 11 févr.

1997, *Rev. crit. DIP* 1997. 332, note H. Muir Watt ; Soc. 10 nov. 1998, *D.* 1999. 157, note M. Menjucq ; Paris 28 nov. 1998, *D.* 1999, Somm. 170, obs. J.-M. Lattes), mais irrecevable l'action d'un responsable de la sécurité d'une ambassade (Paris 7 oct. 1988, *D.* 1989, Somm. 204, obs. A. Jeammaud), d'un traducteur au service des passeports (Paris 1^{er} oct. 1998, *D.* 1998. IR. 238), du secrétaire général-adjoint révoqué de l'Union de l'Europe occidentale (Civ. 1^{re}, 14 nov. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 337, note H. Muir Watt, *JDI* 1997. 141, obs. G. Byk). Un arrêt de chambre mixte avait paru indiquer une *tendance à comprendre restrictivement* cette immunité en la refusant à l'école d'une ambassade étrangère, atraite en justice par un enseignant dont le contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun français et qui faisait grief à son employeur de refuser de le déclarer à un régime local de protection sociale : ce refus n'aurait été qu'un acte de gestion administrative (Ch. mixte 20 juin 2003, *Bull. civ.*, ch. mixte, n° 4). Une décision plus récente montre cependant la robustesse de ce privilège en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait déclaré irrecevable l'action d'un agent de bureau de consulat (mis à la retraite) après avoir constaté que l'intéressé participait à la mission de service public du consulat et fait ressortir que ses fonctions au sein du service juridique lui conféraient une responsabilité particulière (Soc. 17 oct. 2007, *JCP S* 2008.1110, note Ph. Coursier).

L'immunité de juridiction assurée aux organisations internationales par les traités qui les instituent paraît dotée d'une plus grande portée aux yeux de la Cour de cassation, qui s'en tient aux limitations que lui assignent ces dispositions conventionnelles et ne la fait pas dépendre de distinctions selon la nature des actes en cause ou les responsabilités de l'agent dans l'exécution du service public assuré (ex. : Soc. 30 sept. 2003, *Bull. civ.* V, n° 245). Mais encore faut-il que le collaborateur en litige avec l'organisation puisse recourir à la juridiction interne devant être instituée à cette fin (Soc. 5 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 204). Car *l'immunité de juridiction ne saurait empêcher celui auquel elle est opposée « d'exercer son droit à un tribunal » apte à connaître de sa cause*. La chambre sociale a rappelé cette nécessité de pallier le risque de déni de justice dans une affaire opposant un ancien collaborateur d'une banque créée par convention internationale, qui n'avait pas, à l'époque des faits, institué en son sein le tribunal appelé à statuer sur des litiges de cette nature, mettant ainsi cet agent dans l'impossibilité d'exercer « *un droit qui relève de l'ordre public international* » : la compétence de la juridiction française se trouvait donc fondée, dès lors que la nationalité française de l'intéressé rattachait suffisamment le litige à la France (Soc. 25 janv. 2005, *D.* 2005. 1540, note F. Vianalli, *Dr. soc.* 2005. 914, obs. F. Jault, *Rev. crit. DIP* 2005. 477, note

I. Pingel, *JDI* 2005. 1142, note L. Corbion ; pour une conséquence que la Cour allait ultérieurement tirer de ce « droit d'accès à un juge », v. : Soc. 11 janv ; 2007, *Dr. soc.* 2007. 638, obs. F. Jault, *JCP S* 2007, 1238, note N. Nord). On peut s'étonner que l'arrêt ne se réfère pas, pour fonder cette affirmation du « droit à un tribunal », à l'article 6 de la Conv. EDH, volontiers sollicité sur d'autres questions (v. *supra*, I, C, 2, et *infra*, sous n° 29). Il est vrai que, pour la Cour de Strasbourg comme pour la Cour de cassation, cette norme ne fait pas obstacle à des dispositions de conventions internationales assurant l'immunité de juridiction à l'organisation qu'elles instituent, dès lors qu'il s'agit de protéger cette dernière contre le risque d'ingérence des États.

3. On sait le rôle des *conventions internationales* en matière de compétence des juridictions ou de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires. Les conventions bilatérales ont certes perdu de leur importance avec le développement, dans le cadre européen, d'instruments multilatéraux qui ont supplanté nombre d'entre elles. L'arrêt *Bloch* (n° 23), rendu en 1977 à propos de la défunte convention judiciaire franco-suisse de 1869, demeure cependant une décision majeure.

Ainsi qu'on l'a déjà souligné (*supra*, I, C, 2) cet arrêt d'Assemblée plénière a confirmé, deux ans après l'arrêt *Soc. Jacques Vabre* du 24 mai 1975, *la primauté du traité international sur la loi nationale, même postérieure*. Et il l'a fait en approuvant la décision d'une cour d'appel qui ne s'était pas inclinée devant la position d'un arrêt de cassation rendu par la chambre sociale. S'agissant de l'action dirigée, après rupture de son contrat, par un représentant de commerce de nationalité française prétendant à la qualité de VRP, donc de salarié, contre la société de droit suisse dont il avait représenté les produits en France, cette chambre avait estimé que le conseil de prud'hommes du domicile de l'intéressé était compétent, alors même que, selon la convention de 1869, dans les contestations en matière mobilière et personnelle entre Français et Suisses « *le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur* ». Pour la chambre sociale, ce traité ne pouvait affecter « la compétence des tribunaux français saisis d'une demande intéressant l'ordre public français », telle la demande formée contre une société helvétique à raison de la rupture d'un contrat de travail exécuté en France (22 nov. 1972, *Bull. civ. V*, n° 639, *Rev. crit. DIP* 1973. 565, note H. Batiffol, *JDI* 1973. 721, note G. Lyon-Caen). Ce raisonnement avait surpris les internationalistes, rassurés quelques années plus tard par l'arrêt de l'Assemblée plénière, qui allait, à son tour, susciter les réserves de certains spécialistes du droit du travail. En effet, exclure toute compétence d'un conseil de prud'hommes revenait à contraindre le salarié, s'il ne renonçait pas à contester la rupture, à saisir une juridiction étrangère du

siège de son ex-employeur qui, principe de la qualification *lege fori* oblige et tant paraît original le statut des VRP du droit français, ne traiterait sans doute pas le demandeur comme un salarié.

L'arrêt *Bloch* a tiré toutes les conséquences d'une primauté du traité, ainsi définitivement consacrée : « *si l'ordre public peut être invoqué pour faire obstacle à l'application d'une loi étrangère contraire à des conceptions fondamentales du droit français* » (règle cardinale du droit des conflits de lois), « *le caractère d'ordre public de la loi de fond ne commande pas d'écarter une règle de compétence contenue dans un traité international dont l'autorité est supérieure à celle de la loi interne* ». La chambre sociale avait été sensible au caractère d'ordre public des règles de compétence prud'homale autant que des règles de fond (l'art. L. 7313-18 nouv. C. trav. donne expressément compétence au conseil de prud'hommes pour connaître des litiges relatifs au contrat de représentation régi par les articles précédents). Elle allait ultérieurement, et à propos de la même convention, se rallier au point de vue orthodoxe de l'Assemblée plénière (Soc. 14 janv. et 16 févr. 1987, *Bull. civ. V*, n^{os} 19 et 77).

L'arrêt *Bloch* souligne, à sa manière, que le caractère d'ordre public de la compétence prud'homale cède inévitablement dès lors que le différend présente une dimension internationale. Il illustre surtout le rôle que la Cour de cassation reconnaît aujourd'hui aux conventions internationales dans l'ordonnement juridique des relations du travail tout en montrant que cette influence n'est pas toujours favorable au salarié (v. *infra*, n^o 30).

4. La compétence internationale des juridictions françaises est principalement affectée par les instruments qui ont accompagné la construction européenne. La *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* a introduit les premières règles de compétence internationale directes communes aux États membres de ce qui était à l'époque la Communauté économique européenne. Des règles seules applicables par les juridictions de ces États, dès lors que le défendeur se trouve domicilié dans l'un d'eux. Un protocole de 1971 ayant investi la Cour de justice de Luxembourg d'une mission éminente dans l'interprétation de cet instrument, les juridictions françaises, qui n'ont pas manqué d'occasions d'appliquer telle ou telle de ses dispositions (par exemple sur l'hypothèse d'une pluralité de défendeurs : Soc. 13 janv. 1998, *Bull. civ. V*, n^o 4 ; 15 juin 1999, *Cah. prud'h.* n^o 6-2002, p. 63), n'ont joué qu'un rôle indirect dans son interprétation jurisprudentielle en soumettant au juge communautaire des questions préjudicielles dont certaines ont donné lieu à des arrêts majeurs en matière de rapports de travail.

Dans sa rédaction initiale, cette convention ne disait rien des litiges du travail, pas même dans son article 17 consacré à la prorogation conventionnelle de compétence. Pourtant, interrogée à propos de cet article par la chambre sociale de la Cour de cassation, la Cour de justice devait confirmer que « *le droit du travail (faisait) partie du domaine matériel de la convention* » (CJCE 13 nov. 1979, *Soc. Sanicentral*, D. 1980. 543, note J. Mestre, JDI 1980. 429, obs. A. Huet).

La Convention de Bruxelles posait en règle générale qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État contractant ne pouvait être atraite que devant les juridictions de ce pays (art. 2), mais permettait au demandeur, en matière contractuelle, de saisir aussi « *le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée* » (art. 5.1). Le juge communautaire allait préciser, à travers une série d'arrêtés dont trois rendus en réponse à des questions émanant de juridictions françaises, que l'obligation à considérer en cas litige relatif à un contrat de travail était celle du travailleur de fournir la prestation convenue (CJCE 26 mai 1982, aff. 133-81, *Ivenel*, *Rev. crit. DIP* 1983. 113, note H. Gaudemet-Tallon, JDI 1982. 948, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet ; 15 févr. 1989, aff. 32-88, *Six constructions*, *Rev. crit. DIP* 1989. 555, note P. Rodière, JDI 1989. 461, obs. A. Huet, *Dr. soc.* 1989. 729, 4^e esp., note A. Jeammaud ; 13 juill. 1993, aff. C. 125/92, *Mulox IBC Limited*, *Rev. crit. DIP* 1994. 569, note P. Lagarde, JDI 1994. 539, obs. A. Huet). Il y avait là un souci de lier la compétence juridictionnelle à un lieu qui désigne aussi, en général, le droit applicable au contrat de travail (selon l'art. 6 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles) et où le déroulement du procès paraît le moins compliqué pour le salarié, « partie faible » au contrat et le plus souvent privé de son emploi.

La position de la Cour de justice a été recueillie, pour l'essentiel, lors de la modification de la Convention de Bruxelles par celle de Saint-Sébastien, en 1989 : en matière contractuelle, le demandeur peut attirer le défendeur domicilié dans un État contractant, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, mais « *en matière de contrat de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail* », ce travailleur ayant la faculté, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, d'agir contre l'employeur « *devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui (l') a embauché* » (dans cette dernière hypothèse, la Convention de Lugano du 16 sept. 1988 entre États membres de la Communauté et de l'Association européenne de libre-échange, « parallèle à la convention de Bruxelles », donne au demandeur, et non au seul travailleur demandeur, la faculté de saisir le tribunal de ce lieu d'embauche).

La Cour de Luxembourg allait pourtant maintenir sa ligne interpréta-

tive. Malgré le reproche d'indifférence à la nouvelle rédaction du texte, elle a affirmé que le lieu d'accomplissement habituel du travail est « l'endroit où, ou à partir duquel, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, (le travailleur) s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur », et que s'agissant de l'exercice des mêmes activités dans plus d'un État contractant, « il faut, en principe, tenir compte de toute la durée de la relation de travail pour déterminer (ce) lieu » (ce « centre effectif de ses activités professionnelles ») qui, à défaut d'autres critères, « est celui où le travailleur a accompli la plus grande partie de son temps de travail » (CJCE 9 janv. 1997, *Rutten*, *Rev. crit. DIP* 1997. 336, note H. Gaudet-Tallon ; 27 févr. 2002, aff. C-37/00, *Weber*, *RJS* 6/02, n° 759, obs. M.-A. Moreau, p. 511, *Dr. soc.* 2002. 967, note F. Buy : l'affaire soumise à la juridiction néerlandaise de renvoi concernait un salarié employé au service d'une société, tantôt sur des installations minières ancrées sur le plateau continental des Pays-Bas, tantôt sur une grue flottante dans les eaux territoriales danoises ; v. aussi, pour le cas particulier de deux contrats de travail successivement conclus avec deux employeurs distincts : 10 avr. 2003, aff. C-437/00, *Giulia Pugliese*, *RJS* 10/03, n° 1244, commentaire N. Moizard, p. 754). La Cour de cassation a suivi cette interprétation qui, dans l'intérêt du salarié a-t-on dit, réduit à la portion congrue le rôle du lieu de l'établissement d'embauche (quand même utile si le salarié travaillait sur un navire : Soc. 29 avr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 893, obs. P. Chaumette). Ainsi a-t-elle estimé, mais contre la thèse d'un salarié français plaçant la compétence du conseil de prud'hommes du lieu d'embauche, que le « centre effectif » des activités professionnelles de ce salarié, d'abord employé en France puis transféré au service d'une filiale de droit allemand et travaillant en Allemagne, était devenu ce dernier pays, où se situait ainsi le lieu d'exécution habituelle de son travail lors de la rupture du contrat (Soc. 15 oct. 2002, *Dr. soc.* 2003. 132, obs. M.-A. Moreau ; si le travail a été accompli habituellement dans un pays extérieur à l'Union, le salarié ne peut que saisir le tribunal du siège de son employeur ou celui de l'établissement d'embauche : Soc. 21 janv. 2004, *Bull. civ.* V, n° 22).

On signalera aussi que la Cour de cassation a été conduite, dans des affaires prud'homales, à rappeler, d'une part que les règles de la Convention de Bruxelles modifiée étaient seules applicables, à l'exclusion des règles françaises, pour déterminer la compétence du juge saisi d'un litige d'ordre international (« international intracommunautaire » dit-elle, inutilement et au risque de créer une confusion), d'autre part que les compétences spéciales de l'article 5 (celle du lieu habituel de travail, en l'espèce) ne pouvaient être invoquées que par le demandeur, non par le défendeur (Ch. mixte, 11 mars 2005, deux arrêts, *Bull. civ.*

ch. mixte, n° 2, *D.* 2005. 1332, note J.-G. Mahinga et Pan. 1500, obs. F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP* 2005. 732, note H. Gaudemet-Tallon). Alors que cette Convention a cédé la place au règlement 44/ 2001 du 22 décembre 2000, qui consacre une section (art. 18 et s.) aux compétences en matière de contrats individuels de travail, la chambre sociale a dû réitérer cette mise au point : ces règles communautaires « interdisent à l'État membre saisi par un salarié d'une demande dirigée contre un employeur domicilié dans un autre État membre, de se référer à ses propres règles de compétence » (à celles de l'art. R. 1412-1 nouv. C. trav. en l'occurrence) (Soc. 20 sept. 2006, *Dr. soc.* 2006. 1200, 1^{re} esp., obs. J.-Ph. Lhernould).

La substitution du règlement communautaire 44/2001 (dit « règlement Bruxelles I ») à la Convention de Bruxelles n'a pas emporté bouleversement des règles. On a déjà vu la Cour de cassation approuver des juges du fond d'avoir retenu la compétence du conseil de prud'hommes de la ville à partir de laquelle des chauffeurs routiers, engagés puis licenciés par une société de siège allemand, organisaient leurs activités pour le compte de leur employeur, de sorte qu'elle était « le centre effectif de leurs activités professionnelles » (Soc. 20 sept. 2006, *Dr. soc.* 2006. 1200, 2^e et 3^e esp., obs. J.-Ph. Lhernould). Elle comprend donc la notion de « lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail », de l'article 19. 2 du règlement, comme la Cour de Luxembourg l'entendait au sens de l'article 5, 1^o de la Convention (v. *supra*). Mais la chambre sociale doit encore rappeler à des juges du fond la teneur des dispositions et la portée des règles de l'instrument communautaire, seul applicable lorsque le défendeur est domicilié (au sens de l'art. 18.2 lorsqu'il s'agit d'un employeur) sur le territoire d'un État membre (Soc. 26 avr. 2006, *Bull. civ.* V, n° 148 ; 1^{er} avr. 2008, n° 07-40.706). Il n'empêche que certaines dispositions nouvelles, mais aussi la structure de ce « règlement Bruxelles I » (l'indépendance des sections consacrées aux compétences spéciales réputées favorables aux « parties faibles »), sollicitent l'activité interprétative des juges nationaux et communautaires. Ainsi la chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle demandé à la Cour de justice si la disposition de l'article 6-1 du règlement, extérieur à la section consacrée au contentieux du contrat de travail, fondait un salarié licencié à attraire, devant le conseil de prud'hommes compétemment saisi d'une demande contre l'employeur (français) initial, une société (anglaise) du même groupe prise en qualité de co-employeur (Soc. 7 nov. 2006, *Dr. soc.* 2007. 123, obs. J.-Ph. Lhernould, *D.* 2007, Pan. 1756, obs. F. Jault-Seseke). En revanche, appelée à déterminer si une société holding était « employeur » au sens de l'article 19, elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu de poser de question préjudicielle au juge européen, au motif que celui-ci avait déjà livré sur ce point une réponse « transposable » à

l'application du règlement 44/2001. Définissant l'employeur comme « la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération », elle a alors approuvé la cour d'appel d'avoir tenu la holding pour co-employeur, aux côtés d'une filiale industrielle du groupe, d'une salariée ayant accompli sa tâche « sous la direction et au profit » des deux sociétés (Soc. 19 juin 2007, *Bull. civ. V*, n° 109, *Dr. ouvr.* 2007. 522, note V. Lacoste-Mary).

Observons que les règles communautaires de compétence internationale valent, pour l'ensemble du contentieux « civil » du travail, au-delà de celui naissant d'un contrat individuel de travail ou de sa cessation. On songe à des litiges concernant les relations professionnelles : négociation collective, représentation des travailleurs, conflit collectif. La Cour de justice a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation des dispositions de la Convention de Bruxelles relativement à une question de compétence pour connaître d'une action en responsabilité de syndicats à l'occasion d'une action collective (CJCE 5 févr. 2004, aff. C-18/02, *DFDS Torline*, *Dr. soc.* 2005. 295, note P. Chaumette).

B. — La place des conventions privées

À la question de savoir si l'accord des parties peut priver un conseil de prud'hommes de la compétence internationale découlant des règles ci-dessus évoquées, la réponse jurisprudentielle varie selon qu'il s'agit d'une *clause attributive de juridiction* stipulée dans un contrat de travail pour donner compétence aux tribunaux ou à un juge déterminé d'un autre pays, ou d'un *compromis* d'arbitrage, voire d'une *clause compromissoire* insérée dans le contrat.

1. Reprenant la substance de l'article L. 121-3 de la précédente codification, l'article L. 1221-5 nouv. C. trav. dispose que « toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet ». Comme le dernier alinéa de l'ancien article R. 517-1 sur la compétence territoriale en matière prud'homale, l'article R. 1412-4 nouv. C. trav. énonce que « toute clause d'un contrat qui déroge directement ou indirectement aux dispositions de l'article R. 1412-1 (...) est réputée non écrite », faisant ainsi écho à la disposition plus générale de l'actuel article 48 du Code de procédure civile. Mais ce dernier texte ne revêt pas, aux yeux de la Cour de cassation, un caractère d'ordre public international. D'autre part, le privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil peut, par nature, faire

l'objet d'une renonciation. Aussi la première chambre civile de la Cour admettait-elle la validité de la clause attributive de compétence à une juridiction étrangère insérée dans le contrat d'un salarié français, du moins lorsqu'il s'exécutait ou s'était exécuté à l'étranger (9 janv. 1968, *Rev. crit. DIP* 1968. 493). La chambre sociale, au contraire, affichait son hostilité à cette clause (ex. : 18 et 19 oct. 1967, *Bull. civ. IV*, n^{os} 647, 648 et 657 ; *JCP* 1967. II. 15293, note G. Lyon-Caen ; *Rev. crit. DIP* 1968. 490, note H. Gaudemet-Tallon).

Trois arrêts de chambre mixte du 18 juin 1974, voués à unifier la jurisprudence, avaient procédé à une distinction : la clause attributive était nulle dans la mesure où elle privait un conseil de prud'hommes de la compétence internationale découlant des critères de l'actuel article R. 1412-1 ; il en allait autrement en ce qu'elle valait renonciation au privilège de juridiction (Ch. mixte, *Bull. civ. n° 4*, *JCP* 1974. II. 17881, note G. Lyon-Caen, *Rev. crit. DIP* 1975. 110, note D. Holleaux, *Dr. soc.* 1975. 459, note H.-J. Lucas). Ces arrêts paraissaient adopter une position plus proche de celle de la première chambre, en admettant la validité de la clause en cas de travail exécuté dans un établissement à l'étranger et à condition que l'employeur n'ait pas eu son siège en France et que le contrat n'ait pas été conclu dans ce pays (v. en ce sens : Civ. 1^{re} 29 janv. 1975, *JDI* 1976. 144, note J. Thillet-Pretnar). Mais leur motivation ambiguë avait laissé augurer une évolution ultérieure vers une plus large admission de la validité de cette clause (v. *GA*, 2^e éd. n° 107).

En attendant, la chambre sociale manifestait sa légitime méfiance à l'égard de celle-ci en rappelant que le seul fait de soumettre expressément un contrat de travail à la loi d'un pays étranger ne valait pas attribution de compétence au juge de ce pays (Soc. 29 nov. 1978, *Bull. civ. V*, n° 804 ; 20 juin 1979, *Bull. civ. V*, n° 551, *JDI* 1979. 852, note A. Lyon-Caen ; 2 juin 1983, n° 24), et en veillant à ce que les juges du fond vérifient la réalité du consentement du salarié à la clause (Soc. 7 oct. 1981, *Bull. civ. V*, n° 759 ; 20 janv. 1983, *Jur. soc.* 1983, F. 29).

Un arrêt *Allard*, de 1985, aurait pu marquer une évolution décisive : il approuvait une cour d'appel d'avoir reconnu valide une clause attributive de compétence aux juridictions colombiennes insérée dans un contrat conclu entre un Français et une société colombienne pour être exécuté en Colombie : « *dès lors que ce contrat de travail revêtait le caractère international, il s'ensuivait que les parties avaient pu valablement déroger aux règles de l'article R. 517-1 du Code du travail et que (le salarié) avait pu renoncer au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil* » (Soc. 8 juill. 1985, *Bull. civ. V*, n° 405, *Rev. crit. DIP* 1986. 113, note H. Gaudemet-Tallon). La portée de cette formule demeurait incertaine. La clause valait-elle dès lors que le

contrat présente un caractère international ? Aurait-elle valu même dans le cas d'un travail exécuté en France, en particulier dans le cas d'un travail dans un établissement, donc dans le ressort d'un conseil de prud'hommes, c'est-à-dire lorsque le rattachement du rapport litigieux à un ressort prud'homal paraît le plus fort ? Sa validité n'était-elle pas limitée au cas de travail à l'étranger, c'est-à-dire lorsque le rattachement (par la nationalité du salarié, son domicile, le siège de l'employeur ou le lieu de conclusion du contrat) est plus faible ? Mais la chambre sociale devait bien vite renouer avec une position restrictive, excluant toute soustraction conventionnelle à la compétence d'un conseil de prud'hommes découlant de l'un ou l'autre des alinéas de ce qui est devenu l'article R. 1412-1 nouv. C. trav. (Soc. 7 mai 1987, *Bull. civ. V*, n° 287, *Rev. crit. DIP* 1988. 78, 1^{re} esp., note H. Gaudemet-Tallon ; 16 juill. 1987, *Bull. civ. V*, n° 516 ; sur ces deux arrêts : *D.* 1988, Somm. 314, obs. A. Lyon-Caen), tout en reconnaissant effet à la clause attributive logée dans un contrat conclu au siège de l'employeur à l'étranger pour un travail effectué hors de tout établissement situé en France (Soc. 8 oct. 1987, *Bull. civ. V*, n° 552, *D.* 1988, Somm. 314, obs. A. Lyon-Caen et Somm. 341, obs. B. Audit ; v. aussi : Soc. 1^{er} mars 1989, *Dr. soc.* 1989. 729, 3^e esp., note A. Jeammaud, favorable à la clause mais d'interprétation très délicate). La première chambre civile restait plus libérale, estimant, à propos de pilotes français engagés par des compagnies aériennes africaines, que les litiges relatifs à l'exécution de leurs contrats de travail hors de France « n'étaient pas soumis aux dispositions des lois françaises de compétence interne » (formule reprise des arrêts de 1974), de sorte que « *les parties avaient pu valablement convenir de la compétence de la juridiction du lieu de l'emploi* » (Civ. 1^{re} 16 juin 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 78, 2^e esp., note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1988. 1004, note A. Lyon-Caen, *D.* 1988, Somm. 314, obs. A. Lyon-Caen ; 8 mars 1988, *JDI* 1988 et *D.* 1988, *ibid.*).

L'arrêt *Bernheim* du 30 janvier 1991 (n° 25) rapproche la position de la chambre sociale de celle de la première chambre civile, et semble rejoindre l'arrêt *Allard*. Il ressort de l'attendu fondant le rejet du pourvoi, éclairé par les données de l'espèce, que *la clause attributive de compétence à une juridiction étrangère incluse dans un contrat de travail conclu entre un salarié français et un employeur étranger pour être exécuté à l'étranger — même en dehors de tout établissement — est valide et exclut en conséquence l'application de ce qui est désormais l'article L. 1412-1 nouv. C. trav., en même temps qu'elle emporte renonciation du salarié au privilège de l'article 14 du Code civil*. La chambre sociale évite de dire, comme la chambre mixte et la première chambre civile, que le contrat « n'était pas soumis aux dispositions des lois françaises de compétence interne ». Elle préfère considérer

que la clause peut déroger à ces règles dans leur extension au plan international. Du moins à celles donnant compétence au conseil du domicile du salarié en cas de travail en dehors de tout établissement, ou, sur option du salarié demandeur, au conseil du lieu de l'engagement ou du siège de l'employeur ; donc à celles qui prennent en compte les liens les plus faibles entre le litige et le ressort d'un conseil de prud'hommes. Si l'arrêt *Bernheim* accroît la puissance de la clause, c'est bien dans la mesure où il lui permet de faire échec à la compétence du conseil du domicile français du salarié lorsque celui-ci travaille à l'étranger en dehors de tout établissement. Mais il n'énonce pas de règle générale relative à la validité ou à l'efficacité de la clause. Il n'autorise pas à dire — il implique même le contraire — qu'une clause attributive peut priver de compétence le conseil du lieu de l'établissement de travail s'il se situe en France. Et il n'inviterait aucunement à admettre qu'une clause attribuant compétence à un juge étranger prive le salarié travaillant hors de tout établissement, mais en partie ou totalité sur le territoire français, de la faculté de saisir le conseil de son domicile en vertu de la règle désormais énoncée par l'article R. 1412-1, 2° nouv. C. trav.

La question est de savoir si la position de cet arrêt est encore le droit positif. Une décision rendue dix ans plus tard a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu la compétence du conseil de prud'hommes du domicile d'un salarié embauché en France, par une société de services hôteliers ayant son siège en France, pour travailler en Angola, en refusant tout effet à la clause du contrat donnant de compétence à la juridiction du lieu de travail. Le pourvoi est rejeté au motif que le travail était exécuté en dehors de tout établissement, de sorte que le conseil du domicile du salarié était compétent en application de l'article R. 517-1 de l'époque, la clause dérogeant à cette règle devant être réputée non écrite dès lors que la compétence d'un juge français ne résultait pas du seul privilège de juridiction (Soc. 24 avr. 2001, *Soc. SHRM Angola*, inédit). Mais cette motivation paraît, à la fois, minimale (le caractère manifestement international du contrat n'est pas évoqué) et « opportuniste » (le salarié avait successivement travaillé en trois lieux différents dans le pays d'expatriation, ce qui n'était pas exactement un travail en dehors de tout établissement au sens du texte réglementaire). Un an plus tôt, la chambre sociale avait, dans une affaire concernant un autre salarié de la même société, ayant aussi travaillé en Angola et presque dans les mêmes conditions, cassé l'arrêt d'une cour d'appel pour avoir refusé effet à la clause attributive de compétence rédigée dans les mêmes termes (Soc. 18 avr. 2000, inédit). Il paraît significatif que l'arrêt du 24 avril 2001 n'ait pas été publié au *Bulletin*. Tout porte à penser qu'il s'agit d'une décision d'espèce, largement dictée par la situation difficile du pays concerné : refuser

à l'ancien salarié l'accès au *for* français revenait à le priver de toute possibilité de trouver un juge.

Il y avait donc de bonnes raisons de considérer que la solution de l'arrêt *Bernheim* avait les plus fortes chances d'être réitérée par la Cour de cassation et d'être tenue, par les juges du fond, comme l'expression du droit en vigueur, lorsqu'un nouvel arrêt est venu semer le trouble. S'agissant d'une clause, contemporaine du transfert d'une hôtesse de l'air américaine à la base de Roissy de son employeur, une compagnie aérienne également américaine, et attribuant compétence exclusive à des instances de médiation et des juridictions des États-Unis pour le règlement des éventuels litiges, la chambre sociale a estimé que la juridiction prud'homale du lieu d'affectation en France se trouvait privée de compétence : il avait aussi été convenu que le contrat restait régi par la loi américaine même après le changement d'affectation, « *en sorte que la clause attributive de compétence (...), qui n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international, était opposable à l'intéressée* » (Soc. 21 janv. 2004, *Bull. civ.* V, n° 24). La référence, apparemment décisive, à la loi applicable au contrat est surprenante, et, alors que le pourvoi de la salariée dénonçait une méconnaissance de la portée de la disposition du Code du travail donnant compétence au conseil de prud'hommes du lieu de l'établissement de travail, la Cour estime apparemment que l'ordre public international (français) constitue, dans un cas comme celui de l'espèce, la seule borne à la validité de la clause attributive de compétence à un juge étranger. Si l'on reconnaît une portée jurisprudentielle à cet arrêt sibyllin — et sans doute tributaire de la spécificité des relations du travail du personnel navigant des compagnies aériennes (l'établissement d'affectation peut-il être totalement assimilé à un établissement de travail ?) — donc si l'on estime qu'il contribue au façonnement du droit positif, celui-ci s'avère plus libéral à l'égard des clauses attributives que si l'on s'en tient à l'arrêt *Bernheim*.

2. Ce régime incertain de la clause attributive a, comme les autres règles nationales relatives à la compétence internationale, subi *une très sensible réduction de son domaine d'application* dans l'espace européen. Il ne concerne plus que les hypothèses dans lesquelles l'employeur n'est pas domicilié et ne possède ni succursale, ni agence, ni autre établissement dans un État membre de l'Union européenne. Les dispositions de la convention de Bruxelles de 1968, puis du règlement 44/2001, ont régi ou régissent les *prorogations conventionnelles de compétence* tendant à confier des litiges à une ou des juridictions d'un État contractant autre que celui dont les tribunaux seraient compétents à défaut de ces stipulations.

L'article 17 de la Convention de 1968 avait été jugé applicable aux

clauses attributives insérées dans un contrat de travail international à l'époque où il ne contenait aucune disposition propre à ce contrat (CJCE 13 nov. 1979, *Soc. Sanicentral*, *D.* 1980. 543, note J. Mestre, *JDI* 1980. 429, obs. A. Huet). Ces stipulations en tiraient une validité soumise à la double condition que l'une des parties au moins ait son domicile sur le territoire d'un État membre, et d'être écrites ou convenues verbalement mais confirmées par écrit (règle libérale inspirée de l'idée que les juges de tous les États de la Communauté sont également dignes de confiance). À cette double condition, une convention pouvait par exemple priver de compétence, au profit du juge du siège de l'employeur étranger, le conseil de prud'hommes du domicile français du salarié travaillant en France hors de tout établissement (*Soc.* 7 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n° 7). En 1989, la Convention de Saint-Sébastien avait, dans un but avéré de protection du travailleur, ajouté à cet article un alinéa restrictif : « En matière de contrats individuels de travail, la convention attributive de compétence ne produit ses effets que si elle est postérieure à la naissance du différend ou si le travailleur l'invoque pour saisir d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5.1 » (disposition applicable à toute action en justice introduite après l'entrée en vigueur de la Convention de 1989 dans le pays du juge saisi, même si la clause attributive a été insérée avant : *Soc.* 17 déc. 1997, *Bull. civ.* V, n° 456 ; 14 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001. 204, obs. H. Gaudemet-Tallon).

Les solutions ne sont pas substantiellement différentes, aujourd'hui, avec l'article 21 du règlement 44/2001 : une convention attributive de juridiction peut déroger aux règles de compétence en matière de contrat de travail (art. 18 à 20), soit si elle est postérieure à la naissance du différend, soit si, insérée dans le contrat, elle permet au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux désignés par ces règles (le travailleur défendeur ne peut, en revanche, l'opposer à l'employeur demandeur, mais ce dernier ne peut saisir que les tribunaux de l'État membre où le travailleur est domicilié).

Les instruments européens ne concernant pas l'arbitrage, le régime du compromis ou de la clause compromissoire qui affectent la compétence internationale de la juridiction prud'homale, et relèvent du seul droit national. Or, on ne retrouve pas, ici, la faveur que la Cour de cassation manifeste pour l'arbitrage international, et la méfiance de la chambre sociale à l'égard de l'arbitrage des différends du travail se manifeste autant que sur le plan interne (v. *supra*, sous n° 19). Cette chambre avait jugé que, le contrat de représentation commerciale conclu entre une société italienne et un Français résidant en France pour être exécuté dans ce pays, étant « soumis aux dispositions des lois françaises » (qui faisaient du représentant un VRP, donc un salarié) selon la règle de conflit de lois alors suivie, la clause compromissoire

se trouvait nulle « *en application de l'article 2061 du Code civil, auquel il n'est pas dérogé en la matière* » (Soc. 12 févr. 1985, *Rev. arb.* 1986. 47, note M.-A. Moreau-Bourlès, *Rev. crit. DIP* 1986. 469, note M.-L. Niboyet-Hoegy, *D.* 1985. IR. 456, obs. A. Lyon-Caen). Cette soumission de la clause à la loi applicable au contrat contrastait avec le principe de l'autonomie de la clause compromissaire consacré par la chambre civile.

La chambre sociale a infléchi sa position avec l'arrêt *Société Château Tour Saint-Christophe (n° 26)* : « *la clause compromissaire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* ». Elle a repris cette formule dans des arrêts postérieurs, également publiés au *Bulletin* (4 mai 1999, *Rev. crit. DIP* 1999. 745, 2^e esp., note F. Jault-Seseke, *JCP* 2000. II. 10337, note D. Ammar ; 9 oct. 2001, *Dr. soc.* 2002. 122, obs. M.-A. Moreau, *Rev. arb.* 2002. 347, obs. Th. Clay ; 28 juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 216). Le sort de la clause ne dépend donc plus de la *lex contractus*, en quoi l'on se rapproche de la règle générale affirmant son autonomie. Surtout, cette clause n'est plus nulle ou réputée non écrite (ce qu'elle serait encore en application de l'art. 2061 C. civ. tel que rédigé par la loi du 15 mai 2001, et de l'art. L. 1411-4, al. 1 nouv. C. trav.), mais seulement *inopposable au salarié*. Celui-ci peut donc saisir un conseil de prud'hommes compétent en vertu des règles de compétence internationale qui sont, selon la configuration de l'espèce, des règles françaises (comme dans l'affaire *Château Tour Saint-Christophe* ou dans celle ayant donné lieu à l'arrêt de 2001) ou des normes européennes ou conventionnelles (celles de la convention de Lugano dans l'affaire dont est issu l'arrêt du 4 mai 1999). Mais il a loisir d'invoquer plutôt la clause afin que le litige soit soumis à l'arbitrage prévu. La chambre sociale a donc entendu concilier la nécessaire protection du salarié face à une clause probablement stipulée par l'employeur au moment de l'embauche, et la liberté du salarié (on songe surtout au cadre dirigeant) d'opter pour l'arbitrage. Sous l'empire de la jurisprudence imputable à l'arrêt de 1985, une cour d'appel avait d'ailleurs observé que le salarié pouvait trouver intérêt à l'arbitrage, notamment avec la possibilité de participer à la désignation de ses juges (Grenoble 13 sept. 1993, *Rev. arb.* 1993. 339, note M.-A. Moreau).

En l'absence d'arrêt de la Cour de cassation, la question demeure posée de savoir si l'article 2059 du Code civil et l'article R. 1412-4 nouv. C. trav. revêtent un caractère d'ordre public international et font ainsi obstacle même au *compromis d'arbitrage* convenu après la cessation du contrat de travail, alors que le salarié dispose des droits nés de l'exécution comme de cette rupture.

27-30

L'ORGANISATION DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES ET LA PROCÉDURE

**27. CE 11 février 1977 — 28. Soc. 3 juillet 2001 — 29. Soc.
19 décembre 2003 — 30. Soc. 28 mars 2000**

I. — Le paritarisme

27. CE 11 février 1977

Groupe des industries métallurgiques de la Région parisienne et autres

(Lebon, p. 81 ; Dr. soc. 1978. 39, concl. M. Gentot)

ARRÊT

Sur la légalité interne ;

En ce qui concerne les articles R. 515-4 et R. 516-30 à 35 du Code du travail :
— Cons., d'une part, que l'alinéa 1^{er} de l'article R. 515-4 du Code du travail, en reconnaissant à l'assemblée générale de chaque conseil de prud'hommes ou de l'une de ses sections la faculté de décider par voie de disposition générale, d'instituer ou non une procédure de référé en son sein, a posé une règle d'organisation judiciaire qui relève du pouvoir réglementaire ; qu'ainsi, cette disposition ne constitue pas une subdélégation du pouvoir législatif ; qu'elle ne constitue pas davantage une délégation illégale du pouvoir réglementaire dès lors qu'elle se borne à ouvrir à chaque conseil de prud'homme la faculté de recourir ou de ne pas recourir à une procédure, qui ne préjuge d'ailleurs pas le fond, organisée et réglementée dans toutes ses modalités par d'autres dispositions du même décret ; qu'enfin elle ne méconnaît pas le principe d'égalité des citoyens devant la loi, dès lors que, d'une part, devant un même conseil des prud'hommes les justiciables bénéficient d'une même procédure et que, d'autre part, la possibilité laissée aux assemblées générales des conseils de prud'hommes de créer ou de ne pas créer une procédure de référé tient à des situations qui peuvent, suivant les cas, justifier des solutions différentes, que d'ailleurs en toute hypothèse, les parties conservent, d'après l'article L. 516-35 du décret attaqué le droit de saisir en référé le président du tribunal de grande instance ;

Cons., toutefois, qu'en prévoyant dans ses alinéas 3 et 4 que *les audiences à référé peuvent être tenues par un seul membre du conseil de prud'hommes ou par le juge départemental*, l'article R. 515-4 porte atteinte au caractère paritaire conféré par les articles législatifs du Code du travail à la juridiction prud'homale

dont la nature a été ainsi transformée en violation de l'article 34 de la Constitution ; que par suite, les requérants sont fondés à demander l'annulation des alinéas 3 et de l'article R. 515-4 du Code du travail ;

Cons., d'autre part, que les articles R. 516-30 à R. 516-35 du Code du travail relatifs à l'organisation du référé prud'homal édictent des règles de procédure civile qui relèvent du pouvoir réglementaire ; que les conclusions dirigées contre ces articles et fondées sur une prétendue illégalité de l'institution même de la procédure de référé prud'homal, ne peuvent dès lors qu'être rejetées ;

En ce qui concerne l'article R. 516-2 du Code du travail : — Cons. qu'aux termes de l'article R. 516-1 du Code du travail, toutes les demandes dérivant d'un même contrat de travail entre les mêmes parties doivent faire l'objet d'une seule instance que cette disposition fondée sur la connexité de droit et de fait des demandes découlant d'un même contrat de travail fait obstacle à ce qu'une demande afférente au contrat d'où est issu le litige et qui n'a pas été présentée devant le bureau de conciliation ou devant les premiers juges, alors que sa cause était née et actuelle, puisse être renvoyée à ceux-ci par le conseil de prud'hommes ou par la cour d'appel lorsqu'elle est formulée pour la première fois devant ces juridictions ; qu'elle implique nécessairement que, pour prévenir tout déni de justice, les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail puissent être accueillies à tout moment de la procédure comme le prescrit l'article R. 516-2 attaqué ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à prétendre que la disposition attaquée a été prise en méconnaissance des droits des justiciables ;

En ce qui concerne l'article R. 516-9 du Code du travail : — Cons. que les requérants soutiennent que l'article R. 516-9 du Code du travail méconnaîtrait le principe du caractère contradictoire de la procédure, en n'exigeant pas que la demande par laquelle se trouve saisi le conseil des prud'hommes, soit motivée ; Cons. qu'il résulte de l'article R. 516-11 du même code que le défendeur est informé par le secrétaire greffier des chefs de la demande formée contre lui ; qu'il est, en outre, spécialement averti par la convocation qui lui est adressée que des décisions exécutoires pourront, même en son absence, être prises contre lui par le bureau de conciliation ; que, connaissant ainsi les limites du litige, il appartient au défendeur de se présenter devant le bureau de conciliation et qu'il est à même de discuter les moyens invoqués par le demandeur ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de caractère contradictoire de l'article R. 516-9 ne peut être retenu ;

En ce qui concerne l'article R. 516-18 du Code du travail : — Cons. que les pourvois contestent la légalité de cet article en ce qu'il permet au bureau de conciliation de prendre certaines décisions de caractère juridictionnel ;

Cons., d'une part, qu'il résulte de l'article R. 516-11 du Code du travail que le défendeur est informé par le secrétaire-greffier des chefs de la demande formée contre lui ; qu'il est en outre spécialement averti par la convocation qui lui est adressée que « des décisions exécutoires pourront, même en son absence, être prises contre lui par le bureau de conciliation » ; que, connaissant ainsi les limites du litige, il appartient au défendeur de se présenter devant le bureau de conciliation et qu'il est à même de discuter les moyens invoqués par le demandeur ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'article R. 516-18 du Code du travail, tel qu'il résulte de l'article 4 du décret attaqué violerait le caractère contradictoire de la procédure ne peut être retenu ;

Cons. d'autre part, qu'aucune disposition de la partie législative du Code du travail ni aucun principe général du droit n'interdisent de conférer, par voie réglementaire, certains pouvoirs juridictionnels au bureau de conciliation ;

Cons., enfin que l'article attaqué, le gouvernement a entendu confier au bureau de conciliation certains pouvoirs de caractère juridictionnel nécessaires à l'exécu-

tion de sa mission ; que dans la mesure où ledit bureau met en œuvre ces pouvoirs, il est tenu de se conformer aux *principes fondamentaux dont le respect s'impose à toute juridiction* ; qu'au nombre de ces principes figure celui de la *publicité des débats judiciaires* ; que dans ces conditions, la disposition attaquée n'a pu avoir ni pour objet ni pour effet d'étendre au cas où le bureau de conciliation exerce des attributions de nature juridictionnelle les prescriptions de l'article R. 515-1 d'après lesquelles les séances du bureau ne sont pas publiques, qui ne visent que l'exercice des fonctions non juridictionnelles de cet organisme ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que la disposition réglementaire attaquée aurait pour effet de confier des pouvoirs juridictionnels à un organisme fonctionnant en violation d'un principe fondamental régissant les juridictions judiciaires n'est pas fondé ;

En ce qui concerne les articles R. 516-21 à R. 516-25 du Code du travail : — Cons. que si les articles R. 516-21 à R. 516-25 du Code du travail pouvaient confier à des conseillers rapporteurs choisis parmi les membres de la juridiction chargée de l'instruction de l'affaire des pouvoirs de décision à caractère préparatoire ou provisoire nécessaires à cette instruction, le principe de la *parité de la juridiction prud'homale posé par les dispositions législatives du Code du travail s'oppose à ce que ces pouvoirs puissent être confiés à un rapporteur unique* ; que, par suite, les articles R. 516-21 à 25 sont entachés d'illégalité en tant qu'ils permettent de confier à un conseiller rapporteur unique des pouvoirs juridictionnels ;

(...)

Décide :

Art. 1^{er}. — Les alinéas 3 et 4 de l'article R. 515-4 du Code du travail tel qu'il résulte de l'article 3 du décret du 12 septembre 1974 sont annulés.

Art. 2. — Les articles R. 516-21 à R. 516-25 du Code du travail, tels qu'ils résultent de l'article 4 du décret du 12 septembre 1974, sont annulés en tant qu'ils permettent à un conseiller rapporteur unique de prendre les mesures de caractère juridictionnel.

OBSERVATIONS

L'arrêt ci-dessus a annulé pour illégalité certaines dispositions introduites par un décret du 12 septembre 1974 relatif à la procédure prud'homale dans la partie réglementaire du Code du travail. Cette procédure a, depuis lors, connu d'autres modifications avant la récente opération de recodification. Pourtant, si le contexte législatif a changé, l'arrêt rendu en 1977 par la Haute juridiction administrative conserve un grand intérêt en ce qu'il souligne et fortifie certains *traits caractéristiques de l'organisation du conseil de prud'hommes et de la procédure suivie devant cette juridiction*.

Le décret de 1974 avait accordé aux conseils la faculté de se doter d'une formation de référé, mais aussi de confier les audiences de référé à un seul conseiller, employeur ou salarié, ou au juge départiteur, c'est-à-dire au juge d'instance. Faculté qui, selon le Conseil d'État, portait « *atteinte au caractère paritaire conféré par les articles législatifs du Code du travail à la juridiction prud'homale, dont la nature est ainsi*

transformée en violation de l'article 34 de la Constitution ». Il est vrai que la loi — hier l'article L. 511-1 du Code du travail, aujourd'hui l'article L. 1421-1 — fait du conseil de prud'hommes « *une juridiction élective et paritaire* ». Sa contrariété à une disposition législative rendait donc illégale la disposition réglementaire critiquée par le recours au Conseil d'État, dès lors que ce caractère paritaire de leur composition, joint à la nature de leurs attributions, fondait à voir dans les conseils de prud'hommes « *un ordre de juridiction au sens de l'article 34 de la Constitution* » (ce qu'allait confirmer plus tard le Conseil constitutionnel dans sa décision 91-166 L du 13 juin 1991, *RJC* 1959-1993. II. 136, puis dans sa décision 2007-561 DC du 17 janvier 2008, *JO* 22 janv. 2008, p. 1131), dont ce même article 34 réserve la création ou la réforme au législateur. Notons que les dispositions en vigueur depuis cette affaire assurent ce caractère paritaire de la formation de référé, composée d'un conseiller prud'homme de chaque « élément » du conseil (art. L. 1423-13 et R. 1455-1 nouv. C. trav.).

Certes, le paritarisme est écarté lorsque, une formation (bureau de conciliation ou bureau de jugement d'une section, formation de référé du conseil) se trouvant « en partage », l'affaire doit être renvoyée à une audience présidée par un juge du tribunal d'instance, juge départiteur (art. L. 1454-2, al. 1 et R. 1454-29 nouv. C. trav.). Mais cette exception est d'abord prévue par une disposition de nature législative et ce « *principe de la parité de la juridiction prud'homale* », qu'évoque aussi l'arrêt de 1977, n'a qu'une valeur législative (son énonciation serait du domaine des « principes fondamentaux du droit du travail » au sens de l'article 34 de la Constitution, dont l'évocation sert à la délimitation du domaine de compétence du législateur : v. *supra* sous n° 7). Cette valeur législative suffisait toutefois à appeler l'annulation de cette autre disposition du décret de 1974 permettant au bureau de conciliation ou de jugement de confier des pouvoirs d'instruction à un rapporteur unique. Cette faculté de désigner un seul conseiller rapporteur a été rétablie en 1979, mais par un texte législatif (désormais art. L. 1454-1, al. 1^{er}) non assujetti au respect du « principe de parité ». Ce dernier se manifeste, à l'occasion, sur un autre terrain. Par exemple pour fonder l'irrecevabilité d'une liste de candidats à l'élection des conseillers prud'hommes du collège salarié présentée par une organisation syndicale de travailleurs non-salariés et de petits entrepreneurs qui présente aussi une liste dans le collège employeur (Civ. 2^e, 7 mai 2003, *Bull. civ.* II, n° 133).

II. — La quête de simplicité et célérité

28. Soc. 3 juillet 2001

Bonnaffé c. Ducrocq

(*Bull. civ.* V, n° 247 ; *Dr. soc.* 2001. 898, obs. X. Prétot ; *RJS* 10/01, n° 1181)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Vu l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial ; que cette exigence implique qu'un conseiller prud'homme n'exerce pas de mission d'assistance ou de mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre ;

Attendu que dans un litige opposant M. Bonnaffé à Mme Ducrocq cette dernière était représentée à l'audience par son époux membre de la juridiction prud'homale saisie ;

Qu'en statuant dans ces conditions, le conseil des prud'hommes a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 3 mars 1999, entre les parties, par le conseil de prud'hommes de Lille (...).

29. Soc. 19 décembre 2003

Soc. Mon Logis c. Guillot

(*Bull. civ.* V, n° 321 ; *D.* 2004. 1688, note M. Keller ; *Dr. ouvr.* 2004. 129, 4^e esp., avis J.-P. Collomp ; *TPS* 2004, p. 11, chron. G. Poissonnier et J.-Ph. Tricoit ; *JCP G* 2004, Act. 88, obs. P. Morvan)

ARRÊT

Attendu que M. Guillot, conseiller prud'hommes et délégué syndical au sein de la société Mon Logis, s'est vu refuser un congé pour participer à une formation prud'homale ; qu'il a demandé l'annulation judiciaire de cette décision de refus et le paiement par provision de dommages-intérêts ; que l'employeur a demandé le renvoi de l'affaire pour cause de suspicion légitime de la juridiction au motif que deux conseillers prud'hommes étaient affiliés à la même confédération syndicale que celle à laquelle adhère le salarié.

Sur le premier moyen : (sans intérêt)

Sur le second moyen : Attendu que la société Mon Logis fait encore grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait, alors, selon le moyen :

1/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial ; que cette exigence d'impartialité n'est pas nécessairement épuisée par l'article L. 518-1 du Code du travail, lequel ne prévoit que cinq hypothèses de récusation, et notamment le cas où un conseiller prud'homme

est personnellement intéressé à la contestation, étant précisé que l'appartenance syndicale ne constitue pas cet intérêt personnel ; qu'en déboutant la société Mon Logis de sa demande de renvoi pour suspicion légitime motivée par l'appartenance de deux conseillers prud'homaux à la CFDT, syndicat auquel était affilié M. Guillot et avec qui elle était en conflit ouvert depuis plusieurs années, au motif que cette affiliation ne « pouvait être retenue » au regard des dispositions de ce texte, la cour d'appel a existé sa décision de base légale au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2/ qu'en décidant, par voie de disposition abstraite et générale, sans la moindre référence aux données concrètes du litige dont elle était saisie, qu'« il ne résultait pas de ces éléments de preuve... d'une violation de la condition d'impartialité visée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », la cour d'appel a violé l'article 5 du Code civil ;

3/ qu'en toute hypothèse, la demande de renvoi pour suspicion légitime est recevable dès lors qu'existent des éléments de nature à faire naître, dans l'esprit du justiciable, des doutes sérieux sur l'indépendance et l'impartialité de la juridiction ; qu'en l'espèce, le syndicat CFDT, auquel appartenait M. Guillot et les conseillers siégeant dans la formation de référés, était depuis plusieurs années en conflit ouvert au public avec l'employeur et avait justifié son intervention récente dans une autre instance prud'homale, au soutien de la procédure pour « harcèlement moral » intentée par ce même M. Guillot, par le moyen pris de ce que « la multiplication des sanctions et autres mesures dont fait l'objet Michel Guillot en raison de l'exercice de ses différents mandats et notamment de son mandat de délégué syndical CFDT traduisent la volonté... de son employeur, la société Mon Logis, de réduire à néant la représentation syndicale dans l'entreprise » ; que le syndicat avait accusé la société Mon Logis « d'entrave à l'exercice du droit syndical » ; qu'en l'état d'un tel conflit, l'appartenance de deux conseillers prud'homaux à ce même syndicat était de nature à faire naître dans l'esprit de la société Mon Logis un doute sérieux quant à l'impartialité de la juridiction chargée de trancher un litige pris d'une entrave aux droits du syndicat auquel ils appartenaient ; qu'en énonçant, par voie de pure affirmation générale, que « la preuve d'une violation de la condition d'impartialité n'était pas rapportée », la cour d'appel a violé l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que *le respect de l'exigence d'impartialité, imposé tant par les règles de droit interne que par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est assuré, en matière prud'homale, par la composition même des conseils de prud'hommes, qui comprennent un nombre égal de salariés et d'employeurs élus, par la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, par la faculté de recourir à un juge départiteur extérieur aux membres élus et par la possibilité, selon les cas, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation ; qu'il en résulte que la circonstance qu'un ou plusieurs membres d'un conseil de prud'hommes appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès n'est pas de nature à affecter l'équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres ; que le moyen n'est pas fondé ;*

Par ces motifs : Rejette le pourvoi contre l'arrêt rendu le 15 janvier 2002 par la cour d'appel de Dijon.

OBSERVATIONS

De l'arrêt n° 27 rendu en 1977 par le Conseil d'État, on rapprochera deux décisions de la Cour de cassation ayant trait à des dispositifs ou pratiques justifiés par des *impératifs de simplicité et célérité* qui vaudraient particulièrement en matière prud'homale. Ces arrêts méritent d'être distingués parce qu'ils attestent que *ce régime de la procédure prud'homale doit désormais compter avec la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le « droit à un procès équitable »*, tout en montrant les limites de cette incidence.

Les dispositions du Code du travail relatives à l'ouverture de l'appel, quant à elles, portaient la marque de la volonté de limiter la durée du procès prud'homal. S'agissant d'apprécier si le taux de compétence en dernier ressort (4 000 €) était ou non dépassé, l'ancien article R. 517-4 soustrayait le jugement à l'appel lorsqu'aucun des chefs des demandes initiales ou incidentes ne dépassait, à lui seul, ce taux. Résolument favorable au salarié, le plus souvent demandeur principal devant les prud'hommes, ce système restrictif de l'ouverture de l'appel était critiqué par les organisations patronales. La chambre sociale de la Cour de cassation avait choisi d'en tempérer la portée par des arrêts interprétant l'expression « chef de demande » de façon à imposer des additions d'objets de demande qui favorisaient le dépassement de compétence en dernier ressort, donc l'ouverture de cette voie de recours. La question revêtait assez d'importance pratique et symbolique pour convaincre de distinguer les premiers de ces arrêts (Soc. 17 juillet 1996, *Martin*, et 20 novembre 1996, *Rudolph, GA*, 3^e éd., n° 28). Mais les critiques patronales allaient être entendues et le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a modifié le texte de l'article R. 517-4. L'article R. 1462-1 nouv. C. trav. dispose aujourd'hui que le conseil de prud'hommes statue en dernier ressort « lorsque la valeur totale des prétentions d'aucune des parties ne dépasse le taux de compétence fixé par décret ». Les deux arrêts de 1996 relèvent donc de l'histoire du droit du travail.

A. — Dérogation et soumission aux principes directeurs du procès civil

Selon l'arrêt de 1977, les autres dispositions du décret de 1974 critiquées par les requérants ne heurtaient aucune règle législative de l'époque, ni aucun « principe général du droit » (au sens de la jurisprudence du Palais Royal). Il s'agissait de dispositions, reprises par des textes plus récents et en dernier lieu dans le Code du travail réordonné, qui contribuent au *particularisme de la procédure prud'homale* classiquement justifié par des exigences de simplicité et célérité.

Créé par le décret de 1974, l'article R. 516-1 a été repris, en substance, par l'article R. 1452-6 nouv. C. trav., qui énonce désormais la règle de l'*unicité de l'instance prud'homale* : toutes les demandes dérivant du contrat de travail entre les mêmes parties, doivent faire l'objet d'une seule instance, à moins que le fondement des prétentions naisse ou soit révélé postérieurement à la saisine du conseil (on parle couramment de « principe de l'unicité de l'instance », mais il ne peut s'agir, pour la norme posée par un texte de nature réglementaire, que d'une « règle de principe » face à d'éventuelles règles d'exception). Pour le Conseil d'État, cette disposition ne méconnaît pas « les droits des justiciables », dès lors que la disposition suivante (art. R. 1452-7) précise que les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables à toute hauteur de la procédure, même en appel, sans que puisse être opposée l'absence de tentative de conciliation. Cette règle visant à éviter la succession de procès entre un salarié et son employeur fonde une fin de non-recevoir, qui peut être proposée en tout état de cause. Mais elle reste très discutée et souvent d'application malaisée, ainsi qu'en témoigne le nombre des arrêts rendus à son propos par la Cour de cassation, souvent sollicitée de préciser sa portée (ex. : Soc. 4 juin 2003, *Bull. civ. V*, n° 188 : elle ne fait pas obstacle à la demande du salarié contre l'AGS qui refuse de lui régler tout ou partie de sa créance résultant du contrat de travail, dès lors que cette demande est portée directement devant le bureau de jugement ; 25 janv. 2006, *JCP S* 2006, 1369, note B. Boubli : lorsqu'il a été statué sur le fond, elle fait obstacle à la présentation d'une demande en référé ; 16 avr. 2008, n° 06-44-356 PB). Elle doit en tout cas composer avec un article 6.1 de la Conv. EDH, assez « actif » désormais en matière prud'homale (v. *infra*, B).

Compte tenu de ce qu'est le référé, il paraît logique que l'article R. 1452-6 ne fasse obstacle ni à la saisine du conseil de prud'hommes au fond après recours à un juge des référés qui s'est déclaré « incompétent » (Soc. 19 mai 1988, *Bull. civ. V*, n° 306), ou devant lequel le demandeur s'est désisté (Soc. 12 janv. 1993, *Dr. soc.* 1993, 193), ni à une demande en référé visant à faire cesser un trouble illicite alors que l'instance est pendante au fond (Soc. 12 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 16). Ces solutions concernent essentiellement la *formation de référé* du conseil de prud'hommes, commune à l'ensemble des sections (art. L. 1423-1, al. 2 et R. 1455-1 nouv. C. trav.). Cette formation dispose de *pouvoirs* désormais classiques pour ce type de juridiction : ordonner, dans tous les cas d'urgence, toute mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ; prescrire, même en présence d'une contestation sérieuse, toute mesure conservatoire ou de remise en état propre à prévenir un dommage imminent ou à faire cesser un trouble manifestement illicite ; accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation

(même de faire) dès lors que cette obligation n'est pas sérieusement contestable (art. R. 1455-5 et s., que les rédacteurs du nouveau code ont regroupées sous l'intitulé impropre de « compétence de la formation de référé », puisqu'il s'agit plutôt de « pouvoirs »).

Ces pouvoirs s'exerçant dans le *champ de compétence d'attribution de la juridiction prud'homale*, les difficultés juridiques liées à l'existence de cette formation de référé ne concernent plus tellement sa coordination avec le président du tribunal de grande instance, juge des référés de droit commun (mais ce président peut, en l'absence de procédure spécifique devant le conseil de prud'hommes, ordonner par voie de requête la production de pièces détenues par l'employeur : Soc. 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 586, note M. Jeantin). Les véritables problèmes auxquels elle se trouve confrontée, communs à toute juridiction des référés, ont trait à la nature des mesures qu'elle peut prendre. Alors qu'il est tentant de la solliciter pour obtenir une décision rapide, elle ne peut exercer ses pouvoirs que dans certaines circonstances caractérisées par les textes et ne peut prendre que des mesures provisoires. Ainsi n'a-t-elle pas pouvoir d'annuler un acte juridique, sanction disciplinaire ou licenciement (Soc. 5 mars 1987, *Bull. civ.* V, n° 110 ; 7 janv. 1988, *ibid.*, n° 12 ; 4 nov. 1988 et 23 mars 1989, *Dr. soc.* 1989. 504, 2^e et 3^e esp., note J. Savatier), alors qu'elle peut ordonner la poursuite ou la reprise d'exécution du contrat de travail (« réintégration ») dès lors qu'une mise à pied ou un licenciement (d'un salarié investi de fonctions représentatives, ou d'un gréviste, ou d'un salarié frappé pour un motif discriminatoire, etc.) est manifestement illégal (ex. : Soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991. 60, rapport Ph. Waquet, note J.-E. Ray), ou ordonner le versement d'une fraction du salaire retenue par une sanction pécuniaire prohibée ou à la suite d'une mise à pied irrégulière (Soc. 20 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 469, note A. Mazeaud). Elle ne peut davantage ordonner la résiliation du contrat de travail conclu par le salarié en violation d'une obligation de non-concurrence stipulée par son employeur précédent (Soc. 13 mai 2003, *Bull. civ.* V, n° 161).

D'autres critiques dirigées contre le décret de 1974 ont été écartées par le Conseil d'État (arrêt n° 27), au motif que n'était pas méconnu « le principe du caractère contradictoire de la procédure » (grâce au régime de la convocation devant le bureau de conciliation). Le grief paraissait également adressé à la disposition (art. R. 1454-14 nouv. C. trav.) permettant au bureau de conciliation d'ordonner, même si le défendeur ne se présente pas, des mesures comme la délivrance de documents que l'employeur était légalement tenu de fournir (bulletin de paie ou certificat de travail par exemple), le versement de provisions sur des salaires ou des indemnités légales. Le Conseil d'État juge que cet octroi de « pouvoirs juridictionnels » à cette formation ne se heur-

tait à aucune disposition législative du Code, ni à aucun « principe général du droit ». Il assortit cependant son appréciation d'une réserve d'interprétation : la disposition en cause n'échappe à la critique que dans la mesure où le bureau de conciliation se conforme, lorsqu'il exerce ces pouvoirs (élargis en 1982), aux « *principes fondamentaux dont le respect s'impose à toute juridiction* », donc à celui de la *publicité des débats judiciaires*.

La référence à ces « principes » de diverses catégories signalait la limite du particularisme. L'article R. 1451-1 nouv. C. trav. la souligne : « sous réserve des dispositions du présent code, la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par les dispositions du livre premier du Code de procédure civile ». Ainsi cette procédure est-elle tributaire des « *principes directeurs du procès civil* » énoncés en ouverture de ce code. C'est vrai du « *principe de la contradiction* », que « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même », mais dont il est parfois délicat d'apprécier les exigences et la portée dans une procédure qui reste essentiellement *orale* (ex. : Soc. 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 604, *Justices* n° 3, janv.-juin 1996, p. 427, obs. E. Dockès) en vertu d'un article R. 1453-4 nouv. C. trav. succédant à un article 516-6 dont la légalité a été reconnue par le Conseil d'État (27 mars 1996, *Simonnet*, *RJS* 6/96, n° 743 : l'oralité n'est pas par elle-même contraire aux droits de la défense). C'est vrai de l'obligation de *trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* (art. 12, al. 1 C. pr. civ.) : le conseil de prud'hommes doit rechercher la teneur de la convention collective ou de l'usage invoqué par l'une des parties (Soc. 3 mars et 5 oct. 1993, *D.* 1994. 588, note R. Encinas de Munagorri ; 6 févr. 1996, *Bull. civ.* V, n° 60) ; il doit motiver sa décision en droit, et ne peut se borner à se référer à l'équité (Soc. 21 févr. 1980, *Bull. civ.* V, n° 180 ; 11 mai 1994, *Dr. soc.* 1994. 703 ; 4 déc. 1996, *D.* 1997. IR. 26) ou à « la jurisprudence ». Mais son devoir de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* » est, à la fois, conforté par l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail (v. *supra* sous arrêt n° 3) et contrarié par la réservation au salarié de la faculté de se prévaloir de l'inobservation de certaines règles réputées le protéger (par exemple les règles limitant le recours au contrat à durée déterminée : Soc. 30 oct. 2002, *Dr. soc.* 2003. 465, note C. Roy-Loustanaun).

B. — L'irruption du « droit à un procès équitable »

Certaines des critiques dirigées contre le décret de 1974 auraient pu mobiliser l'article 6.1 de la *Convention européenne de sauvegarde*

des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) de 1950, applicable en France depuis 1974 et dont le poids a déjà été évoqué. Cette disposition garantit dans les termes suivants le *droit à un procès équitable* : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Mais, jusqu'à la fin des années quatre-vingt, les juristes français étaient peu sensibles à l'existence et aux ressources argumentatives de la Conv. EDH. De surcroît, on hésitait à admettre que cet instrument, dont deux articles seulement concernent directement le travail (art. 4 prohibant le travail forcé, art. 11 garantissant la liberté syndicale), puisse s'appliquer plus largement dans les relations entre employeurs et salariés. Plus que d'autres encore (*supra*, sous n° 18-26, I, C), l'arrêt *Bonnaffé* du 3 juillet 2001 (n° 28) atteste que les choses ont changé.

1. De toutes les dispositions de la Conv. EDH, l'article 6.1 possède la plus forte vocation à être sollicité, soit dans le but de tenir en échec un dispositif légal à travers un contrôle de sa conventionnalité par le juge ordinaire, soit pour orienter l'interprétation de dispositions nationales, soit pour critiquer directement certains actes ou certaines décisions juridictionnelles. On repère, à partir de 1990, sa sollicitation parfois « victorieuse » dans le contentieux du travail (ex. : Soc. 15 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 560 : cassation d'un arrêt ayant admis que les termes de conclusions présentées par le salarié dans une instance prud'homale pouvaient justifier son licenciement ; 29 mai 1991, *Bull. civ. V*, n° 278 : l'article 6.1 ne peut fonder l'annulation du jugement rendu par un tribunal d'instance quinze mois après sa saisine d'une contestation d'élection de représentants du personnel, mais peut fonder la réparation du préjudice subi).

Notable est son impact sur la *procédure prud'homale*. La Cour de Strasbourg a, par exemple, jugé que, dans le cadre d'un litige prud'homal, le retrait de rôle d'un pourvoi par ordonnance du premier président de la Cour de cassation pouvait apparaître disproportionné, entravant ainsi l'accès à la Cour au mépris du droit à un procès équitable (CEDH 31 juill. 2001, *Mortier c. France*, *Europe* 2001, n° 342, obs. V. Lechevallier). Mais on imaginait que la norme européenne, faute de la tenir totalement en échec par l'effet de sa primauté, limiterait la portée de l'emblématique règle de l'unicité de l'instance, déjà évoquée (*supra*, A). Que soit jugée irrecevable la nouvelle demande d'un ex-salarié d'une URSSAF après que, sur première saisine du conseil de prud'hommes, celui-ci a, sans se prononcer sur le fond de

ses demandes, annulé la procédure pour défaut de mise en cause de la direction régionale de la Sécurité sociale (Soc. 12 nov. 2003, *Dr. soc.* 2004. 10, avis P. Lyon-Caen, note M. Keller), a pu choquer au regard de la garantie du droit au procès équitable par l'article 6.1. Il était plus en harmonie avec la présence de cette norme de considérer qu'un désistement de l'employeur de sa demande en paiement de diverses sommes contre la salariée qu'il venait de licencier pour faute lourde ne pouvait, en raison de l'unicité de l'instance, « faire obstacle au droit du salarié de contester en justice son licenciement » (Soc. 7 juin 2006, *JCP S* 2006. 1572, note B. Boubli). Dans un arrêt de cassation au visa, notamment, de l'article 6 de la Convention, la chambre sociale a jugé que, lorsqu'un appel incident (du salarié) avait été formulé par écrit déposé ou adressé au greffe, *l'exigence d'un procès équitable imposait, compte tenu de l'existence de cette règle de l'unicité de l'instance, que le désistement de l'appelant principal (l'employeur) soit accepté par l'auteur de cet appel incident* (Soc. 14 mars 2007, deux arrêts, *Bull. civ. V*, n° 49, *D.* 2007. 1007, obs. P. Guionard, *RJS* 5/07, n° 650, 1^{re} esp., chron. J.-L. Gillet, p. 403, *RDT* 2007. 335, obs. D. Boulmier).

L'article 6.1 a surtout affecté le régime de *l'assistance des parties* dans la mesure où celle-ci peut être assurée par un autre employeur ou un autre salarié (art. R. 1453-2 nouv. C. trav.), susceptible d'exercer également un mandat de conseiller. Les dispositions législatives du code ne prévoient que trois incompatibilités : un conseiller ne peut assister ou représenter une partie devant la section ou la chambre à laquelle il appartient (art. L. 1453-2, al. 1), ou devant la formation de référé s'il a été désigné pour tenir des audiences de cette formation (art. 1453-2, al.2), le président et le vice-président ne peuvent assister ou représenter une partie devant l'une quelconque des formations de leur conseil (art. 1453-3). Pourtant, relevant d'office le moyen et au visa de l'article 6.1, la chambre sociale a cassé le jugement d'un conseil au motif que « *la personne qui a assisté une partie à un procès prud'homal* » (devant la formation de référé en qualité de délégué d'un syndicat) « *ne peut être membre de la juridiction appelée à se prononcer sur le différend opposant les mêmes parties* » (8 janv. 1997, *Dr. soc.* 1997. 764, obs. G.-P. Quéant ; v. également : Soc. 18 juill. 2001, *JSL*, n° 88-18 oct. 2001, p. 21 ; Paris 31 oct. 1991, *D.* 1992. 431, note G.-P. Quéant : la personne qui a prêté son concours à l'une des parties, à quelque titre que ce soit et même si les mentions du jugement indiquent le nom d'un autre délégué syndical comme représentant, ne peut être membre de la juridiction tranchant le différend).

Plus audacieux, l'arrêt *Bonnaffé* (n° 28) considère que l'exigence première de l'article 6.1 « *implique qu'un conseiller prud'homme n'exerce pas de mission d'assistance ou de mandat de représentation*

devant le conseil de prud'hommes dont il est membre ». Un jugement prud'homal est donc censuré au seul motif que la salariée demanderesse avait été « représentée » à l'audience du bureau de jugement par son époux, par ailleurs membre d'une autre section du même conseil. Ce qui va au-delà des incompatibilités édictées par les actuels articles L. 1453-2 et L. 1453-3, et revient à juger que ces dispositions n'assurent pas la conformité du droit français à la Convention du Conseil de l'Europe. La chambre sociale s'en tient à cette analyse (Soc. 2 févr. 2005, *Bull. civ. V*, n° 44). S'est ainsi trouvée mise en cause la pratique de certains conseillers exerçant aussi, devant d'autres sections du conseil dont ils sont membres, la défense prud'homale en qualité de délégués d'une organisation syndicale au sens de l'article R. 1453-2 nouv. C. trav. Il n'y aurait pas trop lieu de le regretter si les vocations de conseiller prud'homme ou de « défenseur prud'homal », comme d'autres formes d'engagement syndical, étaient plus fréquentes.

2. Sur le plan de la composition des formations du conseil de prud'hommes, la juridiction prud'homale doit naturellement suivre la règle, déduite par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du droit à un tribunal impartial, excluant qu'un juge, qui a statué en référé (ou en formation de référé) sur une demande de provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, appartienne ensuite à la formation appelée à statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation (6 nov. 1998, *D.* 1999. 1, concl. J.-F. Burgelin ; il en va autrement si, en référé, a été prise une simple mesure conservatoire : arrêt du même jour, *Bull. Ass. plén.* n° 4 ; v. aussi : Soc. 30 avr. 2002, *RJS* 7/02, n° 873).

Surtout, la chambre sociale a estimé que la requête en récusation d'un conseiller devait être examinée, au-delà de la lettre de l'ancien article L. 518-1 fixant une liste de motifs de récusation, reprise dans une formulation actualisée par l'article L. 1457-1 nouv. C. trav., à la lumière des exigences du « principe d'impartialité édicté par l'article 6.1 » (Soc. 18 nov. 1998, *Bull. civ. V*, n° 506 ; v. aussi : Aix-en-Provence, 28 juin 2001, *Dr. soc.* 2001. 168, note J.-L. Cioffi). Mais cette exigence européenne d'un « tribunal indépendant et impartial » conduit-elle à considérer que l'appartenance d'un conseiller prud'homme à une confédération syndicale à laquelle est également affilié le salarié demandeur ou un syndicat partie à l'instance « est de nature à révéler l'existence d'un intérêt personnel à la contestation » au sens de l'article L. 1457-1, 1° nouv. C. trav. (ancien art. L. 518-1, 1°), donc qu'elle fonde une éventuelle récusation de l'intéressé ? Ou qu'elle fonde, si plusieurs conseillers appartiennent à cette confédération, le renvoi de l'affaire pour cause de suspicion légitime (art. 356 et s. C. pr. civ.) devant une autre formation du même conseil ou un autre conseil ?

Des cours d'appel n'avaient pas résisté à cette aventureuse déduction. D'autres avaient refusé de voir là une exigence de l'article 6.1 de la Conv. EDH. En effet, l'article L. 1457-1 ne parle que d'intérêt « *personnel* » du conseiller et précise, compte tenu de la spécificité délibérée des conseils et à leur mode d'élection, que le seul fait d'être affilié à une organisation syndicale ne constitue pas l'intérêt personnel justifiant une récusation. On avançait pourtant que « l'exigence d'impartialité doit s'apprécier non pas en fonction de l'attitude effective de la personne mise en cause mais de la perception que le justiciable peut légitimement avoir du risque de partialité ». Cette idée d'une appréciation à la fois « objective » et « subjective » du risque de partialité s'inspirait de la position de la Cour européenne des droits de l'homme, et se trouvait déjà dans des arrêts de la Cour de cassation (ex. : Soc. 17 déc. 1998 ou Ass. plén. 22 déc. 2000, cités *infra*). À ce point, pourtant, paraît méconnue la « philosophie » de la juridiction prud'homale, dont l'impartialité est recherchée à travers la composition paritaire. Le fonctionnement même des conseils serait menacé s'il fallait, pour chaque affaire, « épurer » le bureau de jugement (voire le bureau de conciliation) de tout conseiller élu sur une liste présentée par une confédération à laquelle adhérerait le salarié demandeur ou à laquelle serait affilié un syndicat intervenant à l'instance au nom de l'intérêt collectif de la profession (art. L. 2132-3, al. 2 nouv. C. trav.) ou exerçant, par une substitution qu'encourage le législateur, une action de ce salarié.

La chambre sociale a heureusement mis les choses au point par deux arrêts *Société Mon Logis* du 19 décembre 2003 (n° 29 ; v. l'autre arrêt, dans une affaire entre les mêmes parties mais sur un autre objet de demande : *Dr. ouvr.* 2004. 129, 4^e esp., avis J.-P. Collomp), rejetant les pourvois contre deux arrêts de la cour d'appel de Dijon qui avaient refusé un renvoi pour cause de suspicion légitime ou écarté la récusation de conseillers élus syndicaux. Pour la Cour de cassation, *le respect de l'exigence d'impartialité, imposée par les règles du droit national autant que par la Convention, est assuré par quatre éléments de l'organisation et de la procédure prud'homales : la composition paritaire de la juridiction, la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, la faculté de recourir à un juge départiteur extérieur aux deux éléments du conseil, et la possibilité, d'interjeter appel ou, si l'appel est fermé en raison de la modicité de la demande initiale, de former un pourvoi en cassation*. Il en résulte, conclut la chambre sociale, que « la circonstance qu'un ou plusieurs membres d'un conseil de prud'hommes appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès n'est pas de nature à affecter l'équilibre des intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres ». La deuxième chambre civile

allait adopter la même analyse (20 oct. 2005, *Bull. civ. II*, n° 271, *JCP S* 2005. 1382, note B. Boubli). Selon le mot d'un commentateur, « la justice prud'homale est à nulle autre pareille : la *parité* engendre l'*impartialité* par l'entrechoc des éventuels partis pris » (P. Morvan, *JCP G* 2004, Act. 88). Renvoi pour suspicion légitime ou récusation d'un conseiller prud'homme sont, dans cette mesure, exclus (deux autres arrêts du 19 décembre 2003 précisent, par application des art. 609 et 611 C. pr. civ., que le conseiller prud'homme dont la récusation est demandée ne devient pas partie à l'instance devant la juridiction appelée à statuer sur cette requête et que son pourvoi contre l'arrêt qui le récusé est donc irrecevable : *Bull. civ. V*, n° 320, *Dr. ouvr.* 2004. 129, 1^{re} et 2^e esp.). Si le renvoi est, malgré tout, demandé, la procédure d'examen de cette requête n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6.1, de sorte que « l'absence de publicité des débats et de la décision ne peut être sanctionnée sur le fondement » de ce texte (Soc. 21 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 115).

Il n'est pas totalement assuré que l'analyse de la chambre sociale à propos de la composition du conseil de prud'hommes corresponde aux canons de la juridiction du travail impartiale consacrés par la Cour de Strasbourg dans une affaire suédoise (CEDH 26 oct. 2004, *AB Kurt Kellerman, c. Suède*, *Dr. soc.* 2005. 803, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly). Signalons ici, en évoquant d'autres arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation intéressant une autre province du droit social, que l'article 6.1 s'est manifesté de plus retentissante manière en fondant la cassation de décisions de juridictions du contentieux technique de la Sécurité sociale, au motif que ces dernières ne constituaient pas des tribunaux indépendants et impartiaux (notamment : Soc. 17 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999. 158, note H. Liffra, *Dr. ouvr.* 1999. 141, concl. P. Lyon-Caen ; Ass. plén. 22 déc. 2000, cinq arrêts, *Dr. soc.* 2001. 282, concl. P. Lyon-Caen).

L'article 6.1 de la Conv. EDH a été sollicité dans d'autres circonstances, mais sans beaucoup plus de succès. Ainsi la chambre sociale estime-t-elle que la circonstance qu'un membre du conseil de prud'hommes, ne figurant pas dans la composition de la section appelée à statuer sur une affaire, ait donné publiquement son opinion sur le litige n'est pas de nature à mettre en cause l'impartialité de l'ensemble des membres de cette section (Soc. 26 janv. 2005, *Dr. soc.* 2006. 52, note M. Keller et T. Grumbach ; un arrêt postérieur s'exprime en termes un peu différents, en jugeant qu'une circonstance du même genre « n'est pas de nature à faire naître un doute légitime sur l'impartialité de la juridiction dans son ensemble » : Soc. 7 févr. 2006, n° 03-46290).

Moins spectaculaire parce qu'elle ne se manifeste pas à l'encontre des dispositions du droit national ou à une faculté que celui-ci semble

ouvrir, une autre exigence de l'article 6 de la Conv. EDH pourrait avoir une plus grande incidence pratique : celle du droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue « dans un délai raisonnable ». La Cour de Strasbourg a déjà eu l'occasion de relever, à l'encontre de la France, la violation de l'article 6 par méconnaissance de cette exigence dans des affaires prud'homales ayant donné lieu à exercice des voies de recours, et à notamment pourvoi en cassation (CEDH 14 nov. 2000, *Mme Delgado*, D. 2001. 2787, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; 8 avr. 2003, *Mme Jussy*, Dr. ouvr. 2003. 425 ; 28 mars 2006, *Le Béhenne*, JCP S 2006, 1431, note J. Cavallini ; v. aussi : 9 janv. 2007, JCP S 2007, 1221, note B. Gauriau). Pour cette Cour, « il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive (...) dans un délai raisonnable », et « *tel est d'autant plus le cas en matière de conflits du travail qui, portant sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une célérité toute particulière* ». L'article 6 pourrait être plus couramment et utilement invoqué sur ce terrain que sur d'autres (pour une illustration de la propension à mobiliser ce texte et des limites de cette mobilisation, v. : Civ. 2^e, 7 mai 2003, *Bull. civ. II*, n° 132, en matière de contestation de listes de candidats aux élections prud'homales).

Rappelons, une fois encore, que les conquêtes jurisprudentielles de son article 6.1 en matière de justice prud'homale s'inscrivent dans *un mouvement de promotion* de la prestigieuse Convention de 1950 dans le champ des relations du travail (*supra*, sous n° 18-26, I, C).

III. — La conciliation orientée

30. Soc. 28 mars 2000

Soc. Durafrond c. Martin et autre

(*Bull. civ. V*, n° 135 ; D. 2000. 537, note J. Savatier ;
Dr. soc. 2000. 661, obs. M. Keller ; RJS 5/00, n° 565)

ARRÊT

Sur les trois moyens réunis :

Attendu que M. Martin a été engagé en 1986 par la société Durafrond par un contrat d'adaptation à l'emploi ; qu'à l'expiration de celui-ci, les relations de travail se sont poursuivies pour une durée indéterminée ; que M. Martin a saisi le conseil de prud'hommes de demandes en paiement d'heures supplémentaires, d'un complément de prime d'intéressement et de dommages-intérêts en réparation du préjudice imputé à leur non-paiement ; que *le bureau de conciliation a*

dressé, le 21 avril 1994, un procès-verbal de conciliation ; que ce dernier mentionnait l'accord des parties sur le versement par l'employeur de l'« arriéré » de la prime d'intéressement, sur la rupture du contrat de travail à la date du 21 juin 1994 et sur le règlement de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'indemnité compensatrice de congés payés, étant précisé que l'employeur remettra, le 21 juin 1994, au salarié un certificat de travail et l'attestation ASSEDIC, et que ce dernier disposera, conformément à la convention collective applicable, d'un temps pour la recherche d'un emploi ; que le procès-verbal de conciliation prévoyait, de plus, le désistement d'instance et d'action du salarié portant sur les demandes dont il avait saisi le conseil de prud'hommes, dont notamment celle en paiement d'heures supplémentaires ; que soutenant que le procès-verbal de conciliation avait constaté une transaction conclue par les parties et que celle-ci était nulle faute de concessions de l'employeur, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de demandes en paiement d'heures supplémentaires et de congés payés afférents, d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui aurait causé le non-respect du repos compensateur ; que le syndicat départemental CFDT métallurgie de l'Ain est intervenu à l'instance pour demander la condamnation de la société Durafrroid au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice pour atteinte portée aux intérêts collectifs de la profession, qui résulterait notamment d'un dépassement des heures supplémentaires légalement autorisées ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué (Lyon, 4 avr. 1997) d'avoir accueilli ces demandes, alors, selon le premier moyen, que, premièrement, un procès-verbal de conciliation est un contrat judiciaire dressé en la forme authentique qui ne peut être attaqué que par les seules voies de nullité susceptibles d'atteindre les actes juridiques ; que l'absence de concessions réciproques n'est pas un cas de nullité du contrat judiciaire ; qu'en retenant, pour annuler le contrat judiciaire établi devant le conseil de prud'hommes, l'absence de concessions réciproques entre les parties, la cour d'appel a violé les articles R. 516-14, R. 516-15 et R. 516-41 du Code du travail ; alors que, deuxièmement, en tout état de cause, l'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité d'une transaction, s'apprécie en fonction des seules prétentions des parties au moment de la signature de l'acte ; que les juges ne peuvent, sans heurter l'autorité de chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette transaction avait pour objet de clore en se livrant à l'examen des éléments de fait et de preuve pouvant justifier les prétentions respectives des parties ; qu'en se prononçant, pour décider que la transaction litigieuse ne comportait pas de concessions réciproques, sur le caractère justifié ou non des prétentions de l'employeur au moment de la signature de la transaction, la cour d'appel a violé les articles 1134, 2044 et 2052 du Code civil ; alors que, troisièmement, l'employeur ne prend une sanction pécuniaire que s'il remet en cause un avantage de rémunération acquis, tandis qu'il se borne à faire usage de son pouvoir de direction lorsque l'avantage remis en cause est précaire et subordonné à des conditions ; que si, dans sa lettre du 15 février 1994, l'employeur avait qualifié de sanction la réduction de la prime d'intéressement du salarié, il soutenait dans ses conclusions d'appel que cette prime ne constituait pas un avantage acquis ; qu'en retenant, pour décider d'annuler la transaction litigieuse, que la réduction de la prime avait été qualifiée de sanction par l'employeur, sans rechercher si l'avantage remis en cause par ce dernier n'était pas précaire et s'il n'y avait pas lieu, en conséquence, de restituer aux faits invoqués dans la lettre du 15 février 1994 leur véritable qualification, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-42 du Code du travail et 12 du nouveau Code de procédure civile ; alors, selon le deuxième moyen, que premièrement, l'indivisibilité entre les obligations d'un

contrat résulte soit de leur objet soit de la volonté commune des parties ; qu'en l'espèce, le contrat judiciaire conclu devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes contenait, d'une part, un accord de rupture amiable du contrat de travail et, d'autre part, un accord destiné à régler un litige relatif à des rappels de salaires, dont le conseil de prud'hommes était saisi ; que les obligations résultant de ces deux accords avaient donc des objets parfaitement différents et indépendants, de sorte que le juge ne pouvait retenir l'indivisibilité entre eux sans analyser l'intention commune des parties ; qu'en retenant, pour condamner l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, que la rupture amiable formait un tout indivisible avec le désistement d'instance et devait, en conséquence, être annulé, sans analyser l'intention commune des parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1217 et 1218 du Code civil ; alors que, deuxièmement, en tout état de cause, le contrat de travail ayant été rompu d'un commun accord, la lettre de l'employeur faisant suite à cette rupture ne pouvait constituer une lettre de licenciement ; qu'en retenant, pour condamner l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, que la lettre adressée par l'employeur au salarié à la suite de l'accord intervenu était une lettre de licenciement qui ne contenait aucun motif de licenciement, la cour d'appel a dénaturé la lettre du 21 avril 1994 et ainsi violé l'article 1134 du Code civil ; alors, selon le troisième moyen, que, premièrement, les conditions particulières de travail auxquelles est soumis le salarié engagé par contrat d'adaptation ne sont pas nécessairement maintenues lorsque les relations de travail se poursuivent, à l'issue de ce contrat, par un contrat à durée indéterminée ; qu'en retenant, pour décider que le salarié avait droit à une majoration pour les heures de travail effectuées au-delà de la durée légale, que le contrat d'adaptation conclu en janvier 1986 faisait la loi des parties, sans rechercher si les conditions prévues par les parties n'avaient pas nécessairement évoluées lorsque les parties avaient convenu de poursuivre leurs relations par un contrat de travail à durée indéterminée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du Code civil et L. 981-10 à L. 981-12 du Code du travail ; alors que, deuxièmement, à partir du jour où le contrat d'adaptation s'était transformé en contrat à durée indéterminée, M. Martin avait toujours accepté sans protester ses bulletins de paie qui ne dissociaient pas la rémunération des heures de travail supplémentaires de celle des heures de travail normales ; qu'en retenant, pour décider que le salarié avait droit à une majoration pour les heures effectuées au-delà de la durée légale, que les mentions des bulletins de paie ne suffisaient pas pour démontrer l'acceptation par le salarié d'une rémunération forfaitaire mensuelle incluant un certain nombre d'heures supplémentaires, sans rechercher si le silence prolongé du salarié ajouté aux mentions expresses des bulletins de paie ne permettaient pas de faire la preuve d'une convention implicite de forfait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 212-15 du Code du travail ;

Mais attendu, d'abord, qu'aux termes de l'article L. 511-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail, les conseils de prud'hommes, juridictions électives et paritaires, *règlent par voie de conciliation* les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti ; qu'aux termes de l'article R. 516-13, le bureau de conciliation entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier. Il est dressé procès-verbal ; qu'aux termes de l'article R. 516-14, en cas de conciliation totale ou partielle, le procès-verbal mentionne la teneur de l'accord intervenu. S'il y a lieu, il précise que l'accord a fait l'objet en tout ou

partie d'une exécution immédiate devant le bureau de conciliation ; qu'aux termes de l'article R. 516-41, en cas de conciliation, des extraits du procès-verbal, qui mentionnent s'il y a lieu l'exécution immédiate totale ou partielle de l'accord intervenu, peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire ; *qu'il en résulte que la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte, ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ; que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud'homale peut être valablement saisie ;*

Et attendu qu'en constatant que le salarié n'avait obtenu en contrepartie de son désistement que des sommes qui lui étaient dues, la cour d'appel a fait ressortir que les juges conciliateurs n'avaient pas rempli leur office, en sorte que l'accord constaté par le procès-verbal de conciliation était nul ;

Attendu, ensuite, que c'est sans dénaturer les termes de la lettre précitée du 21 avril 1994 que la cour d'appel a constaté que le contrat de travail avait été rompu par une lettre non motivée et a décidé que le licenciement était, dès lors, sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel, qui a relevé qu'aucune convention prévoyant expressément un salaire forfaitaire incluant les heures supplémentaires n'avait été conclue par les parties, a procédé aux recherches prétendument omises ;

D'où il suit que les moyens ne sont pas fondés ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi (...).

OBSERVATIONS

On pourrait percevoir dans l'arrêt du 28 mars 2000 (**n° 30**) comme un écho de l'exigence de « parité des armes » que la jurisprudence déduit de l'article 6 de la Conv. EDH : les conseillers prud'hommes composant le bureau de conciliation doivent vérifier que les parties étaient informées de leurs droits respectifs. Mais cet arrêt est d'abord remarquable parce qu'il se prononce pour la première fois sur *les conditions de validité d'un procès-verbal dressé par un bureau de conciliation* et précise l'office de cette formation.

Le conseil de prud'hommes est une juridiction *conciliatrice*. Ce caractère est affiché d'entrée par l'article L. 1411-1 nouv. C. trav. : « il règle par voie de conciliation » les différends de sa compétence, et ne les tranche par jugement que si « la conciliation n'a pas abouti ». La procédure porte l'empreinte de cette vocation : le litige naît de la demande de convocation du défendeur devant le bureau de conciliation de la section compétente, et la tentative qui se déroule devant cette formation n'est pas un « préalable au procès » ou un « préliminaire de l'instance » (comme le disent trop d'arrêts, y compris l'arrêt rapporté), mais une première phase de l'instance au fond. Phase que la Cour de cassation tient pour « essentielle à l'institution ». Ce qui renforce l'exi-

gence d'une comparution personnelle des parties (ou du représentant légal de l'employeur personne morale) devant le bureau de conciliation (Soc. 9 janv. 1953, *Bull. civ.* IV, n° 32 ; 6 avr. 1957, *ibid.*, n° 446 ; 6 juill. 1978, *Bull. civ.* V, n° 577, *D.* 1979. IR. 28, obs. Ph. Langlois) et justifie, si cette tentative n'a pas eu lieu, une nullité de la procédure (Soc. 16 mars 1959, *Bull. civ.* IV, n° 414), qui peut être invoquée pour la première fois en cassation (Soc. 9 nov. 1956, *Bull. civ.* IV, n° 833), mais peut être couverte par la cour d'appel procédant elle-même à la tentative de conciliation (Soc. 12 déc. 2000, *Bull. civ.* V, n° 422 ; 26 avr. 2007, *RDT* 2007. 402, obs. E. Serverin).

La conciliation prud'homale a pourtant souffert d'un incontestable déclin, sur le double plan des règles et de la pratique. Depuis quelques années se sont multipliées les hypothèses dans lesquelles la loi dispose que la demande du salarié est portée directement devant le bureau de jugement (de la contestation du refus de certains congés spéciaux à la demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée ou de travail temporaire en contrat à durée indéterminée, en passant par la contestation d'un relevé des créances salariales par le représentant des créanciers dans une procédure collective). La Cour de cassation, au demeurant, ne tend pas à restreindre la portée de ces exceptions (Soc. 7 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 410 : cette voie raccourcie n'est pas réservée aux seuls salariés dont la mission d'intérim ou le contrat à durée déterminée est en cours d'exécution ; 2 mai 2000, *RJS* 7-8/00, n° 776 ; 4 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003. 529, obs. C. Roy-Loustau-nau, *RJS* 2/03, p. 107, avis P. Lyon-Caen : le salarié qui porte directement devant le bureau de jugement sa demande de requalification de son contrat conclu pour une durée déterminée peut présenter à cette formation toute autre demande dérivant de ce contrat ; 5 déc. 2006, *JCP S* 2007. 1277, note L. Drai). Par ailleurs, la part des affaires donnant lieu à procès-verbal de conciliation au terme de cette première phase n'a cessé de décroître. La position de l'arrêt *Société Durafrroid* est-elle de nature à majorer le crédit et l'intérêt de cette phase de la procédure prud'homale ?

Le Code du travail détermine peu l'action des conseillers en conciliation : le bureau « entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier » (art. R. 1454-10, al. 1 nouv. C. trav.). Il fixe sommairement la portée du procès-verbal constatant l'éventuelle conciliation, totale ou partielle : l'instrument mentionne la teneur de l'accord intervenu et, le cas échéant, son exécution devant le bureau (art. R. 1454-10, al. 2) ; des extraits peuvent en être délivrés qui valent titre exécutoire (R. 1454-11). Parce que le bureau de conciliation prend acte de l'accord des parties, ce procès-verbal constate en la forme authentique un *contrat judiciaire*. Ce contrat s'impose au bureau de jugement comme à la cour d'appel (Soc. 21 juin 1973, *Bull. civ.* V, n° 402),

n'est exposé à aucune voie de recours, pas même un recours en cassation (Soc. 15 déc. 1971, *Bull. civ. V*, n° 737), et ne peut être remis en cause que par une demande en nullité. Or, imaginons que l'une des parties saisisse à nouveau le conseil de prud'hommes (ou, après conciliation partielle, soumette au bureau de jugement une demande sur laquelle celle-ci avait porté) et réplique à la fin de non-recevoir opposée par son adversaire en invoquant la nullité du procès-verbal de conciliation. Quelles critiques peut-elle utilement diriger contre cet acte ? Celui-ci ne constitue-t-il pas une transaction (à effets renforcés par la force exécutoire attachée à l'*instrumentum* qui la constate) nulle à défaut de concessions réciproques ? La chambre sociale a retenu cette qualification. Elle en a déduit que, l'action tendant à faire prononcer la nullité d'une transaction après licenciement logée dans un procès-verbal de conciliation totale (donc à faire déclarer recevables les demandes du salarié en paiement des indemnités de rupture), le différend était la suite directe de la cessation du contrat de travail et relevait de la compétence prud'homale (Soc. 9 févr. 1989, *Bull. civ. V*, n° 118 ; v. aussi : Ass. plén. 4 juill. 1997, *Dr. soc.* 1997. 978, obs. G. Couturier, concernant une transaction constatée par un « procès-verbal »).

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 28 mars 2000, le salarié était revenu devant le conseil en soutenant que la transaction, constatée par le procès-verbal de conciliation était nulle faute de concession de l'employeur. Ce dernier contestait d'abord cette qualification pour s'en tenir à celle de « contrat judiciaire constaté en la forme authentique » dont l'absence de concessions réciproques ne constituait pas une cause de nullité, avant de soutenir, à titre subsidiaire, qu'il y avait bien eu concession de sa part. La chambre sociale choisit de raisonner sur un terrain qui n'est pas celui de la transaction. Elle se borne à traiter l'éventuel accord des parties à l'issue de l'audience de conciliation comme un « acte » pour s'attacher à l'action visant à le faire advenir (le terme de conciliation nomme à la fois une action et l'acte susceptible d'en naître). Elle formule alors des *exigences pour l'office du bureau de conciliation, dont la méconnaissance affecte la validité de l'accord obtenu, ruine la fin de non-recevoir, et rend pouvoir de juger au conseil (ou au bureau de jugement) sur les objets de demande qu'on avait cru « conciliés »*. Cet « acte judiciaire » qu'est la tentative de conciliation « implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles », et, pour remplir son « office », cette formation du conseil doit « notamment (vérifier) que les parties étaient informées de leurs droits », faute de quoi l'accord obtenu est nul. L'éventuelle défaillance du duo de conseillers prud'hommes pourrait d'ailleurs être révélée par la teneur de cet accord. Par exemple si, comme en l'espèce, le salarié n'a obtenu, en contrepartie de son désistement (dans le cas

de la transaction, la renonciation à toute action en justice est un élément de contenu nécessaire ou un effet légal de ce contrat spécial) « *que des sommes qui lui étaient dues* » (légalement dues) indépendamment des mérites du licenciement et de dommages-intérêts. Les conseillers auraient laissé — ou poussé — employeur et salarié se concilier à trop bon compte... pour le premier nommé !

Ces exigences valent, en bonne logique, pour la conciliation que peut obtenir le bureau de jugement (art. 127 et s. C. pr. civ.) et *a fortiori* pour l'accord résultant d'une médiation « externe » qu'il peut (ou que la cour d'appel peut) proposer aux parties (art. 131 et s. C. pr. civ.). La chambre sociale estime d'ailleurs que si l'une des parties demande l'homologation de l'accord obtenu à l'issue d'une médiation proposée par le conseil de prud'hommes ou la cour d'appel, il appartient à la juridiction de vérifier qu'il préserve les droits de chacun (Soc. 18 juill. 2001, *Bull. civ. V*, n° 279).

La Cour de cassation a réaffirmé sa position (Soc. 24 mai 2006, *Bull. civ. V*, n° 189 ; 5 déc. 2007, *RDT* 2008. 119, obs. E. Serverin : qui reprend la formule de principe de l'arrêt *Société Durafrroid* et reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le bureau de conciliation avait rempli son office et de ne pas avoir vérifié « que la transaction comportait des concessions réciproques »). Il s'agit bien, pour la Cour de cassation, d'accroître l'utilité de l'audience de conciliation, afin qu'elle soit autre chose qu'une formalité dont on attend surtout la fixation de la date d'audience du bureau de jugement. Faute de pouvoir forcer les parties à se présenter avec des dossiers suffisamment préparés et une disposition à rechercher un éventuel accord, il convient qu'une intervention active des conseillers permette au moins de clarifier les objets de demande et les positions de chacun, c'est-à-dire serve le rôle de mise en état que peut jouer cette phase. Il y a là comme une *mise en garde face à la vogue de la « justice douce », « négociée »*. L'exaltation des « modes alternatifs de règlement des différends » n'est parfois que celle de l'arrangement à tout prix, quand il ne s'agit pas seulement d'accélérer le traitement des affaires, voire de dispenser des juges de dire le droit et de trancher. Solution négociée des litiges, soit, mais véritablement négociée !

Bienvenu à divers égards, l'arrêt *Société Durafrroid* doit être rapproché de l'orientation de la Cour de cassation en matière de transaction en contexte de rupture du contrat de travail (v. *infra* n°s 119-121). Il surprend toutefois en induisant de la teneur de l'accord obtenu en conciliation — le salarié n'en retirait que ce qui lui était légalement dû (mais qu'il n'aurait sans doute pas perçu s'il n'avait saisi la justice !) — que les conseillers avaient failli à leur mission de vérifier que les parties étaient informées de leurs droits respectifs. Un pas de plus et l'idéal d'un « accord des parties préservant les droits de chacune

d'elles » deviendrait le canon de validité de toute conciliation prud'homale ! Ce qui équivaldrait à n'admettre que les accords procurant le même résultat qu'un jugement selon les règles de droit applicables (convenant, par exemple, du versement d'une indemnité pour licenciement injustifié d'un montant au moins égal à ce que prescrit l'art. L. 1235-3, al. 2 nouv. C. trav.). On doute pourtant que la Cour irait jusque-là. Mais l'arrêt *Société Durafrroid* a rendu possible la remise en cause de procès-verbaux de conciliation et ouvert la voie à des débats sur leur teneur ou les circonstances de leur obtention, équivalents aux débats devant le bureau de jugement que la conciliation était censée éviter.

31-34

L'ACTION EN JUSTICE

**31. Soc. 10 mars 1965 — 32. CE 21 octobre 1994 —
33. Crim. 7 octobre 1959 — 34. Soc. 3 mai 2007**

I. — La diffusion de la qualité pour agir

31. Soc. 10 mars 1965

***Union parisienne des syndicats de la métallurgie CFTC
c. Soc. General Motors France***

(*Bull. civ. IV*, n° 214 ; *D.* 1965. 624, note J. Villebrun)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1^{er} du Livre IV du Code du travail ; Attendu que l'Union parisienne des syndicats de la métallurgie CFTC, *agissant au nom de ses adhérents en vertu de l'article 31 t du Livre I^{er} du Code du travail*, a formé contre la société anonyme Général Motors France une demande en modification sous astreinte du choix de la Caisse de retraites complémentaires à laquelle les demandeurs auraient été affiliés en violation de l'annexe III à la convention collective de la métallurgie du 13 février 1959 ainsi qu'en paiement de dommages-intérêts pour chacun d'eux ; que l'arrêt attaqué a déclaré la juridiction prud'homale incompétente pour en connaître, au motif que l'objet de l'action, que ne modifiait pas la demande de condamnation à une astreinte et à des dommages-intérêts, était l'interprétation de la convention collective, et non son exécution, ce qui relevait du tribunal de grande instance ;

Qu'en statuant ainsi alors que *lesdites demandes de condamnation présentées au nom des salariés individuellement à l'encontre de leur employeur étaient de la compétence du conseil de prud'hommes, qui devait statuer même s'il y avait lieu d'appliquer une disposition de la convention collective donnant lieu à interprétation*, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : Casse et annule l'arrêt rendu entre les parties par la cour d'appel de Paris le 3 novembre 1959 ; remet en conséquence la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans.

32. CE 21 octobre 1994**Soc. Tapis Saint-Maclou**

(Lebon, p. 451 ; *Dr. soc.* 1995. 139, concl. J.-C. Bonichot)

ARRÊT

Considérant que par la requête susvisée, la société Tapis Saint-Maclou demande au Conseil d'État, d'une part, d'annuler l'article 4 du décret du 6 août 1992, insérant dans le Code du travail un article R. 262-1-1 et, d'autre part, en exécution d'une ordonnance du 14 août 1993 du président du tribunal de grande instance de Paris, d'apprécier la légalité du même article R. 262-1-1 du Code du travail : *Sur les conclusions à fin d'annulation* (sans intérêt). *Sur les conclusions en appréciation de validité* de l'article R. 262-1-1 du Code du travail, issu de l'article 4 du décret n° 92-769 du 6 août 1992 :

Considérant qu'aux termes de l'article R. 262-1-1 du Code du travail : « L'inspecteur du travail peut, notwithstanding toutes poursuites pénales, saisir en référé le président du tribunal de grande instance pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de service au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions du chapitre 1^{er} du titre II du livre II du Code du travail... Le président du tribunal peut notamment ordonner la fermeture le dimanche du ou des établissements concernés. Il peut assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor » ;

Considérant que les dispositions du nouveau Code de procédure civile, et notamment *les dispositions de l'article 31 dudit code relatives à l'intérêt pour agir, n'ont pas pour objet d'habiliter l'autorité administrative à agir au nom de l'État devant le juge civil aux fins de faire respecter la loi ; qu'il n'appartient qu'au législateur de définir les cas et les conditions dans lesquels une telle action pourrait être formée ; que ni les dispositions de l'article L. 611-1 du Code du travail ni aucune autre disposition du même code ne prévoient que l'inspecteur du travail puisse demander au juge civil des référés d'ordonner les mesures propres à faire cesser l'emploi de salariés en méconnaissance des dispositions relatives au repos dominical* ; que, par suite, la société requérante est fondée à soutenir qu'en édictant les dispositions de l'article 4 du décret du 6 août 1992, les auteurs dudit décret ont excédé leurs pouvoirs ;

Décide : Art. 1^{er}. — Les conclusions tendant à l'annulation de l'article 4 du décret du 6 août 1992 sont rejetées. Art. 2. — Il est déclaré que l'article R. 262-1-1 du Code du travail est entaché d'illégalité. Art. 3. — La présente décision sera notifiée à la Société Saint-Maclou et au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle.

OBSERVATIONS

L'action en justice dans le domaine des relations du travail salarié est d'abord régie par les règles générales gouvernant l'accès aux tribunaux judiciaires et administratifs. À commencer, pour les juridictions civiles, par l'article 31 du Code de procédure civile : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet

d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé » (A). Mais il faut compter avec des dispositions spéciales, *déroatoires* à cette règle qui est réputée inscrire en droit positif l'adage « Nul ne plaide par procureur » (B), sans que la faculté d'agir en justice soit aussi largement reconnue qu'on pourrait le concevoir (C).

A. — Le jeu du droit commun

Le procès devant le conseil de prud'hommes met le plus souvent en présence un salarié ou ancien salarié, demandeur, et son employeur ou ancien employeur. Parfois, plusieurs salariés forment des demandes identiques (éléments de salaires, indemnités liées à leur licenciement, etc.), et leurs affaires sont jointes sans échapper pour autant à la compétence prud'homale (*supra*, arrêt n° 18). Il est plus exceptionnel qu'un employeur soit demandeur contre son salarié ou ancien salarié. Demandeurs et défendeurs exercent alors une action qui ne pose guère de problème de recevabilité au regard de l'article 31 du Code de procédure civile. Notons seulement que, selon la chambre sociale, l'action du salarié relativement à son contrat de travail est, malgré sa dimension patrimoniale, exclusivement attachée à sa personne, et ne saurait donc être exercée ni par ses créanciers, ni par ses représentants légaux (Soc. 31 janv. 2001, *Dr. soc.* 2001. 424, note B. Gauriau). Cela vaut en particulier pour l'action visant à faire reconnaître l'existence d'un contrat de travail, qui ne saurait être exercée par les organes d'une procédure collective (Soc. 13 juill. 2004, *Bull. civ.* V, n° 217), ni même par un syndicat usant de la qualité pour agir exceptionnelle que lui reconnaît la règle spéciale de l'article L. 2132-3, al. 2 nouv. C. trav. (Soc. 23 janv. 2008, n° 05-16.492 P, *Sem. soc. Lamy*, 4 févr. 2008, n° 1339 : syndicat ayant fait assigner, devant le tribunal de grande instance, deux sociétés entre lesquelles une unité économique et sociale avait été reconnue, afin de faire juger que l'une était co-employeur des salariés de l'autre).

On conçoit qu'une action puisse se heurter à l'exigence d'un intérêt « né et actuel » (Soc. 15 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003. 726, 1^{re} esp., note G. Couturier, *D.* 2003, Somm. 1655, obs. B. Géniaut : des salariés, concernés par un projet de licenciement économique, mais qui n'ont pas encore été licenciés sont sans intérêt à agir en nullité de la procédure de licenciement). Par ailleurs, l'utilité d'une demande est tributaire d'une claire tendance de la jurisprudence à réserver à une partie la faculté d'invoquer la méconnaissance de certaines règles en considération de l'intérêt que celles-ci protègent. Le fondement de cette *sélection*

des sujets ayant qualité pour invoquer la règle s'apparente à celui de la classique distinction de la nullité absolue et de la nullité relative des actes juridiques, et n'est pas sans lien avec l'idée d'ordre public, à moins qu'on le trouve dans une norme aux manifestations inconstantes et à la teneur incertaine (est-ce ce que nomme, sans l'énoncer, l'adage *Nemo auditur* ou ce que certains auteurs identifient aujourd'hui comme un « principe de cohérence » ?). En tout cas, cette sélection affecte l'exercice de l'action en justice, celle d'employeurs essentiellement, mais aussi celle de l'AGS. Elle se manifeste, par exemple, en matière de prohibition des engagements perpétuels (seul le salarié peut invoquer sa violation : Soc. 5 nov. 1984, *JCP* 1985. II. 20510), de prohibition des clauses-couperet de l'article L. 1237-4 nouv. C. trav. (l'employeur est « irrecevable à s'en prévaloir » : Ass. plén. 6 nov. 1998, *Bull. Ass. plén.* n° 3, rapp. Bouscharain, concl. L. Joinet, *Dr. soc.* 1999. 94, obs. J. Savatier), de règles encadrant le recours au contrat à durée déterminée (seul le salarié peut se prévaloir de leur méconnaissance, à l'exclusion de l'employeur : Soc. 16 juill. 1987, *Dr. soc.* 1989. 361, *infra*, arrêt n° 35 ; 13 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 418, obs. J. Savatier ; 17 janv. 1996, *RJS* 3/96, n° 252 ; à l'exclusion aussi de l'AGS, sauf fraude par elle démontrée : Soc. 4 déc. 2002, *D.* 2003. 373, note J.-P. Karaquillo, *Dr. soc.* 2003. 293, avis P. Lyon-Caen ; 7 avr. 2004, *Bull. civ.* V, n° 106).

L'action en justice est l'objet d'une prérogative qu'aujourd'hui l'on qualifie volontiers, de « liberté fondamentale » ou de « droit fondamental », particulièrement protégée dans son exercice par un salarié à raison de certains faits ou de la méconnaissance de certaines règles. Deux dispositions du Code du travail déclarent « nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice » engagée par lui ou en sa faveur sur le fondement des règles de non-discrimination des articles L. 1132-1 et s. (art. L. 1134-4 nouv. C. trav., repris de l'art. L. 122-45-1) ou des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art. L. 1144-3, succédant à l'art. L. 123-5), lorsqu'il est établi que cet acte de rupture est dépourvu de cause réelle et sérieuse et « constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice ». Dans ces deux cas, le texte légal ajoute que « la réintégration est de droit et le salarié est considéré comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi ». La Cour de cassation n'excluant plus, au moins depuis l'arrêt *Clavaud* (Soc. 28 avr. 1988, *Dr. soc.* 1988. 428, concl. H. Ecoutin, obs. G. Couturier, *Dr. ouvr.* 1988. 250, concl. H. Ecoutin, note A. Jeammaud et M. Le Friant) et ainsi qu'en témoignent des décisions plus récentes s'appuyant sur l'article L. 120-2 devenu L. 1121-1 nouv. C. trav. (Soc. 28 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 127, *JCP S* 2006. 1382, note P.-Y. Verkindt), qu'un licenciement puisse être nul, même en l'ab-

sence de prévision légale, s'il est attentatoire à un droit ou une liberté fondamentale, *on pourrait penser qu'est nul tout licenciement ripostant à une action en justice du salarié*. La Cour, pourtant, ne s'est pas engagée dans cette voie. En témoignent des arrêts confirmant qu'est nul, même en l'absence de disposition expresse, le licenciement prononcé en violation d'une liberté fondamentale, mais écartant cette nullité alors que le licenciement contesté avait suivi de peu un jugement de requalification de son contrat obtenu par le salarié (Soc. 13 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 87 ; 28 mai 2003, n° 02-43.691 ; v. *infra*, sous n° 67). Selon une récente décision de la chambre sociale, « hors le cas visé à (l'article L. 1144-3) du Code du travail, le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe "à travail égal, salaire égal" n'encourt pas la nullité » (Soc. 20 févr. 2008, n° 06-40.085, 06-40.615 P, *Sem. soc. Lamy*, n° 1344, 10 mars 2008, p. 8, rapport H. Gosselin, *D.* 2008. AJ. 790 : le pourvoi « réclamait » la nullité en présentant, à tort, la méconnaissance du principe en question comme une discrimination au sens de l'art. L. 1132-1 nouv. C. trav.). Pourtant, par-delà la liberté ou le droit d'agir assuré par le droit national, n'est-ce pas le « droit de l'homme » ou la « liberté fondamentale » garanti par l'article 6 de la Conv. EDH que viole tout licenciement faisant figure de mesure de rétorsion consécutive à une action en justice du salarié ?

B. — La faveur pour l'action en justice des organisations

Une organisation volontaire de travailleurs ou d'employeurs, un organe de représentation des intérêts des salariés peuvent aussi prétendre agir sur le fondement de l'article 31 du Code de procédure civile, pour la défense de ce qui apparaît pour elles comme un intérêt personnel en raison de leur objet statutaire ou légal.

La condition première étant que ces entités constituent des sujets de droit, on rappellera que *c'est à propos de la recevabilité d'actions en justice qu'ont jadis été traitées et réglées les questions de la personnalité juridique de divers organes de représentation des intérêts des salariés*. L'enjeu de la question de droit tranchée par la chambre civile de la Cour de cassation dans le célèbre arrêt du 28 janvier 1954 (*D.* 1954. 217, note G. Levasseur, *Dr. soc.* 1954. 161, note P. Durand), était la recevabilité d'une action contre un comité d'établissement, celui d'interrogations ultérieures sur la personnalité de la section syndicale d'entreprise (Soc. 22 mars et 18 juill. 1979, *Dr. soc.* 1980. 44, note J. Savatier) ou du comité de groupe (Soc. 23 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990. 322, note J. Savatier), était la recevabilité d'actions introduites

par une section ou un comité de ce type, celui de la question de la personnalité du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail était de faire de cet organe le protagoniste d'un litige inhérent à sa mission (Soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 516, *JCP* 1992. II. 21856, note H. Blaise). Le libéralisme réaliste de la Cour (« *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites...* ») — interprété comme adhésion à la « théorie de la réalité des personnes morales » — a contribué à diffuser à divers acteurs collectifs, au-delà des prévisions de la loi, une aptitude à agir en justice propre à améliorer l'exercice de leur mission et le respect du droit du travail. Le déni de personnalité de la section syndicale n'entrave guère l'action en justice, puisque le syndicat dont elle n'est qu'une émanation joue ou n'a qu'à jouer le rôle de demandeur ou défendeur.

Les *syndicats professionnels*, d'ailleurs, sont *bien traités* par le droit français sur le plan de l'action en justice, et la Cour de cassation a joué, à cet égard, un rôle essentiel. L'arrêt des chambres réunies du 5 avril 1913 (*D.* 1914. I. 65, rapp. Falcimaigne, concl. Sarrut, *S.* 1920. I. 49, note A. Mestre) avait fait sensation en admettant la recevabilité de l'action civile d'un syndicat (de viticulteurs) jointe à l'action publique diligentée contre un producteur prévenu de falsification de vin par addition d'eau, au motif que cette action civile avait pour objet d'assurer « *la protection de l'intérêt collectif de la profession, envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat* ». Il a connu plus qu'un destin jurisprudentiel, puisqu'il a directement inspiré le législateur. La loi du 12 mars 1920 allait créer une disposition, bientôt accueillie à l'article 11 du livre III du premier Code du travail, reprise en 1973 à l'article L. 411-11 du Code du travail, et désormais inscrite dans l'article L. 2132-3. Recevable dès lors que les faits ou actes litigieux concernent *l'intérêt collectif de la profession*, cette « *action syndicale* » bénéficie à tout syndicat professionnel, et a d'abord bénéficié aux syndicats d'agriculteurs, commerçants et industriels, avant d'être largement pratiquée par ceux de travailleurs dépendants, salariés ou fonctionnaires. Qu'elle soit ouverte par une disposition du Code du travail, comme toutes celles composant le « statut juridique des syndicats », ne doit pas abuser. Mais le législateur allait en outre habiliter les *syndicats de salariés* à exercer dans certains cas, au nom et pour le compte de salariés, les actions en justice que ces derniers pourraient personnellement exercer.

L'exception à « nul ne plaide par procureur » est plus frappante encore avec ces dispositions inspirées par le souci d'assurer l'exercice effectif de droits et actions en justice nées de la négociation collective (cas de l'article 31 V du livre I^{er} du premier Code du travail, issu de

la loi de 1919 sur les conventions collectives, en cause dans l'arrêt du 10 mars 1965, n° 31) ou « appartenant » à des travailleurs qui paraissent en situation particulière de faiblesse (travailleuses à domicile). Limitées jusqu'à 1981, ces hypothèses dans lesquelles un syndicat peut se présenter comme « procureur d'un intérêt individuel » se sont multipliées au gré des réformes législatives des années 1980.

La constitutionnalité d'une disposition législative créant une telle « *action de substitution* » (celle de l'art. L. 1235-8 nouv. C. trav.) a été mise en question au nom du principe de la liberté syndicale et même de l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 (les organisations syndicales seraient ainsi placées « au-dessus des individus » et atteinte serait portée à la liberté, notamment la liberté de conscience des salariés). Elle a cependant été *reconnue par le Conseil constitutionnel* (25 juill. 1989, 89-257 DC, *Dr. soc.* 1989, 627, note X. Prétot, p. 701), dans la mesure où les modalités de cet exercice, par un syndicat, de l'action en justice d'un salarié garantissent le respect de la liberté syndicale et de la liberté personnelle de l'intéressé (il doit être averti et pouvoir s'opposer à l'initiative du syndicat). Cette réserve d'interprétation a été immédiatement prise en compte par les auteurs de textes législatifs et réglementaires ouvrant la voie à de telles actions de substitution.

C. — Les limites de la diffusion de la qualité pour agir

L'arrêt du Conseil d'État *Société Tapis Saint-Maclou* rendu le 21 octobre 1994 sur demande d'appréciation de la légalité d'une disposition réglementaire (arrêt n° 32) est *clairement défavorable à l'action de l'inspecteur du travail devant le juge civil*. Était en cause un article inséré dans le Code du travail par un décret de 1992 et qui permettait à l'inspecteur du travail, nonobstant toutes poursuites pénales, de saisir en référé le président du tribunal de grande instance pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser, dans les établissements de vente au détail et de prestations au consommateur, l'emploi illicite de salariés en infraction aux règles sur le repos dominical (par exemple faire ordonner la fermeture le dimanche). Les auteurs de ce décret avaient-ils excédé leurs pouvoirs ? À cette question la Haute juridiction répond par l'affirmative, contre les conclusions du commissaire du gouvernement, en estimant implicitement que seule la loi (en vertu de l'art. 34 de la Constitution) aurait pu donner à l'inspecteur du travail une qualité pour agir en justice que ne lui assuraient ni l'article 31 du Code de procédure civile (encore « nouveau » à l'époque), ni ce qui est désormais l'article L. 8112-1 nouv. C. trav.

Pourtant, le second de ces textes chargeait et charge encore les inspecteurs du travail de « *veiller à l'application des dispositions du*

Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail...». Voilà qui donne à ces fonctionnaires un évident « *intérêt légitime au succès* » de toute demande de mesure propre à ramener au respect des règles dont le contrôle leur incombe. On n'objectera pas qu'ils disposent de la voie pénale car, si le même article les charge aussi de « constater [...] les infractions à ces dispositions », cela ne vaut que pour les règles dont la méconnaissance est pénalement incriminée, alors que le contrôle confié à l'inspection du travail concerne le respect de toutes les règles du droit étatique et conventionnel du travail. Au demeurant, ils constatent les infractions mais n'exercent pas l'action publique (leurs procès-verbaux sont transmis par la voie hiérarchique au parquet qui apprécie l'opportunité de la poursuite). Aussi contestable soit-elle, la position exprimée par cet arrêt a pour conséquence que l'inspecteur du travail n'a qualité pour agir en justice (saisir le président du TGI en référé) que dans les quelques hypothèses prévues par un texte légal : les articles L. 4732-1 et L. 4732-2 nouv. C. trav. en matière d'hygiène et de sécurité, et l'article (désormais L. 3132-31) créé par la loi du 19 janvier 2000 en reprenant la disposition déclarée illégale par l'arrêt *Société Tapis Saint-Maclou*. On dira que l'inspecteur a toujours la faculté d'alerter le ministère public qui, au civil, a qualité pour agir comme partie principale « *pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* » (art. 423 C. pr. civ.). Mais cette qualité pour agir au civil — en pratique devant le tribunal de grande instance, au fond ou en référé — en présence d'une situation méconnaissant des dispositions de droit du travail réputées d'ordre public est fort peu utilisée par les parquets. Faute de temps, de moyens, de sensibilité au droit du travail, ou par culture trop exclusivement pénaliste, sans doute.

Cet arrêt du Conseil d'État mérite de demeurer parmi les balises de la jurisprudence en droit du travail parce qu'il illustre *une réticence à élargir, au-delà des prévisions légales, la catégorie des protagonistes des relations du travail qualifiés pour agir en justice au service d'intérêts qui ne sont pas strictement leurs intérêts propres*. On songe, ici, à l'action du comité d'entreprise. Certes, et dans le droit fil de sa traditionnelle faveur pour la recevabilité du recours pour excès de pouvoir qui contribue à la sauvegarde de la légalité (celle qui, par exemple, lui fait admettre la recevabilité de recours formés par des groupements dépourvus de personnalité juridique), le Conseil a jugé recevables des recours en annulation ou suspension dirigés par des comités d'entreprise contre des actes administratifs « de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel » de l'entreprise (CE Ass., 22 déc. 1982, *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipement pour la navigation aérienne*, Lebon, p. 435, *Dr. soc.* 1983. 676, note

J.-P. Dubois ; 3 mars 2006, *Société F.-C. Oberthur Fiduciaire et Ministre de l'Intérieur*, JCP S 2006. 1490, note R. Vatinet) ou touchant aux intérêts des salariés « dont l'article 431-4 [art. L. 2323-1 nouv. C. trav.] lui a confié la charge » (CE, 1^{er} déc. 1993, *Comité d'entreprise de la Société française de munitions*, Lebon, Tables, p. 939). Mais tout autre est la question de la recevabilité de l'action de la représentation élue du personnel contre les décisions de l'employeur ou d'autres acteurs de ces relations du travail : elle concerne l'ouverture de ce champ au contentieux, et la répartition des missions entre syndicats de salariés et élus du personnel.

La Cour de cassation admet évidemment la recevabilité de l'action du comité lorsque sont en jeu ses intérêts propres (son fonctionnement, ses moyens, le respect de ses attributions), et les actions en justice de comités se sont multipliées sans véritable contestation dans le domaine de l'emploi et des licenciements pour motif économique (v. *infra* les espèces de divers arrêts majeurs, n° 108 et s.). Elle estime, en revanche, que cette institution représentative n'a pas qualité pour critiquer un accord collectif d'entreprise (Soc. 1^{er} juin 1994, *Dr. soc.* 1994. 715, obs. A. Lyon-Caen), ni pour agir en défense des droits que les salariés peuvent tenir d'un tel accord qu'elle n'avait pas qualité pour signer (Soc. 19 mars 1997, *Dr. soc.* 1997. 544, obs. G. Couturier et obs. J. Savatier), ni pour agir en exécution d'un tel accord (Soc. 20 sept. 2006, *Bull. civ.* V, n° 278, *RDT* 2007. 254, obs. G. Borenfreund), ni pour défendre les intérêts collectifs de la profession (Soc. 23 oct. 1985, *Dr. soc.* 1987. 101, note J. Savatier). Elle souligne, plus généralement, que « le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ou de se joindre à l'action de ces derniers, lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause » (Soc. 14 mars 2007, *Bull. civ.* V, n° 51, *JCP S* 2007. 1943, note R. Vatinet, *RDT* 2007. 401, obs. E. Andreo, *Dr. soc.* 2007. 1153, note M. Véricel ; v. déjà Soc. 18 mars 1997, *préc.*). Cette position est très controversée (v. notamment, à propos de l'arrêt de 2007, outre les commentaires accompagnant sa publication : O. Gouël, *Sem. soc. Lamy*, n° 1306, 7 mai 2007, p. 13 ; E. Andreo, obs. *RDT* 2007. 401 ; P. Maynial et M. Keller, « Controverse », *RDT* 2007. 428). S'il est vrai que le comité ne représente pas, à proprement parler, les salariés (individuellement considérés, en tant que sujets de droit, ou comme collectivité du personnel dépourvue de personnalité juridique), on peut regretter que la Cour de cassation ne reconnaisse pas plus grande portée à la disposition du Code du travail qui lui assigne pour mission fondamentale « d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise (...) » (art. L. 431-4, repris

par l'art. L. 2323-1 nouv. C. trav.). Cet énoncé n'a rien d'un « neutron législatif », mais possède au contraire une signification normative, et une signification normative propre qui en fait de surcroît la règle-matrice des dispositions subséquentes précisant et équipant ses attributions. La raison profonde du choix de « lecture » du code opéré par la chambre sociale réside sans doute dans le risque de double emploi ou au contraire de conflit avec les initiatives procédurales d'organisations syndicales, en revanche favorisées par la loi et la jurisprudence.

II. — L'action en justice des syndicats

33. Crim. 7 octobre 1959

Synd. des salariés des industries chimiques et parachimiques c. Puiseux et autres

(*Bull. crim.* n° 410 ; *D.* 1960. 294, note J.-M. Verdier ;
JCP 1961. II. 12170, note R. Vouin)

ARRÊT

La Cour : — Statuant sur le pourvoi formé par le syndicat départemental CFTC des salariés des industries chimiques et parachimiques contre un arrêt du 3 juillet 1958 de la cour d'appel de Riom, qui a déclaré ledit syndicat irrecevable dans son action contre Puiseux, Durin, Léger et Mornaco et contre la Société Manufacture française de pneumatiques Michelin, Puiseux, Durin et Cie, du chef d'enclave au fonctionnement d'un comité d'entreprise ;

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 2 et 3 du Code d'instruction criminelle, violation des articles 2, 10 et 11 du livre III du Code du travail, de l'ordonnance du 22 février 1945 et 7 de la loi du 20 avril 1910 ; défaut de motifs et manque de base légale, en ce que l'arrêt attaqué (Riom 3 juill. 1958), a déclaré irrecevable l'action du syndicat demandeur aux motifs que l'intérêt en cause était limité à certains travailleurs d'une entreprise et non à l'ensemble de la profession, et même aux intérêts collectifs que le syndicat représente ; que les comités d'établissement ou le comité central d'entreprise ont la possibilité de se constituer eux-mêmes parties civiles ou de demander au ministère public d'exercer des poursuites ; que les justifications du préjudice subi par la profession n'auraient pas été données, alors, d'une part, qu'un syndicat professionnel groupant certains membres d'une entreprise est habilité à se porter partie civile pour obtenir le respect des dispositions légales relatives à la protection ou à la représentation des salariés de cette entreprise et, spécialement, des dispositions relatives au fonctionnement des comités d'entreprise ou d'établissement ; alors, d'autre part, qu'en admettant que la loi du 22 février 1945 et le décret du 2 novembre 1945 aient conféré aux comités d'entreprise ou d'établissement une action collective leur permettant de poursuivre directement devant la juridiction correctionnelle les entraves qui pourraient être apportées à leur fonctionnement, ces dispositions n'ont pu avoir ni pour but ni pour résultat de restreindre l'exercice du droit d'agir en justice accordé aux syndicats professionnels par le Code du

travail ; alors, enfin, que le syndicat demandeur justifiait de l'existence du préjudice subi par la profession par l'existence même des entraves apportées au fonctionnement du comité d'établissement ;

Attendu que les syndicats professionnels sont habilités par l'article 2 du livre III du Code du travail à exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ;

Attendu que le syndicat demandeur avait cité directement les sieurs Puiseux, Durin, Léger et Mornaco à comparaître devant le tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand, sous la prévention d'avoir porté atteinte au fonctionnement du comité d'établissement de la Manufacture française des pneumatiques Michelin à Clermont-Ferrand ; que la citation énumérerait vingt faits précis reprochés aux prévenus ;

Attendu que l'arrêt attaqué énonce que le comité en cause est un simple comité d'établissement ; que les Établissements Michelin possèdent d'autres usines et manufactures en France, qu'à Clermont-Ferrand même existent aussi d'autres usines de pneumatiques appartenant à d'autres firmes étrangères à Michelin, que l'intérêt en cause se limite tout au plus à certains travailleurs d'une entreprise déterminée et nullement à l'ensemble de la profession, ni même aux intérêts collectifs que le syndicat représente, ; qu'en ce qui concerne les intérêts particuliers à une entreprise les comités d'établissement ou le comité central ont la possibilité d'exercer des poursuites ou de porter plainte ; qu'en l'espèce plainte a été déposée par le comité d'établissement puis abandonnée ; qu'enfin la citation ne donne par les moindres justifications ou précisions sur l'existence d'un préjudice, chiffré arbitrairement à 1 000 000 de francs, qui serait subi par la profession représentée par son syndicat et qu'il conviendrait de réparer ;

Attendu qu'en déduisant de ces énonciations l'irrecevabilité de l'action du syndicat ; les juges du fond ont méconnu le sens et la portée des textes visés au moyen ; qu'en effet les attributions conférées aux comités d'entreprise par l'article 2 de l'ordonnance du 22 février 1945, modifiée par la loi du 16 mai 1946 et par l'ordonnance du 28 février 1958, concernant les conditions collectives de travail et de vie du personnel ainsi que la gestion ou le contrôle de toute œuvre sociale établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés et de leurs familles ; qu'aux termes de l'article 21 de ladite ordonnance les comités 'établissement, dont la composition et le fonctionnement sont identiques à ceux des comités d'entreprise, ont, dans le cadre de l'établissement, les mêmes attributions que ces derniers ; que ces attributions concernant bien l'intérêt collectif de la profession, même lorsqu'en fait l'activité d'un comité ne concerne qu'un nombre limité d'ouvriers ; que les syndicats professionnels ont donc qualité pour intervenir dans le cas d'entrave au fonctionnement d'un comité d'entreprise ou d'établissement et éventuellement par ce comité lui-même ; que *le fait de porter entrave au fonctionnement du comité, prévu et réprimé par l'article 24 de l'ordonnance précitée, est en lui-même constitutif, s'il est établi, du préjudice subi par l'ensemble de la profession, et dont les syndicats professionnels ont qualité pour demander réparation* ; d'où il suit que le moyen doit être accueilli ;

Et attendu que si, aux termes de l'article 567 du Code de procédure pénale, la partie civile ne peut se pourvoir que quant aux dispositions relatives à ses intérêts civils, cette restriction des effets de son pourvoi n'a lieu que lorsque la décision a statué au fond, et non quand elle n'a jugé, comme en l'espèce, que sur la recevabilité de l'action par laquelle la partie civile a saisi le tribunal tant de l'action publique que de l'action civile ; que, par suite, il échet que la juridiction de renvoi statue sur la prévention tant au point de vue pénal qu'au point de vue des intérêts civils ;

Par ces motifs, casse (...), renvoie devant la cour d'appel de Limoges.

34. Soc. 3 mai 2007

SOFACO c. Syndicat de la métallurgie de la Loire CFDT

(*Bull. civ. V*, n° 68 ; *RDT* 2007. 536, obs. G. Borenfreund ; *JCP S* 2007. 1918, note R. Vatinet ; *D.* 2007, AJ. 1504, obs. A. Fabre ; *Sem. soc. Lamy* n° 1316, 16 juill. 2007, comm ; O. Gouël)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 4 février 2005), que les salariés de la Société de fabrication et de commercialisation (SOFACO) ont ratifié le 29 septembre 1992 à la majorité des deux tiers un contrat de participation aux résultats de l'entreprise proposé par l'employeur ; que ce contrat, conclu pour une durée de cinq années à compter du 1^{er} juillet 1991, prévoyait que sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties contractantes trois mois au moins avant la date de son échéance normale, il se renouvelerait par tacite reconduction et par exercice ; que la société SOFACO ayant cessé d'appliquer le contrat à compter de l'exercice ouvert en 1995, le syndicat de la métallurgie de la Loire CFDT a saisi la juridiction civile d'une demande tendant à sa condamnation à constituer une réserve spéciale de participation pour les exercices 1995, 1996 et 1997 et à la répartir entre les salariés de l'entreprise conformément au contrat de participation ;

Sur le premier moyen : (sans intérêt)

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société SOFACO fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable l'action du syndicat de la métallurgie de la Loire CFDT, alors, selon le moyen :

1°/ que le syndicat non signataire d'un accord collectif n'est recevable à en demander l'exécution sur le fondement de l'article L. 411-11 du Code du travail, qu'à la condition qu'il s'agisse d'un accord étendu par voie réglementaire ; qu'en conséquence le syndicat de la métallurgie de la Loire CFDT, non signataire de l'accord de participation du 29 septembre 1992, simple accord d'entreprise insusceptible d'extension, était irrecevable à en demander l'exécution ; qu'en admettant néanmoins la recevabilité de l'action du syndicat, la cour d'appel a violé l'article L. 411-11 du Code du travail ;

2°/ que le syndicat qui agit pour la défense des intérêts collectifs des salariés sur le fondement des dispositions de l'article L. 411-11 du Code du travail est irrecevable à défendre en son nom propre les intérêts individuels du salarié ; qu'en conséquence, en condamnant, à la demande du syndicat, la société SOFACO à payer des sommes au titre de la participation pour les années 1995, 1996 et 1997, et à répartir ces sommes entre les salariés de l'entreprise, la cour d'appel a violé l'article L. 411-11 du Code du travail ;

Mais attendu d'abord qu'*indépendamment de l'action réservée par l'article L. 135-5 du Code du travail aux syndicats liés par une convention ou un accord collectif de travail, les syndicats professionnels sont recevables à demander sur le fondement de l'article L. 411-11 de ce code l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession* ;

Attendu ensuite que la cour d'appel qui a relevé que l'action du syndicat de la métallurgie de la Loire CFDT tendait à la condamnation de l'employeur à consti-

tuer une réserve spéciale de participation d'un certain montant pour chacun des exercices litigieux ainsi qu'à sa répartition entre les salariés de l'entreprise et non à la constitution de droits déterminés au profit de salariés nommément désignés, *en a exactement déduit que le syndicat ne défendait pas en son nom propre les intérêts individuels des salariés* ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le troisième moyen : (sans intérêt)

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Organisations syndicales de salariés et d'employeurs assurent quotidiennement, par l'intermédiaire de leurs militants « défenseurs prud'homaux », l'assistance de personnes parties à un litige prud'homal (art. R. 1453-2 nouv. C. trav.). Si cette activité constitue la modalité la plus ordinaire de sa pratique sur le terrain judiciaire, l'organisation dont un délégué assiste un plaideur n'exerce pas une action en justice. En revanche, un syndicat professionnel peut être partie à un procès à trois titres différents : soit qu'il introduise une *action propre*, recevable en raison de son « intérêt légitime » (au sens de l'art. 31 C. pr. civ.), soit qu'exerçant une *action de substitution* il soumette *au nom et pour le compte d'une personne physique* (un salarié) une demande que pourrait former cette dernière, soit qu'il exerce une action dite « *syndicale* » en invoquant la défense de *l'intérêt collectif de la profession* (art. L. 2132-3, al. 2 nouv. C. trav.).

A. — L'action dans l'intérêt propre du syndicat

Dès lors que son « intérêt légitime » propre, au sens de l'article 31 du Code de procédure civile est en jeu, tout syndicat peut, en tant que personne juridique, ester en justice. Les actions en justice qui ont accompagné des épisodes de scission syndicale, et qui tendaient à revendiquer tel ou tel élément du patrimoine syndical, étaient de ce type (v. *infra* arrêt n° 122). De même, c'est son intérêt moral qu'un syndicat peut invoquer à l'appui de la recevabilité de son action lorsqu'il se plaint d'une atteinte à la liberté syndicale dont il est victime, lorsqu'il agit en annulation d'une mesure de l'employeur ou d'un accord avantageant une autre organisation ou en dommages-intérêts réparant le préjudice causé par une telle discrimination (Soc. 10 juill. 2001, *Dr. soc.* 2001. 1131, obs. J. Savatier : en énonçant que « tout syndicat victime d'une mesure prise contrairement aux dispositions de l'art. L. 412-2 du Code du travail [art. L. 2141-5 et s ; nouv ; C. trav.] peut en demander l'annulation », l'arrêt parle du bien-fondé de l'action et non de sa recevabilité, mais cette dernière se trouve *a fortiori* confir-

mée pour un tel cas), lorsqu'il conteste la qualité de syndicat professionnel d'une autre organisation (v. *infra* l'espèce de l'arrêt **n° 123**), ou encore lorsqu'il agit en annulation d'une élection professionnelle ou de la désignation d'un délégué syndical par un autre syndicat.

C'est également dans son intérêt propre qu'un syndicat signataire d'une convention collective agit pour en obtenir l'application ou pour réclamer des dommages-intérêts en cas d'inexécution : l'article L. 2262-11 nouv. C. trav. ne fait que conforter une qualité pour exercer cette action de type contractuel dont l'article 31 du Code de procédure civile fonderait suffisamment la recevabilité. Réservée aux syndicats signataires de l'instrument (Soc. 10 mai 1994, *Dr. soc.* 1994. 717 ; 3 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 115 ; 14 févr. 2001, *ibid.*, n° 56), cette action peut viser à « *obtenir l'exécution des engagements contractés* » et cette formule est entendue de manière compréhensive (Soc. 6 déc. 1979, *Bull. civ.* V, n° 957 ; 25 juin 2002, *Bull. civ.* V, n° 214, *Dr. soc.* 2002. 1023, obs. J. Savatier : recevabilité de l'action d'un syndicat ayant pour objet de faire déterminer la qualification de la rupture du contrat de travail de certains salariés et d'en fixer les conséquences au regard des dispositions d'un accord collectif sur l'indemnité de licenciement, alors même que la rupture par départ en retraite anticipée est intervenue dans le cadre d'un plan social). Mais cette action ne saurait produire directement d'effet au bénéfice des salariés régis par la convention, c'est-à-dire déboucher sur une condamnation de l'employeur défendeur envers ses salariés (Soc. 20 juin 1990, *Bull. civ.* V, n° 308 ; 12 janv. 1994, *Dr. soc.* 1994. 28). L'action échappe d'ailleurs à la compétence prud'homale, et relève du juge civil de droit commun, donc du tribunal de grande instance. C'est toute la différence avec l'action de substitution de l'article L. 2262-9 nouv. C. trav.

B. — L'action de substitution

La jurisprudence n'a joué aucun rôle dans l'avènement de cette action qui fait d'un syndicat un « procureur d'intérêts individuels », et dont le législateur a progressivement élargi le domaine en considération, soit de la faiblesse particulière des salariés concernés, soit de la dimension collective des dispositions ou mesures en cause à travers le litige individuel.

Depuis assez longtemps, un syndicat peut agir aux lieu et place d'un de ses membres travailleurs à domicile (art. L. 7423-2 nouv. C. trav.), et toute « organisation ou groupement » d'employeurs comme de salariés a la faculté d'exercer l'action en justice née, au profit d'un de ses membres, d'une convention ou d'un accord collectif (art. L. 2262-9). En vertu de textes plus nombreux et plus récents, la faculté

syndicale de substitution concerne les actions individuelles de salariés *même non membres de l'organisation*, mais est toujours subordonnée à la condition de *représentativité*. Un syndicat représentatif est ainsi habilité à exercer toute action en justice d'un travailleur étranger (art. L. 8855-1), d'un salarié intérimaire (art. L. 1251-59), d'un salarié d'un groupement d'employeurs (art. L. 1253-16), d'un salarié sous contrat à durée déterminée (art. L. 1247-1), d'un salarié victime d'un marchandage (art. L. 8233-1) ou d'un prêt illicite de main-d'œuvre illicite (art. L. 8242-1) ou d'une méconnaissance des règles visant à assurer l'égalité de rémunération entre hommes et femmes (art. L. 1144-2), de tout salarié s'estimant victime d'une discrimination au sens des articles L. 1132-1 et s. (art. L. 1134-2, l'article suivant reconnaissant aussi qualité pour agir par substitution à des associations de lutte contre les discriminations) ou d'un harcèlement sexuel ou moral (art. L. 1154-2), de tout salarié touché par un licenciement économique (art. L. 1235-8). Le syndicat n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé mais doit avertir ce dernier, qui peut s'opposer à son initiative et a toujours le droit d'intervenir à l'instance engagée en son nom.

Les mérites du procédé sont discutés : faut-il le généraliser (v. A. Supiot, « La protection du droit d'agir en justice », *Dr. soc.* 1985. 774) ou y voir un « cadeau empoisonné » (M. Cohen, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.* 1990. 790) ? De fait, il paraît peu utilisé par les organisations syndicales (qui peuvent toujours aider un salarié en l'assistant aux prud'hommes ou en le soutenant financièrement dans sa lutte judiciaire). La Cour de cassation a donc peu d'occasions d'œuvrer à l'interprétation des textes qui le prévoient.

Outre le rappel (« les règles d'exception sont d'interprétation stricte ») que les syndicats n'ont qualité pour agir au nom des salariés que dans les cas prévus par la loi (Soc. 2 févr. 1977, *Bull. civ.* V, n° 80 ; 21 oct. 1981, *ibid.*, n° 811), les quelques arrêts à portée normative concernent principalement ce qui a été l'article L. 135-4, al. 1^{er} du Code du travail et, aujourd'hui, l'article L. 2262-9. Ainsi l'arrêt *UP Métallurgie CFTC* du 10 mars 1965 (n° 31) souligne-t-il la différence entre l'action propre d'un syndicat et celle qu'il exerce « *au nom des salariés individuellement à l'encontre de leur employeur* », pour préciser que cette dernière relève de la *compétence du conseil de prud'hommes* et que celui-ci doit statuer même s'il y a lieu d'appliquer une disposition conventionnelle donnant lieu à interprétation (conformément à une jurisprudence constante : *supra* sous arrêt n° 18 ; v. aussi : Soc. 20 oct. 1988, *Bull. civ.* V, n° 548). Il résulte d'un arrêt plus récent que l'action peut être exercée par un syndicat *signataire ou non* de l'accord applicable à ses membres pour le compte desquels il agit (Soc. 14 févr. 2001, *Bull. civ.* V, n° 56, *Dr. soc.* 2001. 572, obs. M. Miné, *D.* 2001, Somm. 2172, obs. B. Géniaut).

Des arrêts concernant l'exercice syndical d'actions de salariés en requalification de leurs contrats à durée déterminée ont précisé la portée des dispositions concernant l'information de l'intéressé par l'organisation et son éventuelle opposition à son initiative. Pour la Cour de cassation, l'action de substitution est *une action « personnelle » au syndicat et « non une action en représentation des salariés »*, de sorte que ce syndicat n'est pas tenu d'indiquer dans sa déclaration de pourvoi en cassation, les nom, prénoms, profession et domicile des salariés en faveur desquels il agit (Soc. 1^{er} févr. 2000, *Dr. soc.* 2000. 516, obs. C. Roy-Loustaunau, *JCP* 2001. II. 10451, note E. Jeuland). Autre conséquence de cette qualification d'« action personnelle au syndicat », l'opposition du salarié à l'initiative de l'organisation ne saurait valoir renonciation de sa part « au droit d'intenter l'action personnelle dont il est titulaire pour obtenir la requalification », la règle de l'unicité de l'instance ne pouvant dès lors lui être opposée (Soc. 12 févr. 2008, n° 06-45.391 PB, *D.* 2008. AJ. 617, obs. B. Ines, *Sem. Soc. Lamy* 31 mars 2008, n° 1347, p. 12, comm ; O. Gouël) ; ce qui implique aussi que l'échec de l'action introduite par le syndicat ne fait pas obstacle à une demande ultérieure du salarié, puisque le jugement déclarant le syndicat irrecevable ou le déboutant au fond est logiquement dépourvu d'autorité de chose jugée à son égard.

C. — L'action syndicale

1. L'admission de ce type d'action en justice passe pour une originalité du droit français. La règle positive — telle qu'interprétée en jurisprudence — est d'ailleurs plus généreuse que ne le laisse supposer la lettre de l'article L. 2132-3, al. 2 nouv. C. trav. Celui-ci reprend, avec une très légère (et maladroite) modification de vocabulaire, les termes de l'article L. 411-11 du code antérieur pour habiliter les syndicats professionnels à exercer « *devant toutes les juridictions [...] tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ». Or :

a. si cette terminologie évoque l'action civile en dommages-intérêts, la demande du syndicat peut avoir des objets variés (annulation d'un accord collectif ou d'un acte administratif, mesure prise en référé, etc.), et l'action peut être exercée devant toutes les juridictions civiles (devant le tribunal de grande instance notamment, ex. : Soc. 20 oct. 1998, *Dr. soc.* 1999. 91, obs. J. Savatier), pénales (sous forme d'action civile, jointe à l'action publique, voire déclenchant cette action) ou administratives (pour contester la légalité et obtenir l'annulation de dispositions réglementaires, y compris d'ordonnances non encore rati-

fiées par une loi, ou même afin d'obtenir — en référé — la suspension de l'exécution d'un tel acte dans l'attente d'une interprétation sollicitée de la Cour de justice de Luxembourg par le juge administratif saisi du recours pour excès de pouvoir ; ex. : CE 23 nov. 2005, *JCP S* 2006. 1403, note B. Gauriau) ;

b. le syndicat peut user de sa qualité pour engager une action ou pour intervenir dans une instance déjà engagée, par exemple devant les prud'hommes dans un procès entre un salarié et un employeur ;

c. la recevabilité de son action n'est pas subordonnée à la représentativité du syndicat (Soc. 18 mai 1982, *Bull. civ.* V, n° 326), mais celui-ci doit bien mériter la qualification de syndicat selon les articles L. 2131-1 et s. (Crim. 14 juin 2000, *Dr. soc.* 2000. 1017, obs. J. Savatier, *D.* 2001, somm. 822, obs. H. Tissandier) ;

d. cette recevabilité n'est pas davantage subordonnée à la preuve préalable d'un préjudice subi par l'intérêt collectif de la profession (ce serait confondre la question de l'intérêt à agir, donc de la recevabilité, avec celle du bien-fondé de la demande : Soc. 11 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 275 ; 23 févr. 2005, *ibid.*, n° 71) ; il faut seulement que les faits litigieux touchent à cet intérêt, le concernent ou le menacent directement ou indirectement ; ainsi, une union de syndicats peut exercer l'action de l'article L. 2332-3, al. 2 sauf stipulation contraire de ses statuts (Soc. 18 déc. 2000, *Dr. soc.* 2001. 216, obs. J. Savatier : recevabilité de l'action d'une fédération de syndicats des banques contre un dispositif de retraite anticipée concernant les seuls personnels du réseau des Caisses d'épargne) ;

e. L'*intervention* dans une instance engagée, autorisée par l'article L. 2262-10, n'est qu'une modalité de l'exercice de l'action syndicale de l'article L. 2132-3, al. 2 nouv. C. trav. (Soc. 25 oct. 1961, *D.* 1962. 3, note J.-M. Verdier, *Dr. soc.* 1962. 229, obs. J. Savatier : le désistement du demandeur initial laisse subsister l'instance sous la direction de l'organisation intervenante).

« Inventée » par la Cour de cassation au profit de syndicats de professionnels indépendants (Ch. réunies 5 avr. 1913, *préc.*), l'action syndicale est surtout exercée, aujourd'hui, par des syndicats de salariés contre des employeurs ou des autorités publiques. Si elle reste pratiquée par les organisations de non-salariés (ex. : Com. 1^{er} déc. 1998, *D.* 1999. 331, 1^{re} esp., note L. Boré), elle apparaît alors comme une *action de défense corporative* plutôt que de *défense de la légalité* (v. toutefois : Civ. 1^{re} 16 avr. 2008, n° 06-20.790 et n° 06-20.978 PBRI), encore que l'égalité entre concurrents requière le respect du droit du travail et fonde la recevabilité de l'action d'un syndicat de commerçants contre ceux qui le violent (ex. : à propos des règles sur le repos dominical : Ass. plén. 7 mai 1993, *D.* 1993. 437, concl. M. Jéol, *JCP E* 1993. II. 470, note J. Savatier ; Soc. 25 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995.

54 ; ce syndicat doit représenter la profession à laquelle appartiennent les défendeurs : Soc. 2 févr. 1994, *Dr. soc.* 1994. 377, obs. J. Savatier ; Crim. 29 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 375).

2. La principale difficulté juridique concernant l'exercice de l'action de l'article L. 2132-3, al. 2 est d'identifier la relation entre les faits litigieux et l'objet de la demande formée par le syndicat, d'une part, et *l'intérêt collectif de la profession* d'autre part. Lorsqu'une méconnaissance de la loi, surtout si elle constitue une infraction pénale, est dénoncée, cet intérêt collectif et l'atteinte ou la menace alléguée se distinguent-ils de *l'intérêt général*, que les autorités publiques ont mission de sauvegarder, et de sa lésion, à laquelle ministère public a pour vocation de réagir ? L'arrêt de cassation rendu le 7 octobre 1965 par la chambre criminelle dans une affaire *Michelin* (n° 33) a marqué *un tournant* en admettant *qu'une violation de la loi — une entrave au fonctionnement du comité d'entreprise en l'occurrence — portait préjudice à l'ensemble de la profession, et donc qu'un syndicat de salariés de la branche professionnelle de l'entreprise (un syndicat de l'entreprise le cas échéant) était recevable à agir contre les personnes prévenues de cette violation, y compris par voie de citation directe devant la juridiction correctionnelle.*

Cette orientation est devenue jurisprudence, et les syndicats de salariés sont ainsi habilités à veiller au respect à ou réagir à la violation, de la législation du travail sur le fondement de l'article L. 2132-3, al. 2 en déclenchant l'action publique par une action civile devant la juridiction pénale (à la manière d'un auxiliaire du parquet ou plus souvent en forçant son inertie), en réclamant des dommages-intérêts ou l'annulation d'un acte privé devant le tribunal de grande instance, en demandant l'annulation d'élections professionnelles au juge d'instance, en sollicitant du juge des référés une mesure propre à faire cesser un trouble manifestement illicite ou une provision, en contestant la légalité d'un acte administratif, en intervenant dans un procès prud'homal. Innombrables sont les arrêts de la chambre criminelle ou de la chambre sociale de la Cour de cassation favorables à la recevabilité de l'action syndicale : en cas d'atteinte au droit de grève (Soc. 27 mars 1968, *JCP* 1969. II. 16047, note J.-M. Verdier ; 13 mai et 26 nov. 1969, *D.* 1969. 528), d'atteinte à la liberté syndicale (Soc. 25 févr. 1965, *Dr. soc.* 1965. 383 ; Crim. 29 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 379), pour la contestation des listes électorales ou de l'élection des représentants du personnel (Soc. 21 févr. 1978, *Bull. civ.* V, n° 130 ; 18 mai 1982, *préc.*), en cas de méconnaissance des attributions de représentants du personnel (Crim. 4 mai 1971, *JCP* 1971. II. 16888 ; 3 déc. 1996, *Bull. crim.* n° 441 ; Soc. 20 oct. 1998, *Dr. soc.* 1999. 91, obs. J. Savatier), de violation du régime du travail temporaire ou du contrat

à durée déterminée (Crim. 15 nov. 1983, *D.* 1984. IR. 60 ; le syndicat est recevable, à défaut d'être en tout cas bien fondé, à demander qu'interdiction soit faite à un employeur de poursuivre une pratique illégale : Versailles, 22 mars 1991, *Dr. soc.* 1991. 706, concl. J. Duplat ; 28 mars 2007, *Sem. soc. Lamy*, n° 1302, 10 avr. 2007, p. 12, comm. F. Champeaux), d'obstacle aux fonctions d'un contrôleur du travail (Crim. 11 oct. 1983 et 4 oct. 1988, *D.* 1988. IR. 72), de violation d'une convention collective (Soc. 25 mars 1985, *Bull. civ.* V, n° 204 ; 5 févr. 2002, *RJS* 5/02, n° 592). Aussi, et surtout peut-être, en cas d'allégation de violation des dispositions concernant la santé et la sécurité au travail ou suite à un accident du travail (ex. : Crim. 11 oct. 2005, *Dr. soc.* 2006. 43, note F. Duquesne : recevabilité des constitutions de partie civile de trois syndicats de la société Air France suite à l'effondrement d'un terminal de l'aérogare de Roissy, attestant qu'était compromise la sécurité des personnels des compagnies aériennes appelés à circuler dans ce terminal).

Le respect du droit du travail n'est pas le seul terrain sur lequel intérêt général et intérêt collectif de la profession se trouvent également en cause (Crim. 27 mai 1999, *D.* 2000. 120, note Y. Saint-Jours : violation du secret médical par l'employeur). L'observation des conditions légales d'une privatisation des entreprises publiques touche aussi à l'intérêt collectif des salariés de la profession (Soc. 5 oct. 1994, *Dr. soc.* 1994. 983, *D.* 1995, Somm. 373, obs. J. Frossard : recevabilité de l'action d'un syndicat des personnels des secteurs financiers en annulation d'une cession de succursales d'une banque nationalisée à une banque privée).

Malgré cette tendance expansive, l'action syndicale ne saurait se substituer à l'action publique. Par exemple en cas d'infraction ne visant pas spécialement les membres d'une profession (Crim. 8 déc. 1987, *D.* 1988. IR. 39 : irrecevabilité du Syndicat général des impôts à l'occasion de la dégradation d'un immeuble du fisc ; 22 déc. 1987, *D.* 1988, Somm. 355, obs. J. Pradel) ou de violation de règles qui n'ont pas pour but de protéger des travailleurs ou les membres d'une profession (Crim. 2 juill. 1980, *D.* 1981. IR. 134, obs. Ph. Langlois : violation des règles protégeant la santé publique et non les médecins ; v. cependant : Crim. 9 juill. 1982, *Bull. crim.* n° 184 : recevabilité de la constitution de partie civile d'un syndicat de pilotes dans une information pour homicide involontaire suite à un accident d'avion). Alors qu'est logiquement recevable la constitution de partie civile d'un syndicat contre le vice-président d'un conseil de prud'hommes à raison de faux en écritures (Crim. 7 mars 1996, *Bull. crim.* n° 107). En cas d'abus de biens sociaux, des syndicats (et des comités d'entreprise) se sont constitués partie civile, mais la chambre criminelle estime, de manière surprenante, que le délit ne préjudicie qu'à la société et à ses

actionnaires, non aux salariés (Crim. 27 nov. 1991, *Bull. crim.* n° 439 ; 11 mai 1999, *ibid.* n° 89 ; 27 oct. 1999, *RJS* 4/00, n° 422 ; 23 févr. 2005, *Dr. soc.* 2005. 588, obs. F. Duquesne).

Lorsque l'action syndicale ne risque pas de concurrencer l'action publique, parce qu'elle ne réagit pas à une infraction pénale, avérée ou prétendue, sa recevabilité suppose qu'apparaisse en cause l'intérêt de la *profession*. Ainsi le Conseil d'État, traditionnellement libéral dans l'appréciation de l'intérêt à agir du requérant pour excès de pouvoir, juge-t-il irrecevable l'action d'un syndicat de fonctionnaires de l'inspection du travail en annulation de dispositions de circulaires ou instructions se rapportant à l'organisation du service, notamment celles prescrivant de retenir une certaine interprétation des textes que ces agents sont chargés d'appliquer (textes sur le repos dominical des apprentis en l'espèce), dès lors que ces dispositions ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives ou n'affectent pas les conditions d'emploi et de travail des agents dont ce syndicat défend les intérêts collectifs (CE 23 juill. 2003, *Syndicat SUD Travail*, *D.* 2003. IR. 2342).

3. Si un intérêt individuel est seul en cause, un syndicat est irrecevable (Civ. 6 févr. 1953, *S.* 1954. I. 157 ; Soc. 21 oct. 1981, *Bull. civ.* V, n° 811 : non-paiement d'heures supplémentaires à un salarié ; 29 janv. 1981, *JCP* 1981, Somm. 128 : mise en chômage partiel ; Civ. 1^{re} 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 479 : atteinte à la vie privée d'un adhérent ; Crim. 27 nov. 1979, *Bull. crim.* n° 337 ; 8 janv. 1980, *JCP* 1980. IV. 114 ; 7 févr. 1995, *Bull. crim.* n° 49 : reproduction d'un article sans l'accord des journalistes ; Crim. 23 janv. 2002, *Bull. crim.* n° 12 : faits constitutifs de viol et de harcèlement sexuel par le supérieur hiérarchique, mais l'article art. L. 1154-2 nouv. C. trav. habilite un syndicat représentatif à exercer, par substitution, l'action même de la salariée victime ; Soc. 23 janv. 2008, *Dr. soc.* 2008.503, obs. J. Savatier : la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail, ou d'un contrat avec tel employeur déterminé, est « un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié », de sorte qu'une organisation syndicale est irrecevable à agir à cette fin). En revanche, la chambre criminelle considère qu'un accident du travail, même s'il n'apparaît pas lié à une violation de la réglementation de sécurité, justifie la constitution de partie civile d'un syndicat de salariés (Crim. 26 oct. 1967, *JCP* 1968. II. 15475, note J.-M. Verdier, *D.* 1967. 347, note J.-M. R. ; 20 mars 1972, *D.* 1972. 417 ; 3 déc. 1981, *Bull. crim.* n° 323).

Un agissement peut d'ailleurs affecter à la fois un intérêt individuel, l'intérêt général et l'intérêt collectif de la profession. C'est le cas en matière de sécurité du travail, mais aussi de statut des représentants

du personnel (CE 10 avr. 1992, *Soc. Montalev, Lebon*, p. 170 : recevabilité du recours du syndicat en annulation d'une autorisation de licencier un délégué du personnel ; Soc. 19 oct. 1999, *Dr. ouvr.* 2000. 306 : recevabilité de la demande d'un syndicat en référé-provision en raison de mesures discriminatoires visant ses membres). En dehors même de ces domaines, la chambre sociale juge l'action syndicale recevable alors que les intérêts individuels de salariés paraissent aussi et d'abord affectés par la mesure litigieuse : contestation de l'affectation d'une augmentation de salaires unilatéralement décidée par l'employeur (Soc. 31 janv. 1997, *Bull. civ. V*, n° 30), demande d'annulation d'un plan social (solution implicite de Soc. 14 oct. 1997, *Bull. civ. V*, n° 312, *JCP E* 1998. 424, note F. Duquesne).

C'est d'ordinaire en invoquant un intérêt collectif, affecté en même temps qu'un intérêt individuel, qu'un syndicat *intervient* dans le procès engagé par un salarié, notamment mais pas seulement devant le conseil de prud'hommes (Soc. 20 nov. 1974, *Bull. civ. V*, n° 555 ; 6 nov. 1984, *ibid.*, n° 415, *D.* 1985. IR. 454, obs. J.-M. Verdier ; 25 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 432 ; Crim. 9 juill. 1982, *Bull. crim.* n° 184 ; CE 13 déc. 1992, *RFDA* 1993. 250, 2^e esp ; v. aussi : Soc. 2 juin 1983, *Bull. civ. V*, n° 305, *D.* 1984. IR. 368, obs. J.-M. Verdier : recevabilité de l'intervention d'un syndicat d'employeurs dans une instance soulevant une question de principe).

4. L'arrêt SOFACO du 3 mai 2007 (n° 34) a parachevé la conquête d'un nouveau domaine pour l'action syndicale *en matière d'application d'accords collectifs*, où le Code du travail admet déjà différentes espèces d'actions, parfois dérogoires au droit commun de la procédure civile.

Un *syndicat non signataire* d'une convention collective est-il recevable à agir contre un employeur pour le contraindre à appliquer cette convention ? L'article L. 2262-11 nouv. C. trav. (naguère art. L. 135-5) suggère de répondre par la négative puisqu'il n'envisage d'action en exécution ou en dommages-intérêts qu'au bénéfice des organisations ou groupements « *liés par une convention ou un accord collectif* ». L'action avait donc paru réservée aux syndicats signataires (Soc. 10 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 173, *JCP E* 1994. 384, obs. S. Darmaisin). Mais l'arrêt *Société Euro Disney* du 12 juin 2001 (*Dr. soc.* 2001. 1019, note P.-H. Antonmattéi ; *Dr. ouvr.* 2001. 489 ; *D.* 2002. 361, note H. Nasom-Tissandier et P. Rémy ; *GA* 3^e éd., n° 34) avait opéré un revirement en énonçant qu'« *indépendamment des actions réservées aux syndicats par les articles L. 135-4 et L. 135-5 du Code du travail, en cas d'extension d'une convention ou d'un accord collectif [...], les syndicats professionnels sont recevables à en demander l'exécution sur le fondement de l'article L. 411-11 du Code du travail, leur non-*

respect étant de nature à causer nécessairement un préjudice à l'intérêt de l'ensemble de la profession ». Irrecevable dans son action aux fins d'exécution de la convention ou de l'accord, compte tenu des conditions posées par la disposition qui est désormais celle de l'article L. 2262-11, un syndicat non signataire devenait ainsi recevable à former cette même demande en invoquant ce qui était alors l'article L. 411-11 du Code du travail. Il fallait toutefois que l'accord ait été étendu.

Une décision antérieure à l'arrêt *Euro Disney*, relative à la faculté d'intervention en justice reconnue par l'article L. 135-4, alinéa 2 d'alors (actuel art. L. 2262-10), qui faisait figure de modalité d'exercice de l'action de l'article L. 411-11, avait annoncé cette évolution : alors que la cour réservait jusqu'alors aux organisations signataires cette faculté d'intervenir « *à raison de l'intérêt collectif* » (de leurs « *membres* ») dans toute instance engagée par une personne ou organisation exerçant une action née d'une convention ou d'un accord collectif les liant, cet arrêt du 14 février 2001 (*Bull. civ. V*, n° 56, *Dr. soc.* 2001. 572, obs. M. Miné, *D.* 2001, somm. 2172, obs. B. Géniaut) avait estimé qu'elle bénéficiait aux « *syndicats signataires ou non* » (dans le même sens : Soc. 9 avr. 2002, *Bull. civ. V*, n° 124).

La chambre sociale allait confirmer sa position de l'arrêt *Euro Disney* (Soc. 18 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 60). Cette nouvelle sollicitation de l'article L. 411-11 paraissait en harmonie avec la nature reconnue à la convention collective — corps de règles applicables à un milieu professionnel ou une entreprise, autant ou plus que contrat entre les signataires — mais cette nature n'est pas propre à la convention étendue. Aussi y avait-il de bonnes raisons pour que la chambre sociale étende à tous les accords et conventions la faculté, pour des syndicats non signataires, d'agir en exécution sur le fondement de la fameuse disposition issue de la loi de 1920. Un arrêt de 2004 avait pu faire douter du maintien de la condition d'extension de l'accord (Soc. 26 mai 2004, *Bull. civ. V*, n° 143). Le pas a été franchi en 2007 par l'arrêt *SOFACO*, dont l'attendu de principe emprunte en partie à celui du 12 juin 2001, notamment quoiqu'en plus affirmatif en ce qui concerne la justification de la recevabilité consacrée : l'inapplication de tout accord « (cause) nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession ». Mais la règle dérivée de l'article L. 2132-3, alinéa 2 recèle un changement d'importance : indépendamment de l'action réservée par l'article L. 2262-11 aux syndicats parties à une convention ou un accord collectif de travail, les syndicats professionnels non signataires sont recevables à demander, sur le fondement de l'article L. 2132-3, al. 2 nouv. C. trav., l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, *même non étendu*.

Des commentateurs de cet arrêt ont souligné un point de l'affaire

qui a pu faciliter le choix de la chambre sociale : le litige né de l'action en exécution de la fédération syndicale non signataire concernait un accord d'entreprise sur la participation aux résultats, non pas signé par une ou plusieurs organisations syndicales, mais ratifié à la majorité des deux tiers des salariés (ainsi que le Code du travail autorise à le faire), de sorte qu'en l'état des textes réglant les actions en justice spécifiques relatives à une convention ou un accord collectif, aucune organisation ne se trouvait en mesure d'agir en exécution et le personnel de l'entreprise en tant que tel, collectivité dépourvue de personnalité juridique, ne l'était pas davantage. Fallait-il douter de la portée de cette nouvelle évolution dans la position de la Cour de cassation ? Mais un nouvel arrêt en a déjà conforté la positivité de cette solution, dans une affaire concernant un accord d'entreprise sur la réduction du temps de travail, signé avec des syndicats (Soc. 16 janv. 2008, n° 07-10.095 PB).

Il faut, décidément, souligner le « rôle fondateur de l'article L. 411-11 » (J.-M. Verdier, « Accords collectifs et action "syndicale" en justice », *D.* 2002, Chr. 503) !

TROISIÈME PARTIE

CONCLUSION DU CONTRAT

En principe, le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée, à temps plein, entre un salarié et un utilisateur de main-d'œuvre. Ce principe subit cependant de nombreuses exceptions (n^{os} 35 à 40). Le contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée ou à temps partiel ou encore entre le salarié et un loueur de main-d'œuvre. Il faut encore mentionner les nombreux contrats spéciaux créés dans le cadre des politiques de l'emploi. Au traditionnel contrat d'apprentissage se sont ainsi ajoutés de très nombreux contrats spéciaux comme les contrats initiative-emploi, d'avenir, de mission, d'accompagnement dans l'emploi, pour la réalisation d'un objet défini, jeune en entreprise, emploi-jeune de professionnalisation, de volontariat de solidarité internationale, de volontariat associatif, d'insertion dans la vie sociale (CIVIS)... Ces différents contrats de travail spéciaux sont pour l'essentiel des contrats de travail à durée déterminée. Ils sont alors soumis au droit légal et jurisprudentiel des contrats à durée déterminée, sous réserve de l'application des quelques règles particulières qui les caractérisent.

Quelle que soit la catégorie à laquelle il appartient, le contrat de travail peut, de surcroît, contenir certaines clauses particulières. Parmi celles-ci certaines produisent des effets sur la conclusion du contrat de travail (n^{os} 41 à 46). Ainsi, les clauses d'essai fragilisent le contrat récemment conclu. Et les clauses de non-concurrence réduisent la faculté, pour un salarié, de conclure un nouveau contrat de travail.

35-40

LES CONTRATS DE TRAVAIL D'EXCEPTION

35. Soc. 16 juillet 1987 — 36. Soc. 22 janvier 1991 —

37. Soc. 21 mai 1996 — 38. Soc. 23 janvier 2008 —

39. Soc. 29 janvier 1997

40. Ch. réunies 31 janvier 1901

I. — Le contrat à durée déterminée

35. Soc. 16 juillet 1987

Huguenot c. Goguet

(D. 1988, Somm. 97, obs. J.M. Béraud ; *Bull. civ.* V, n° 481)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes Angoulême, 28 juin 1985), que M. Huguenot a employé M. Goguet, en qualité d'agent technique de vente le 1^{er} avril 1983 pour une durée d'une année ; qu'il fait grief au jugement de l'avoir condamné à verser à son salarié une indemnité de fin de contrat, alors que ne comportant pas les mentions obligatoires légales, le contrat est réputé à durée indéterminée ;

Mais attendu que *les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation* ; que, dès lors, le moyen ne saurait être accueilli ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

36. Soc. 22 janvier 1991

Institut marin de Rockroum c. Daniélou

(*Bull. civ.* V, n° 30)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 10 sept. 1987) que Mme Daniélou a travaillé chaque saison de 1958 à 1982 à l'Institut marin de Rockroum en qualité

de caissière et qu'en 1982, la municipalité de Roscoff a acquis l'immeuble de l'institut, les anciens propriétaires ayant cessé leur exploitation ; que les murs ont été donnés à bail à la société Le Coulinec qui les a elle-même loués à la société Institut marin de Rockroum créée en avril 1982 ; que Mme Daniélou a été embauchée par cette nouvelle société en qualité de caissière par deux contrats de travail pour les périodes du 19 avril au 30 septembre 1982, puis du 28 mars au 15 octobre 1983, mais que son contrat n'a pas été renouvelé par la suite ;

Attendu que l'Institut marin de Rockroum fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que Mme Daniélou était liée à son employeur par un contrat de travail à durée indéterminée et de l'avoir en conséquence condamné à payer à la salariée des sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de congés payés, alors, selon le moyen, que, sauf clause de reconduction, le contrat conclu pour la durée déterminée d'une saison reste à durée déterminée même s'il est renouvelé pour les saisons suivantes ; qu'en retenant, après deux contrats saisonniers, qu'un contrat à durée indéterminée s'était formé, l'arrêt attaqué a violé les articles L. 122-3 et L. 122-3-11, alinéa 2, du Code du travail, selon les termes de ces dispositions applicables à l'époque de la rupture du contrat (ordonnance n° 82-130 du 5 févr. 1982) ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu que la salariée avait été *embauchée par deux contrats de travail à durée déterminée successifs pendant toute la durée d'ouverture de l'établissement*, a pu décider que *la relation de travail qui s'était établie entre les parties était d'une durée globale indéterminée*, alors même que ces contrats avaient été qualifiés de « saisonniers » ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

37. Soc. 21 mai 1996

Société Matrix Phone Marketing c. Calandre et Minette

(*Bull. civ. V*, n° 190 ; *D.* 1996. 565, concl. Y. Chauvy ;
JCP G 1996. II. 22701, note C. Roy-Loustaunau)

ARRÊT

[...]

Sur les deux moyens réunis :

Attendu, selon les arrêts attaqués (Douai, 26 juin 1992), que Mme Calandre et M. Minette ont été engagés en qualité de télé-enquêteur vacataire par la société Matrix Phone Marketing (MPM) par des contrats à durée déterminée, une première fois pour la période du 11 octobre au 31 octobre 1990, puis une seconde fois pour celle du 2 novembre au 30 novembre 1990 ; qu'ont ensuite été établis, pour Mme Calandre, deux contrats à durée déterminée, l'un pour la période du 3 décembre au 28 décembre 1990, l'autre pour celle du 2 janvier au 11 janvier 1991, et, pour M. Minette, trois contrats de même nature, le premier pour la période du 3 décembre au 28 décembre 1990, le deuxième pour celle du 2 janvier au 11 janvier 1991, et le troisième pour celle du 14 janvier au 25 janvier 1991 ; que, cependant, ces documents n'ont été signés ni par l'un ni par l'autre ; que, les 6 et 14 mars 1991, ils ont saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que la société MPM fait grief aux arrêts d'avoir décidé que, à compter du 3 décembre 1990, Mme Calandre et M. Minette étaient titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée et, fixant au 12 mars 1991 pour la première, et au

1^{er} mars 1991 pour le second, la date de rupture du contrat, d'avoir condamné l'employeur à verser aux intéressés diverses sommes à titre de préavis, de congés payés et de dommages-intérêts pour rupture abusive, alors, selon le premier moyen, que les articles L. 122-1-2, troisième paragraphe, et L. 122-3-11, second alinéa, du Code du travail prévoient expressément l'applicabilité des règles relatives au non-renouvellement de contrat à durée déterminée, qu'ils énoncent respectivement en leur premier paragraphe et premier alinéa, pour les activités visées à l'article L. 121-1-1.3, dont la liste est fixée par décret et figure à l'article D. 121-2 de ce même Code ; qu'en l'espèce l'arrêt a relevé que l'emploi de télé-enquêteur occupé par les salariés de la société MPM était au nombre des activités énumérées par l'article D. 121-2 précité ; qu'ainsi la cour d'appel, en décidant que Mme Calandre et M. Minette étaient devenus titulaires d'un contrat à durée indéterminée consécutivement au troisième ou au deuxième renouvellement de leur contrat à durée déterminée, intervenu le 3 décembre 1990, a violé ensemble les articles L. 122-1-2, troisième paragraphe, et L. 122-3-11, second alinéa, du Code du travail ; et alors, selon le second moyen, que, dans ses conclusions d'appel, la société faisait valoir qu'il résultait clairement des lettres qui lui avaient été adressées par Mme Calandre et par M. Minette que ceux-ci connaissaient parfaitement le terme de leurs engagements et que, dès lors, il y avait lieu d'écarter la présomption simple de requalification qu'emporte l'omission d'une mention obligatoire dans le contrat à durée déterminée ; qu'ainsi la cour d'appel, en s'abstenant de s'expliquer sur cet élément déterminant des écritures de l'employeur, a entaché ses décisions d'un défaut de réponse aux conclusions et violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 122-3-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 12 juillet 1990, le contrat de travail à durée déterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif, à défaut de quoi il est réputé conclu pour une durée indéterminée ; *qu'il résulte de ce texte qu'en l'absence de contrat écrit l'employeur ne peut écarter la présomption légale ainsi instituée en apportant la preuve de l'existence d'un contrat verbal conclu pour une durée déterminée* ;

Et attendu qu'ayant constaté que Mme Calandre et M. Minette avaient été maintenus dans leur emploi au-delà du 3 décembre 1990 sans avoir donné, par écrit, leur accord pour que les relations contractuelles se poursuivent dans les conditions antérieures, la cour d'appel en a exactement déduit que leur contrat de travail, conclu en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-3-1, était, par application de l'article L. 122-3-13 du même Code, réputé à durée indéterminée ; qu'elle a, par ce seul motif qui rendait inopérantes les conclusions invoquées, justifié ses décisions ; que les moyens ne peuvent être accueillis ;

Par ces motifs, rejette les pourvois.

38. Soc. 23 janvier 2008

Calori c. société Sam monégasque des ondes

(pourvoi n° 06-43.040, à paraître au *Bulletin* ; RDT 03/08. 170, obs. G. Auzero ; D. 2008.1321, note C. Vigneau ; Dr. ouvr., mai 2008, p. 245, obs. J. Guyon RJS 3/08, n° 256, rapp. D. Ludet, p. 189)

Sur le moyen unique et le moyen relevé d'office après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile :

Vu les articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-3-10 et D. 121-2 du Code du travail ensemble les clauses 1 et 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée

conclu le 18 mars 1999 et mis en oeuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 ;

Attendu que s'il résulte de la combinaison des articles susvisés du Code du travail que dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre susvisé, qui a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Calori, engagée en qualité de journaliste pigiste dans le cadre de lettres successives d'engagement pour le compte de la société SA Ellipse programme à compter du 29 avril 1994, a ensuite participé en la même qualité, à compter du 1^{er} juillet 1999, à la réalisation de trois émissions de télévision diffusées sur la chaîne TMC pour le compte de la société SAM monégasque des ondes ; qu'à la suite de la suppression d'une des émissions cette dernière a mis fin à la collaboration avec Mme Calori le 19 mars 2003 ;

Attendu que pour débouter Mme Calori de ses demandes tendant à la requalification de ses contrats en contrat de travail à durée indéterminée et au paiement d'indemnités de rupture et de congés payés, la cour d'appel a retenu que la société SAM monégasque des ondes appartenait au secteur de l'audiovisuel, visé à l'article D. 121-2 du Code du travail, dans lequel l'employeur peut recourir à des contrats à durée déterminée dits d'usage ; que la salariée avait occupé au sein de cette société un emploi de journaliste pigiste ; qu'elle avait signé une succession de lettres d'engagement prévoyant sa participation à la production de reportages précisément référencés par leurs titres et sur des journées dont les dates étaient spécifiées, et qu'elle avait reconnu par l'acceptation des conditions générales de son engagement qu'elle bénéficiait "d'un contrat de travail à durée et objet déterminés conclus conformément aux usages dans le domaine audiovisuel" ; que la journaliste avait ainsi participé à la réalisation de trois émissions diffusées sur la chaîne TMC et qui étaient par nature temporaires ; que dans ces conditions, en ce qui concerne son emploi de journaliste pigiste, il était d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée eu égard au caractère par nature temporaire des programmes télévisés ;

Qu'en se déterminant ainsi par des motifs inopérants tirés du caractère temporaire des programmes de télévision sans rechercher si l'emploi de journaliste pigiste occupé par la salariée dans le secteur de l'audiovisuel faisait partie de ceux pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée et si l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs était justifiée par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de cet emploi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs : casse et annule...

OBSERVATIONS

Prototype des contrats de travail précaires, le contrat à durée déterminée a été l'objet d'une attention constante du législateur depuis un

quart de siècle. Se sont ainsi succédé la loi 3 janvier 1979, les ordonnances du 5 février 1982 et du 11 août 1986, et les lois du 12 juillet 1990, du 17 juillet 2001, du 21 décembre 2001, du 17 janvier 2002, et du 3 janvier 2003. Les règles qui sont issues de ces textes servent de modèle ou de droit commun à l'ensemble des contrats à durée déterminée spéciaux issus des politiques de l'emploi. La jurisprudence ayant eu pour objet de préciser et de compléter ce corps de règles revêt, de ce fait, une importance particulière. L'apport jurisprudentiel en la matière concerne l'interprétation des règles légales relatives à la formation d'un contrat à durée déterminée (**n° 38**) et leur sanction (**n°s 35 et 37**). En outre, la résurgence depuis 1991 de la jurisprudence traditionnelle des contrats à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée, apparaît être une possible voie d'avenir (**n° 36**).

A. — Conditions légales de formation

En principe, « *le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée* » (L. 1221-2 nouv. C. trav. ; L. 121-5 C. trav.). Un contrat de travail ne peut être conclu pour une durée déterminée que par exception et sous certaines conditions légales. Il existe une liste limitative des cas de recours au contrat à durée déterminée dressée par le législateur (v. not. art. L. 1242-2 et L. 1242-3 nouv. C. trav. ; L. 122-1-1 et L. 122-2 C. trav.). Le contrat doit être écrit et comprendre un certain nombre de mentions obligatoires (L. 1242-12 nouv. C. trav. ; L. 122-3-1 C. trav.). Parmi ces mentions, la plus importante est sans doute la mention du motif pour lequel il a été conclu un contrat à durée déterminée. Cette mention doit permettre de contrôler le respect des cas de recours limitativement énumérés par la loi. Aussi la loi affirme que cette mention du motif doit être « précise » (art. L. 1242-12 nouv. C. trav. ; L. 122-3-1 C. trav.) et la jurisprudence enchaîne en exigeant que soient stipulées « toutes précisions permettant d'apprécier la réalité du motif » (Soc. 29 novembre 2007, pourvoi n° 06-41847).

La possibilité de conclure des contrats à durée déterminée successifs et le renouvellement de tels contrats sont limités (art. L. 1244-3 ; L. 1243-13 nouv. C. trav. ; L. 122-3-11 et L. 122-1-2 C. trav.). Enfin, un contrat à durée déterminée ne peut pas, en principe, durer plus de 18 mois renouvellement inclus (art. L. 1242-8 nouv. C. trav. ; L. 122-1-2 C. trav., lesquels laissent cependant place à de nombreuses exceptions).

Ces différentes règles sont des conditions mises à la validité du terme prévu au sein du contrat. Leur violation conduit logiquement à l'invalidation de ce terme et donc à la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée (v. art. L. 1245-1 nouv. C. trav. ; L. 122-

13 C. trav.). La jurisprudence a eu l'occasion de préciser le bénéficiaire (1) et la nature de cette sanction (2). Elle interprète depuis peu de manière excessivement restrictive le champ d'application de cette sanction de manière plus orthodoxe (3).

1. Par son arrêt *Huguenot c. Goguet* (Soc. 16 juill. 1987, n° 35) la Cour de cassation affirme que les dispositions du droit du contrat de travail à durée déterminée sont « édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation » (dans le même sens, v. not. Soc. 13 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 418, obs. J. Savatier). L'employeur ne peut donc invoquer la méconnaissance de ces dispositions pour obtenir la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée. Cette solution a été implicitement consacrée par le législateur : l'article L. 1245-2 al. 2 nouv. C. trav. (L. 122-3-13 alinéa 2 du Code du travail, issu de la loi du 12 juillet 1990) ne mentionne que le seul salarié comme demandeur à l'action en requalification. Ce qui conduit logiquement à interdire au juge de requalifier d'office un contrat de travail à durée déterminée (Soc. 30 oct. 2002, *Dr. soc.* 2003. 473, obs. C. Roy-Loustaunau).

Ce monopole accordé au salarié permet de retrouver les principaux effets de la jurisprudence dite « des contrats à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée » (sur cette jurisprudence, v. *infra*). Le salarié embauché par contrat à durée déterminée en violation de la loi bénéficie du droit du licenciement s'il demande la requalification. Mais, si cela s'avère plus avantageux, il peut aussi bénéficier d'une garantie d'emploi pour la durée stipulée, garantie qui découle du droit des contrats à durée déterminée. Il lui suffit, pour cela, de s'abstenir de réclamer la requalification. Au cumul des protections antérieurement accordé par la jurisprudence, succède ainsi un droit du salarié d'opter pour la protection qu'il juge la plus favorable.

Cette « requalification » qui ne peut être invoquée que par le salarié doit être nettement distinguée de la simple « qualification » du contrat qui peut, elle, être débattue à l'initiative de l'employeur comme du salarié. La *qualification* consiste à interpréter la volonté des parties pour savoir si le contrat a, ou non, été conclu pour une durée déterminée. Elle est première : c'est seulement si le contrat est *ab initio* qualifié de « à durée déterminée », que les règles légales s'appliquent. Comme son nom l'indique, la *requalification* est seconde. Elle sanctionne la violation des règles légales applicables aux contrats qualifiés de contrat « à durée déterminée ».

La question de la première qualification du contrat a été un temps obscurcie par la jurisprudence. Celle-ci considérait que, même en présence d'un terme, le contrat n'était pas nécessairement à durée déterminée, dès lors qu'il octroyait une faculté de résiliation unilatérale

anticipée (Soc. 27 mars 1991, *Bull. civ.* V, n° 154). Cette solution a depuis été abandonnée (v. Soc. 5 juill. 1995, *D.* 1996. 280, note J. Mouly ; Soc. 16 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999. 285, obs. Cl. Roy-Loustaunau et p. 397, obs. J. P. Karaquillo ; Soc. 24 oct. 2000, *RJS* 01/03, n° 18). Seule la présence ou l'absence d'un terme importe. Cette solution, plus simple et plus convaincante, est confirmée par la lettre de l'article L. 1221-2 nouv. C. trav. (L. 121-5 C. trav.), qui définit le contrat à durée déterminée comme celui qui « (comporte) *un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu* ». Dès lors, il suffit qu'un terme soit prévu, qu'il soit ou non précis quant à la date de sa réalisation, pour que le contrat soit à durée déterminée.

La présence au sein d'un tel contrat d'une clause prévoyant une faculté pour l'employeur de résiliation unilatérale anticipée ne remet pas en cause l'existence du terme et la qualification qui en résulte. Le droit des contrats à durée déterminée s'applique alors et en particulier l'article L. 1243-1 nouv. C. trav. (art. L. 122-3-8), lequel limite à la faute grave et à la force majeure les causes de rupture du contrat de travail à durée déterminée. En application de cet article, la clause accordant un droit de rupture anticipée à l'employeur est nulle (v. not. Soc. 16 déc. 1998, *préc.* et Soc. 24 oct. 2000, *préc.*).

La clause de résiliation unilatérale créée au bénéfice du salarié pourrait, elle, être admise. Une telle clause serait plus favorable au salarié que l'article L. 1243-1 nouv. C. trav. précité. Et ce texte est d'ordre public social (en ce sens, Soc. 23 mars 1999, *D.* 1999. 470, obs. F. Lagarde, *Bull. civ.* V, n° 136).

La distinction entre qualification et requalification produit quelques difficultés d'interprétation, lorsque la relation de travail se poursuit après l'échéance du terme. Alors le contrat de travail devient à durée indéterminée. Mais s'agit-il d'une qualification ou d'une requalification ?

La jurisprudence tend vers la première solution. Celle-ci peut s'appuyer sur une idée simple. Lorsque le terme est échu, le contrat qui sert de support aux relations de travail ne peut plus être considéré comme doté d'un terme (un terme passé n'a pas de sens). Il s'agit d'un contrat sans terme, d'un contrat qui doit être « qualifié » de contrat à durée indéterminée (et non « requalifié »). Ce raisonnement appuie les solutions jurisprudentielles suivantes. La qualification peut être réclmée aussi bien par l'employeur que par le salarié (Soc. 13 décembre 2007, pourvoi n° 06-44004, *RDT* 02/08, p. 97, note G. Auzero). Et l'indemnité de requalification prévue à l'article L. 1245-2 nouv. C. trav. (L. 122-3-13 C. trav.) n'est pas accordée au salarié (Soc. 22 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 118 ; *RDT* 2006. 21, obs. critiques J. Pélissier ; Soc. 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-41086).

Ces solutions jurisprudentielles peuvent cependant apparaître peu compatibles avec les textes.

L'article L. 1245-1 nouv. C. trav., qui inaugure la section sur la « requalification », vise la poursuite du travail au-delà du terme au cœur des hypothèses de requalification. Et l'article qui suit (L. 1245-2 nouv. C. trav.), qui organise la procédure spéciale de requalification et impose l'indemnité de requalification, semble bien se référer à ce texte comme champ d'application.

Cet argument littéraire, quelle que soit sa force, semble cependant de peu d'avenir. Dans le Code du travail antérieur à la recodification, seul applicable pour les faits des arrêts susvisés, les textes semblaient plus fermes encore que dans le cadre du texte recodifié. Le code tranchait clairement en faveur de l'application des effets de la requalification aux hypothèses de poursuite du travail à l'échéance du terme (l'art. L. 122-3-13 C. trav., qui accordait l'indemnité de requalification, incluait expressément dans son champ d'application l'hypothèse d'une relation de travail poursuivie au-delà de l'échéance du terme). La jurisprudence n'en a pas tenu compte. Elle devrait se maintenir dans l'environnement textuel nouveau, lequel lui est légèrement plus favorable.

Il faut prendre garde de ne pas confondre le sort de l'indemnité de requalification et celui de l'indemnité de précarité. Cette dernière, prévue à l'article L. 1243-8 nouv. C. trav. (L. 122-3-4 C. trav.), reste due en cas de poursuite des relations contractuelles après le terme du contrat (Soc. 3 octobre 2007, pourvoi n°05-44.958, *RDT* 2007. 721, obs. B. Reynès ; *contra* v. précédemment Soc. 20 septembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 270 ; *Dr. soc.* 2006, 1184, obs. C. Roy-Loustaunau). Ce revirement est, lui aussi, une interprétation des textes assez créatrice. L'article L. 1243-8 nouv. C. trav. (L. 122-3-4 C. trav.) qui prévoit cette indemnité affirme qu'elle n'est due que lorsque « les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée ». Or, en cas de poursuite du travail au-delà du terme, les relations se « poursuivent » bien par un tel contrat à durée indéterminée. L'arrêt susvisé du 3 octobre 2007 permet cependant de comprendre la logique de la jurisprudence. Cet arrêt affirme que l'indemnité de précarité reste due tant qu'un contrat de travail à durée indéterminée n'a pas été « proposé » au salarié. L'arrêt distingue ainsi selon que la transformation du CDD en CDI a été subie par un employeur négligeant, ou bien expressément voulue par lui, volonté exprimée dans la proposition faite au salarié. Seul le second cas permet de « racheter » la précarité subie par le salarié pendant toute la durée de son contrat à durée déterminée. Cette interprétation, peut se prévaloir de l'esprit des textes. L'indemnité de précarité, comme son nom l'indique, compense, l'incertitude sur l'avenir, autrement dit la précarité, que le salarié a subie pendant toute la durée de son contrat à

durée déterminée. Ce préjudice est subi, même en cas de poursuite ultérieure du contrat : la stabilité nouvelle, à supposer qu'elle existe, n'a pas fait disparaître la précarité passée. L'exception faite à la dette d'indemnité de précarité s'explique simplement comme une incitation en faveur d'un maintien de la relation de travail sous une forme plus stable, plus définitive. Elle est la rétribution d'une volonté de conserver de manière définitive le salarié. Elle n'est pas la rétribution d'une négligence sur les dates, dépourvue de toute intention réelle de conserver le salarié à moyen terme. Pour ces raisons tirées de l'esprit du texte, la solution de l'arrêt du 3 octobre 2007 doit être approuvée.

2. Mettant un terme à ses hésitations antérieures (Soc. 25 sept. 1990, *Bull. civ. V*, n° 380), la Cour de cassation a précisé clairement pour la première fois, par son arrêt *Société Matrix Phone Marketing c. Calandre et Minette* (Soc. 21 mai 1996, n° 37) que la requalification à titre de sanction ne peut être combattue par l'employeur par la preuve d'un accord verbal du salarié sur la durée déterminée du contrat. La requalification sanction est, en quelque sorte, une présomption irréfutable de contrat à durée indéterminée (dans le même sens, v. not. Soc. 6 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 160, *Dr. soc.* 1997. 922 ; Soc. 16 janv. 2002, *RJS* 04/02, n° 401).

Avant l'entrée en vigueur de la recodification, une difficulté demeurerait cependant. Et il n'est pas totalement certain que cette difficulté soit entièrement résolue par la recodification.

L'article L. 122-3-13 alinéa 1^{er} du Code du travail antérieur à la recodification dressait une liste des textes sanctionnés par cette requalification, qui pouvait être lue comme une liste des conditions de validité d'un terme contractuel en matière de contrat de travail. Cette liste recouvrait l'essentiel des règles de formation des contrats à durée déterminée et notamment l'article L. 122-3-1 alinéa 1^{er} du Code du travail antérieur, lequel exigeait un écrit et une définition précise du motif. Mais elle n'était pas exhaustive. Ainsi, le deuxième alinéa de cet article L. 122-3-1, qui précisait les mentions obligatoires que doit comporter un contrat à durée déterminée n'était pas expressément mentionné. Le code antérieur ne répondait donc pas clairement sur la sanction applicable en cas d'omission d'une ou de plusieurs de ces mentions obligatoires.

À cette question, la Cour de cassation avait répondu de manière nuancée. L'absence de certaines mentions était sanctionnée par la requalification automatique. Tel était le cas de la mention du nom et de la qualification du salarié remplacé par un contrat à durée déterminée (Soc. 6 mai 1997 et 16 janvier 2002, *préc.*). En revanche, la mention de la convention collective applicable pouvait être omise sans entraîner de requalification (Soc. 26 octobre 1999, *Bull. civ. V*, n° 399).

Ce tri entre les mentions substantielles et celles qui ne le sont pas n'était pas toujours aisé. Il apparaissait cependant que certaines mentions étaient de moindre importance, en ce qu'elles n'avaient d'utilité qu'informatrice, comme la mention du nom et de l'adresse de la caisse de retraite complémentaire. En revanche, la désignation précise du poste de travail, voire la précision du montant de la rémunération et de ses accessoires devraient être considérées comme des formalités substantielles, en ce qu'elles permettaient de contrôler le motif du contrat de travail à durée déterminée pour la première et de contrôler le respect de l'égalité de traitement prévue à l'article L. 122-3-3 (L. 142-15 nouv. C. trav.) pour la seconde.

Cette difficulté semble résolue par le texte de la recodification. L'article L. 1245-1 nouv. C. trav. (qui remplace l'art. L. 122-3-13 al. 1^{er} C. trav.) vise parmi les hypothèses de requalification *toutes* les entorses faites à l'article L. 1242-12 (lequel succède, dans la recodification, à l'art. L. 122-3-1^{er} C. trav.). Ce renvoi à l'article entier et non à son seul premier alinéa, intègre dans le champ de la sanction l'ensemble des mentions obligatoires du contrat à durée déterminée, y compris les mentions qui pouvaient apparaître non substantielles. Si la jurisprudence suit le texte nouveau, la requalification sera donc encourue plus largement qu'auparavant.

Pareille évolution peut apparaître cependant assez peu compatible avec la mission assignée par le législateur au recodificateur, lequel était tenu de respecter, pour l'essentiel, le droit constant. La soumission de la jurisprudence à cette évolution du texte reste, par conséquent, douteuse. Et les solutions antérieures susdécrites pourraient bien ainsi, perdurer.

3. Le motif pour lequel il est recouru au contrat de travail à durée déterminée doit être expressément mentionné au sein du contrat de travail. Cette motivation exprès permet de vérifier si le contrat s'inscrit dans l'un des cas de recours expressément mentionné par la loi (a). Elle permet aussi de vérifier si, conformément au droit européen, le recours au contrat à durée déterminée est « justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi » (Soc. 23 janvier 2008, *Calori*, n° 38, et dans le même sens, l'arrêt du même jour, pourvoi n° 06-44197) (b).

a) Ce n'est qu'au sein d'un certain nombre de cas limitativement énumérés par la loi qu'un terme peut être stipulé de manière valide au sein d'un contrat de travail. Ces cas prévus aux articles L. 1242-2 et L. 1242-3 nouv. C. trav. (art. L. 122-1-1 et L. 122-2 C. trav.) sont les suivants : accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ; remplacement d'un travailleur absent ; travail saisonnier ; contrats spéciaux liés aux politiques de l'emploi ; les « emplois (...) pour lesquels

(...) il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ». Un contrat à durée déterminée doit se référer à un de ces motifs, et à un seul (Soc. 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-41.536).

La jurisprudence a été conduite à interpréter ces différents cas de recours. L'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (art. L. 1242-2, 1^o nouv. C. trav., L. 122-1-1, 1^o C. trav.), inclut aussi bien les accroissements d'activité réguliers, habituels, que ceux qui sont exceptionnels (v. Soc. 21 janvier 2004, *Bull. civ.* V, n° 27). Le cas de recours du travail saisonnier (art. L. 1242-2 nouv. C. trav. ; L. 122-1-1, 3^o C. trav.) est lui réservé aux cas où l'entreprise entière est saisonnière. Si l'entreprise fonctionne toute l'année, les augmentations temporaires de travail, fussent-elles liées aux saisons, ne peuvent faire l'objet de contrats saisonniers, mais seulement de contrat à durée déterminée pour « surcroît temporaire d'activité » (Soc. 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-41313).

La catégorie des « emplois (...) pour lesquels (...) il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée » (L. 1242-2, 3^o nouv. C. trav. ; L. 122-1-1, 3^o *in fine* C. trav.) est, de loin, celle qui a occasionné les plus grandes difficultés d'interprétation.

L'article D. 1242-1 nouv. C. trav. (art. D. 121-2 C. trav.) donne une liste des secteurs concernés, liste qui peut être complétée par convention collective étendue. On trouve dans la liste du décret une vingtaine de secteurs dont notamment l'hôtellerie, la restauration, l'enseignement, le spectacle, l'action culturelle et l'information. Mais il ne suffit pas que l'employeur ait une activité située dans l'un de ces secteurs. Il faut encore, selon la loi susvisée, que le contrat soit signé sur un des « emplois » (...) pour lesquels (...) il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ». Ainsi, par exemple, il ne suffit pas qu'un salarié soit embauché dans une entreprise de spectacle comme l'Association Opéra de Lyon pour que son contrat puisse être à durée déterminée ; il faut encore que l'employeur démontre que l'emploi du salarié, ici « l'emploi de violoncelle super soliste », est bien un type d'emploi pour lequel il est d'usage constant de recourir au contrat à durée déterminée (Soc. 28 juin 2005, pourvoi n° 03-43521). L'appréciation de l'usage constant est alors laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc. 26 novembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 298, pourvoi n° 01-44263). Ainsi, dans l'arrêt susvisé, la cour d'appel avait considéré que l'emploi de formateur en cause n'était pas de ceux pour lesquels il était d'usage constant de recourir à un contrat à durée déterminée et qu'en conséquence, bien que l'employeur ait travaillé dans le domaine de l'enseignement, le terme du contrat du salarié devait être invalidé.

La preuve de cet usage constant de recourir au contrat à durée déterminée dans tel ou tel secteur incombe à l'employeur (Soc. 20 sep-

tembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 269 ; *Dr. soc.* 2007. 488, obs. C. Roy-Loustaunau). Et cette preuve est difficile puisqu'elle suppose le recueil de données sur un emploi particulier dans tout un secteur d'activité.

Le champ des contrats d'usage constant peut apparaître ainsi, désormais, relativement restreint.

L'interprétation des motifs du recours au contrat de travail à durée déterminée apparaît ainsi relativement stricte. Les autres conditions du recours au contrat à durée déterminée sont, elles aussi, désormais interprétées avec une certaine rigueur.

b) Le motif du recours au contrat à durée déterminée doit être expressément mentionné au sein du contrat (art. L. 1242-12 nouv. C. trav. ; L. 122-3-1, C. trav.).

La Cour de cassation s'est longtemps contentée d'une expression très générale et floue. Ainsi, par exemple, elle a considéré comme suffisamment précise la mention d'un « accroissement temporaire d'activité », sans aucune précision supplémentaire (v. Soc. 30 septembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 271). Dans un contexte de prolifération des contrats précaires, cette solution très discutable a été récemment abandonnée (Soc. 29 nov. 2007, pourvoi n° 06-41847, arrêt qui exige que soient stipulées « toutes précisions permettant d'apprécier la réalité du motif »). L'arrêt *Calori* (Soc. 23 janvier 2008, n° 38) précise que doit être démontrée « l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire » de l'emploi. L'expression est inspirée de la jurisprudence européenne, interprétant la directive 1999/70 issue de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 (CJCE 4 juillet 2006, *Adeneler*, C-212/04, *Dr. soc.* 2007. 97, obs. C. Vigneau ; *RDT* 2006. 141, obs. F. Guiomard, pt. 74, *Sem. Soc. Lamy* suppl. n° 1288, p. 11, obs. S. Laulom). Le motif du contrat à durée déterminée rejoint ainsi le motif du licenciement (v. n° 100) : sans mention de faits précis et matériellement vérifiable, il n'est pas de motivation suffisante.

L'arrêt *Calori* (n° 38) sonne surtout le glas de la très contestable jurisprudence antérieure qui admettait, dans certains cas, que des emplois permanents puissent être pourvus de manière durable, parfois pendant de nombreuses années, par de petits contrats à durée déterminée successifs. Cette précarité durable était admise pour les contrats dits « d'usage constant » (Soc. 26 novembre 2003, 4 arrêts, *RJS* 1/04, n° 9 ; Soc. 4 février 2004, *RJS* 2004, n° 657 ; Soc. 28 juin 2005, pourvoi n° 03-43521) comme pour les contrats spéciaux des politiques de l'emploi (Soc. 18 novembre 2003 (*Bull. civ.* V, n° 284 ; *Dr. soc.* 2004. 131, obs. C. Roy Loustaunau).

Ces solutions s'opposaient frontalement à la règle posée par l'article L. 1242-1 nouv. C. trav. (L. 122-1 al. 1^{er} C. trav.). Cet article interdit tout contrat à durée déterminée qui aurait pour objet ou pour effet « de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et perma-

nente de l'entreprise ». Il accepte qu'un emploi, lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, soit pourvu *temporairement* par un contrat à durée déterminée. Tel est le cas, notamment, lors du remplacement d'un salarié absent. En revanche, si un emploi est durablement occupé par un salarié, cela suffit à interdire le recours au contrat à durée déterminée : la durée des contrats successifs suffit à démontrer l'existence d'un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Ainsi, par exemple, le remplacement successif d'absents pendant plusieurs années suffit à démontrer l'existence d'un emploi permanent de remplacement au sein de l'entreprise, ce qui interdit l'usage du contrat à durée déterminée (v. Soc. 4 décembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 414 ; Soc. 26 janvier 2005, *Bull. civ. V*, n° 21 ; Soc. 11 octobre 2006, *Bull. civ. V*, n° 299).

L'article L. 1242-1 nouv. C. trav. (L. 122-1 al. 1 C. trav.) interdit donc simplement de pourvoir durablement un emploi par des contrats à durée déterminée. Et il précise qu'il s'applique « quel que soit (le) motif » du contrat à durée déterminée. La jurisprudence qui ouvrait une telle utilisation durable pour les contrats des politiques de l'emploi et pour les contrats dits « d'usage constant » était donc bien opposée aux dispositions du Code du travail. D'autant qu'en matière de contrats d'usages constants, le Code du travail enchérit en exigeant que l'emploi sur lequel est embauché le salarié soit « par nature temporaire » (art. L. 1242-2, 3° nouv. C. trav., L. 122-1-1, 3° C. trav.). Ces textes clairs n'ont curieusement pas suffi.

Il a fallu que le droit européen intervienne et condamne l'emploi durable de salariés en contrat à durée déterminée (acc. cadre du 18 mars 1999, dir. 1999/70 et CJCE 4 juillet 2006, *Adeneler* préc.) pour que la Cour de cassation accepte enfin d'appliquer pleinement le Code du travail. L'arrêt Calori déduit de l'accord-cadre européen du 18 mars 1999 qu'il est nécessaire de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est « justifié par des raisons objectives (...) établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ». Or l'emploi *durable*, parfois pendant plusieurs années, d'un salarié sous contrat à durée déterminée suffit à démontrer l'absence de nature temporaire de l'emploi de ce salarié. Cette solution aurait pu être déduite directement du Code du travail. Elle est présentée par l'arrêt comme déduite du droit européen. Peu importe. Désormais, le Code du travail, le droit européen et la jurisprudence s'accordent enfin, pour affirmer la prohibition générale de la précarité durable.

B. — La relation de travail à durée globale indéterminée

Avant que la loi ne vienne les régir, à partir de 1979, le renouvellement ou la succession de contrats à durée indéterminée avait fait l'objet

d'un encadrement jurisprudentiel. Le raisonnement de la Cour de cassation était fort simple. Lorsqu'un contrat de travail à durée déterminée est renouvelé de nombreuses fois, une incertitude apparaît sur la date de cessation effective de la relation de travail. La relation s'installe, de fait, dans une durée indéterminée. En un sens, l'imprévisibilité du terme réel conduit à une réinterprétation du terme stipulé. Celui-ci perd sa signification première. Il n'est plus une échéance à laquelle le contrat est rompu. Il devient une échéance à laquelle une faculté de résiliation unilatérale est ouverte (en ce sens, v. not. Soc. 26 nov. 1970, *Demoiselle Père*, GA, 2^e éd., n° 92, Bull. civ. V, n° 667, JCP 1971. II. 16946, note G. Poulain, Dr. ouvr. 1972. 439 ; Soc. 19 févr. 1975, Bull. civ. V, n° 76).

Le contrat de travail se voit alors reconnaître une double nature : il est à la fois contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée. Pendant la durée qui a été précisée au contrat — par exemple six mois dans l'arrêt *Demoiselle Père* précité — les parties sont tenues de respecter les obligations inhérentes aux contrats à durée déterminée et ne peuvent pas, en principe, rompre unilatéralement le contrat. Mais, à l'expiration du terme convenu, si une des parties ne veut pas renouveler le contrat, tout se passe comme s'il y avait rupture d'un contrat à durée indéterminée. Le non-renouvellement du contrat est assimilé à une démission ou à un licenciement, selon l'auteur du refus de renouvellement.

Ces solutions s'étaient construites en deux temps. Dans un premier temps, la Cour de cassation a simplement reconnu qu'un ensemble de contrats à durée déterminée successifs pouvait être requalifié en contrat à durée indéterminée (Civ. 31 mars 1924, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 15 ; Civ. 15 oct. 1941, JCP 1942. II. 2009 ; Civ. 17 mars 1947, JCP 1947. II. 3776). Ce n'est que dans un deuxième temps, dès 1957, qu'elle avait considéré que cette requalification n'excluait pas l'application des règles relatives à la rupture des contrats à durée déterminée pendant la durée convenue au sein de chaque contrat (v. Soc. 4 juin 1957, *Dr. soc.* 1957. 557). Les règles du licenciement n'avaient vocation à s'appliquer qu'à l'occasion d'un refus de renouvellement.

Cette jurisprudence du « contrat à durée déterminée dans un ensemble à durée indéterminée » a acquis, au cours du temps, un champ d'application de plus en plus large. La question était, conformément à la logique suivie, de déterminer les situations dans lesquelles la perspective d'un renouvellement faisait perdre toute crédibilité au terme. Au départ, seule l'application répétée d'une clause de renouvellement expresse fut considérée comme ayant cet effet. Peu à peu, cette solution fut élargie aux contrats renouvelés dans les faits à plusieurs reprises, même en l'absence de clause de renouvellement (Soc. 23 oct. 1963, JCP 1963. II. 13436 ; Soc. 3 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 176 ;

Soc. 19 févr. 1975, *préc.*). Elle fut finalement étendue à un unique contrat à durée déterminée, non renouvelé, mais qui prévoyait une clause de renouvellement tacite (Soc. 21 déc. 1977, *Bull. civ.* V, n° 727).

Depuis la loi du 3 janvier 1979, qui a réglementé pour la première fois le renouvellement et la succession de contrats à durée déterminée, cette jurisprudence a perdu une bonne part de son champ d'application. Actuellement, un contrat à durée déterminée ne peut être renouvelé qu'une seule fois (art. L. 1243-13 nouv. C. trav. ; art. L. 122-1-2 C. trav.). Et, sauf exceptions, un même poste de travail ne peut être occupé par deux contrats à durée déterminée successifs, sans qu'ait été respecté un délai de carence entre ces contrats (art. L. 1244-3 nouv. C. trav. ; art. L. 122-3-11 C. trav.). Ce délai est égal à la moitié de la durée du premier contrat renouvellement inclus, si celle-ci est inférieure à quatorze jours. Sinon, il est égal au tiers de la durée du premier contrat. La règle du délai de carence entre deux contrats successifs ne s'applique pas cependant, dans un certain nombre de cas, comme en matière de contrats à durée déterminée saisonniers ou lorsque les contrats successifs sont conclus dans un domaine d'activité reconnu par décret ou convention collective étendue et où il est d'usage constant de recourir aux contrats à durée déterminée (v. art. L. 1244-4 nouv. C. trav. ; art. L. 122-3-11, al. 2, C. trav.).

Pourtant, cette réglementation n'a pas fait disparaître la jurisprudence traditionnelle du « contrat de travail à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée ». La loi de 1979 avait certes pour objectif de s'y substituer. Mais un tel objectif était difficile à atteindre. D'une part du fait des lacunes de la loi, et d'autre part, du fait du rôle du juge. Il appartient en effet aux juges d'interpréter la signification des stipulations contractuelles et en particulier de rechercher le sens que prend la soi-disant stipulation d'un « terme » en cas de renouvellements répétés ou en présence d'une clause de renouvellement tacite.

Aussi, après une mise en sommeil temporaire, la jurisprudence de l'ensemble à durée indéterminée est revenue sur le devant de la scène, avec l'arrêt *Institut marin de Rockroum* (Soc. 22 janv. 1991, n° 36). En l'espèce, une salariée avait été embauchée par deux contrats de travail à durée déterminée successifs pendant la saison d'été, saison en dehors de laquelle l'établissement était fermé. Or, la conclusion de contrats saisonniers successifs à durée déterminée n'est pas limitée par la loi. Ce qui n'a pas empêché la Cour d'affirmer que la « *relation de travail qui s'était établie entre les parties était d'une durée globale indéterminée* » (dans le même sens, v. Soc. 6 juin 1991, *Bull. civ.* V, n° 228 ; Soc. 22 févr. 1994, *Dr. soc.* 1994. 372 ; Soc. 13 déc. 1995, *RJS* 2/96, n° 101). Une relation à durée globale indéterminée est encore reconnue lorsqu'un salarié remplace successivement plusieurs salariés

absents, tout en conservant la même qualification et le même salaire (Soc. 4 déc. 1996, *Bull. civ. V*, n° 414) ou lorsqu'une convention collective prévoit un droit au renouvellement des contrats saisonniers successifs (Soc. 1^{er} févr. 2000, *Bull. civ. V*, n° 51 ; Soc. 29 oct. 2002, *Bull. civ. V*, n° 329 ; Soc. 18 novembre 2003, *RJS* 2/04, n° 177). Ces reconnaissances d'ensembles à durée indéterminée ont pour effet principal de rendre les règles du licenciement applicables au refus de renouvellement. Mais, conformément à la jurisprudence traditionnelle, cette applicabilité n'exclut pas l'application d'une « garantie d'emploi » pendant la durée stipulée au sein de chacun des contrats successifs (v. Soc. 29 oct. 2002, *préc.*).

Cette jurisprudence peut présenter l'intérêt de pallier certaines carences de la réglementation légale.

La jurisprudence de l'ensemble à durée indéterminée est cependant restée timorée quant à son champ d'application. Ainsi, en cas de contrats de travail saisonniers successifs, la Cour refuse de reconnaître une relation de travail d'une durée globale indéterminée dès lors que le salarié ne travaille pas pendant toute la durée d'ouverture de l'entreprise, toutes les saisons et qu'il ne bénéficie pas d'une clause de reconduction pour la saison suivante (v. Soc. 30 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 205 ; Soc. 12 oct. 1999, *Bull. civ. V*, n° 313 ; Soc. 15 oct. 2002, *Bull. civ. V*, n° 306 ; Soc. 16 novembre 2004, *Bull. civ. V*, n° 285 ; Soc. 31 mai 2007, 06-42112). Cette solution est étonnante particulièrement lorsque, comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 15 octobre 2002 précité, elle conduisait à exclusion de la protection contre le non-renouvellement de son contrat un salarié ayant plus de vingt ans d'ancienneté et qui pouvait dès lors légitimement croire qu'il appartenait au personnel permanent de l'entreprise. Cette réticence de la Cour de cassation à accepter pleinement la logique de sa jurisprudence traditionnelle a ainsi pu permettre aux employeurs de maintenir dans la précarité certains salariés pendant plusieurs dizaines d'années. Et ce, même lorsque ces salariés étaient engagés dans une relation dont le terme réel était devenu totalement imprévisible.

Depuis l'arrêt *Calori* du 23 janvier 2008 (n° 38), ces solutions ne semblent pas pouvoir être maintenues en l'état. Deux évolutions sont possibles. La première reviendrait à élargir la jurisprudence des contrats de travail à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée, pour englober l'ensemble des cas dans lesquels la succession ou le renouvellement de contrat à durée déterminée font perdre au terme stipulé sa crédibilité. Cette solution aurait l'avantage de conserver un sens, celui de la garantie d'emploi à durée déterminée, à la stipulation du terme.

La seconde consisterait à considérer que dans ces hypothèses l'emploi est par nature durable. Alors, par application du droit européen,

la requalification en contrat à durée indéterminée s'imposerait. Dans ce deuxième cas, la jurisprudence des contrats de travail à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée serait privée de tout champ d'application. Elle aurait alors vécu.

II. — Le contrat à temps partiel

39. Soc. 29 janvier 1997

Barba c. Renard

(*Bull. civ. V*, n° 39 ; *Dr. soc.* 1997. 311, note F. Favennec)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 212-4-3 du Code du travail ;

Attendu que, selon ce texte, le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit ; il mentionne la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et, sauf pour les salariés des associations d'aide à domicile, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;

Qu'il en résulte que *si, en l'absence d'écrit, le contrat de travail est présumé conclu à temps complet, il appartient à l'employeur qui se prévaut d'un contrat à temps partiel de rapporter la preuve non seulement de la durée exacte du travail convenu mais également de sa répartition sur la semaine ou le mois* ;

Attendu que Mme Barba a été engagée le 17 décembre 1988 par M. Renard en qualité de conducteur ambulancier sans contrat de travail écrit ; que, soutenant effectuer un travail à temps plein, elle a saisi la juridiction prud'homale notamment aux fins d'obtenir paiement d'un rappel de salaire et de congés payés ainsi que l'établissement d'un contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée ;

Attendu que, pour débouter Mme Barba de ces demandes, l'arrêt attaqué énonce qu'elle a reconnu que son emploi ne l'occupait qu'une partie de la journée, à la demande, selon les besoins de l'entreprise, l'horaire hebdomadaire étant fixé à 19 heures ; que, si Mme Barba devait travailler du lundi au vendredi, selon la demande et le samedi exceptionnellement, elle ne rapportait pas la preuve que cela impliquait nécessairement pour elle de demeurer à la disposition de son employeur 8 heures par jour ; qu'ayant travaillé à temps partiel et ayant perçu la rémunération correspondant à l'horaire de travail effectué, elle ne pouvait prétendre à un rappel de salaire et de congés payés calculé sur la base d'un horaire mensuel de 169 heures ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par les conclusions de Mme Barba, si le contrat de travail comportait une répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, la cour d'appel n'a pas donné de base légale sa décision ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

Casse et annule...

OBSERVATIONS

En vertu de l'article L. 3123-14 nouv. C. trav. (L. 212-4-3, al. 1 C. trav.), le contrat de travail à temps partiel est un contrat écrit, comprenant plusieurs mentions obligatoires, parmi lesquelles la rémunération, la qualification, la durée du travail convenu et la répartition de cette durée entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Ce formalisme n'est pas sanctionné avec la même vigueur qu'en matière de contrat à durée déterminée. Pour ce type de contrat, l'absence de contrat écrit ou l'absence des principales mentions obligatoires emporte une *présomption irréfragable* de contrat à durée indéterminée. En revanche, depuis 1987, il est constant que l'absence de contrat à temps partiel écrit n'emporte qu'une *présomption simple* de contrat de travail à temps complet (Soc. 14 mai 1987, *Dr. soc.* 1988. 444, obs. J. Savatier ; 29 janv. 1997, *Bull. civ.* V, n° 39 ; 12 nov. 1997, *Bull. civ.* V, n° 362). Ce qui réduit d'autant la portée du formalisme du contrat de travail à temps partiel.

Tout l'intérêt de l'arrêt *Barba c. Renard* (n° 39) a été de préciser les conditions dans lesquelles il est possible pour l'employeur de renverser cette présomption. L'arrêt indique que, pour ce faire, il appartient à l'employeur non seulement de prouver la durée « exacte » du travail convenu (en ce sens, v. encore, not. Soc. 12 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 90), mais encore de prouver la répartition de cette durée, sur la semaine ou sur le mois. À défaut d'apporter cette preuve, l'employeur sera condamné à verser au salarié une rémunération correspondant à un temps complet.

Cette solution apparaît justifiée par l'importance que revêt la précision de la répartition du temps de travail, particulièrement pour le salarié à temps partiel. Du fait de sa durée réduite de travail, celui-ci n'a vocation qu'à recevoir un salaire partiel, soit une rémunération qui apparaît souvent insuffisante pour garantir à elle seule un niveau de vie suffisant. Or, l'absence de répartition fixe du temps de travail bloque, en pratique, la recherche d'un complément de rémunération. Un salarié à temps partiel auquel l'employeur impose d'importantes variations dans la répartition de son temps de travail, ne peut prévoir à l'avance les périodes pendant lesquelles il pourrait s'engager envers un second employeur. Il se trouve ainsi contraint, dans les faits, à demeurer au service exclusif d'un seul employeur, et ce pour un salaire pouvant être réduit à une petite fraction de SMIC mensuel.

Dans un tel contexte, l'importance accordée par l'arrêt *Barba c. Renard* à la répartition contractuelle du temps de travail apparaît pleinement justifiée. Elle a depuis été confirmée et renforcée. Un contrat écrit précisant la durée exacte du travail, mais dépourvu d'une répartition expresse du temps travail entre les jours de la semaine et

les semaines du mois, doit être est présumé temps plein (Soc. 12 juill. 1999, *Bull. civ.* V, n° 351 ; Soc. 29 septembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 232). Et il en va de même d'un contrat de travail à temps partiel annualisé qui omettrait de préciser les périodes non travaillées et les périodes travaillées ainsi que la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes (Soc. 12 nov. 2002, *Bull. civ.* V, n° 341). Pour renverser cette présomption l'employeur devra prouver que « le salarié connaissait à l'avance ses horaires de travail, n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme (il) devait travailler et n'avait pas à se tenir en permanence à disposition de l'employeur » (Soc. 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-41086, à paraître au *Bull.*). Ce qui suppose non seulement la preuve des horaires de travail, mais encore celle de la régularité de ces horaires d'une semaine sur l'autre, d'un mois sur l'autre, ou le cas échéant d'une année sur l'autre. L'absence d'une telle régularité équivaut en effet à une absence de prévisibilité, soit encore à une absence de répartition contractuelle.

Pour la même raison, la mention expresse au sein du contrat écrit de la durée et de la répartition du temps de travail n'est pas en elle-même suffisante. Il faut que les horaires laissent la possibilité au salarié de trouver un autre emploi à temps partiel (Soc. 9 janvier 2008, pourvoi n° 06-44458). Il faut encore que la durée et la répartition stipulées soient respectées. Un employeur qui fait varier la durée ou la répartition du temps de travail au-delà des prévisions du contrat écrit, opère une modification du contrat de travail, laquelle doit obéir aux mêmes conditions de formes que le contrat initial. Toute modification de la durée et de la répartition dépassant les prévisions du contrat doit donc être formalisée au sein d'un avenant écrit au contrat, sous peine de voir la présomption de contrat à temps plein s'appliquer à nouveau (pour une telle requalification, suite à une modification du contrat non formalisée, v. Soc. 15 oct. 2002, *Bull. civ.* V, n° 311).

Ceci ne signifie pas que la durée et le rythme de travail d'un salarié à temps partiel soient nécessairement rigides. Certes, la Cour de cassation affiche nettement le principe de fixité : « *la répartition du travail, telle qu'elle doit être prévue, en application de l'article L. 212-4.3 du Code du travail, constitue un élément du contrat de travail à temps partiel, qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié* » (Soc. 6 avr. 1999, *Bull. civ.* V, n° 166 ; Soc. 5 novembre 2003, *RJS* 1/04, n° 131). Mais ce principe subit un certain nombre d'exceptions légales encadrées par des conditions de forme et de fond.

Ainsi, par exemple, la durée du travail peut varier au travers de l'utilisation des heures complémentaires. Mais, en vertu de l'article L. 3123-14 nouv. C. trav (L. 212-4-3 al 3 C. trav) du Code du travail, le contrat de travail doit mentionner les limites dans lesquelles de telles heures peuvent être effectuées et ce nombre ne peut être supérieur au dixième de la « *durée du travail prévue dans son contrat* ». Il faut

en déduire que le recours aux heures complémentaires est exclu, en l'absence de clause les concernant, et *a fortiori* en l'absence d'une stipulation expresse de la durée du travail.

La répartition des horaires peut, elle aussi, être soumise à certaines variations. Mais, une clause en ce sens doit avoir été expressément stipulée. Et cette clause doit préciser l'ampleur des variations possibles et les cas dans lesquels elles peuvent intervenir (art. L. 3123-14, 2° nouv. C. trav.). En cas d'omission de cette clause aucune modification ne peut être imposée (art. L. 3123-24 nouv. C. trav.) et l'imprécision de la clause équivaut, pour la jurisprudence, à une absence de clause (v. pour l'invalidation d'une clause prévoyant une modification de la répartition des horaires « *en fonction des nécessités du service* », v. Soc. 6 avr. 1999, préc ; pour une même solution s'agissant d'une clause de variation « *si les circonstances le demandent* », v. Soc. 7 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 373, *JCP* 1999. II. 10009, note M. Del Sol).

Comparativement à l'importance d'une prévisibilité des périodes travaillées pour un salarié à temps partiel, ces conditions de formes apparaissent cependant fort peu exigeantes, d'autant que la seule condition de fond mise à cette variation est le respect d'un délai de prévenance de 7 jours (L. 3123-21) qui peut être réduit à 3 jours par une convention collective étendue (art. L. 3123-22).

Il faut encore mentionner qu'une convention collective étendue ou un accord d'entreprise peuvent supprimer, pour l'essentiel, les garanties qui résultent d'une prévision contractuelle de la répartition du travail. Il est en effet possible, par une telle convention, de permettre le travail à temps partiel annualisé. Affichée comme une simple possibilité d'organiser le temps de travail sur l'ensemble de l'année, cette mise en place permet, surtout, de remplacer l'obligation de stipuler expressément la répartition du temps de travail par la simple communication d'un « programme indicatif » (art. L. 3123-24, 6° nouv. C. trav.).

Ces dispositions sur le temps partiel annualisé pourraient être attaquées, devant la Cour de justice européenne, comme productrices d'une discrimination sexiste indirecte. La pertinence de ce type de raisonnement a déjà été reconnue, par la Cour de justice européenne (v. CJCE 9 février 1999, C. 167/97, *Seymour-Smith et Perez, Rec. CJCE*, p. I-627, pt. n° 51 et s. ; CJCE 27 mai 2004, C-285/02). Pour invalider les dispositions relatives au temps partiel annualisé, il faudrait démontrer statistiquement qu'elles touchent très largement plus souvent les femmes que les hommes (ce qui est facile). Puis il faudra démontrer que ces dispositions ne sont pas suffisamment justifiées par des éléments objectifs, indépendants de toute considération sexiste. La réponse à cette seconde question sera, bien évidemment plus difficile, plus aléatoire. Mais l'utilité de ces flexibilités extrêmes, bien plus graves que celles subies par des salariés à temps plein, apparaît suffisamment douteuse pour que la question soit très ouverte.

III. — Le prêt de main-d'œuvre

40. Ch. réunies 31 janvier 1901

Loup c. Bœuf

(DP 1901. 169, concl. proc. gén. Laferrière ; S. 1902. 1. 157)

ARRÊT

La Cour ; — Statuant sur le pourvoi formé par le sieur Loup contre un arrêt de la cour d'appel de Bourges, en date du 20 juin 1900, qui l'a condamné, comme complice d'un délit de marchandage, à 50 F d'amende et 200 F de dommages-intérêts, pourvoi renvoyé à l'examen des chambres réunies, conformément à l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} avril 1837, par un arrêt de la chambre criminelle du 16 novembre suivant ; — Vu le décret du 2 mars 1848 ; — Vu l'arrêté du 21 mars 1848 ; — Vu également l'article 1^{er} C. pén. ; — Sur le moyen pris de la violation des décrets et arrêtés susrelatés, et de l'article 1^{er}, C. pén., lequel a déjà fait l'objet, dans la même affaire, d'un précédent pourvoi suivi de cassation à la date du 16 février 1900 (V. à la note) ; — Attendu qu'il résulte du texte même tant du décret du 2 mars 1848 que de l'arrêté du 21 du même mois que le fait qui a été d'abord interdit, puis puni de peines correctionnelles par le Gouvernement provisoire, *n'est point tout embauchage d'ouvriers à la journée par un tâcheron, mais seulement l'exploitation des ouvriers au moyen de ce marchandage, exploitation qui ne consiste de la part du sous-traitant qu'à tirer un profit abusif du travail de ceux qu'il emploie ; que l'acte nécessite donc, pour devenir délictueux, la réunion de ces trois éléments : un fait matériel, l'intention de nuire, et un préjudice causé aux ouvriers ; qu'en condamnant le demandeur en cassation à raison d'un prétendu délit de marchandage, sans constater, ni l'existence d'une fraude, ni le caractère dommageable des conditions dans lesquelles les ouvriers avaient été employés, la cour d'appel de Bourges a violé la loi ; — Sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens proposés ; — Casse et annule (...).*

OBSERVATIONS

Le prêt de main-d'œuvre n'a rien d'anodin. Il s'agit d'une opération par laquelle une personne conclut un contrat de travail avec un salarié, puis met celui-ci à la disposition d'un tiers auquel elle transmet son pouvoir de direction. Cette opération tripartite permet à l'utilisateur de la main-d'œuvre de ne pas être lié au salarié par contrat. Il échappe ainsi à la qualification d'employeur et à la plupart des charges qui lui sont associées, alors qu'il exerce le pouvoir de direction et bénéficie d'un travail subordonné.

A. — L'histoire de la prohibition de cette opération commence dès 1848 (décret du 2 mars 1848 et arrêté du 21 mars 1848) avec les premières règles fondatrices du droit du travail. Sous certaines condi-

tions, l'opération est pénalement sanctionnée sous la qualification de « marchandage ». La répression ne commence cependant à devenir effective qu'à la fin du XIX^e siècle. Pour peu de temps. Confirmant la solution adoptée par sa chambre criminelle (Crim. 4 févr. 1898, *DP* 1898. 1. 369 ; Crim. 16 févr. 1900) et malgré la résistance des juges du fonds (Orléans 11 juill. 1899, *DP* 1899. 2. 293 ; Bourges 20 juin 1900, *DP* 1900. 2. 485), les chambres réunies de la Cour de cassation, par leur arrêt du 31 janvier 1901, *Loup c. Bœuf* (arrêt n° 40) interprètent le marchandage de manière si restrictive que la prohibition perd alors l'essentiel de sa portée.

Aux termes de cet arrêt, le marchandage n'est prohibé que lorsque le marchandeur « *tire un profit abusif du travail de ceux qu'il emploie* », et « *l'acte nécessite donc pour devenir délictueux la réunion de ces trois éléments : un fait matériel, l'intention de nuire et un préjudice causé aux ouvriers* ».

Une telle interprétation n'était nullement imposée par le texte de 1848, loin s'en faut. Ce texte affirmait que le marchandage était l'« *exploitation des ouvriers par des sous entrepreneurs* ». Or, le marchandeur ne fournit que de la main-d'œuvre. S'il tire un profit de l'opération, ce ne peut donc être qu'en retenant une part de la rémunération du travail accompli. Ce qui, dans l'esprit des rédacteurs de 1848, est synonyme d'« exploitation ». La position de la Cour de cassation dans son arrêt *Loup c. Bœuf* contraste avec cette analyse. Pour la Cour, le fait que le marchandeur fasse du profit ne suffit pas. Un tel gain ne lui apparaît pas condamnable. Il faut encore que soit rapportée la preuve de son caractère « abusif ». Or un tel abus suppose non seulement un préjudice pour le salarié, mais surtout que ce préjudice ait été provoqué dans l'« *intention de nuire* » aux salariés. Lorsque l'on sait à quel point la preuve d'une telle intention de nuire est difficile, on comprend comment la répression a pu être réduite à bien peu de choses par l'arrêt commenté. La jurisprudence *Loup c. Bœuf* ayant perdu, la prohibition du marchandage a été vidée de l'essentiel de sa substance pendant presque trois quarts de siècle.

Pour revenir à une certaine répression juridique, il a fallu attendre que le législateur intervienne, tardivement, par la loi du 6 juillet 1973. Le texte de la loi est depuis resté, à un détail près, inchangé. Il est reproduit à l'article L. 8231-1 nouv. C. trav. (L. 125-1 C. trav.).

Ce texte réalise plusieurs extensions du délit de marchandage, l'une par rapport au texte du décret de 1848, les autres par rapport à l'arrêt de du 31 janvier 1901, sans pour autant abandonner totalement la logique de cet arrêt.

1. Le texte de 1848 visait principalement le sous-salariat. On interdisait à un ouvrier d'exploiter lui-même des ouvriers. De manière symp-

tomatique, parmi les motifs avancés par le préambule du décret, cité par l'arrêt, on trouve l'atteinte au principe de fraternité. Le sous-salariat était ainsi condamné non seulement en ce qu'il était une forme d'exploitation particulièrement dangereuse, mais aussi en ce qu'il contribuait à diviser les salariés, à nuire à la solidarité dont on supposait qu'elle devait les unir. Cette idée disparaît dans la loi de 1973. Désormais, le marchandage est prohibé qu'il soit le fait de salariés, d'ouvriers, ou qu'il soit le fait de personnes non salariées, de patrons.

2. Demeure en revanche le second fondement de la prohibition originelle du marchandage. Dans l'opération de sous-salariat, le marchandeur est lui-même subordonné. Ainsi, s'il exerce un pouvoir sur ses salariés, c'est conformément aux directives qu'il reçoit. Il n'a pas plus de pouvoirs réels qu'un contremaître. Le bénéficiaire de la main-d'œuvre est le seul véritable détenteur du pouvoir de direction. Ainsi, le sous-salarié n'est pas en rapport direct avec celui qui le dirige. Ce trait caractéristique originel demeure au sein de l'article L. 8231-1 nouv. C. trav. (L. 125-1 C. trav.). À travers l'expression de « *fourniture de main-d'œuvre* », cet article vise la transmission opérée non seulement d'un personnel, mais du pouvoir de direction sur ce personnel. Un tel critère distinctif permet de séparer l'opération prohibée d'autres opérations, dont elle prend souvent le masque, comme le contrat d'entreprise ou la sous-traitance. La mise à jour du véritable détenteur du pouvoir de direction est ainsi essentielle. C'est sur cette question que se concentre la plus grande part du contentieux (v. par ex., Crim. 25 avr. 1989, *Prouveur*, *Bull. crim.* n° 169 ; 3 mai 1994, *RJS* 10/94, n° 1224 ; 15 mars 1994, *RJS* 10/94, n° 1233 ; Soc. 19 juin 2002, *RJS* 10/02, n° 1189).

3. L'idée selon laquelle l'opération devait avoir un but lucratif, présente dans l'arrêt *Loup c. Bœuf* du 31 janvier 1901 au travers de l'exigence d'un profit, est expressément reprise par la loi nouvelle. Mais le caractère abusif de ce profit n'est plus exigé et, partant, l'exigence d'une intention de nuire a, elle aussi, disparu. Seule demeure l'exigence d'un but lucratif.

Cette exigence a, un temps, conduit à n'accepter que les prêts de main-d'œuvre à titre gratuit et à prohiber conséquemment toute opération de prêt dotée d'une contrepartie (v. Soc. 4 avr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 157, *Dr. soc.* 1990. 780, rapp. P. Waquet). La Cour a finalement admis les prêts de main-d'œuvre dans lesquels le prêteur ne fait que récupérer auprès du locataire de main-d'œuvre les salaires qu'il a versés ainsi que les charges sociales correspondantes. Mais cette récupération doit être limitée à ces sommes. Un supplément, fut-il justifié par des frais de gestion, rendrait l'opération « *à but lucratif* », la faisant entrer dans le champ de la répression (Soc. 16 mai 1990, *Bull.*

civ. V, n° 225 ; 25 sept 1990, *Bull. civ. V*, n° 382). L'opération peut aussi présenter un but lucratif du point de vue de l'entreprise bénéficiaire. Tel est le cas lorsque l'opération de main-d'œuvre lui procure un gain, comparativement à ce qu'elle aurait dû dépenser si elle avait embauché directement des salariés. Le délit est alors réalisé (Crim. 23 mars 1993, *CSB* 1993, S 101, 185).

Il résulte de ces arrêts que seule l'opération de prêt de main-d'œuvre « à prix coûtant » reste pleinement licite (v. Soc. 1^{er} avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 128 ; Crim. 20 mars 2007 n° 05-85253, *Bull. crim.*, n° 86, *RJS* 7/07, n°898). Cette autorisation du prêt de main-d'œuvre « à prix coûtant » est parfois présentée comme permettant à l'employeur d'éviter une mise au chômage partiel en plaçant provisoirement ses salariés auprès d'autres entreprises. En pratique cependant, l'ouverture de cette possibilité bénéficie essentiellement à la mobilité au sein des groupes de société, l'intérêt pour une société filiale de faire un bénéfice sur une autre société filiale étant fort réduit. La fiction de la personne morale peut ainsi être érigée comme un rempart entre le salarié et celui qui le dirige. Ceci présente certains dangers pour l'effectivité du droit du travail et peut causer, en toute légalité, un préjudice au salarié. Une solution à cette difficulté pourrait être trouvée dans l'élargissement du concept de but lucratif. Actuellement celui-ci est conçu de manière restrictive comme une absence de gain du prêteur sur le bénéficiaire ou *vice-versa*. Il serait judicieux d'adjoindre l'absence de gain procuré par l'opération elle-même au préjudice du salarié. Il suffirait alors de prouver que le salarié perd à l'opération pour démontrer l'existence d'un profit et, partant, celle d'un but lucratif. Cette idée était présente dans l'arrêt *Loup c. Bœuf* du 31 janvier 1901. Après avoir défini le marchandage comme la réalisation d'un « *profit abusif* », la Cour en déduisait qu'il était constitué de trois éléments, « *un fait matériel, l'intention de nuire et un préjudice causé aux ouvriers* ». Le « profit », élément essentiel de la définition n'est ainsi pas directement repris dans les éléments constitutifs : ce qui laisse à penser que, pour la Cour, il se déduit de l'existence d'un préjudice pour les salariés. N'est-il pas paradoxal que ce qui était admis comme évidence logique par une jurisprudence aussi restrictive que celle de l'arrêt du 31 janvier 1901, ne le soit pas par la jurisprudence récente et ce malgré un contexte plus ouvert à la prohibition du marchandage ?

4. À l'heure actuelle, la découverte d'un préjudice subi ne permet pas d'élargir le champ de la répression en signifiant l'existence d'un but lucratif. Il s'agit d'une condition supplémentaire, qui vient s'ajouter à l'existence d'un but lucratif, pour caractériser l'exigence d'un marchandage. Aux termes de l'article L. 8231-1 nouv. C. trav. (L. 125-1 C. trav.) le marchandage est défini comme « *Toute opération à but*

lucrative de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluider l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail » (la mention expresse des accords collectifs de travail est issue de la loi du 13 nov. 1982). La seconde partie de la définition « *qui a pour effet de causer un préjudice...* » n'est pas interprétée comme une explicitation du but lucratif, mais comme une exigence supplémentaire. Laquelle s'est révélée à l'usage de peu de poids.

Le texte précise qu'« *éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail* » équivaut à réaliser un préjudice aux dépens du salarié. Or, il est vite apparu que l'opération de prêt de main-d'œuvre élude toujours plus ou moins, en elle-même, l'application de certaines dispositions légales ou conventionnelles.

L'opération élude souvent les règles sur la représentation du personnel (v. par ex. : Crim. 23 mars 1993, n° 92-83381 D) ; ou celles du contrat de travail à durée déterminée (Crim. 16 juin 1998, *Bull. crim.* n° 195). Elle élude quasi automatiquement les règles du licenciement. Dans une opération de prêt de main-d'œuvre, par définition, l'utilisateur est un tiers au contrat de travail. Ses relations contractuelles sont limitées au contrat de prêt de main-d'œuvre, conclu avec l'entreprise mettant ses salariés à disposition. Ce contrat n'est pas un contrat de travail, il peut donc être rompu selon les règles du droit civil ou du droit commercial, sans justifier d'une cause réelle et sérieuse. Cette rupture peut, par exemple, avoir lieu pour une simple perte de confiance, nullement appuyée sur des éléments objectifs, et donc en l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. Au sein de l'entreprise de prêt de main-d'œuvre, la cause du licenciement sera la rupture du contrat de prêt de main-d'œuvre et la suppression de l'emploi du salarié qui en résulte. La cause réelle et sérieuse sera dès lors plus facilement constatée, même si elle ne saurait être considérée comme automatiquement présente. L'utilisation d'un intermédiaire permet ainsi à l'utilisateur d'exercer les prérogatives d'un employeur sans être pour autant tenu de respecter le droit du licenciement. Or cette seule constatation a permis à la jurisprudence de constater l'existence d'un contournement des règles légales et de retenir l'existence d'un marchandage (Crim. 15 nov. 1983, *Bull. crim.* n° 299, *D.* 1984. IR. 374, obs. A. Lyon-Caen ; Crim. 25 avr. 1989, Lucas et Dransart, *Dr. soc.* 1990. 425 ; *Bull. crim.* n° 170 ; comp. la protection au champ d'application fort limité, qu'accorde l'article L. 1231-5 nouv. C. trav. ; aux salariés mis à la disposition d'une filiale étrangère). Cette situation doit, bien entendu, être distinguée de celle dans laquelle le tiers n'est qu'un client, ayant passé un contrat d'entreprise avec l'employeur du salarié. Ce simple client n'est pas détenteur d'un pouvoir de direction ;

il n'exerce pas les prérogatives de l'employeur et l'inapplication du droit du licenciement à son égard en découle naturellement. Ce droit n'est plus alors « éludé ». Le droit du licenciement n'a pour objet que de protéger le salarié contre la décision unilatérale de celui à qui il est subordonné. Il ne le protège pas contre la décision des clients de son employeur, contre la perte de marchés par ce dernier, cette perte fut-elle la cause première de son éventuel licenciement (comp. la notion d'entité économique utilisée comme critère de l'application de l'article L. 1224-1 nouv. C. trav. ; L. 122-12 C. trav., obs. sous n° 62-64).

Au surplus, certains arrêts se contentent de noter que l'opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif est un moyen d'éluder les règles relatives au travail temporaire (Crim. 26 mai 1988, *Dr. ouvr.* 1989. 362), pour caractériser le délit de marchandage. Ce qui, on en conviendra, finit de généraliser la prohibition du prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

Cette opération est finalement considérée comme éludant toujours au moins certaines règles légales. Et l'on en est finalement revenu à la logique qui guidait les cours d'appel, dans leurs arrêts rendus avant le blocage réalisé par l'arrêt *Loup c. Bœuf*, et qui considéraient le sous-salariat comme en lui-même générateur d'« exploitation » au sens du décret de 1848.

5. La loi du 6 juillet 1973, en plus de l'article L. 125-1 du Code du travail (L. 8231-1 nouv. C. trav.) qui prohibe le « marchandage », a créé l'article L. 125-3 du Code du travail (L. 8241-1 nouv. C. trav.), qui interdit « toute opération à but lucratif ayant pour *objet exclusif* le prêt de main-d'œuvre ». Cette incrimination ne se réfère plus à un quelconque préjudice ou à des règles qui seraient éludées, mais exige que l'opération de prêt de main-d'œuvre soit exclusive.

Depuis que l'existence d'un préjudice est reconnue au sein de toute opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif, cet article L. 8241-1 nouv. C. trav. (L. 125-3 C. trav.) ne présente plus guère d'intérêt. Il pose une condition supplémentaire, l'« objet exclusif », dont l'absence ne fait pas sortir du champ de la prohibition, mais conduit simplement à ne plus se référer qu'au seul article L. 8231-1 nouv. C. trav. (L. 125-1 C. trav.). Ce qui ne produit pas d'effet particulier, ces deux textes étant passibles des mêmes sanctions pénales, prévues par les articles L. 8234-1 et L. 8243-1 nouv. C. trav. (L. 152-3 C. trav.).

Dans un tel contexte, l'exigence d'un objet exclusif n'a plus guère d'intérêt. L'article L. 8241-1 nouv. C. trav. (L. 125-3 C. trav.) ne vaut plus que comme rappel d'un indice du transfert du pouvoir de direction. Lorsque les salariés amenés à travailler chez un client sont équipés d'un matériel particulier, ou sont chargés de mettre en place

un matériel nouveau fourni par leur employeur, il apparaît probable que l'entreprise qui les envoie conserve un pouvoir de direction sur eux, soit pour veiller à la sauvegarde de son matériel, soit parce qu'elle seule détient les compétences propres à contrôler la mise en place du nouveau matériel chez l'utilisateur. Le caractère non exclusif de la mise à disposition de personnel sert alors naturellement d'indice aidant à la qualification de contrat d'entreprise et non de prêt de main-d'œuvre. Mais cet indice se situe parmi de nombreux autres utilisés par la jurisprudence lors de la recherche du détenteur du pouvoir de direction. Parmi ces différents indices, on peut citer, l'encadrement des salariés par des membres de l'entreprise utilisatrice, le prix calculé sur les heures de travail et non de manière forfaitaire, ou l'absence de spécificité de l'activité fournie par rapport à l'activité de l'entreprise bénéficiaire (sur ces indices, v. not. Crim. 3 mai 1994, *préc.* ou Crim. 25 févr. 1997, *Dr. ouvr.* 1997. 268).

L'opération de prêt de main-d'œuvre étant considérée comme élundant par elle-même certaines règles légales, l'article L. 8241-1 nouv. C. trav. (L. 125-3 C. trav.) a perdu toute valeur normative propre. Il demeure que ces deux articles sont généralement utilisés de concert, et visés tous deux dans la quasi-totalité des arrêts rendus par la Cour de cassation. Cette fusion de fait n'emporte au demeurant pas de difficulté particulière. Derrière une complexité apparente, on retrouve la simplicité d'une prohibition unique, celle du prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

B. — La prohibition du prêt de main-d'œuvre à but lucratif n'est qu'un principe. Non seulement le prêt de main-d'œuvre « à prix coûtant », demeure licite, mais le législateur est intervenu pour autoriser certains prêts de main-d'œuvre à but lucratif.

1. La plus ancienne et la plus répandue de ces exceptions légales est le travail temporaire. Elle est désormais concurrencée par d'autres exceptions, prévues en faveur des associations intermédiaires (art. L. 5132-6 nouv. C. trav. ; L. 322-4-16-3 C. trav.) ou des associations de services aux personnes (art. L. 7231-1 et s. nouv. C. trav. ; L. 129-1 et s. C. trav.).

L'idée du travail temporaire était de garantir les salariés contre les principaux risques du prêt de main-d'œuvre par l'édiction d'une législation spéciale, protectrice. Ces dispositions prévoient notamment l'obligation faite aux entreprises de travail temporaire de garantir leur solvabilité, afin d'éviter que l'écran du prêt de main-d'œuvre ne prive les salariés de salaire. Elle transpose encore la législation sur le travail à durée déterminée afin que ne soient pas élundées les règles du licenciement. Cette législation n'a cependant pas été intégralement transposée,

loin s'en faut, aux associations intermédiaires ou aux associations de service aux personnes.

Il demeure que les salariés prêtés par ces associations ne sont pas dépourvus de toute protection contre les dangers du prêt de main-d'œuvre.

Il existe une action directe du salarié prêté contre l'utilisateur de main-d'œuvre. Elle est issue du décret-loi du 8 août 1935 et a été plus récemment élargie par la loi du 12 juillet 1990. Cette action directe, mentionnée à l'article L. 8232-2 nouv. C. trav. (L. 125-2 C. trav.), permet au salarié de réclamer directement à l'utilisateur ses salaires, ainsi que quelques autres avantages. Elle n'est cependant reconnue qu'à la condition que le prêteur de main-d'œuvre ne soit pas propriétaire d'un fonds de commerce ni d'un fonds artisanal. Mais cette condition est très généralement remplie dans le cas du prêt de main-d'œuvre à but lucratif licite. Ni les entreprises de travail temporaire, ni les associations intermédiaires, ni normalement les associations de services aux personnes ne sont propriétaires de tels fonds.

Il existe ainsi une protection applicable en cas de prêt de main-d'œuvre licite à but lucratif, même si celle-ci apparaît très limitée dans le cas des associations recourant par permission de la loi au prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

2. En revanche, la mise à disposition à prix coûtant, toujours licite (v. par ex. Crim. 20 mars 2007 n° 05-85253, *Bull. crim.* n° 86, *RJS* 7/07, n°898), n'a fait l'objet d'aucune réglementation protectrice. Seules quelques règles éparées, tirées du droit du travail temporaire ont été transposées par la loi du 25 juillet 1985 (art. L. 8241-2 nouv. C. trav. ; L. 125-3, al. 2 C. trav.). Ce type de mise à disposition pratiquée soit par l'intermédiaire de groupements d'employeurs (art. L. 1253-1 et s. nouv. C. trav. ; L. 127-1 C. trav.), soit beaucoup plus fréquemment en dehors de toute réglementation légale, notamment à l'intérieur des groupes de société, est pourtant la source de graves dangers pour les salariés, notamment en matière de représentation des salariés ou en cas d'insolvabilité du prêteur de main-d'œuvre. D'autant que l'action directe prévue à L. 8232-2 nouv. C. trav. (L. 125-2 C. trav.) ne leur sera pas applicable, dès lors que le prêteur de main-d'œuvre est détenteur d'un fond de commerce ou d'un fond artisanal, ce qui, cette fois, sera très généralement le cas.

La situation du salarié prêté doit alors être comparée à celle du salarié d'un entrepreneur, ayant conclut un véritable contrat d'entreprise. Ces salariés bénéficient eux d'une action directe contre le maître de l'ouvrage (art. 1798 C. civ.). Il est pour le moins incongru que, parce qu'ils sont subordonnés au bénéficiaire, et qu'ils devraient d'autant plus être protégés, les salariés prêtés ne bénéficient plus d'une

telle action directe. Le sous-traitant lui-même, alors même qu'il n'est pas subordonné, s'est vu reconnaître une action directe contre le maître de l'ouvrage, (art. 12 et 13 de la loi du 31 déc. 1975), là où un salarié prêté serait sans recours. S'ils veulent agir contre le bénéficiaire de leur travail, les salariés mis sans but lucratif à la disposition d'un tiers par leur employeur devront se contenter du recours, fort limité dans ses effets, que peut leur apporter la théorie de l'enrichissement sans cause. Un tel vide dans la protection est difficilement justifiable.

À l'abandon de l'exigence dévastatrice d'une intention de nuire posée par l'arrêt du 31 janvier 1901, a finalement répondu une réévaluation d'une autre de ses exigences. Alors que, selon cet arrêt, l'existence d'un but lucratif résultait de la preuve du préjudice subi, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Ce qui exclut de la répression les prêts entre sociétés « amies », qu'elles appartiennent juridiquement ou non à un groupe, dès lors qu'aucune de ces sociétés n'essaie de faire de profit sur l'autre. Et ce, alors même que cette opération place les salariés dans une situation où les préjudices causés aux salariés par le marchandage sont présents et que la protection élémentaire de l'action directe ne s'applique pas.

41-46

LES CLAUSES RELATIVES À LA CONCLUSION DU CONTRAT

**41. Civ. 27 avril 1933 — 42. Soc. 17 mars 1971 —
43. Soc. 5 mars 1975 — 44. Soc. 8 mai 1967 —
45. Soc. 14 mai 1992 — 46. Soc. 10 juillet 2002**

I. — Les clauses d'essai

41. Civ. 27 avril 1933

Sté Goodrich c. Cordier

(*Gaz. Pal.* 1933. 2. p. 101, sous note a)

ARRÊT

La Cour, — Statuant sur le pourvoi de la Sté Goodrich ; — Sur le moyen unique : — Attendu que le contrat de travail en vertu duquel Cordier avait loué ses services en qualité d'aide-comptable à la Sté française Goodrich, contenait une clause ainsi conçue : « Art. 4. — Chacune des parties pourra, à toute époque, mettre fin au contrat après un préavis d'un mois... ; par dérogation au paragraphe ci-dessus il est mutuellement convenu que pendant les 3 premiers mois d'engagement la société aura, comme M. Cordier, la faculté de faire cesser le présent contrat sans préavis » ; que le pourvoi reproche au jugement attaqué d'avoir prononcé la nullité de cette dernière clause, alors qu'il reconnaît dans ses motifs que le trimestre envisagé était une période d'essai, c'est-à-dire un temps d'épreuve pendant lequel le § 2 de l'article 23, nouveau, Livre 1^{er}, C. trav., n'était pas applicable ; — Mais attendu que dans un motif des premiers juges, qu'il adopte implicitement, le tribunal déclare qu'*une période d'essai de 3 mois n'était point nécessaire à la Société pour apprécier les capacités d'un simple aide-comptable, et en déduit que la clause litigieuse n'a été insérée que pour faire échec aux dispositions de la loi* ; — Attendu qu'en statuant ainsi le juge du fond, abstraction faite de tous motifs surabondants, n'a point excédé les limites de son pouvoir souverain d'appréciation et n'a pas, dès lors, violé les textes visés au pourvoi ;

Par ces motifs, rejette...

42. Soc. 17 mars 1971***Société lyonnaise de dépôts et de crédit industriel c. Dame Courtia***

(*Bull. civ.* V, n° 216 ; *D.* 1971, *Somm.* 139 ;
JCP 1971. II. 16870, *note* H. G., *GA*, 2^e éd. n° 89)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation de l'article 29 *m* du livre I^{er} du Code du travail, de l'article 1134 du Code civil, de l'article 46 de la convention collective du travail du personnel des banques, des articles 23 livre I^{er} du Code du travail, 1382 du Code civil, de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale, défaut de réponse aux conclusions ;

Attendu qu'il est fait grief à la décision attaquée d'avoir condamné la société Lyonnaise de Dépôts et de Crédit industriel à payer à demoiselle Joublot devenue épouse Courtia, employée à son service, une indemnité de 800 francs pour rupture abusive de son contrat de travail, au motif que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable en la licenciant, alors que, comme le rappelaient les conclusions de la société, laissées sans réponse, demoiselle Joublot ne pouvait prétendre à aucune indemnité de rupture abusive dès lors qu'elle était encore en période d'essai et qu'en conséquence l'employeur pouvait sans avoir à justifier sa décision, mettre un terme à tout moment à cet essai, faculté qui était au surplus, expressément rappelée par les conventions des parties ;

Mais attendu que la décision attaquée relève que demoiselle Joublot avait été engagée le 1^{er} octobre 1968 pour une période d'essai de trois mois, que le 14 novembre elle demanda à son chef de service si, à l'occasion de son mariage prévu pour le mois de janvier 1969, elle pourrait obtenir un congé de trois jours sans traitement, que le chef de service déclara devoir en référer à la direction, laquelle notifia verbalement à cette employée le 19 novembre qu'elle était licenciée à compter du 22 novembre, que par la suite la société précisa que le licenciement avait été motivé du fait que lors de son embauchage demoiselle Joublot n'avait pas signalé qu'elle était fiancée ;

Attendu qu'au vu de ces constatations, le conseil de prud'hommes répondant suffisamment aux conclusions des parties a estimé exactement que *bien que se trouvant en période d'essai l'employeur n'avait pu sans abus rompre le contrat de travail de demoiselle Joublot au seul motif que cette employée lui annonçait qu'elle allait prochainement contracter mariage, circonstance sans rapport avec l'exécution du travail* ; qu'il a donné une base légale à sa décision allouant à cette dernière une somme de 800 francs en réparation du préjudice subi dont il a apprécié le montant ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs, rejette (...).

43. Soc. 5 mars 1975***Petrelluzzi c. Barraux***

(*Bull. civ.* V, n° 112)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1134 du Code civil,

Attendu que Barraux a été engagé comme pilote de ligne par Petrelluzzi, exploitant de la Compagnie Air-Antilles suivant contrat écrit stipulant un « engage-

ment définitif » pour deux ans en cas de non-résiliation pendant les trois premiers mois de ceux-ci, lesquels constituaient une période d'essai, le préavis de résiliation étant fixé à un mois pendant celle-ci et à trois mois pendant la « période définitive » ; qu'en cas de rupture ou d'expiration dudit contrat pour une cause quelconque, Barraux s'interdisait, pendant une durée de deux ans, de s'intéresser, même indirectement à une activité faisant concurrence à Air-Antilles sur les territoires de la Guadeloupe et de la Martinique « sous une clause pénale de 100 francs par jour » ; que Petrelluzzi a dénoncé ce contrat à l'expiration de l'essai puis cité en paiement de dommages et intérêts Barraux qui était passé au service de la Société antillaise de transports aériens (SATA) ; que l'arrêt attaqué a débouté Petrelluzzi de l'action en paiement de dommages et intérêts qu'il avait introduite contre Barraux pour inobservation de son obligation contractuelle de non-concurrence, aux seuls motifs qu'un contrat de travail à l'essai « s'analyse comme un contrat préliminaire sous condition résolutoire qui peut devenir définitif si l'essai se révèle satisfaisant et qui, dans le cas contraire, devient inexistant »..., qu'en l'espèce, le contrat projeté entre les parties n'avait pas été formé et que la clause de non-concurrence était « devenue inexistante » comme le contrat lui-même ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les trois mois accomplis par le salarié s'imputaient sur la durée de deux années, assignée par les parties au contrat de travail, *qui les liait déjà pendant la période d'essai et qui s'était trouvé rompu en cours d'exécution*, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

Casse et annule (...).

OBSERVATIONS

De la compréhension de la nature (A) et de la finalité (B) des clauses d'essai, découlent les conditions de validité de ces clauses et les limites de leurs effets.

A. — Nature de l'essai

La jurisprudence a longtemps hésité entre plusieurs compréhensions possibles de l'essai. L'essai a notamment pu être perçu par la Cour de cassation comme une sorte d'avant-contrat à durée limitée (Soc. 30 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 273), ou encore comme un contrat de travail assorti d'une « condition résolutoire » (Soc. 5 janv. 1945, *Dr. soc.* 1946. 36 ; Soc. 25 avr. 1955, *Bull. civ.* IV, n° 347).

L'apport essentiel de l'arrêt *Petrelluzzi* n° 43 est de clore, pour l'essentiel, ce débat. En l'espèce le contrat de travail était assorti d'une clause de non-concurrence. Pour éviter l'application de cette clause, la cour d'appel avait affirmé que le contrat de travail à l'essai « *s'analyse comme un contrat préliminaire sous condition résolutoire qui peut devenir définitif si l'essai se révèle satisfaisant et qui, dans le cas contraire, devient inexistant* ». L'arrêt est cassé, au motif qu'un « *contrat de travail liait déjà* (les parties) *pendant la période d'essai* » et

que ce contrat « *s'était trouvé rompu en cours d'exécution* ». Ce motif écarte clairement l'idée d'un avant-contrat. Et, même s'il est plus ambigu sur la question, il semble bien écarter simultanément l'idée d'un contrat de travail assorti d'une condition que celle-ci soit résolutoire ou simplement extinctive. En appel, il avait été décidé que la réalisation de la condition emportait l'anéantissement du contrat et donc celui de la clause de non-concurrence. La Cour de cassation refuse de se placer sur ce terrain et ne tente pas d'expliquer comment la réalisation d'une condition pourrait ne pas affecter une des clauses de ce contrat, ce qui serait au demeurant difficile. L'arrêt affirme simplement que le contrat a été « *rompu en cours d'exécution* », sans plus se référer à l'existence d'une condition. Ce refus de percevoir le contrat de travail doté d'une période d'essai comme un contrat conclu sous condition demeure contesté en doctrine. Il s'impose pourtant. L'appréciation des capacités du salarié est une prérogative de l'employeur. Érigée comme condition du contrat de travail, elle serait une condition potestative, nulle par application de l'article 1174 du Code civil. Or, la validité des périodes d'essai n'est pas douteuse en l'état actuel du droit positif.

Il est dès lors préférable de suivre la solution implicite de l'arrêt *Petrelluzzi*. La rupture en cours d'essai n'est pas la réalisation d'une condition, mais plus simplement l'exercice d'un droit de résiliation unilatéral. Cette analyse est confirmée par le régime juridique de l'essai. Parmi d'autres solutions jurisprudentielles, on notera que la rupture unilatérale en cours d'essai peut être jugée abusive. Cela s'explique aisément si l'on admet que cette rupture est l'exercice d'un *droit subjectif*. Une telle solution serait nettement plus difficile à expliquer s'il ne s'agissait que de la réalisation d'une condition : l'« *abus* de réalisation de condition » étant un non-sens dans un système juridique prohibant les conditions potestatives.

La rupture de l'essai est donc bien l'exercice d'un droit de rompre unilatéralement. Elle ne diffère pas par nature du licenciement ou de la démission, même si, dans un souci de précision de la terminologie, la qualification de « démission » ou de « licenciement » sont bien distinguées, par la Cour de cassation, des « ruptures de la période d'essai » (Civ. 2^e, 26 octobre 2006, *Bull. civ.* II, n° 486). La clause d'essai s'interprète alors simplement. *Elle est une clause portant sur le régime de la rupture unilatérale du contrat, qui permet sous certaines conditions et dans certaines limites, de faire exception au droit commun du licenciement et de la démission.*

Comme toute exception, les clauses d'essai sont d'interprétation stricte. Ce que révèle notamment la jurisprudence organisant les conditions auxquelles l'existence d'une clause d'essai peut être reconnue. Comme l'affirme la Cour de cassation, « *une période d'essai ne se*

présume pas et doit être fixée, dans son principe et dans sa durée, dès l'engagement du salarié » (Soc. 19 févr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 69 ; Soc. 27 janv. 1997, *Bull. civ.* n° 33). Une période d'essai ne peut pas, non plus, résulter de la seule application d'un usage professionnel (Soc. 23 nov. 1999, *Bull. civ.* V, n° 448, *Dr. soc.* 2000. 204, obs. J. Mouly). Elle doit être expressément prévue soit au sein du contrat individuel de travail, soit, selon la jurisprudence antérieure à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, au sein d'une convention collective précise, portée à la connaissance du salarié et mentionnant expressément son caractère impératif (Soc. 29 mars 1995, *Dr. soc.* 1995. 454, concl. J. M. Desjardins, *D.* 1996. 127, note G. Pignarre ; Soc. 23 avr. 1997, *Dr. soc.* 1997. 640, note G. Couturier ; Soc. 7 mars 2000, *RJS* 2000, n° 369). On notera cependant que cette dernière solution faisait sortir la convention collective de sa fonction normative classique et pouvait, à ce titre, être critiquée (v. obs. arrêt n° 165). D'autant qu'elle n'avait guère d'utilité pratique : la meilleure garantie de l'information du salarié reste la stipulation de la période d'essai au sein du contrat individuel. Ceci explique sans doute le choix des parties à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 d'exiger l'expression écrite de ces clauses au sein des contrats individuels de travail (transposition prévue à l'art. L. 1221-22 nouv. C. trav.).

B. — Conséquences de la finalité de l'essai

L'encadrement juridique de la validité et des effets de l'essai a été construit par la jurisprudence à partir de la finalité reconnue à l'essai. Celle-ci est clairement mentionnée dès le 27 avril 1933 par l'arrêt *Sté Goodrich* (n° 41) : l'essai a pour finalité d'« *apprécier les capacités* » du salarié. Cette finalité a, depuis, été mentionnée expressément à de nombreuses reprises par la jurisprudence (v. not. Soc. 26 oct. 1999, *RJS* 1999, n° 1436 : « la période d'essai (a) pour but de permettre l'appréciation des qualités du salarié » ; Soc. 28 septembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 273 ; Soc. 20 nov. 2007, *Cofiroute*, pourvoi n° 06-41212, *RDT* 2008. 29, note J. Péliissier, *Sem. Soc. Lamy* 3 déc. 2007, Rapp. M. Duplat : la période d'essai est « destinée à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié »).

Il faut ajouter que la clause d'essai n'a pas seulement pour effet de faire exception à certaines des règles du droit du licenciement. Elle permet aussi au salarié de s'affranchir des règles entourant la démission. Ce dont il faut déduire que l'essai a aussi pour finalité de permettre l'appréciation par le salarié des conditions de travail ou des qualités de l'employeur. Ainsi s'explique l'article L. 1221-19-1 nouv. C. trav., actuellement en cours d'adoption et aux termes duquel : « la

période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail (...) et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent ».

Ce texte est issu de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Son adoption définitive scellera dans la loi la finalité découverte dès 1933 par l'arrêt *Sté Goodrich* (n° 41).

Cette finalité peut être précisée davantage. L'évaluation du salarié n'est pas le propre de l'essai. Elle est réalisée par l'employeur tout au long de la relation de travail. Ce qui rend spécifique l'appréciation opérée pendant l'essai est qu'elle est la *première* évaluation par l'employeur du salarié. Il en résulte, notamment, que la période d'essai doit nécessairement se situer au commencement de la relation de travail, sans que les parties puissent en différer l'application (Soc. 25 févr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 83, *D.* 1997. 426, note J. Mouly ; Soc. 23 avr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 143 ; Soc. 25 mars 1988, *Bull. civ. V*, n° 173 ; Soc. 24 oct. 1997, *Bull. civ. V*, n° 333, *Dr. soc.* 1997. 1092, obs. C. Roy-Loustaunau). Il en résulte encore qu'une période d'essai ne peut être stipulée valablement lorsque l'employeur a « *déjà pu apprécier* (les) *capacités professionnelles* » du salarié, lors d'une précédente relation de travail (Soc. 26 févr. 2002, *Bull. civ. V*, n° 78). Lorsqu'un salarié est déjà depuis un certain temps dans l'entreprise, l'employeur a pu se faire une première idée de ses capacités, aucun avenant ne pourra réintroduire une clause d'essai. Si le salarié change radicalement de fonctions, une clause de « mise à l'épreuve » ou une « période probatoire » pourront être conclues. Mais ces clauses ne sont pas à proprement parler des clauses d'essai : elles ne permettent pas la rupture du contrat. Si l'épreuve s'avère non concluante, cela permettra simplement de replacer le salarié dans ses anciennes fonctions (Soc. 30 mars 2005, *Dr. soc.* 2005. 810).

De plus, il faut rappeler qu'en principe, la première évaluation du salarié par l'employeur se situe au cours du recrutement, avant l'embauche. L'essai a pour objet de reporter cette première évaluation dans le temps, dans le but de permettre à l'employeur de juger le salarié *en situation de travail*. Ce qui explique la distinction de l'essai et du stage (Soc. 1^{er} févr. 2000, *RJS* 2000, n° 246) ou d'une période de test professionnel pendant laquelle le salarié n'est pas placé dans des conditions normales d'emploi (Soc. 4 janv. 2000, *Dr. soc.* 2000. 550, obs. J. Mouly).

De la finalité de l'essai, la jurisprudence a encore et surtout tiré une limitation de la durée de l'essai (1), un contrôle de l'abus du droit de rompre le contrat en cours d'essai (2), et l'application, par exception, de certaines des règles qui encadrent le licenciement (3).

Les deux premières solutions devraient perdurer à l'identique sous l'empire du nouveau code. Le troisième risque en revanche d'être affectée.

1. La loi n'a posé de durée maximale de l'essai qu'au sujet de certains contrats spéciaux (v. not. art. L. 122-3-2 du Code du travail pour les contrats à durée déterminée, art. L. 124-4-1 pour les contrats de travail temporaires ; art. 322-4-8, al. 6 pour les contrats emploi-solidarité...). Cette abstention du législateur est sur le point d'être remise en cause. L'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail demande, à son article 4, une fixation légale des périodes d'essai.

Ces durées maximales devraient être les suivantes : pour les ouvriers et les employés 2 mois, pour les agents de maîtrise et les techniciens 3 mois, et pour les cadres 4 mois. Un accord collectif de branche étendu peut prévoir de doubler ces durées. Voilà qui peut apparaître très long. Pour ne prendre qu'un exemple, une durée de deux mois n'est pas nécessaire pour savoir si une personne est ou non capable de faire correctement la plonge dans un restaurant. Si un accord de branche étendu le prévoit, un restaurateur pourrait même étudier paisiblement, pendant quatre mois, les capacités de son nettoyeur de casseroles... Et, pour un cadre, cela fait tout de même huit mois d'essai. De telles durées sont excessives au regard de la finalité des clauses d'essai, à savoir permettre une première évaluation *in situ* du salarié embauché.

Les maxima légaux pourraient se substituer aux limitations jurisprudentielles antérieures de la durée de l'essai. Ces dernières doivent cependant être brièvement rappelées : il n'est pas exclu, *a priori*, qu'elles retrouvent un certain impact. Les juges pourraient en effet considérer que les clauses d'essai ont une durée doublement limitée. Elles ne sauraient dépasser la durée ce qui est utile à leur finalité, laquelle est rappelée dans l'ANI. Elles ne pourraient de plus, en aucun cas, dépasser les limites maximales légales, même lorsque l'évaluation, particulièrement difficile, aurait pu légitimer une durée supérieure.

En ce sens la jurisprudence antérieure à la transposition législative de l'ANI pourrait conserver tout son impact.

Cette jurisprudence est apparue avec l'arrêt *Sté Goodrich*. Cet arrêt tire pour la première fois de la finalité de l'essai une limitation générale de la durée de l'essai. L'arrêt *Sté Goodrich* rejette le pourvoi formé contre une décision de cour d'appel qui avait jugé qu'une durée de trois mois n'était pas « *nécessaire [...] pour apprécier les capacités d'un simple aide-comptable* ». Cependant, la référence explicite faite par cet arrêt au pouvoir souverain des juges du fond laissait percevoir, à l'époque, une certaine hésitation de la Cour de cassation. Le raison-

nement de l'arrêt *Sté Goodrich* n'en sera pas moins repris ultérieurement à de nombreuses reprises (v. not. Cass. 25 avr. 1936, *Gaz. Pal.* 1936. 2. 150 ; Cass. 30 déc. 1954, *D.* 1955. 326, *Bull. civ.* IV, p. 629 ; Soc. 4 nov. 1965, *Haquin*, *Bull. civ.* IV, n° 731, *DS* 1966. 140, note G. Lyon-Caen, *GA*, 2^e éd., n° 88). L'abandon fugace de cette solution dans les années cinquante (Cass. 12 févr. 1953, *Bull. civ.* IV, n° 132, p. 99 ; Cass. 10 octobre 1957, *Dr. ouvr.* 1957. 216, *JCP* 1957. II. 10402, *Gaz. Pal.* 1957. 2. 342, *GA*, 2^e éd., n° 90) est resté sans lendemain, la Cour de cassation ayant même repris clairement le contrôle de la durée des clauses d'essai pour faire cesser les grandes disparités existantes au sein des ressorts des différentes cours d'appel. C'est ce qu'atteste notamment l'arrêt 7 janvier 1992 (Soc. 7 janv. 1992, *RJS* 1992, n° 244) lequel casse pour manque de base légale un arrêt qui s'était contenté de constater que la clause était « *claire et précise* » et « *librement* » acceptée par le salarié, sans se prononcer sur le « *caractère excessif de cette clause que la salariée prétendait hors de proportion au temps nécessaire pour éprouver une employée de sa catégorie* » (v. aussi, Soc. 21 déc. 1977, *Bull. civ.* V, n° 727, *D.* 1978. IR. 74 ; Soc. 9 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 348). L'appréciation du temps nécessaire et du temps qui ne l'est pas semble cependant demeurer, pour la Cour de cassation, une question de fait relevant de la compétence des juges du fond. Cette durée dépend en outre, naturellement, des fonctions exercées par le salarié.

L'interprétation de l'essai selon sa finalité n'a pas seulement permis une limitation de sa durée. Elle a aussi permis son allongement : en cas d'absence du salarié, pour cause de maladie ou de congés par exemple, l'écoulement de la période d'essai doit être suspendu jusqu'au retour du salarié (en ce sens, v. not. Soc. 5 mars 1997, *Bull. civ.* V, n° 94 ; Soc. 26 oct. 1999, *RJS* 1999, n° 1436 ; Soc. 23 mai 2007, pourvoi n° 06-41338). Cette solution est encore une simple application de la finalité de l'essai : lorsque le travail est interrompu, les possibilités d'évaluation le sont aussi. Son maintien sous l'empire des durées maximales prévues par la loi peut être discuté. Ces clauses par leur durée vont au-delà des nécessités d'une première évaluation. Elles ont aussi été comprises comme des moyens de reculer l'application du droit du licenciement. Sous cet angle, les durées d'essai stipulées ne devraient plus être de plein droit suspendues en cas de suspension du contrat de travail.

2. L'abus du droit de rompre unilatéralement le contrat

Au cours de l'essai, l'employeur a le droit de résilier le contrat de travail sans avoir à justifier d'une cause réelle et sérieuse. Ce droit de rompre l'essai, quoique parfois qualifié improprement de discrétion-

naire par la Cour de cassation (v. par ex. Soc. 6 déc. 1995, *Bull. civ. V*, n° 330, *JCP* 1996. II. 22671), est susceptible d'abus (ce que confirme l'arrêt précité). La reconnaissance explicite de ce possible abus est constante depuis l'arrêt *Dame Courtia* du 17 mars 1971 (n° 42). Cet arrêt qualifie d'abus une rupture d'essai « *sans rapport avec l'exécution du travail* ». L'espèce était, il est vrai, assez caricaturale, puisque le motif de la rupture était ici le prochain mariage de la salariée. Mais ceci n'a pas limité la portée de la solution. L'abus est aujourd'hui reconnu à chaque fois que le salarié peut prouver que le motif de la résiliation de l'essai est étranger à l'appréciation de ses capacités professionnelles. Ainsi, un arrêt du 7 janvier 1988 (Soc. 7 janv. 1988, *D.* 1989, Somm. 167, note Fieschi-Vivet, *Bull. civ. V*, n° 13) conclut à l'abus de droit après avoir constaté que « *la rupture avait été provoquée par la réception d'une lettre [...] par laquelle (le salarié) sollicitait des éclaircissements sur la portée des relations contractuelles* ». Le 20 avril 1989 la Cour de cassation reconnaît encore l'abus du droit de résilier, en constatant que la rupture, « *n'avait pas été prise en considération d'insuffisances professionnelles* » mais « *avait été provoquée par une lettre par laquelle (la salariée) avait donné son accord en faisant observer que cette façon de procéder créait un sentiment d'insécurité* » (Soc. 20 avr. 1989, *Bull. civ. V*, n° 300). L'arrêt du 27 novembre 1990 (*Bull. civ. V*, n° 592) reconnaît abusive une rupture pour interdiction de chéquier, alors même que l'employeur était déjà au courant de cette interdiction lors du début de l'essai. On peut encore citer dans le même sens l'arrêt du 18 juin 1996 (*Bull. civ. V*, n° 247, *JCP E* 1997. II. 902), qui déclare abusive la rupture du contrat d'un salarié malade dont l'essai était suspendu, « *avant la reprise du travail par le salarié et en raison du dynamisme et de la qualité des prestations de son remplaçant* » (v. encore, Soc. 2 févr. 1994, *D.* 1995. 550, note P. Przemyski-Zajac).

Plus généralement, la seule constatation d'une rupture de l'essai « pour un motif non inhérent à la personne du salarié » suffit à caractériser l'abus (Soc. 20 nov. 2007, *Cofiroute*, pourvoi n° 06-41212, *P. RDT* 2008. 29, note J. Pélissier, *Sem. Soc. Lamy* 3 déc. 2007, Rapp. M. Duplat et, dans des termes proches, Soc. 24 nov. 1999, pourvoi, n° 97-43054). Cette référence expresse par la Cour de cassation au motif « non inhérent à la personne du salarié » est une reprise des termes par lesquels le motif économique est défini dans le Code du travail (L. 1233-3 nouv. C. trav. ; art. L. 321-1 C. trav.). Il en résulte que l'essai ne peut être rompu sans abus pour un motif économique.

Il serait parfaitement absurde d'en déduire que toute rupture du contrat de travail pour un motif économique est interdite pendant l'essai. Rien ne permet de justifier que le salarié soit protégé contre toute perte d'emploi pour motif économique pendant la durée de l'essai.

L'arrêt *Cofiroute* du 20 novembre 2007 exclut les **ruptures d'essai** pour motif économique. Mais la rupture d'essai n'est qu'un type de rupture du contrat de travail. Le **licenciement** économique du salarié demeure licite, y compris pendant la durée de l'essai. Les règles du licenciement doivent alors, simplement, être respectées.

L'arrêt *Cofiroute* du 20 novembre 2007 met ainsi fin à certaines hésitations antérieures. Un arrêt de 1956 avait déjà affirmé que l'ordre des licenciements prévu par une convention collective devait être respecté même à l'égard d'un salarié à l'essai, du moment que celui-ci était inclus dans un licenciement économique collectif (Soc. 8 mars 1956, *Bull. civ.* IV, n° 228). Mais un arrêt de 1981 était allé en sens inverse en refusant l'application de la procédure de licenciement économique au salarié en période d'essai (Soc. 2 juin 1981, *D.* 1982. 206, note J. Mouly ; v. aussi, quoique de manière nettement plus ambiguë, Soc. 30 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 484). L'arrêt *Cofiroute* du 20 novembre 2007, en interdisant toute rupture d'essai pour motif économique, impose l'application du droit du licenciement économique, y compris pendant la période d'essai, dès lors que le motif de la rupture n'est pas inhérent à la personne du salarié. Cette solution devrait perdurer malgré certaines maladroites de la recodification. Littéralement, l'art. L. 1131-1 nouv. C. trav. exclut le droit du licenciement économique en cours d'essai. Mais cette interprétation ne devrait pas prévaloir (V. *infra*).

Le droit de résiliation unilatérale spécifique accordé à l'employeur en cours d'essai ne peut donc être exercé que pour un motif tiré de la faute ou de l'insuffisance professionnelle du salarié. Même alors, certaines règles du droit du licenciement demeurent applicables.

3. Le maintien de certaines des règles du droit du licenciement pour motif personnel

Les règles auxquelles la période d'essai permet de faire exception étaient définies maladroitement par le Code du travail antérieur à la recodification par un double renvoi. L'article L. 122-4 alinéa 2 du Code du travail disposait : « Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ». Le terme « ces » renvoyait aux règles visées par l'alinéa premier, aux termes duquel « Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserves de l'application des règles ci-après définies ». Les règles auxquelles l'essai faisait exception étaient donc, littéralement, les règles qui premièrement encadraient la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée et qui deuxièmement étaient situées dans le Code du travail à la suite de l'article L. 122-4. Cet article étant placé en tête de la section du Code du travail intitulée « Résiliation du

contrat de travail à durée indéterminée », on aurait pu en déduire que l'essai emportait exception à toutes les règles définies dans cette section et à elles seules.

Cette signification littérale ne pouvait cependant être retenue dans toute sa rigueur. Par exemple, la prévision d'une période d'essai au sein d'un contrat à durée déterminée faisait exception à l'article L. 122-3-8 du Code du travail, lequel limitait les causes de rupture de ces contrats à la faute grave et à la force majeure. Cet article devait être écarté alors même qu'il précédait l'article L. 122-4 au sein du Code du travail et qu'il ne concernait pas les contrats « sans détermination de durée » auxquels faisait référence ce texte. En sens inverse, il est tout aussi clair que l'article L. 122-12 du Code du travail était applicable aux salariés qui exécutent une période d'essai, alors même qu'il était situé dans la même section que l'article L. 122-4 et qu'il suivait ce dernier. Dans un tel contexte, il ne fallait pas accorder trop d'importance à la rédaction maladroite de ce texte, au profit de son interprétation téléologique. En vertu d'une telle interprétation, les règles auxquelles l'essai faisait exception étaient celles dont l'application est exclue par la finalité de l'essai.

Cette interprétation téléologique qui guidait la jurisprudence pour l'essentiel devrait survivre à l'ordonnance de recodification.

Celle-ci transforme l'article L. 122-4 alinéa 2 du Code du travail en un article L. 1231-1 aux termes duquel : « Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre.

Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai ».

Littéralement le changement semble minime. À regarder de plus près, il est considérable : le nouveau « titre » n'inclut pas certaines règles qui étaient dans la section susvisées et réciproquement d'autres textes sont dans ce titre, alors qu'elles étaient absentes de la section visée par le texte du code actuel.

Cela modifie les termes du débat, en consolidant quelques solutions anciennes, mais aussi en produisant quelques solutions nouvelles.

Cette influence va cependant à l'encontre de l'idée d'une recodification à droit constant. La jurisprudence devrait préserver la logique et n'écarter que les règles dont l'application est contraire à la finalité de l'essai, laquelle a encore été récemment rappelée avec force, au sein de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 (v. l'art. L. 1221-19-1 nouv. C. trav. en cours d'adoption). Mais entre la logique et un texte maladroit, il n'est pas toujours certain que la logique l'emporte.

Quoi qu'il en soit, il est indispensable pour comprendre le fonctionnement de l'essai et ses limites jurisprudentielles actuelles et à venir, de bien préciser encore sa finalité.

En principe, la première évaluation du salarié par l'employeur se situe au cours du recrutement, avant l'embauche. L'essai a pour objet et pour finalité de reporter cette première évaluation dans le temps, afin de permettre à l'employeur de juger le salarié en situation de travail réelle. L'appréciation négative des capacités du salarié conduisant à la rupture du contrat pour motif personnel n'est pas de même nature pendant ou après l'essai. Pendant l'essai, *comme pendant le recrutement*, l'évaluation est une création d'opinion à partir d'un doute initial. Une certaine confiance *a priori* est ensuite accordée par l'employeur. Si la relation de travail continue après l'essai, il est dit que celui-ci était « concluant ». Cela signifie simplement que l'employeur s'est forgé une première opinion favorable du salarié. Une réévaluation négative, postérieure à l'essai, pourra être un motif personnel de licenciement. Mais alors cette nouvelle évaluation s'analyse comme un changement d'opinion, assez radical, de l'employeur sur les capacités d'un salarié précédemment évalué de manière positive. Un tel changement suscite une certaine méfiance *a priori*. Laquelle s'exprime au sein de diverses règles du droit du licenciement, comme l'exigence d'une cause réelle et sérieuse ou encore comme les formes et procédures qui encadrent l'expression du motif ou encore comme l'article L. 1235-1 nouv. C. trav. (L. 122-14-3 al. 2 C. trav.) qui fait peser sur l'employeur le risque de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement. À la confiance accordée au rendu d'un premier avis succède la méfiance qui s'attache à un changement d'avis. C'est parce que cette méfiance n'a pas encore lieu d'être pendant l'essai, que ces règles lui sont inapplicables. Il est en revanche des règles du licenciement qui ne sont en rien fondées sur la méfiance du droit face à la motivation du licenciement. Et ces règles devraient, en principe, s'appliquer à l'essai.

Il en va ainsi clairement des quelques règles qui ne se contentent pas d'encadrer le licenciement mais régissent aussi expressément le recrutement lui-même. Le législateur a en effet considéré que la liberté d'évaluation qui caractérise le recrutement n'était pas exclusive d'un encadrement minimal. Et cet encadrement minimal doit être considéré comme applicable, *a fortiori*, à l'évaluation au cours de la période d'essai. Il en va ainsi, par exemple, des exigences de transparence et de pertinence des méthodes d'évaluation, expressément applicables au recrutement (L. 1221-8 nouv. C. trav. ; L. 121-7 C. trav.). Il en va de même de l'article L. 1132-1 nouv. C. trav. (L. 122-45 du C. trav.), qui prohibe les discriminations, article qui vise lui aussi expressément le recrutement dans son champ d'application. Cette application de la prohibition des discriminations au cours de la période d'essai est au demeurant confirmée en jurisprudence (Soc. 16 février 2005, *Bull. civ.* V, n° 52 ; *RJS* 05/05, n° 469), y compris en matière pénale (Crim. 14 octobre 1986, *Bull. crim.*, n° 287).

L'applicabilité en cours d'essai de ces textes serait confirmée par une lecture littérale de la recodification. Les articles qui remplacent les articles L. 122-45 et L. 121-7 sont situés hors du titre sur le licenciement. Or seuls les textes de ce titre sont exclus, en cours d'essai, par l'article L. 1231-1 alinéa 2 de la recodification.

La question est plus difficile lorsque la confiance *a priori* accordée à la rupture en cours d'essai est contrebalancée par un motif particulier de méfiance du législateur envers l'acte de rompre le contrat de travail. En présence de ce conflit, ordinairement, la jurisprudence fait prévaloir la règle spéciale du droit du licenciement sur l'essai. Ainsi, la protection contre le licenciement des représentants du personnel est applicable en cours d'essai (v. Crim. 5 novembre 1974, *Jur. Soc. UIMM* 1975, n° 349, p. 124 ; Soc. 26 octobre 2005, 2 arrêts, *Bull. civ. V*, n° 306 ; D. 2006. Jur. 115-118, obs. J. Mouly). Ainsi encore, la protection contre le licenciement des salariés victimes d'un accident du travail s'applique-t-elle aux salariés accidentés pendant leur période d'essai, y compris l'obligation de l'employeur de suivre les indications du médecin du travail et de reclasser, si nécessaire, le salarié sur un poste différent de celui qu'il occupait à l'origine (Soc. 25 février 1997, *Bull. civ. V*, n° 80 ; *Dr. soc.* 1997. 409, note C. Roy-Loustaunau). Encore une fois, ces solutions seraient confirmées par la recodification, les protections des représentants du personnel et des victimes d'accident étant en dehors du titre exclu par l'article L. 1231-1.

L'application du droit protecteur des femmes enceintes est plus nuancée dans la jurisprudence. Les règles concernant le congé maternité doivent, bien entendu être appliquées. L'article L. 1225-1 nouv. C. trav. (L. 122-25 du C. trav.) qui interdit de prendre en compte l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat est expressément applicable (Soc. 27 février 1997, *Bull. civ. V*, n° 80) et la Cour de cassation en déduit que des dommages-intérêts sont dus en application de l'article L. 1225-71 nouv. C. trav. (L. 122-30 alinéa 1^{er} C. trav.). En revanche, la Cour refuse à la femme enceinte en période d'essai la protection contre le licenciement qui s'applique pendant toute la période de la grossesse (art. L. 1225-4, L. 1225-5, L. 1225-6 nouv. C. trav. ; L. 122-25-2 C. trav.) et qui interdit à l'employeur de licencier la salariée pour tout autre motif qu'une faute grave ou une impossibilité de maintenir le contrat non liée à la grossesse (Soc. 31 mars 1971, *Bull. civ. V*, n° 273 ; Soc. 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-44806, *Bull. civ. V*, n° 415). Le conflit entre cette disposition et l'objet même de l'essai est patent. La Cour a tranché ce conflit au profit de la stipulation d'un essai et a ainsi sacrifié la protection de la femme enceinte au profit de la liberté de l'employeur de rompre en cours d'essai. Cette solution, très discutable, a cependant une portée limitée. Un licenciement pour un motif lié à la grossesse caractérise dans tous

les cas une discrimination sexiste directe (v. CJCE 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec. CJCE*, p. I-3941 et plus spécifiquement, CJCE 14 juillet 1994, *Webb*, C-32/93, *Rec. CJCE*, p. I-3567 ; CJCE 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, C-109/00, *Rec. CJCE*, p. I-6993 ; CJCE 27 février 2003, *Busch* C-320/01). Il est par conséquent nul en application des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 nouv. C. trav. (L. 122-45 C. trav.), lesquels s'appliquent à la période d'essai (v. ci-dessus).

Avec la recodification, cette protection de la femme enceinte des articles L. 1225-4, L. 1225-5 et L. 1225-6 nouv. C. trav., situés hors du titre relatif à la rupture du contrat à durée indéterminée, devrait être appliquée en cours d'essai. Ce changement de jurisprudence, dicté par la recodification, va cette fois encore dans le sens de la logique.

Enfin, il est des règles dont le champ d'application est plus vaste que celui des ruptures du contrat de travail, tout en incluant celui-ci. Ces règles qui ne sont pas spécifiquement des règles relatives à la rupture du contrat doivent être respectées, y compris en cas de rupture d'essai. Ceci explique sans doute pourquoi la Cour de cassation affirme nettement que la procédure disciplinaire doit être respectée dès lors que la rupture en cours d'essai est justifiée par un motif disciplinaire (Soc. 10 mars 2004, *Bull. civ. V*, n° 80 ; *Dr. soc.* 2004. 733, note M Dubertet ; *JCP G* 2004. II. 10088, note D. Corrigan-Carsin). Cette solution est confirmée par la recodification qui place la procédure disciplinaire aux articles L. 1332-1 et s., soit en dehors du titre visé par l'article L. 1231-1 nouv. C. trav.

II. — Les clauses de non-concurrence

44. Soc. 8 mai 1967

Bedaux c. Testaud

(*Bull. civ. IV*, n° 373 ; *D.* 1967. 690, note G. Lyon-Caen)

ARRÊT

Vu l'article 1134 du Code civil et l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu qu'une clause de non-concurrence est en principe licite et ne doit être annulée que dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de la décision attaquée que par le contrat qu'il avait conclu avec la Société anonyme Bedeaux spécialisée dans les travaux d'organisation industrielle, commerciale, administrative et sociale pour le compte d'établissements publics ou privés, Annereau, ingénieur des arts et manufactures, s'était engagé, pour une durée de deux ans, et en contrepartie

d'une indemnité sur tous les territoires où une société dépendant de l'Internationale Bedeaux ou de la Fondation Bedeaux exercerait son activité au moment de la cessation du contrat, à ne prendre aucun emploi auprès d'une entreprise concurrente de l'organisation Bedeaux, ni à se livrer à une concurrence quelconque vis-à-vis de la Société Bedeaux ; qu'il était précisé que le fait de prospector les clients de la Société Bedeaux ou d'effectuer des travaux d'organisation pour ces clients serait considéré comme une concurrence déloyale, les clients visés étant ceux ayant donné lieu à prospection ou applications au cours des douze mois précédant le départ de l'ingénieur et qu'en outre celui-ci ne devait entrer au service d'aucun des clients de la Société Bedeaux avec lesquels il avait été en rapport durant le temps qu'il avait passé chez celle-ci, pour y exercer une fonction ou y effectuer des travaux d'organisation ; que congédié le 30 septembre 1963 Annereau a assigné son ancien employeur devant la juridiction commerciale où il a demandé notamment que soit déclarée nulle la clause de non-concurrence ;

Attendu que, pour faire droit à cette demande, l'arrêt attaqué a considéré que l'engagement souscrit par Annereau constitue une atteinte à la liberté du travail en ce qu'elle interdit à un ingénieur spécialisé dans l'organisation de la productivité d'accepter sur toute l'étendue du territoire national un emploi dans la branche d'activité qui correspond le mieux à sa formation professionnelle ; qu'en statuant ainsi *sans rechercher si la clause litigieuse interdisait à Annereau de façon absolue pendant deux ans d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation et à ses connaissances ou si, au contraire, elle lui laissait la possibilité de travailler dans un domaine autre ou pour d'autres employeurs que des formes d'organisation du travail*, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, casse et annule, (...).

45. Soc. 14 mai 1992

Godissart c. Soulhiol

(*Bull. civ. V*, n° 309, p. 193 ; *JCP* 1992. II. 21889, note J. Amiel Donat ; *D.* 1992. 350, note Y. Serra ; *Dr. soc.* 1992. 967, chron. D. Corrigan Carsin)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Agen, 19 sept. 1989) et la procédure, que le 22 septembre 1980, M. Jean-Pierre Soulhiol a été engagé comme laveur de vitres par M. Henri Godissart, gérant libre de l'entreprise de nettoyage Marietta à Cahors ; que le 1^{er} février 1983 est intervenu entre eux un contrat contenant une clause de non-concurrence faisant interdiction au salarié d'exploiter directement ou indirectement une entreprise identique ou similaire à l'entreprise Marietta, pendant quatre années dans le département du Lot, les départements limitrophes, et dans tous les autres départements où l'entreprise Marietta créerait et exploiterait une agence ; que le 29 octobre 1987, M. Jean-Pierre Soulhiol démissionnait et qu'il était engagé par la société Labruyère exerçant à Cahors une activité identique à celle de l'entreprise Marietta ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré que la clause de non-concurrence était illicite, alors que, selon, le moyen, d'une part la clause de non-concurrence destinée à protéger des intérêts légitimes de l'employeur est licite, si elle ne porte pas gravement atteinte à la liberté du travail en raison de

son étendue dans le temps et dans l'espace, compte tenu de la nature de l'activité du salarié ; que tel est le cas de la clause insérée au contrat d'un responsable laveur de vitres, limitant l'obligation de non-concurrence à une durée de quatre ans et aux départements du Lot et ceux limitrophes, l'employeur n'ayant qu'une seule agence à Cahors ; que d'autre part ladite clause ne mettait pas le salarié, qui exerçait d'ailleurs initialement la profession de boucher, dans l'impossibilité de gagner sa vie ;

qu'enfin en décidant néanmoins que le salarié démissionnaire pouvait se faire immédiatement embaucher par l'entreprise de nettoyage concurrente située dans la même ville car la clause de non-concurrence était illicite, la cour d'appel a violé l'article 1 1 34 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant fait ressortir qu'en *raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise*, la cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause ; qu'elle a par ce seul motif, légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi (...).

46. Soc. 10 juillet 2002

Barbier c. Maine Agri SA

(*Bull. civ. V, n° 239, 2^e esp., n° 2724 ; D. 2002. 2491, note Y. Serra ; D. 2002, Somm. 3111, obs. J. Pélissier ; Dr. soc. 2002. 954, obs. R. Vatinet*)

ARRÊT

Sur le moyen relevé d'office, pris de la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du Code du travail :

Attendu qu'une 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 ;

Attendu que M. Barbier a été engagé le 1^{er} janvier 1993, en qualité de responsable de magasin, par la société Brossard, aux droits de laquelle vient la société Maine Agri ; que le contrat de travail comportait une clause de non-concurrence interdisant au salarié de s'installer à son compte « pendant 2 ans dans la même branche d'activité et dans le secteur d'activité des Établissements Brossard » ; que M. Barbier a été licencié le 30 août 1996 ; qu'il a créé une entreprise le 10 mai 1997 ; que, se fondant sur un constat d'huissier établi le 18 novembre 1997, l'ancien employeur a saisi la juridiction prud'homale aux fins de condamnation de M. Barbier au paiement de l'indemnité contractuelle prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, la cour d'appel, statuant par motif adopté du conseil de prud'hommes, a retenu, essentiellement, que, contrairement à ce qui était allégué par M. Barbier, sauf si la convention collective le prévoit, l'existence d'une contrepartie pécuniaire n'est pas une condition de validité de la clause de non-concurrence ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, *en déclarant licite la clause de non-concurrence qui ne comportait pas de contrepartie financière, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé ;*

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 1, du nouveau Code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué au fond du chef de la violation de la clause de non-concurrence ;

Par ces motifs :

Casse et annule, en ses dispositions relatives à la violation de la clause de non-concurrence (...).

OBSERVATIONS

Les clauses de non-concurrence sont des clauses par lesquelles un salarié se voit interdire certaines activités risquant de concurrencer son ancien employeur, après la rupture du contrat de travail qui le liait à celui-ci. Ces clauses sont généralement intégrées au sein des contrats individuels de travail, même si la jurisprudence admet, de manière limitée mais néanmoins fort discutable, qu'une clause contenue dans une convention collective peut, sous certaines conditions, être imposé aux salariés malgré le silence du contrat individuel (v. arrêt n° 165). Cette solution, de peu de poids, pourrait au demeurant être remise en cause à la suite de l'ANI du 11 janvier 2007 sur la modernisation du marché du travail.

La validité de ces clauses, qu'elles soient contractuelles ou conventionnelles, est aujourd'hui fermement encadrée. La suspicion de principe qui les frappe désormais résulte de leur objet. Restreindre le champ des activités possibles d'un ancien salarié et ses possibilités de retrouver du travail, c'est aussi porter atteinte à plusieurs libertés fondamentales. Le principal objet des clauses de non-concurrence, qui est d'interdire au salarié d'être réembauché par certaines entreprises ou sur certains emplois, porte directement atteinte à la liberté du travail, visée par l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966. Est aussi en cause la liberté d'entreprendre, dont la valeur constitutionnelle a été maintes fois affirmée (v. not. Cons. const. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, point 16). Et c'est un des intérêts de l'arrêt *Barbier* (n° 46) de l'avoir expressément incluse dans le débat. L'arrêt vise en effet le « *libre exercice d'une activité professionnelle* », expression qui inclut plus clairement que le seul visa de la liberté du travail, la liberté pour le salarié de s'installer à son compte. Il faut encore mentionner la liberté de la concurrence. Celle-ci peut apparaître comme dérivée de la précédente, même si elle n'a, pour l'heure, été reconnue qu'en qualité de liberté publique (CE 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie, Lebon*, p. 308). Elle permet de rappeler que la concurrence est autorisée par le droit positif et qu'elle est juridiquement protégée comme liberté fondamentale.

Cet effet attentatoire aux libertés fondamentales des clauses de non-

concurrence apparaît aujourd'hui évident. Elle a cependant été longtemps ignorée par la jurisprudence. Certes, dès l'arrêt *Bedaux* du 8 mai 1967 (n° 44), la Cour de cassation a affirmé que *certaines* clauses de non-concurrence pouvaient porter atteinte à la liberté du travail. Cette atteinte n'était cependant reconnue qu'exceptionnellement, en cas de privation de toute liberté du travail. Seules les clauses qui par leur durée et la généralité de leurs champs d'application géographique et professionnel, revenaient à interdire « *de façon absolue* » à un salarié l'exercice d'une activité « *conforme à sa formation et à ses connaissances* » étaient alors invalidées comme attentatoires à la liberté du travail. La règle était clairement posée : « *une clause de non-concurrence est en principe licite* ».

De fait, à la suite de l'arrêt *Bedaux*, les clauses de non-concurrence furent très largement admises en jurisprudence, malgré les vives protestations doctrinales qu'elles pouvaient susciter. Il faudra attendre le début des années 1990 et l'arrêt *Godissart* (Soc. 14 mai 1992, n° 45) pour qu'un mouvement de recul s'esquisse, parallèlement à la montée en puissance de la problématique des droits de l'homme en droit du travail. Cette évolution a été complétée et synthétisée par l'arrêt *Barbier* du 10 juillet 2002 (n° 46). Cet arrêt a posé les actuelles conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans un attendu de principe, repris par deux arrêts du même jour (*Salambier c. SA La Mondiale*, Bull. civ. V, n° 239, 1^{re} esp. et *Molines c. Sté MSAS cargo international*, Bull. civ. V, n° 239, 3^e esp.) : « *une 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* » (pour une reprise mot à mot de cet attendu, v. encore, not. Soc. 29 janv. 2003, Bull. civ. V, n° 27).

Comparativement à l'arrêt *Bedaux*, la distance franchie est considérable. La question de la validité des clauses de non-concurrence est clairement inscrite au sein de la problématique des droits et libertés fondamentaux du salarié par le visa de l'article L. 120-2 de l'ancien Code du travail (art. L. 1121-1 nouv. C. trav.) et par celui « *du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* », visa dont la portée est renforcée par le fait que la Cour ait pris le soin de relever d'office le moyen qui en est tiré. Il en résulte logiquement que, d'un principe de licéité, on est passé à un principe d'illicéité : « *une clause de non-concurrence n'est licite que si...* », (en ce sens, v. déjà Soc. 19 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 392). Et les conditions de cette licéité, clairement posée comme « *cumulatives* » sont strictement définies : par son objet, la clause doit être « *limitée dans le temps et*

dans l'espace » et tenir « *compte des spécificités de l'emploi du salarié* » (A) ; elle doit être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » (B) ; elle doit enfin comporter « *l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière* » (C).

A. — L'exigence d'une limitation dans le temps et l'espace, comme la prise en compte de l'emploi du salarié trouvent leur origine au sein de la jurisprudence antérieure. L'arrêt *Bedaux* (n° 44) avait déjà remarqué en 1967 qu'une clause de non-concurrence pouvait être annulée « *dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail, en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé* ». Mais l'analyse du champ d'application temporel, géographique et professionnel de la clause de non-concurrence était alors strictement orientée vers l'étude d'une éventuelle atteinte à la liberté du travail, laquelle était alors perçue de manière fort restrictive. Et la jurisprudence se contentait pour l'essentiel de vérifier si le salarié conservait une possibilité, même limitée, d'exercer sa profession. Elle validait ainsi des clauses illimitées dans le temps (Com. 7 nov. 1977, *Bull. civ. IV*, n° 250) ou dans l'espace (Soc. 29 mai 1991, *RJS* 7/91, n° 836) ou encore des clauses dont la limite professionnelle largement indéfinie « *ne portait pas atteinte à la liberté du travail* » du fait du « *caractère polyvalent* » de l'activité du salarié (Com. 7 nov. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 302). Les limites géographique, temporelle et professionnelle d'une clause de non-concurrence apparaissaient ainsi comme essentiellement alternatives.

C'est l'une des innovations marquantes de l'arrêt *Barbier* (n° 45) que de revenir sur cette analyse. Désormais une clause de non-concurrence n'est licite « *que si elle est limitée dans le temps et dans l'espace, (et) qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, [...] ces conditions étant cumulatives* ». L'existence de limites dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité sont désormais trois conditions cumulatives nécessaires à la validité d'une clause de non-concurrence.

Ce caractère cumulatif conduit notamment à accroître l'impact de la condition relative à l'activité. La clause de non-concurrence ne saurait en aucun cas empêcher le salarié « *d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle* » (Soc. 18 sept. 2002, *D.* 2002. 3229, note Y. Serra, et déjà, dans le même sens, Soc. 18 déc. 1997, *Dr. soc.* 1998. 194, obs. J. Savatier et Soc. 3 janv. 1998, *ibid.* 279, obs. J. Savatier). Et cette interdiction est absolue. L'arrêt précité du 18 septembre 2002 le précise clairement en affirmant qu'un tel empêchement est exclu, même lorsqu'il apparaît « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». L'intérêt

de l'employeur doit ici céder face à l'intérêt du salarié. Il existe ainsi un droit du salarié sur la qualification qu'il a acquise au cours de sa formation et de sa vie professionnelle, y compris celle qu'il a acquise auprès de son ancien employeur. Ce droit, auquel le salarié ne peut renoncer, est en quelque sorte le « noyau dur » irréductible de la liberté du travail. C'est une limite au-delà de laquelle aucune clause de non-concurrence ne saurait aller, et ce quelles que soient les justifications qui pourraient être apportées au soutien de la clause.

Lorsque la clause est jugée « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » tout en étant attentatoire à ce noyau dur de la liberté du travail, elle n'est pas nécessairement nulle. La Cour de cassation reconnaît alors une faculté de réfaction judiciaire de la clause. Amputée de la part qui portait atteinte au droit du salarié sur sa qualification, la clause peut être sauvée. C'est le sens de l'arrêt précité du 18 septembre 2002. En l'espèce le salarié d'une société d'assurance s'était vu interdire de placer des assurances dans le département où il exerçait précédemment cette activité et ce pendant deux ans. Cette clause est jugée par la Cour « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur* » ; elle n'en est pas moins attentatoire au droit du salarié sur sa qualification, en ce qu'elle ne lui permet pas d'exercer une « *activité conforme à sa formation et son expérience professionnelle* ». La Cour en déduit que la cour d'appel avait pu décider de réduire le champ d'application de cette clause, en la limitant à une prohibition pour l'ancien salarié de démarcher les clients qu'il avait apportés à son ancien employeur. La clause ainsi réduite, les intérêts de l'employeur ne sont pas nécessairement sauvegardés. Mais le salarié peut exercer un métier conforme à sa qualification et le « noyau dur » de la liberté du travail est sauvegardé. Ce sauvetage par réfaction d'une clause de non-concurrence, quoique critiqué en doctrine, est aussi reconnu lorsque les champs d'application géographique ou temporel sont excessifs (v. Soc. 25 mars 1998, deux arrêts, l'un portant sur une réduction de la durée et l'autre sur une réduction du champ d'application territorial, *Dr. soc.* 1998. 544, obs. R. Vatinet).

B. — Une clause de non-concurrence est une atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle, même lorsqu'elle est convenablement limitée à la fois dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité du salarié. Cette atteinte, aussi minime soit-elle, ne peut être admise qu'à la condition d'obéir à une finalité légitime et d'être strictement proportionnée aux exigences de cette finalité. Cette condition a été posée pour la première fois par l'arrêt *Godissart* du 14 mai 1992 (**n° 45**) aux termes duquel une clause de non-concurrence ne peut être valide que si elle est « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». Elle a été depuis reprise, dans les mêmes

termes, par de nombreux arrêts et notamment par l'arrêt *Barbier* (n° 45). Cette jurisprudence *Godissart* a réalisé une importante avancée comparativement à la jurisprudence antérieure. Encore en 1998 la Cour de cassation affirmait que l'utilité d'une clause de non-concurrence ne conditionnait en rien validité (Soc. 13 oct. 1988, *D.* 1989. 122, note Y. Serra).

Une telle position était cependant peu conciliable avec l'essor de la problématique des droits de l'homme. La jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà affirmé, depuis longtemps, qu'une restriction à un droit fondamental ou à une liberté n'est admissible qu'à la double condition d'être justifiée par un but légitime et d'être strictement proportionnée à ce but. L'article L. 120-2 du Code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992 a expressément repris et généralisé en droit du travail ce raisonnement. La motivation issue de la jurisprudence retenue par la Cour de cassation en matière de clauses de non-concurrence en est l'application, ce qu'atteste au demeurant le visa exprès de l'article L. 1121-1 nouv. C. trav. (art. L. 120-2 du Code du travail). La « *protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » précise le but légitime que doit poursuivre une clause de non-concurrence. Le caractère « *indispensable* » exprime l'exigence de nécessité de la restriction faite à la liberté du salarié et de proportionnalité entre l'étendue de cette restriction et le but recherché (sur cette exigence de proportionnalité, v. aussi v. Com. 4 janv. 1994, *D.* 1995. 205, note Y. Serra, arrêt qui casse la décision d'une cour d'appel au motif que celle-ci n'avait pas recherché si la clause litigieuse « *n'était pas disproportionnée* »). On notera de plus que, lorsqu'une clause de non-concurrence est assortie d'une faculté de rachat par le salarié, cette faculté acceptée par l'employeur, démontre à elle seule que la clause n'est pas, pour ce dernier, nécessaire ou « *indispensable* », ce qui suffit à condamner la clause (Soc. 7 avr. 1998, *Dr. soc.* 1998. 546).

Ce contrôle de nécessité et de proportionnalité, qui donne de grands pouvoirs d'appréciation aux juges, n'est plus spécifique à la question des clauses de non-concurrence. Par extension de la jurisprudence les concernant et par application de l'article L. 1121-1 nouv. C. trav. (art. L. 120-2 C. trav.) il s'applique à toute clause qui restreint les droits et libertés fondamentaux du salarié. On peut choisir, en ce sens, de citer un exemple proche de la question des clauses de non-concurrence, celui des clauses d'exclusivité. À leur sujet, quatre arrêts du 11 juillet 2000 (*Bull. civ.* V, n° 276 et n° 277) reprennent le même attendu de principe pour annuler de telles clauses : « *Attendu que la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail ; qu'elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des*

intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ».

L'exigence d'un intérêt de l'entreprise qui soit « *légitime* » conduit à une difficulté particulière en matière de clauses de non-concurrence. Dans une économie de marché, la concurrence est une liberté fondamentale. Sa restriction, même « utile » à l'entreprise, n'est pas *a priori* « légitime ». Elle est même éminemment suspecte. Au-delà d'un certain seuil, la restriction de la concurrence est même passible de sanctions pénales (art. L. 420-6 C. com.), au travers de la prohibition des ententes (art. 81 CE et L. 420-1 C. com.), des abus de position dominante (art. 82 CE et L. 420-2, al. 1 C. com.) ou des abus de dépendance économique (art. 420-2, al. 2 C. com.). Il faut en particulier citer l'article L. 420-1 du Code de commerce lequel prohibe expressément, sous peine de sanctions pénales, les « *conventions* » qui « *tendent à [...] limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* ». Ainsi, le moins que l'on puisse dire est que, même si elle peut présenter un intérêt pour l'ancien employeur du salarié, la limitation du libre exercice de la concurrence n'est pas un intérêt *a priori* légitime. Ce n'est que par exception qu'il peut le devenir, dans la mesure où il s'agit de protéger l'entreprise contre *certaines* formes de concurrence jugées excessives. Cette protection vient s'ajouter à celle que procure l'article 1382 du Code civil contre la concurrence déloyale. L'intérêt des clauses de non-concurrence se situe donc dans la prohibition de comportement qui, sans être des actes de concurrence déloyale, vont au-delà du jeu normal de la concurrence.

Il y a là une question de mesure casuistique difficile. Peuvent être considérées comme légitimes les protections des secrets professionnels, des fichiers de clientèle ou même de certains savoir-faire spécifiques à l'entreprise. La jurisprudence accepte d'aller plus loin encore. Elle valide ainsi l'interdiction de retirer un avantage concurrentiel, pour lui-même ou pour son nouvel employeur, du rapport privilégié qu'il a pu nouer avec la clientèle de son ancien employeur (v. pour la reconnaissance de la validité d'une clause de non-concurrence applicable à un garçon de café, Soc. 1^{er} mars 1995, *RJS* 1995, n° 377 ; ou à un coiffeur, Soc. 2 déc. 1997, *Bull. civ.* V, n° 414). Il demeure que légitimité de l'intérêt invoqué devient vite problématique et qu'elle ne devrait pas être acceptée lorsqu'il s'agit de prohiber un comportement concurrentiel parfaitement banal.

C. — La dernière condition posée à la validité d'une clause de non-concurrence tient à l'existence d'une « *contrepartie financière* ». Cette dernière exigence a été posée par l'arrêt *Barbier* (n° 46) et les deux autres arrêts rendus dans les mêmes termes le 10 juillet 2002 (*préc.*). Elle doit être comprise comme l'exigence d'une contrepartie suffisante

et non dérisoire. Réclamée depuis longtemps par un fort courant doctrinal, cette exigence d'une contrepartie avait été posée pour la première fois par un arrêt du 24 janvier 1866 (*D.* 1866. 1. 81), avant d'être abandonnée par la Cour de cassation tout au long du ^{xx}e siècle. Il aura fallu attendre le début du ^{xxi}e siècle pour que la Cour revienne sur cette position, suivant ainsi l'opinion de la plus grande partie de la doctrine.

Cette exigence de contrepartie apparaît pleinement justifiée. La position antérieure qui voyait dans la relation de travail passée et dans le salaire perçu la contrepartie de l'obligation de non-concurrence est effectivement difficilement acceptable. Elle s'accordait mal aux espèces dans lesquelles la clause est amenée à s'appliquer alors même que le contrat a été rompu au cours de l'essai (Soc. 17 juill. 1997, *Dr. soc.* 1997. 972, obs. C. Roy-Loustaunau), ce qui rend la supposée contrepartie dérisoire. De plus, la faculté reconnue aux parties de créer par avenant au contrat de travail une clause de non-concurrence, sans modifier simultanément le salaire, laisse bien entendre que ce dernier n'est que la contrepartie du travail et non celle d'une absence future de concurrence. Enfin, pour une partie de la doctrine, il est possible de considérer que la clause de non-concurrence est divisible du reste du contrat. Cette doctrine s'appuie sur le fait que la clause demeure obligatoire alors que le contrat est résilié.

Elle semble aujourd'hui entérinée par la Cour de cassation, qui précise que la contrepartie financière est bien *exclusivement* causée par l'obligation de non-concurrence. Elle n'est ni une récompense pour bons et loyaux services, ni une récompense pour l'ancienneté passée. Ainsi la contrepartie due pour l'obligation de non-concurrence ne peut être réservée aux seuls cas de rupture à l'initiative de l'employeur (Soc. 9 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 198 ; *RDT* 2006. 171, obs. G. Auzero ; Soc. 31 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 198) ; ni à l'absence de faute grave (Soc. 28 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 231). Et son montant ne peut dépendre de l'ancienneté du salarié (Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45511, *Bull. civ.* V, n° 44 ; *RDT* 2007. 308, note G. Auzero). Dans de tels cas, le salarié peut demander la nullité de la clause (Soc. 9 mai 2006 ; Soc. 31 mai 2006 ; Soc. 7 mars 2007, *préc.*). Mais il peut aussi demander le versement de la contrepartie que la clause lui refusait (Soc. 28 juin 2006, *préc.*).

La Cour précise que la contrepartie désormais exigée doit être « financière », ce qui vise le versement d'une somme d'argent. Le statut juridique de cette contrepartie est au demeurant connu depuis longtemps, la Cour de cassation ayant été amenée à régler le sort des contreparties financières fréquemment prévues au sein des conventions collectives, du temps même où elles n'étaient pas obligatoires. La contrepartie a « la nature d'une indemnité compensatrice de salaire »

(v. not. Soc. 26 sept. 2002, *Bull. civ.* V, n° 283 ; Soc. 10 octobre 2007, *Dr. soc.* 2008, p.251, obs. J. Mouly), ce qui implique sa soumission aux principaux éléments du régime juridique du salaire : cotisations sociales (Soc. 13 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998. 278, obs. J. Savatier), statut fiscal, application de la prescription quinquennale des salaires (Soc. 26 sept. 2002, *préc.*), application, limitée, des garanties de l'AGS (Soc. 6 mai 1997, deux arrêts, *Dr. soc.* 1997. 751, obs. R. Vatinet), et même ouverture de droits à congés payés (Soc. 10 octobre 2007, *préc.*) ce qui est peut-être pousser un peu loin l'assimilation à un salaire.

On notera, en outre, que le rapport de causalité qui unit l'obligation de non-concurrence et sa contrepartie financière permet logiquement le jeu de l'exception d'inexécution : l'indemnité de non-concurrence cesse d'être due à compter de la violation par le salarié de ses obligations (Soc. 25 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 65) et réciproquement, le salarié est libéré de ses obligations si l'employeur cesse de verser la contrepartie (Soc. 3 oct. 1991, *préc.*). Enfin, l'indemnité ne peut être versée avant la rupture du contrat, un tel versement étant présumé sans lien avec l'exécution de l'obligation de non-concurrence (v. Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45511, *Bull. civ.* V, n° 44 ; *RDT* 2007. 308, note G. Auzero).

Ce lien de causalité est également important lors de l'évaluation du montant nécessaire à la validité de l'indemnité. Cette contrepartie doit ne pas être dérisoire (pour un rejet du pourvoi formé contre une décision d'appel ayant qualifié de dérisoire une indemnité d'un dixième de mois de salaire par mois de non-concurrence : Soc. 15 novembre 2006, n° 05-46721, *Bull. civ.* V, n° 341 ; *RDT* 2007. 95, obs. J. Péliissier). Et, parce qu'elle est destinée à compenser le préjudice que crée l'obligation de non-concurrence, elle ne saurait dépendre que de l'intensité de ce préjudice, et non de la durée de l'ancienneté (Soc. 7 mars 2007, *préc.*).

Enfin, les sanctions de ces règles sont efficaces. L'absence de contrepartie financière est un trouble manifestement illicite que le juge des référés a le pouvoir de faire cesser, en déclarant la clause de non-concurrence inopposable au salarié (Soc. 25 mai 2005, *Bull. civ.* V, n° 180). La responsabilité de l'employeur est engagée du fait de l'illicéité de la clause, l'existence d'une telle clause provoquant nécessairement un préjudice au salarié (Soc. 18 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 98 ; Soc. 11 janvier 2006, *Bull. civ.* V, n° 8 ; *Dr. soc.* 2007. 465-466, obs. J. Mouly ; *RTD civ.* 2006. 311, obs. J. Mestre et B. Fages ; Soc. 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-42706 ; Soc. 15 novembre 2006, n° 05-46721, *Bull. civ.* V, n° 341 ; *RDT* 2007. 95, obs. J. Péliissier).

En revanche, si le salarié souhaite bénéficier de la contrepartie financière d'une clause illicite, cette possibilité lui est offerte. La nullité de la clause est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que

par le salarié (v. not. Soc. 17 juillet 1997, *Dr. soc.* 1997. 972, obs. C. Roy-Loustaunau).

La renonciation unilatérale de l'employeur à l'application de la clause n'est en principe plus valide, dès lors que la présence d'une contrepartie fait de cette clause un élément contractuel d'intérêt commun entre l'employeur et le salarié (Soc. 17 février 1993, *D.* 1993. 347, note Y. Serra ; Soc. 4 juin 1998, *RJS* 1998, n° 856). Toutefois, une clause contractuelle peut accorder expressément une faculté de renonciation à l'employeur. La validité d'une stipulation pourrait être contestée au nom de la prohibition des conditions potestatives. Elle semble cependant admise actuellement par la jurisprudence. La Cour de cassation se contente d'exiger que, lorsque la rupture du contrat de travail est un licenciement, la renonciation ait lieu au plus tard à la date de ce licenciement (Soc. 15 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 382), afin que le salarié puisse immédiatement rechercher du travail en connaissance de cause. En cas de démission ou de prise d'acte de la rupture par le salarié, l'impossibilité pour l'employeur d'anticiper la rupture du contrat a conduit les juges à accorder à l'employeur un délai pour prendre sa décision de renoncer, ou non, à l'application de la clause (Soc. 15 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 105, pour une démission, et Soc. 13 juin 2007, pourvoi n° 04-42740, *RDT* 2007. 579-580, note J. Péliissier, pour une prise d'acte). Ce délai, qui court à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de la rupture est, aux dires de la Cour, un délai « raisonnable ». Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 13 juin 2007 (préc.), l'employeur avait attendu près d'un mois à compter de la notification de prise d'acte de la rupture. Selon la Cour de cassation, un tel délai a pu être considéré comme « raisonnable » par la cour d'appel. Il est cependant permis de juger un tel délai fort long : il faut en effet rappeler que, dans l'attente de la décision de l'employeur, le salarié doit, à titre conservatoire, respecter la clause et qu'il ne peut, en conséquence, rechercher librement un nouvel emploi. Il aurait pu sembler plus « raisonnable » de n'accorder que quelques jours de délai à l'employeur, afin de ne pas laisser le salarié durablement dans l'ignorance de l'étendue du champ dans lequel il peut rechercher un emploi. Il faut surtout regretter la validité de ces facultés de renonciation unilatérale qui font du droit à la contrepartie financière un droit potestatif, qui dépend du bon vouloir de l'employeur.

Ces dernières solutions apparaissent relativement laxistes pour les employeurs. Mais elles ne doivent pas cacher que, dans l'ensemble, la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence est sévère. Ces clauses qui furent longtemps des clauses de style, sont désormais précisément contrôlées. Elles devraient devenir exceptionnelles. Ce qui peut apparaître comme la moindre des choses, s'agissant de clauses attentatoires aux libertés fondamentales.

QUATRIÈME PARTIE

EXÉCUTION DU CONTRAT ET PRÉROGATIVES DE L'EMPLOYEUR

L'employeur n'est pas un contractant comme un autre. Il dispose à l'égard du salarié d'un pouvoir, qui n'est pas, comme tel, nommé par la loi, mais auquel la jurisprudence assure une reconnaissance, en le segmentant d'ailleurs en plusieurs droits, pouvoirs ou prérogatives. Au détour d'un arrêt, est ainsi mentionné son « droit d'organiser le travail dans son entreprise », avant que ne soit énoncé que « la fixation de l'horaire de travail, à défaut d'accord des parties, relève du pouvoir de direction de l'employeur » (Soc. 1^{er} avr. 2003, Bull. civ. V, n° 225). À suivre la jurisprudence, l'employeur a aussi « le droit de contrôler et de surveiller l'activité des salariés pendant le temps de travail » (par ex. CE 7 juin 2000, RJS 8-9/2000 n° 971) et dorénavant il est « investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés... » (Soc. 18 octobre 2006, Bull. civ. V. n° 307, D. 2007.695, note J. Mouly). Direction des personnes, contrôle de leurs activités, on pourrait ajouter sanction et l'on obtient l'autre visage de la subordination, celui qui découle du contrat de travail.

La combinaison du contrat et du pouvoir, la détermination de l'empire du droit des obligations dans l'administration du rapport d'emploi sont largement œuvre de la jurisprudence, marquée par quelques remarquables évolutions. Certaines ont trait aux conditions de la res-

ponsabilité du salarié (n^{os} 47 et 48) ; d'autres, plus notoires encore, ont trait à la part de l'unilatéralisme, et à son cantonnement par le contrat, dans la gestion du rapport d'emploi. La notion et le régime de la modification du contrat (n^{os} 49 à 51) ont été dessinés puis redessinés par la jurisprudence, qui fixent aussi le sort des clauses qui prévoient et organisent la variation d'un élément du rapport d'emploi (n^{os} 52 à 54).

Les obligations issues du contrat de travail sont, dans une large mesure, régies par des dispositions d'origine étatique, puisque c'est la raison d'être principale de la législation du travail, dispositions que complètent des dispositions de source professionnelle. La densité de ce réseau de règles, loin de toujours l'amoinvrir, a souvent suscité un développement de la jurisprudence, soucieuse de dégager des notions, d'apporter une cohérence là où elle n'était pas manifeste, de mettre le droit français au diapason de l'Europe. Ainsi en va-t-il de la notion et de la détermination du salaire (n^{os} 55 à 57), des divisions du temps inscrites dans la réglementation de la durée du travail (n^{os} 58 à 61) ou encore du sort du contrat en cas de changement dans la personne juridique de l'employeur (n^{os} 62 à 64).

Les nombreuses dispositions d'origine étatique relatives à la gestion du rapport d'emploi ménagent de larges espaces au pouvoir — aux prérogatives — de l'employeur. Depuis la loi du 4 août 1982, l'espace laissé au pouvoir disciplinaire (n^{os} 65 à 68) de l'employeur a été redéfini : la loi en est responsable, la jurisprudence contribuant aussi à la « civilisation » de ce pouvoir. Demeurent en deçà et au-delà, des domaines ouverts aux prérogatives de l'employeur, qu'elles tendent à l'organisation du travail et à la direction des personnes ou au contrôle de leurs activités. La plus remarquable évolution récente réside dans leur encadrement, encadrement au nom des libertés de la personne du salarié (n^{os} 69 et 70) imposé aujourd'hui par l'article L.1121-1 du nouveau Code du travail (qui reprend le ci-devant art. L. 120-2), encadrement au nom de l'interdiction de certaines discriminations et de l'exigence, proche mais distincte, de l'égalité de traitement (n^{os} 71 à 73).

47-48

RESPONSABILITÉ DU SALARIÉ

47. Soc. 27 novembre 1958 — 48. Ass. plén. 25 février 2000

47. Soc. 27 novembre 1958

Société des forges stéphanoises c. Boissonnard et autres

(*Bull. civ. IV*, n° 1259 ; *D.* 1959. 20, note R. Lindon ; *JCP* 1959. II. 11143, note J. Brethe de la Gressaye ; *RTD civ.* 1959. 753, note J. Carboneir)

ARRÊT

Sur le premier moyen, tiré de la violation de l'article 1134 du Code civil et de la Convention collective du travail de la métallurgie du 26 avril 1954 et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu qu'il appert des énonciations du jugement attaqué que pour la journée du 18 juin 1954, les ouvriers de la Société des Forges Stéphanoises, Boissonnard (Lucien), Braye, Martos, Blanchard et Rousset, travaillant en équipe à la fabrication de clefs « Vanatube » ayant fourni un certain nombre de pièces rejetées par le service de contrôle et étant rémunérés aux pièces, reçurent un salaire inférieur à celui déterminé par l'alinéa 4 de l'article 27 de la convention collective susvisée, selon lequel « l'ouvrier travaillant aux pièces a la garantie de recevoir au moins le salaire horaire minimum garanti de sa catégorie » ; — qu'ils actionnèrent alors l'entreprise en paiement de la différence entre le salaire perçu et celui que, selon eux, ils auraient dû percevoir par application de la convention collective, et qu'ils obtinrent la condamnation de la Société par eux poursuivie ;

Attendu que le pourvoi reproche aux juges du fond d'avoir, pour faire droit à la demande, déclaré qu'un employeur ne saurait, sans violer la convention collective, réduire pour malfaçon le salaire garanti par celle-ci à ses ouvriers payés aux pièces, — alors que ce salaire garanti ne peut être dû que pour un travail acceptable ;

Mais attendu que les juges du fond relèvent d'autre part que la défectuosité des pièces rejetées par le contrôle provenaient initialement d'une « erreur de cale » commise par l'estampeur Boissonnard (Maxime), de qui les cinq ouvriers demandeurs à l'instance recevaient les pièces brutes qu'ils n'avaient pas à contrôler, — qu'en raison de ces constatations desquelles il résultait qu'il n'était pas établi que ces ouvriers pussent être tenus pour responsables de la malfaçon reprochée, le tribunal était justifié à décider que leur salaire garanti leur demeurerait dû ;

Que le moyen ne peut donc être accueilli ;

Sur le second moyen, tiré de la violation des articles 1382, 1383, du Code civil, 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu qu'il est reproché au jugement attaqué d'avoir débouté la Société des Forges Stéphanoises de la demande qu'elle avait formée contre les cinq ouvriers dénommés au premier moyen et contre Boissonnard (Maxime) aux fins de dommages-intérêts pour réparation du préjudice que lui auraient causé les malfaçons par eux commises, au motif que la responsabilité d'un ouvrier envers son employeur ne peut être engagée pour malfaçon qu'en cas de faute lourde, non prouvée ni alléguée en l'espèce, — alors que, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, l'existence d'une faute lourde n'est pas exigée, une simple négligence ou imprudence suffisant ;

Mais attendu que la responsabilité en jeu était contractuelle et que les juges du fond, après avoir déclaré que « l'ouvrier ne peut être tenu pour responsable (du résultat défectueux de son travail) que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur involontaire mais une faute lourde, voire volontaire », retiennent que tel n'est pas le cas en l'espèce ni en ce qui concerne les cinq ouvriers qui n'étaient pas chargés de contrôler l'estampage et recevaient les pièces brutes de Maxime Boissonnard, ni en ce qui concerne ce dernier, bon ouvrier apprécié de ses chefs, au service de la société depuis vingt-sept ans, et contre lequel la preuve d'une faute professionnelle grave n'est pas offerte ;

Attendu qu'en raison de ces constatations et appréciations desquelles il ressortait qu'il n'était pas établi qu'aucun des ouvriers en cause eût commis dans l'exécution de ses obligations professionnelles une faute lourde équipollente au dol ; les juges du fond ont pu décider comme ils l'ont fait ;

Que le moyen ne peut donc pas plus être accueilli que le précédent ;

Par ces motifs, rejette.

48. Ass. plén. 25 février 2000

Costeodat

(*Bull. Ass. plén.* n° 2 ; *JCP* 2000. II. 10295, concl. R. Kessous, note M. Billiau ;

D. 2000. 673, note P. Brun ; *ibid.*, *Somm.* 467, obs. Ph. Delebecque ;

RTD civ. 2000. 852, obs. P. Jourdain)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la SCA du Mas de Jacquines et M. Bortino ont demandé à la société Gyrafrance de procéder, par hélicoptère, à un traitement herbicide de leurs rizières ; que, sous l'effet du vent, les produits ont atteint le fonds voisin de M. Girard, y endommageant des végétaux ; que celui-ci a assigné en réparation de son préjudice la SCA du Mas de Jacquines, les époux Reynier, M. Bortino, M. Costedoat, pilote de l'hélicoptère, et la société Gyrafrance ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° G 97-20.152, pris en ses deux branches :

Attendu que M. Girard fait grief à l'arrêt d'avoir mis hors de cause les époux Reynier, alors, selon le moyen, d'une part, que les prétentions des parties sont fixées par leurs conclusions, si bien qu'en mettant hors de cause M. et Mme Reynier pour une raison qui n'était pas invoquée par ceux-ci, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ; et, d'autre part, qu'en soulevant d'office le moyen tiré de la qualité de cogérant des époux Reynier de la SCA du Mas de Jacquines pour les mettre hors de cause, la cour

d'appel a méconnu les exigences de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte des énonciations des juges du fond que les époux Reynier ont été assignés en qualité de cogérants de la société civile agricole et qu'aucun agissement ne leur était reproché à titre personnel, que dans ces conditions, l'arrêt a décidé, sans encourir les griefs du moyen, qu'ils n'avaient été attraités dans l'instance qu'en leur qualité de représentants légaux de la société et qu'ils devaient être mis hors de cause ;

Qu'ainsi le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi n° T 97.17.378, pris en sa première branche :

Vu les articles 1382 et 1384, alinéa 5, du Code civil ;

Attendu que *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* ;

Attendu que, pour retenir la responsabilité de M. Costedoat, l'arrêt énonce qu'il aurait dû, en raison des conditions météorologiques, s'abstenir de procéder ce jour-là à des épandages de produits toxiques ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il n'était pas prétendu que M. Costedoat eût excédé les limites de la mission dont l'avait chargé la société Gyrafrance, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, en ses seules dispositions concernant la responsabilité de M. Costedoat, l'arrêt rendu le 26 mars 1997, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (...).

OBSERVATIONS

Rien n'exprime avec plus de simplicité l'originalité du contrat de travail que les conditions particulières de la responsabilité du salarié. En vérité, ce n'est pas de responsabilité au singulier dont il faut parler mais de responsabilités au pluriel. La responsabilité envers l'employeur n'est en effet pas seule concernée ; la responsabilité envers d'autres personnes, tiers au contrat de travail, l'est ou devrait l'être **(I)**. La stricte limitation de la responsabilité du salarié envers son employeur telle que l'a conçue la jurisprudence affecte la validité ou l'efficacité des clauses qui l'étendent **(II)**.

I. — La responsabilité envers l'employeur a été vigoureusement encadrée dès 1958 (**n° 47**) alors que les contours de la responsabilité envers les tiers au contrat de travail apparaissent plus nuancés.

A. — Sans le renfort d'aucun texte, la chambre sociale de la Cour de cassation a soustrait la responsabilité du salarié envers son employeur aux règles communes de la responsabilité contractuelle : selon la déclaration des juges du fond reprise dans son arrêt classique du 27 novembre 1958, « *le salarié ne peut être tenu pour responsable*

du résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder révèle par comparaison avec un ouvrier normalement diligent non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde, voire volontaire. »

Dans la proposition d'une limitation de la responsabilité du salarié envers son employeur en cas de faute lourde, la chambre sociale voit un principe (Soc. 12 avr. 1995, *Bull. civ. V*, n° 131), ce qui peut vouloir dire qu'elle la tient pour une règle essentielle dotée d'une force particulière (v. *infra II*).

La justification de la règle se trouve dans la structure du rapport d'emploi. C'est l'employeur qui assume les risques de l'entreprise en même temps qu'il en perçoit les profits. Pour paraphraser la formule de la Cour de cassation, les résultats défectueux du travail comptent parmi ces risques, lorsqu'ils proviennent de négligences, de fautes ou de toute autre cause. Comme l'énonce la chambre sociale, « *le salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation* ». Il est une autre façon de présenter les choses. Le salarié est subordonné. Il reçoit ordres et instructions, il est soumis au contrôle et à la surveillance de l'employeur ; il peut, le cas échéant, faire l'objet de sanctions. Dès lors que l'employeur dispose des moyens de prévenir les dommages et de sanctionner les fautes, il serait anormal qu'il puisse se plaindre d'une mauvaise exécution du contrat, en tout cas pour demander au salarié, réparation d'un dommage.

Cette limitation de responsabilité du salarié a acquis une rigueur accrue depuis que la chambre sociale a révisé sa définition de la faute lourde et l'a restreinte « au fait intentionnel et sciemment organisé » (Soc. 31 mai 1990, *Bull. civ. V*, n° 260, *Dr. soc.* 1991. 105, note G. Couturier). Il est dès lors logique que tout comportement fautif, justifierait-il un licenciement ou révélerait-il ce que le sens commun considère comme malhonnête ou déloyal, ne permette pas à l'employeur d'engager la responsabilité du salarié (v. à titre d'illustrations, Soc. 5 déc. 1996, *Dr. soc.* 1997. 95, obs. G. Couturier ; 6 mai 1997, *Dr. soc.* 1997. 734, obs. J. Savatier).

L'employeur n'est pas dépourvu de moyens juridiques de réaction en face de fautes du salarié. C'est précisément l'objet du pouvoir disciplinaire qui lui est reconnu. Il faut toutefois souligner que l'employeur ne saurait, en réaction à un comportement considéré comme fautif, réduire la rémunération du salarié, ni même renoncer à lui attribuer une prime. S'il le faisait, il infligerait au salarié une sanction pécuniaire, prohibée par la loi (art. L. 122-42 C. trav. devenu L. 1331-2 du nouv. C. trav.). Sans l'interdiction des sanctions pécuniaires, la limitation de responsabilité du salarié serait un leurre.

B. — C'est plus récemment que la Cour de cassation, prenant en compte l'originalité du contrat de travail, a révisé sa conception de la responsabilité du salarié envers les tiers au contrat.

Dans son arrêt *Costedoat* du 25 février 2000 (n° 48), l'Assemblée plénière a énoncé que : « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui a agi sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* ». L'arrêt avait été préparé par un arrêt remarqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com. 12 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 338, *D.* 1994. 124, note G. Viney, *JCP* 1995. II. 22493, note F. Chabas, *RTD civ.* 1994. 113, obs. P. Jourdain). Toutefois, dans cet arrêt, la Cour s'était plutôt référée à l'exigence d'une faute personnelle pour circonscrire la responsabilité du préposé. Elle s'inspirait ainsi, au moins dans le vocabulaire utilisé, des propositions employées lorsqu'un dommage a été causé par un agent de l'administration. L'arrêt *Costedoat* délaisse la référence à la faute personnelle au profit d'une autre référence, la mission et ses limites. Il est parfois fait état de faute détachable des fonctions (v. Soc. 9 nov. 2005, *RJS* 1/06 n°7).

Cette limitation de la responsabilité du salarié à l'égard des tiers a pu être critiquée, au nom notamment de la réduction qu'elle entraîne de la garantie de la victime. Finie en effet la superposition des responsabilités du commettant et du préposé. La victime n'a plus, face à elle, qu'un responsable : le préposé s'il a excédé les limites de sa mission, son commettant, dans le cas contraire. Il ne faut certainement pas exagérer l'avantage que la victime pouvait tirer de la responsabilité inconditionnelle du salarié. Mais les mérites de la jurisprudence *Costedoat* sont plus profonds. Elle met fin à la différence paradoxale qui existait entre les salariés et les représentants de personne morale (v. par ex. Com. 4 janv. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 13 ; V. Wester-Ouisse « Critique d'une notion imprécise, la faute du dirigeant de société détachable de ses fonctions » *D.* 1999, Chr. 782). Elle met aussi fin à la différence qui existait entre agents de l'administration et salariés. Sur-tout elle tisse avec justesse un lien entre la position du salarié et sa responsabilité envers les tiers.

La référence dorénavant faite à la mission et à ses limites, et non pas à la faute personnelle a, immédiatement, suscité une interrogation : le respect des limites de la mission exclut-il toute responsabilité ? Dans son arrêt *Cousin* du 14 décembre 2001 (*Bull. Ass. plén.* n° 17, *D.* 2002. 1930, note J. Julien, *ibid.*, Somm. 1317, obs. D. Mazeaud et p. 2117, obs. B. Thuillier, *JCP* 2002. II. 100026, note M. Billiau, *ibid.*, 124, spéc. n° 22, obs. G. Viney, *RTD civ.* 2002. 109, obs. P. Jourdain), l'Assemblée plénière confère un certain rôle à la faute personnelle : engage en effet sa responsabilité civile à l'égard d'un tiers, le préposé qui, fut-ce sur ordre du commettant, a intentionnellement commis une infraction lui causant préjudice. La responsabilité n'est donc pas nécessairement exclue dans l'aire de la mission : elle revient avec un certain type de fautes. Selon la chambre criminelle, elle renaît en cas de faute

qualifiée au sens de l'art. 121-3 du Code pénal, lors même que celle-ci serait commise dans l'exercice de ses fonctions (Crim. 29 mars 2006, *Bull. crim.* n° 9, *JCP* 2006. II. 10188, note J. Mouly, *RTD civ.* 2007.135, obs. P. Jourdain).

La première chambre civile de la Cour de cassation a hésité avant de reconnaître une généralité d'application à la jurisprudence *Costedoat*. Elle a d'abord écarté la limitation de responsabilité du médecin salarié « en raison de l'indépendance professionnelle intangible dont (il) bénéficie dans l'exercice de son art » (Civ. 1^{re} 13 nov. 2002, *Bull. civ. I* n° 263, *D.* 2003.580, note S. Deis-Beauquenne, *ibid.*, Somm. 580, obs. P. Jourdain, *JCP* E 2003.316, note M. Billiau). Critiquée dans sa justification et par l'incertitude de sa portée, cette solution a ensuite été abandonnée. Dans des arrêts du 9 nov. 2004, elle a étendu la jurisprudence *Costedoat* au médecin salarié qui n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient s'il agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son employeur (Civ. 1^{re} 9 nov. 2004, *Bull. civ. I* n°s 260 et 262, *D.* 2005.253, note F. Chabas, *ibid.* Pan. 403, obs. J. Penneau, *JCP* 2005. II. 10020, rapp. D. Duval-Arnould, note S. Porchy-Simon, *RTD civ.* 2005.143, obs. P. Jourdain). Elle n'en admet pas moins que l'assureur de l'établissement privé de soins condamné du fait du médecin salarié dispose d'un recours contre l'assureur de responsabilité de ce dernier (Civ. 1^{re} 12 juil. 2007, *D.* 2007.2908, note S. Porchy-Simon, *JCP* 2007. II. 10162, note S. Hocquet-Berg). L'immunité bénéficie au seul salarié.

C. — Dans ses rapports avec deux autres catégories de tiers au contrat de travail, le salarié peut-il engager sa responsabilité et à quelles conditions ?

Il se peut tout d'abord que, pour les besoins de ses fonctions, et à la demande de son employeur, le salarié se soit engagé à l'égard d'un fournisseur. Dans une telle hypothèse, est-il tenu des dettes contractées par lui au seul profit de l'employeur ou une limitation de responsabilité trouve-t-elle à s'appliquer ? La question est débattue, même si dans un arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation exclut l'adaptation du droit commun que demanderait l'originalité du contrat de travail (Civ. 1^{re} 22 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 162).

Il faut aussi envisager les rapports entre salariés. À quelles règles obéit la responsabilité du supérieur hiérarchique envers un salarié dont, par exemple, il a évalué les activités ou orienté la carrière ? La jurisprudence *Costedoat* paraît devoir trouver ici application (en ce sens, Civ. 2^e 18 mai 2000, *Bull. civ. II*, n° 84).

II. — La limitation de la responsabilité du salarié envers son employeur en cas de faute lourde, énoncée dès 1958, n'a, un temps,

été qu'une façade, un trompe l'œil. Car était admise la validité des clauses qui étendaient cette responsabilité, sous la seule réserve que leur application ne prive pas le salarié du bénéfice du salaire minimum, (v. Soc. 19 nov. 1959, *Bull. civ.* IV, n° 917, *D.* 1960. 74, note R. Lindon, *JCP* 1960. II. 11397, note R. Bizière, *S.* 1960. 74 ; Soc. 23 avr. 1976, *Bull. civ.* V, n° 291). Ce libéralisme a été rigoureusement condamné : une clause ayant pour objet d'aménager la responsabilité du salarié en l'absence de faute lourde est soit privée de validité (v. Soc. 23 sept. 1992, *Bull. civ.* V, n° 466 ; 29 juin 1994, *JS UIMM* 578, p. 440) soit privée d'effet, (Soc. 10 nov. 1992, *Bull. civ.* V, n° 538). Dans le même mouvement, la chambre sociale de la Cour de cassation n'admet ni un aménagement de la responsabilité par le règlement intérieur ou un accord collectif (Soc. 9 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 161) ni la validité d'une reconnaissance de dette souscrite hors l'hypothèse de faute lourde (Soc. 12 avr. 1995, *Bull. civ.* V, n° 131, *Dr. soc.* 1995. 651, obs. J. Savatier).

La condamnation générale des clauses d'extension de responsabilité du salarié envers son employeur comporte cependant deux zones d'ombre. S'applique-t-elle aussi aux personnes qui, en vertu des dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail, devenu L. 7321-1 nouv. C. trav., relèvent du droit du travail, sans pourtant être — nécessairement — des travailleurs subordonnés (v. sur l'interprétation de l'article L. 781-1 du Code du travail, Soc. 4 déc. 2001, *Bull. civ.* V, n° 373, *Dr. soc.* 2002. 158, note A. Jeammaud) ? Un arrêt non publié au bulletin, mais savamment annoté, reconnaît la validité d'un engagement de garantie du défaut d'inventaire lorsqu'il est souscrit par une personne qui, sans être subordonnée, relève du droit du travail par application des dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail, devenu L. 7321-1 nouv. C. trav. (Soc. 20 janv. 1993, *D.* 1993. 414, note J. Ghestin et Ph. Langlois). Il n'est pourtant guère de raison dans une telle hypothèse de ne pas appliquer pleinement le régime du travail subordonné, dont la limitation d'ordre public de responsabilité au cas de faute lourde.

La seconde source de trouble se trouve dans un récent arrêt selon lequel un salarié peut être condamné à restituer à son employeur les sommes qu'il a encaissées pour son compte sans qu'il soit besoin d'établir à sa charge une faute lourde (Soc. 19 nov. 2002, *Bull. civ.* V, n° 334, *Dr. soc.* 2003. 166, avis P. Lyon-Caen). En donnant plein effet à une obligation contractuelle accessoire, cet arrêt rompt avec l'effort accompli par la chambre sociale pour éviter que, par la voie de stipulations diverses (v. paralysant des stipulations instituant un salarié dépositaire, Soc. 31 oct. 1989, *Bull. civ.* V, n° 622 ; 23 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n° 39, *Dr. soc.* 1992. 267), l'exécution du contrat de travail puisse être source d'une responsabilité du salarié envers son

employeur, hormis le cas de faute lourde. Elle semble toutefois être revenue à sa rigueur traditionnelle, en excluant qu'un employeur puisse, sous une forme ou une autre, être indemnisé en raison de la détérioration d'un badge remis au salarié. Elle rappelle, en cette occasion, que la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde (Soc. 20 avr. 2005, *Bull. civ* V. n° 148, *D.* 2006.1346, note J. Mouly, *JCP* E 2005. II. 1261, note G. Vachet).

49-51

MODIFICATION DU CONTRAT

**49. Soc. 8 octobre 1987 — 50. Soc. 10 juillet 1996 —
51. Soc. 4 mai 1999**

49. Soc. 8 octobre 1987

Raquin et Trappiez c. Ste Jacques Marchand

(*Bull. civ.* V, n° 541 ; *Dr. soc.* 1988. 141, note J. Savatier ;
D. 1988. 57, note Y. Saint-Jours)

ARRÊT

Attendu, selon les énonciations des arrêts attaqués que, par notes de service du 1^{er} octobre 1969, la société Jacques Marchand, qui employait MM. Raquin et Trappiez en qualité de représentant, les a avisés qu'à la suite d'une modification des structures commerciales de la société le mode de rémunération des représentants était changé et que désormais ils percevraient un salaire mensuel fixe dont le montant était indiqué ; qu'étaient également prévus l'allocation d'une prime exceptionnelle sur les promotions de vente et le versement, en cas de rupture, d'une indemnité spéciale contractuelle ; que ces notes précisaient : « du fait de votre nouveau mode de rémunération au fixe, vous aurez les mêmes avantages que l'ensemble de notre personnel, notamment en ce qui concerne les usages appliqués par notre société » ; que, le 3 février 1971, la société a diffusé à ses salariés une note ainsi rédigée : « Les salaires du personnel « employé », à l'exception des cadres et des représentants seront augmentés à compter du 1^{er} janvier 1971, le taux d'augmentation variera selon les salaires de base actuels et sera de l'ordre de 5 à 8 % » ; que par l'effet de cette note MM. Raquin et Trappiez ont été de 1971 à la date de leur licenciement pour motif économique, en 1981, exclus du bénéfice, malgré leurs protestations, d'un certain nombre d'augmentations de salaire ;

Sur le second moyen commun aux deux pourvois pris en ses deux branches (sans intérêt).

Mais sur le premier moyen commun aux deux pourvois, pris en ses deuxième et troisième branches :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que, pour débouter MM. Raquin et Trappiez de leur demande en paiement de rappels de salaires et de sommes représentant l'incidence qui devait en résulter sur le montant des indemnités de rupture et de la prime annuelle, la cour d'appel énonce que s'il n'appartient pas au salarié, qui refuse de donner son

accord à la réduction de salaire, d'imposer à l'employeur le maintien des conditions antérieures, en revanche il lui incombe de tirer les conséquences de ce désaccord en prenant, s'il l'estime utile, l'initiative de la rupture du lien contractuel.

Attendu qu'en statuant par ces motifs, alors que *l'acceptation par MM. Raquin et Trappiez de la modification substantielle qu'ils avaient refusée, du contrat de travail ne pouvait résulter de la poursuite par eux du travail, et alors que c'était à l'employeur de prendre la responsabilité d'une rupture*, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, sans qu'il soit besoin de statuer sur la première branche du premier moyen :

Casse et annule mais seulement en celles de leurs dispositions relatives au paiement de rappels de salaires de sommes représentant l'incidence en résultant sur le montant des indemnités de rupture et de la prime annuelle, les arrêts rendus le 9 mars 1984, entre les parties, par la cour d'appel de Paris (...).

50. Soc. 10 juillet 1996

Le Berre c. Société Socorem

(Bull. civ. V, n° 278)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 29 oct. 1992), que M. Le Berre, engagé en février 1980 par la société Socorem en qualité de vendeur électroménager, devenu depuis chef du rayon électroménager, TV, HIFI, a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 20 octobre 1990 après la division par l'employeur de son service en deux services distincts ;

Sur le premier moyen : (sans intérêt) ;

Sur le second moyen :

Attendu que le salarié fait encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la rupture du contrat de travail lui était imputable et qu'il ne pouvait prétendre à aucune indemnité, alors, selon le moyen, que le salarié avait informé son employeur de l'obligation où il se trouvait de prendre acte de la rupture de son contrat en raison des modifications apportées à celui-ci ; que la rupture ne constitue donc pas une démission puisque le salarié fait porter la responsabilité de la rupture sur l'employeur ; qu'à défaut de démission non équivoque le refus du salarié de poursuivre le contrat de travail qui n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle de la part de l'employeur n'entraîne pas à lui seul la rupture du contrat de travail, même en cas de départ du salarié, mais constitue un manquement aux obligations contractuelles que l'employeur a la faculté de sanctionner, au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé ;

Mais attendu que le refus par un salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement ; qu'à défaut, en l'espèce, d'un tel licenciement le contrat n'a pas été rompu, de sorte que le salarié ne peut réclamer aucune indemnité ; que, par ce motif substitué, la décision se trouve légalement justifiée ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

51. Soc. 4 mai 1999***Hczyszyn c. Sté Paul Jacottet****(Bull. civ. V, n° 186)***ARRÊT**

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-9 du Code du travail ;

Attendu que M. Hczyszyn a été embauché par la société Paul Jacottet le 16 décembre 1968 en qualité de cadre comptable ; que, par lettre du 2 février 1993, la société, se référant à une note de service du 21 janvier 1993, l'a informé qu'en raison d'un transfert de ses bureaux de Versailles à Chartres, il devait se présenter à compter du 15 décembre 1993 dans les nouveaux bureaux ; qu'estimant que ce changement constituait une modification de son contrat de travail, M. Hczyszyn l'a refusé et a imputé à la société la rupture du contrat ; que, le 26 février 1993, la société a licencié le salarié pour faute grave ; que celui-ci a alors saisi le conseil de prud'hommes ;

Attendu que, pour décider que le licenciement était justifié par une faute grave, la cour d'appel énonce que le salarié, qui reconnaît que l'utilisation de son véhicule personnel n'aurait augmenté la durée du trajet quotidien que d'environ une demi-heure et qui ne justifie pas de l'utilisation pour le trajet Elancourt-Versailles de transports en commun, ne démontre pas que le changement intervenu soit constitutif, pour ce qui le concerne, d'une modification substantielle de son contrat de travail alors qu'en outre son statut de cadre, au salaire mensuel de 16 026 francs au moment de la rupture des relations contractuelles, lui permettait de prendre des dispositions susceptibles d'atténuer sensiblement les effets de ce changement ;

Attendu, cependant, que *le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective* ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si le lieu de travail auquel était affecté M. Hczyszyn était situé dans un *secteur géographique* différent de celui où il travaillait précédemment et si, dès lors, le déménagement constituait une modification du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 décembre 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles (...).

OBSERVATIONS

Comment conjuguer le pouvoir unilatéral de direction, reconnu à l'employeur, et le contrat, dont la modification requiert en principe le consentement des deux parties ? La question n'est pas platonique. Elle importe dès qu'il s'agit de régler les situations dans lesquelles un employeur se propose — ou a décidé — de faire évoluer un rapport d'emploi (attributions du salarié, lieu de son travail, montant ou structure de sa rémunération, durée ou rythme de travail). Le salarié affecté

par cette évolution peut-il la refuser, en se prévalant de son contrat ? Comment ce refus peut-il se manifester ? Quels effets un tel refus emporte-t-il ?

Tous les arrêts commentés constituent des étapes dans l'importante œuvre entreprise, depuis le milieu des années 1980, par la chambre sociale de la Cour de cassation pour définir, ou plutôt, redéfinir, les prérogatives de l'employeur et du salarié en face d'une mutation du rapport d'emploi. La première étape n'a pas consisté à revoir les frontières entre ce qui relève du contrat, et se prête, en cas d'altération, à un refus possible du salarié, et ce qui relève du pouvoir unilatéral de l'employeur. La recherche de nouvelles frontières n'est venue qu'une fois précisés les conditions et les effets d'un refus opposé par un salarié à une évolution du rapport d'emploi.

I. — Conditions et effets d'un refus du salarié

L'arrêt du 8 octobre 1987 (n° 49) envisage l'hypothèse dans laquelle l'évolution proposée ou décidée par l'employeur requiert l'assentiment du salarié, alors que l'arrêt du 10 juillet 1996 (n° 50) envisage l'hypothèse inverse.

A. — Refus et exigence d'un assentiment du salarié

L'arrêt du 8 octobre 1987 marque une rupture dans la façon de concevoir la capacité de résistance d'un salarié en présence d'une initiative de son employeur qui affecte le contrat et demande donc son assentiment, dit le plus souvent acceptation. Cette rupture qu'un arrêt paraissait annoncer (Soc. 6 juin 1985, *Bull. civ. V*, n° 332) se comprend moyennant un rappel de la jurisprudence antérieure. Il est utile de supposer un salarié qui réclame un rappel de salaire. Son employeur lui oppose qu'il a, depuis un certain temps, réduit son salaire, et que, aurait-il été en désaccord, le salarié n'en a pas moins poursuivi l'exécution du travail, ce qui traduit son acceptation de la réduction de salaire. Selon la Cour de cassation, l'action du salarié était vouée à l'échec, car le maintien des conditions de travail ne pouvait être imposé à l'employeur par une action ayant pour objet l'exécution du contrat (Soc. 26 janv. 1978, *Bull. civ. V*, n° 69). Que restait-il au salarié, privé de la possibilité d'opposer la force obligatoire du contrat au pouvoir de l'employeur ? La Cour de cassation ne lui déniait pas la faculté de refuser la modification. Mais si l'employeur ne prenait pas l'initiative de le licencier, il lui fallait, pour donner une efficacité à son refus, prendre acte, aussi vite que possible, de la rupture et saisir le

juge du travail, en lui demandant de qualifier cette rupture de licenciement.

Dans son arrêt du 8 octobre 1987, la chambre sociale casse une décision respectueuse de ses formules antérieures. Pour ce faire, elle énonce deux propositions inédites à cette époque.

1. Première proposition : « *l'acceptation par MM. R et T de la modification substantielle qu'ils avaient refusée du contrat de travail ne pouvait résulter de la poursuite par eux du travail* ». La poursuite du travail n'a donc pas valeur d'acceptation d'une modification. Le salarié n'a plus comme seule alternative de se soumettre ou de se démettre.

C'est dorénavant à l'employeur qui l'invoque d'établir l'acceptation du salarié. Et il ne lui suffit pas de montrer que le salarié a continué de travailler. Cependant cette première proposition ne concerne plus la modification pour un motif économique, depuis une loi du 20 décembre 1993. L'article L. 1222-6 nouv. C. trav. (ex-L. 321-1-2), qui en résulte, attache en effet, dans ce cas, valeur d'acceptation au silence observé pendant un mois par le salarié, une fois celui-ci informé par lettre recommandée avec AR du projet de modification.

2. Seconde proposition : « *c'était à l'employeur de prendre la responsabilité d'une rupture* ». L'idée est claire, son expression peut-être un peu moins. Elle sera très vite complétée (v. Soc. 4 févr. 1988, *Bull. civ. V*, n° 96).

Un arrêt ultérieur propose une sorte de *vade-mecum* qui invite, avec justesse, à distinguer deux hypothèses pratiques. Dans la première, l'employeur propose une modification et rencontre un refus. Précisant son arrêt de 1987, la chambre sociale énonce que « *l'employeur ne peut que poursuivre le contrat de travail aux conditions initiales ou diligenter une procédure de licenciement*. » (Soc. 26 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 229). Dans un autre arrêt, elle use d'une formulation légèrement différente : en présence du refus d'un salarié, « *l'employeur doit, soit le rétablir dans son emploi, soit tirer les conséquences d'un refus en engageant la procédure de licenciement* » (Soc. 13 juill. 2004, *Bull. civ. V*, n° 206). Une autre hypothèse doit être envisagée : l'employeur peut ne pas proposer, mais imposer la modification. Souvent d'ailleurs, à cette fin, il prétend que le contrat n'est pas affecté (v. *infra B*). Dans ce cas, selon la chambre sociale, « *le salarié qui se voit imposer une modification unilatérale de son contrat et qui ne choisit pas de faire constater que cette voie de fait s'analyse en un licenciement, est fondé à exiger la poursuite du contrat aux conditions initiales et ne peut être tenu d'exécuter le contrat de travail aux conditions unilatéralement modifiées par l'employeur* » (Soc. 26 juin 2001, même arrêt). Dorénavant c'est donc un choix qui est offert au salarié confronté à une modification unilatéralement imposée : soit il prend acte de la

rupture et sollicite du juge du travail qu'il qualifie cette rupture de licenciement et en apprécie la légitimité, soit il demande en justice la condamnation de l'employeur à la poursuite du contrat aux conditions initiales.

B. — Refus en l'absence de nécessité d'un assentiment du salarié

Le refus par un salarié d'une évolution du rapport d'emploi qui n'exige pas son assentiment a fait l'objet d'un nouvel examen par la chambre sociale de la Cour de cassation dans plusieurs arrêts du 10 juillet 1996 (dont l'un est reproduit sous le n° 50). Ces arrêts utilisent un nouveau vocabulaire pour dessiner pareille évolution. On y reviendra (v. *infra* II). Mais ce n'est pas leur seul intérêt, car ils précisent aussi les positions respectives des parties en présence d'une résistance opposée par un salarié à une telle évolution.

Le refus constitue alors une faute. C'est la première indication. La Cour de cassation est même plus proluxe dans ses arrêts du 10 juillet 1996 : ce refus « *constitue, en principe, une faute grave* ». L'expression peut dérouter. N'est-ce pas en effet, à rebours de sa propre doctrine, que la chambre sociale peut affirmer sans qu'il soit besoin d'examiner les faits et le contexte qu'une conduite constitue une faute grave ? L'observation critique perd cependant sa vigueur si l'on remarque que la qualification de faute grave n'est retenue qu'« en principe », ce qui laisse place à d'autres qualifications. Dans ces conditions, c'est l'utilité même de la formule utilisée qui peut être mise en question. Au demeurant, très vite après ses arrêts du 10 juillet 1996, la chambre sociale de la Cour de cassation a montré qu'elle n'entendait pas rompre avec l'appréciation concrète des conduites fautives, et que la qualification de faute grave ne devait, en aucun cas être automatique (Soc. 3 avr. 1997, *RJS* 5/97, n° 523 ; ou encore Soc. 9 mars 2001, *RJS* 7/01, n° 837 ; 27 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 234 ; 15 déc. 2004, *Bull. civ. V*, n° 335 ; 23 févr. 2005 arrêt n° 1, *Bull. civ. V*, n° 64 ; 17 juill. 2007, *JCP S* 2007.1911, obs. T. Lahalle).

L'autre précision est essentielle : ce refus constitue une faute « *qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement* ». Ce rappel des prérogatives de l'employeur est destiné à fixer les voies par lesquelles peut se résoudre un conflit entre employeur et salarié portant notamment sur la qualification de la mesure prise et sur la nécessité de l'assentiment du salarié. Si conflit il y a, et que, par exemple, le salarié refuse de rejoindre le nouveau lieu de travail, ou encore de travailler selon un nouvel horaire, l'absence du salarié est, au moins, équivoque et ne saurait être interprétée, en principe, comme

une démission (v. n^{os} 83 et s.). C'est à l'employeur qu'il appartient de faire usage de ses prérogatives, et le cas échéant, de licencier le salarié.

D'une manière générale, il est patent qu'avec ses arrêts de 1987 et 1996, la chambre sociale de la Cour de cassation a souhaité qu'un nouvel équilibre apparaisse en cas de refus d'une évolution : c'est à l'employeur de prendre les initiatives requises, avec le risque que les juges, éventuellement saisis, estiment après coup les mesures prises irrégulières ou injustifiées.

II. — Notion et appréciation de la modification

Si c'est toujours l'employeur qui, pour vaincre la résistance d'un salarié, doit prendre l'initiative et, le cas échéant, engager une procédure de licenciement, son action n'obéit pas au même régime selon que le salarié peut ou non se prévaloir de son contrat pour prétendre que l'évolution envisagée ou imposée demande son assentiment. Si le salarié n'a pas à le donner, l'employeur peut user à son endroit de ses prérogatives disciplinaires. Ce n'est pas le cas si le salarié est en droit de refuser l'évolution. Comment, donc, tracer les lignes de démarcation entre ce qui requiert l'accord du salarié et ce qui ne le requiert pas ?

La chambre sociale de la Cour de cassation a changé son vocabulaire, ce qui a inspiré une certaine évolution de la terminologie législative (v. art. L. 1222-7 et L. 1233-3 nouv. C. trav.) et s'est efforcée de fixer un mode d'appréciation.

A. — Dans l'arrêt du 8 octobre 1987, il est encore fait usage d'un lexique dans lequel la distinction cruciale repose sur l'adjectif qui qualifie une modification. Toute évolution du rapport d'emploi est une modification, mais elle ne nécessite l'assentiment du salarié que si elle est substantielle. L'arrêt du 10 juillet 1996 se réfère à un autre lexique ; il faut dorénavant distinguer, d'un côté, la modification du contrat qui n'a pas besoin d'être assortie d'un adjectif et, de l'autre, le changement des conditions de travail. L'assentiment du salarié est exigé lors d'une modification du contrat, alors que par opposition, le changement des conditions de travail « *est décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction* ». Il n'en résulte pas que tout contrôle soit exclu. Manquement à la bonne foi et détournement de pouvoir peuvent être sanctionnés (v. n^o 52-53).

Ce nouveau lexique ne manque pas d'élégance. Est-il approprié ? Il a sans doute le mérite d'une certaine franchise. Car dire, selon les enseignements de la jurisprudence traditionnelle, que certaines muta-

tions du rapport d'emploi s'imposent au salarié, dépourvu devant elles, d'une capacité de résistance, n'est-ce pas reconnaître un pouvoir unilatéral ? Le scepticisme, quand il se manifeste, se nourrit d'une autre observation : pour certains, il ne serait pas possible, pour déterminer si l'accord du salarié est nécessaire, de refouler toute appréciation de l'importance de la modification. Il est, par exemple, signalé que pour qualifier un transfert du lieu de travail, il est difficile, en tout cas discutable, de ne pas tenir compte de son importance et de ses incidences sur la vie personnelle et familiale du salarié. Il n'empêche : avec son nouveau lexique, la chambre sociale entend ne plus subordonner la qualification à la considération des effets, variables selon les salariés, de la mesure envisagée.

B. — Comment alors déterminer si le contrat a été modifié ? Il faut, pour ce faire, qualifier l'élément affecté par l'évolution. Longtemps cette qualification a été regardée comme résultant d'un examen de la volonté des parties. De ce fait, les juges du fond en étaient maîtres (v. Soc. 19 nov. 1987, *Bull. civ.* V, n^{os} 661 et 662).

Avec la définition d'un nouvel équilibre (v. *supra* I), accompagnée ensuite d'un nouveau lexique invitant surtout à être sensible à la différence entre contrat et pouvoir (v. *supra* II. A), la double prééminence de la volonté des parties et du pouvoir d'appréciation des juges du fond ne pouvait guère être maintenue. Aussi, pour asseoir son contrôle, dont on ne peut pas ici nier l'utilité, la Cour de cassation a entendu promouvoir une appréciation objective des évolutions du rapport d'emploi. L'arrêt du 4 mai 1999 (n^o 51) en énonce le principe au sujet du changement du lieu de travail.

Ce mouvement, dit parfois, néologisme aidant, d'objectivation, peut avoir plusieurs sens ; sa portée peut donc varier. Dans un premier sens, il peut tout d'abord répondre au projet de soustraire les éléments caractéristiques du contrat de travail au pouvoir unilatéral d'une partie, l'employeur. Objectivité signifie alors exigence de déterminabilité. Cette exigence peut être satisfaite autrement que par voie de stipulation ou d'interprétation, par exemple à raison d'une règle provenant d'un accord collectif ou d'un usage.

Il peut, dans un deuxième sens, s'inscrire dans une conception de l'interprétation soucieuse de circonscrire le rôle de la volonté commune aux seules hypothèses de stipulation explicite dépourvue d'ambiguïté. Hors ces hypothèses, la volonté n'a aucune place. Dans ce sens, l'objectivité se rapporte à l'interprétation et elle ne contrarie pas la liberté de stipulation dès lors qu'elle obéit à certains critères.

Le mouvement peut, dans son sens le plus fort, aller au-delà des sens précédents tout en y puisant et signifier que certains éléments du rapport d'emploi sont nécessairement contractuels, de telle sorte que

leur évolution, quelle qu'elle soit, requiert toujours l'assentiment du salarié.

Dans ses arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation paraît combiner les diverses inspirations. S'agissant du lieu de travail, c'est plutôt une interprétation objective qu'elle cherche à établir. Elle admet en effet, sous certaines conditions, la validité des clauses de mobilité qui habilitent l'employeur à changer de lieu de travail (n° 52). C'est en l'absence de clause fixant le lieu de travail ou en l'absence de clause prévoyant son possible déplacement qu'elle demande une appréciation objective, et voit dans le « *secteur géographique* » le paramètre objectif d'interprétation. Tant que le lieu de travail est déplacé à l'intérieur d'un même secteur, il s'agit d'un changement des conditions de travail (v. par ex. Soc. 3 mai 2006, *RJS* 7/06, n° 808) ; au-delà, il y a modification (v. par ex. Soc. 21 déc. 2006, *JS UIMM*, n° 517, p. 132). Elle admet même qu'un déplacement occasionnel hors du secteur géographique échappe à la qualification de modification dès lors que « *la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique* » (Soc. 22 janv. 2003, *Bull. civ. V*, n° 15, *Sem. soc. Lamy*, n° 1107, avis J. Duplat). Plus étrange est le choix récent de considérer la clause mentionnant le lieu de travail comme une clause informative « à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu » (Soc. 3 juin 2003, *Bull. civ. V*, n° 185, *Dr. soc.* 2003.884, obs. J. Savatier, *JCP* 2003. II.10165, note M. Vericel ; 21 janv. 2004, *Bull. civ. V*, n° 26, *Dr. ouvr.* 2004. 222, note B. Lardy-Pelissier). Il y a là une forme de perversion de l'interprétation objective qui sert ici à brider la volonté des parties.

S'agissant de la rémunération, la référence faite, dans certaines décisions, à la rémunération contractuelle ou prévue par le contrat, pour déterminer l'élément intangible sans accord du salarié (v. par ex. Soc. 19 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 265 ; 7 mai 2002, *RJS* 8/9, 2002, n° 945), ne signale pas nettement l'inspiration de la chambre sociale. Mais certains arrêts récents comportent des formules plus nettes, d'où ressort le caractère nécessairement contractuel de la rémunération, dans son montant comme dans son mode de détermination (v. Soc. 18 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 288 ; 29 janv. 2003, *RJS* 4/03, n° 414).

Quant au temps de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation paraît tenter de laisser les changements de rythme, journalier (v. Soc. 17 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n° 327) ou hebdomadaire (v. Soc. 17 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n° 328) sous l'empire du pouvoir unilatéral de direction, à condition que de tels changements ne s'accompagnent pas de modification de la durée (v. Soc. 23 janv. 2001, *Bull. civ. V*, n° 19). Toutefois elle soustrait certaines transformations du rythme de

travail au pouvoir de direction, pour imposer l'exigence d'un accord du salarié. Ainsi en va-t-il en cas de passage d'un horaire fixe à un horaire variable (v. Soc. 14 nov. 2000, *Bull. civ.* V, n° 365) ou encore de passage, même partiel, d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou d'un horaire de nuit à un horaire de jour, la clause qui prévoit pareil passage étant dépourvue de tout effet (Soc. 5 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 206 ; 7 avril 2004, *JS UIMM* n° 687, p. 240 ; 30 oct. 2007, n° 06-43-455). Ces dernières solutions s'inscrivent dans la quête d'une plus forte objectivité dont les ressorts profonds pourraient être le souci de concilier le pouvoir de l'employeur et le droit de mener une vie personnelle et familiale normale.

52-54

CLAUSES DE VARIATION

52. Soc. 7 juin 2006 — 53.Soc. 23 février 2005 — 54 Soc. 2 juillet 2002

52. Soc. 7 juin 2006

Graas c. Association Alliance

(*Bull. civ.* V, n° 209, *RDT* 2006.313, obs. J. Pelissier, *Dr. soc.* 2006.926, obs. F. Favennec-Hery, *D.* 2006.3041, note M.C. Escande-Varniol, *JCP S* 2006.1917, obs. B. Bossu)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 122-14-4 du Code du travail et l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que le contrat de travail de M. X..., engagé le 8 septembre 1989 par l'Association interprofessionnelle d'aide à la construction (AIAC) Alsace-Lorraine, en qualité d'attaché de direction, prévoyait : « la nature commerciale de votre fonction implique la mobilité géographique de votre poste, dans la zone d'activité de l'AIAC Alsace-Lorraine et qui pourra, le cas échéant, être étendue en cas d'extension d'activité » ; que ce contrat s'est poursuivi avec l'AIAC en 1991 après la fusion de ces deux organismes ; qu'après avoir été nommé, en 1994, directeur adjoint de l'AIAC « région Alsace-Lorraine », chargé du secteur de Metz, il a été licencié le 18 décembre 2002 pour refus de mutation dans la région Rhône Alpes ;

Attendu que, pour débouter M. X... de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel retient que la clause contenue dans son contrat de travail imposait au salarié une mobilité sur toute la zone d'activité de son employeur qui, depuis 1991, avait été étendue à l'ensemble du territoire national ;

Attendu, cependant, qu'une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu à renvoi du chef faisant l'objet de la cassation la Cour de cassation étant en mesure de donner au litige sur ce point la solution appropriée en application de l'article 627, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile ;

Par ces motifs, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les deux autres branches du moyen unique :

Casse et annule, mais uniquement en ce qu'il a débouté M. X... de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt.

53. Soc. 23 février 2005

Société Leviel c V. Caulier

(*Bull. civ. V. n° 64*, arrêt n° 2, *Dr. soc.* 2005. 576, obs. J. Mouly, *ibid.* 634, note P. Bouaziz et I. Gourlet, *Dr. ouvr.* 2005.213, obs. P. Moussy, *JCP* 2005. II. 10076, note D. Corrigan-Carsin, *RJS* 5/05, n° 477)

Sur le moyen unique :

Attendu que Mme X..., salariée depuis 1989 de la société Leviel, y exerçait en dernier lieu des fonctions d'accueil et administratives dans une succursale située à Soissons ; qu'en décembre 2000, son employeur lui a notifié sa mutation dans un autre magasin situé à Saint-Quentin en application d'une clause de mobilité de son contrat de travail stipulant qu'elle s'engageait, compte tenu de la structure de l'entreprise, à travailler dans les départements de l'Aisne et de la Marne ; qu'à la suite de son refus, elle a été licenciée pour faute grave, mais que l'arrêt confirmatif attaqué (Amiens, 12 mai 2004) a décidé que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que la société Leviel reproche à la cour d'appel d'avoir ainsi statué en se fondant sur des motifs tirés du fait qu'elle ne démontrait pas que la mutation de Mme X... était conforme à l'intérêt de l'entreprise, alors, selon le moyen :

1/ qu'il appartient au salarié de rapporter la preuve du détournement de pouvoir de l'employeur lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité et non à l'employeur de justifier des motifs pour lesquels il a eu recours à cette clause ;

2/ que le salarié ne peut s'opposer à la mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique prévue à son contrat de travail qu'en cas de détournement de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, de sorte qu'auraient été violés les articles 1315 et 1134 du Code civil et l'article L. 122-4 du Code du travail ;

Mais attendu que, *la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ; que, nonobstant un motif erroné faisant état de la nécessité pour la société Leviel de démontrer que sa décision d'appliquer la clause de mobilité était conforme à l'intérêt de l'entreprise, il ressort d'autres motifs, propres ou adoptés, que les conditions dans lesquelles la décision relative à la mutation avait été prise procédaient d'une précipitation suspecte vis-à-vis d'une salariée ayant une telle ancienneté et qui, peu de temps avant, avait fait l'objet de deux avertissements fondés sur des griefs non établis ; que le moyen ne peut, dès lors, être accueilli*

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

54. Soc. 2 juillet 2002**Saucier c. FIDAL**

(Bull. civ. V, n° 229, D. 2003, Somm. 391, obs. V. Wauquier, Dr. soc. 2002.998, obs. C. Radé)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Saucier a été engagé le 1^{er} octobre 1974 en qualité de collaborateur stagiaire par la société Fiduciaire juridique et fiscale de France (FIDAL) pour devenir conseil juridique puis avocat salarié à la suite de la loi du 31 décembre 1990 ; qu'ayant démissionné le 9 juin 1997, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Sur le pourvoi principal de M. Saucier :

Sur le premier moyen : (*Publication sans intérêt*) ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que M. Saucier fait grief à l'arrêt de l'avoir débouté de sa demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par suite de la diminution de sa rémunération au cours des exercices 1993 à 1995, alors, selon le moyen, *que la rémunération est un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié ; que si le montant de la rémunération variable en fonction du chiffre d'affaires ne peut être garanti au salarié, l'employeur doit indemniser de la baisse de cette rémunération imputable non aux aléas de la clientèle mais à une cause structurelle propre à l'entreprise ; qu'ainsi, en considérant que M. Saucier ne pouvait être indemnisé de la perte de la clientèle attachée à deux avocats démissionnaires car son intéressement sur le chiffre d'affaires variait en fonction de la clientèle gagnée ou perdue, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;*

Mais attendu qu'une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté qu'une partie de la rémunération du salarié était constituée par un pourcentage sur le chiffre d'affaires de la société et que ce dernier avait baissé pour des motifs indépendants de la volonté de l'employeur, a légalement justifié sa décision ;

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

Sur le troisième et le quatrième moyens et la première branche de moyen unique du pourvoi incident (non reproduit).

OBSERVATIONS

Le contrat offre, en principe, au salarié une raison de résister à certaines évolutions du rapport d'emploi que l'employeur souhaite voir advenir. Son assentiment est, en effet, requis dès lors que le contrat est modifié (v. n°s 49 et s.). Mais ce que l'employeur ne peut pas unilatéralement faire, une stipulation contractuelle, prévue à cet effet,

ne lui permet-elle pas d'y parvenir ? Autrement dit, une clause de variation du contrat est-elle efficace ?

Dans les arrêts reproduits, la chambre sociale de la Cour de cassation livre son analyse d'une part des clauses de mobilité, d'autre part des clauses de variation de la rémunération.

I. — Clauses de mobilité

L'expression de clause de mobilité, utilisée dans l'arrêt du 7 juin 2006 (**n° 52**), sert à désigner les stipulations contractuelles qui prévoient, et parfois organisent le déplacement du lieu de travail. Ce même arrêt subordonne la validité d'une telle clause à certaines exigences. L'arrêt du 23 février 2005 (**n° 53**), pour sa part, détermine le contrôle dont l'usage d'une telle clause peut faire l'objet.

A. — « Une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ... ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée » : la formule semble de bon sens contractuel. La clause doit avoir un objet précis et ne se prête pas ultérieurement à une variation unilatérale. Pourtant, cette double exigence est récente. Longtemps, la Cour de cassation n'a fait mention, dans ses arrêts, d'aucune condition de validité des clauses de mobilité (v. par ex. Soc. 14 oct. 1982, *Bull. civ. V.* n° 554 ; 29 janv. 2002, *Bull. civ. V.* n° 39). Une évolution avait néanmoins été annoncée (V. Soc. 19 mai 2004, n° 02-43.252) même si l'importance du signal lancé avait été mise en doute (v. B. Boubli, *Sem. soc. Lamy* n° 1180 du 6 sept. 2004). L'arrêt du 7 juin 2006 consacre cette évolution (v. depuis, Soc. 12 juill. 2006, *Bull. civ. V.* n° 241, *RDT* 2006.313, obs. J. Pelissier ; 17 juill. 2007, n° 06-41-630 ; évolution qui atteint les clauses de mobilité prévues et organisées par convention collective, Soc. 24 janv. 2008, *Dr. soc.* 2008. 498, obs. J. Savatier, *JCP S* 2008. 1250, note B. Bossu). La double exigence de précision et d'intangibilité s'inscrit bien dans ce qui est appelé le mouvement d'objectivation du contrat (v. n° **49-51**), entendue ici comme appelant une stricte détermination des obligations et de leurs principales modalités.

De la validité, il faut distinguer l'existence même d'une clause de mobilité. C'est cette dernière qui est parfois contestée, parce que le contrat où elle figure n'est pas signé (v. Soc. 2 avr. 1998, *Bull. civ. V.* n° 196) ou encore parce que seule la convention collective applicable dans l'entreprise la prévoit (v. Soc. 27 juin 2002, *Bull. civ. V.* n° 222). Mais est susceptible de provoquer son invalidation, la convention aux dispositions de l'article L. 120-2 du Code du travail (art. L. 1121-1 nouv. C. trav). Aucune clause n'échappe, en effet, aux dispo-

sitions destinées à asseoir le respect des libertés individuelles et collectives (v. n° 69). Et une clause de mobilité peut porter atteinte à un droit fondamental sans que cette atteinte ne soit ni justifiée ni proportionnée au but poursuivi. Le droit fondamental qu'au premier chef une clause de mobilité peut heurter est le libre choix du domicile ou de la résidence. La chambre sociale, avec ou sans le concours de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 nouv. C. trav), démontre sa sensibilité au respect de ce droit fondamental, en condamnant les clauses qui, le cas échéant, obligent les salariés à changer de résidence (v. Soc. 12 janv. 1999, *Bull. civ. V. n° 7*, *Dr. soc.* 1999. 287, note J.E. Ray ; 12 juill. 2005 : *RJS* 8-9/05, n° 1048, *Dr. soc.* 2005.1037, obs. J. Barthelemy, *JCP S* 2005. 1209, obs. P.-Y. Verkindt), ou en justifiant le refus d'un salarié de changer sa résidence, ce qui rend le licenciement consécutif à ce refus injustifié (v. Soc. 15 mai 2007, *RDT* 2007. 449, obs. V. Bonin, *JCP S* 2007. 1642, note B. Bossu). Elle s'efforce néanmoins de distinguer les clauses de mobilité et les clauses qui, tout en ayant le même objet, imposent un changement de domicile ou de résidence. Les premières ne lui paraissent pas suspectes *a priori* : « *une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile* », trouve-t-on énoncé en toute généralité dans un arrêt (v. Soc. 28 mars 2006, *Bull. civ. V. n° 126*, *JCP S* 2006. 1381, note P.-Y. Verkindt). La distinction, à vrai dire, est bien fragile. Elle ne se comprend que si l'appréciation se limite à l'objet de la clause. Mais cette restriction n'est, elle-même, pas acceptable, car un droit fondamental doit être protégé des atteintes voulues ou produites par une clause.

Lorsqu'elle est valable, la clause de mobilité habilite l'employeur à muter le salarié, mais seulement à le muter, car l'habilitation est limitée et ne permet pas, par exemple, à l'employeur de l'invoquer pour partager le temps de travail entre deux établissements (v. Soc. 20 déc. 2006, *Bull. civ. V. n° 393*, *RDT* 2007.166 note G. Auzero, *RJS* 3/07, n° 309). L'effet juridique de la clause se prête à la description suivante : la mutation qu'elle permet ne constitue par une modification du contrat mais un simple changement des conditions de travail (v. déjà Soc. 30 sept. 1997, *Bull. civ. V. n° 289*). En d'autres termes, la clause fait entrer le lieu de travail dans le domaine du pouvoir unilatéral de direction ; elle opère d'une façon assez originale, une disqualification en changement de ce qui serait, à défaut de clause, une modification. En vérité, l'accord donné initialement par le salarié dispense ensuite l'employeur, lors de l'utilisation de la clause, d'avoir de nouveau à solliciter l'assentiment du salarié. Toutefois comme pour tout refus d'un changement des conditions de travail, le refus du salarié de se plier à une mobilité contractuellement stipulée ne constitue pas, en soi, une faute grave (v. Soc. 23 janv. 2008, *JCP* 2008. II. 10057, note D. Corrignan-Cardin, *Dr. soc.* 2008. 498, obs. J. Savatier).

B. — La validité affirmée de la clause de mobilité n'exclut pas un contrôle de son usage par l'employeur. L'arrêt du 23 février 2005 (n° 53) en détermine le(s) fondement(s) et le régime.

À lire le début du motif décisoire, le contrôle de l'usage de la clause est un contrôle de la bonne foi que « *les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité... est conforme à l'intérêt de l'entreprise* ». La juste fin — l'intérêt de l'entreprise — ne paraît être considéré que comme une dimension de la bonne foi. Mais à lire la suite du motif, les deux fondements du contrôle de l'usage de la clause sont distingués : le jeu de la clause est, en effet, dévoyé lorsque « *la décision a ... été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt [de l'entreprise]* » ou qu'« *elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* ». Entre les deux interprétations d'un motif dorénavant répété (v. Soc. 3 oct. 2007, n° 06-45478), il n'est pas certain qu'un choix s'impose, même si, dans une architecture classique, il y a tout lieu de ne pas confondre la bonne foi contractuelle et l'intérêt de l'entreprise qui est la raison d'un pouvoir. Sans toujours être très ferme dans sa terminologie qu'elle rabat souvent sur l'abus, la Cour de cassation montre que l'usage de la clause s'expose au-delà de la malveillance, et de la malignité, au moins à deux types de critiques. Le premier réside dans l'insuffisante prise en compte des effets et conséquences de la mutation dans l'ordre de la vie personnelle et familiale du salarié : c'est-à-dire dans l'insuffisante recherche de mesures alternatives (v. par ex. Soc. 18 mai 1999, *Bull. civ. V.* n° 219, *Dr. soc.* 1999.734, obs. B. Gauriau, *D.* 2000. Somm. 84, obs. M.C. Escande-Varniol ; 2 juill. 2003, *RJS* 10/03 n° 1120 ; 28 mars 2006, *Bull. civ. V.* n° 126). Le second type de critiques a trait aux modalités et conditions de la mutation. Est susceptible d'être sanctionnée l'imposition d'une mutation sans délai de prévenance suffisant (v. Soc. 18 juill. 2002, *Bull. civ. V.* n° 273 ; 4 avril 2006, *JS UIMM*, n° 517, p. 129 ; 21 juin 2006, *RJS* 11/06, n° 1150), avec une précipitation suspecte, que relève l'arrêt du 23 février 2005, ou encore en l'absence d'examen suffisant des moyens de transport disponibles (v. Soc. 10 janv. 2001, *Bull. civ. V.* n° 3, *RJS* 4/01, n° 412).

La référence générale à la bonne foi contractuelle est en fin de compte destinée à donner cohérence à ce qui est largement casuistique plutôt qu'à justifier un régime probatoire. La bonne foi étant présumée, c'est au salarié qui critique l'usage fait de la clause d'établir le manquement de l'employeur, qu'il soit dénommé détournement de pouvoir, absence de bonne foi ou abus. Avec ce régime probatoire, classique certes mais rigoureux pour le salarié, la Cour de cassation s'éloigne d'un autre modèle plus convenable, emprunté au droit des discriminations (v. n° 71-73). Une fois montrée la vraisemblance d'un abus par le salarié, ce devrait être à l'employeur d'établir un motif objectif.

II. — Clauses de variation de la rémunération

Les clauses qui confèrent à l'employeur la faculté de faire varier un élément de la rémunération sont-elles valables ? Longtemps la question est restée dans l'ombre. Récemment, prolongeant l'œuvre accomplie pour circonscrire le pouvoir unilatéral de l'employeur (v. **n° 49 et s.**), la chambre sociale a mis en cause la validité de telles clauses (v. Soc. 30 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 206 ; 27 févr. 2001, *Bull. civ. V*, n° 60 ; 3 juill. 2001, *Dr. soc.* 2001. 1007 ; 7 nov. 2001, n° 99-43. 450D). Son arrêt en date du 2 juillet 2002 (**n° 54**) établit, sous forme positive, les conditions auxquelles est subordonnée la validité de ces clauses.

« Une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, qu'elle ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et, n'a pas pour effet de réduire la rémunération au-dessous des minima légaux et conventionnels » : la formule est dense et se présente comme exhaustive. L'ultime condition — le respect des *minima* salariaux — n'appelle pas de commentaire particulier.

A. — Pour être valable, la clause ne peut prévoir qu'une variation fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur : les paramètres de variation doivent donc être explicites et susceptibles de démonstration, mais surtout ils doivent échapper à la volonté de l'employeur. Ces deux exigences avaient été annoncées dans de précédents arrêts (sur l'exigence d'objectivité des paramètres ; v. Soc. 27 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 246 ; sur la condamnation de la discrétionnalité, v. Soc. 7 nov. 2001, *préc.*). Elles ne condamnent pas toute clause de variation, puisqu'elles ménagent la licéité des variations réglées. Ces deux exigences s'inscrivent dans le mouvement qui anime la jurisprudence relative aux évolutions du rapport d'emploi, notamment en ce que ce mouvement conduit à une « objectivation » du contrat (v. **n° 49 et s.**). En effet, si cette objectivation veut dire que les éléments caractéristiques du contrat, dont à coup sûr la rémunération, doivent être déterminés ou déterminables, la fixation unilatérale discrétionnaire d'un tel élément doit logiquement être exclue. Si cette objectivation veut dire que certains éléments, dont la rémunération, sont nécessairement contractuels, *a fortiori* l'unilatéralisme dans la fixation d'un tel élément ne peut être toléré (v. répétant la condamnation de l'unilatéralisme, Soc. 16 juin 2004, *Bull. civ. V*, n° 166 ; 20 avril 2005, *RJS* 7/05 n° 70).

Plus généralement les deux conditions posées par la chambre sociale peuvent se réclamer de tendances qui traversent le droit des contrats.

Font en effet l'objet d'une police particulière, les clauses qui, dans les rapports de consommation, autorisent le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat (art. L. 132-1 C. consom.). Par ailleurs, une attention plus rigoureuse est portée, dans les rapports contractuels, à ce qu'il est convenu d'appeler les droits potestatifs.

L'exigence de paramètres objectifs ne devrait pas susciter de grands débats, tant elle devient générale en droit du travail. En revanche l'exigence de paramètres indépendants de la volonté de l'employeur peut donner lieu à discussion, car il est difficile d'imaginer une condamnation générale de critères destinés à mesurer les résultats de l'entreprise, bien qu'ils dépendent de choix stratégiques ou tactiques de l'employeur.

B. — Pour être valable, la clause ne doit pas transférer le risque d'entreprise sur le salarié. Il est utile de signaler qu'énoncée séparément, cette condition ne peut que différer de la précédente. Elle rappelle l'originalité du contrat de travail, avec notamment la répartition des risques qu'il implique, et la distribution des responsabilités qui en résulte. Certains paramètres, par exemple dérivés des formes d'organisation, de la qualité des produits, de la sécurité des lieux et machines, sont au cœur des responsabilités propres de l'employeur. Ils devraient en toute logique ne pas pouvoir être utilisés comme critères contractuels de variation de la rémunération, car s'ils l'étaient, le risque d'entreprise serait transféré sur le salarié. Constitue en tout cas une claire illustration d'un transfert contractuel du risque d'entreprise une clause qui subordonne la rémunération au règlement par le client de la commande que le salarié a enregistrée. Cette clause est illicite (v. Soc. 10 mai 2007, *RDT* 2007.594 obs. M. Vericel, *Dr. soc.* 2007.1177, obs. D. Jourdan et J. Barthelemy). Toutefois l'arrêt qui la condamne ne vise que le travailleur à domicile et sa rémunération. L'illicéité de la clause est-elle limitée à cette catégorie de travailleurs ? La raison d'être de la solution n'est pas propre à cette catégorie. Son extension serait donc justifiée. Il est non moins vrai que sa généralisation remettrait en cause le libéralisme dont la Cour de cassation fait, en général, preuve en présence, dans les contrats de VRP, de clause de paiement de la commission après encaissement (v. par ex. Soc. 17 déc. 1986, *Bull. civ. V.* n° 622) ou de clause subordonnant le paiement de la commission à la bonne fin de la vente (v. par ex. Soc. 4 janv. 1979, *Bull. civ. V.* n° 8). Si exception il y a, ne correspond-elle pas aux VRP et non aux travailleurs à domicile ?

Clauses de variation du lieu de travail et clauses de variation de la rémunération ne sont pas appréciées selon les mêmes canons. Un rapprochement est-il concevable ? Pourquoi notamment la nécessité de fixer des critères objectifs ne deviendrait-elle pas commune aux deux clauses ?

55-57

NOTION ET DÉTERMINATION DU SALAIRE

55. Soc. 22 mai 1995 — 56. Soc. 5 juin 1996 — 57. Soc. 17 juillet 1996

55. Soc. 22 mai 1995

Van Oertzen c. Éditions Weka

(Bull. civ. V, n° 161)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que, selon l'arrêt attaqué, M. Von Oertzen a été engagé comme directeur par les Editions Weka à compter du 1^{er} juillet 1983 ; que l'article 5 du contrat de travail prévoyait comme rémunération du salarié une partie fixe et une partie variable ; que le contrat ajoutait que les modalités de calcul de la partie variable seraient fixées par les parties chaque année ; que le montant de cette partie variable a été fixé pendant 2 années ; que M. Von Oertzen a été licencié au mois de décembre 1986 ; que réclamant, notamment, la partie variable de sa rémunération pour l'année 1986, il a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour rejeter sa demande, la cour d'appel a retenu que, si une partie variable de la rémunération était prévue dans le contrat de travail, les dispositions de ce contrat en subordonnaient l'octroi à l'accord des parties, qui ne s'était pas réalisé en 1986 ;

Attendu, cependant, que *le droit de M. Von Oertzen à une rémunération variable résultait du contrat de travail* ; que si le montant de cette rémunération variable devait normalement résulter d'un accord annuel des parties, *il incombait au juge, à défaut de conclusion d'un accord sur ce point, de déterminer cette rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes* ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a statué sur la prime variable de 1986, l'arrêt rendu le 29 janvier 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Paris (...).

56. Soc. 5 juin 1996**Anthony c. Sté Ascometal***(Bull. civ. V, n° 225 ; Dr. soc. 1996. 573)***ARRÊT**

Sur le moyen unique :

Vu les articles 13 et 25 de la Convention générale de protection sociale de la sidérurgie du 24 juillet 1984 ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, les agents mis en dispense d'activité perçoivent une ressource mensuelle correspondant à un pourcentage de leur rémunération brute antérieure ; que, selon le second, le salaire servant de base de calcul de la garantie de ressources est constitué par les rémunérations brutes des 12 mois précédant le mois d'entrée en cessation d'activité ou en dispense d'activité ;

Attendu que M. Anthony, salarié de la société Ascometal, a été mis en dispense d'activité le 1^{er} août 1985 ;

Attendu que, pour décider que la prime de productivité versée par l'employeur ne devait pas être incluse dans le salaire servant de base au calcul de la garantie de ressources, la cour d'appel a énoncé que le montant de la prime, dépendant de l'évolution de la productivité dans l'établissement, présente un caractère variable, que de ce fait il ne peut être considéré comme un avantage acquis ou comme une partie fixe et garantie des salaires ou des appointements, qu'il en résulte, en l'absence de constance et de fixité, que la prime de productivité ne présente pas le caractère de salaire et n'a pas à être incluse dans le salaire retenu par l'article 25 de la Convention générale de protection sociale ;

Attendu, cependant, que, *lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément du salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement, peu important son caractère variable* ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé que la prime de productivité avait été instituée par l'employeur, selon les termes d'un règlement de productivité du 7 avril 1971, modifié le 29 décembre 1980, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a décidé que la prime de productivité ne présentait pas le caractère de salaire, l'arrêt rendu le 26 mai 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Metz (...).

57. Soc. 17 juillet 1996**Renard de Soulages et autres c. Delaporte***(Bull. civ. V, n° 286)***ARRÊT**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris 4 juin 1993), que M. Delaporte a été engagé, à compter du 1^{er} janvier 1988, par M. Renard de Soulages, notaire, en

qualité de principal clerc ; que sa lettre d'engagement prévoyait l'allocation, en sus du salaire, de « gratifications selon les résultats de l'étude » ; qu'il a ainsi perçu à titre de gratifications les sommes de 150 000 francs pour l'année 1988, 183 973 francs pour l'année 1989, et la somme de 50 071,92 francs pour l'année 1990 ; qu'ayant demandé à l'employeur un complément de gratification pour l'année 1990 sur la base ayant servi pour le calcul de la gratification versée au titre des années 1988 et 1989, il se l'est vue refuser par l'employeur en raison de la mauvaise qualité de son travail et des difficultés de l'étude ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement de sommes à titre de rappel de gratification pour l'année 1990 et de gratification pour l'année 1991 ;

Attendu que M. Renard de Soulages et son associé, M. Moncerisier, font grief à l'arrêt d'avoir accueilli la demande alors, selon le moyen, que la clause du contrat de travail prévoyant le versement au salarié d'une gratification « suivant les résultats de l'entreprise », sans autre précision, laisse l'employeur libre de faire varier son montant suivant des critères qui peuvent, pour partie, être fonction d'éléments d'appréciation dont il est seul juge ; que, dès lors, et à défaut de constater que cette prime a été versée pendant plusieurs années suivant les mêmes modalités, dans des conditions de nature à conférer à ce montant un caractère de fixité, le juge ne saurait se substituer à l'employeur pour déterminer lui-même le montant de la gratification due au salarié ; qu'en jugeant que, faute d'avoir été versée suivant des modalités permettant de lui conférer un caractère de fixité, la gratification litigieuse devait être versée, pour les années 1990 et 1991, suivant les modalités de calcul retenues par l'employeur pour l'année 1989, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 1134 du Code civil et L. 140-1 du Code du travail ; et alors qu'en tout état de cause, en se bornant à affirmer que la gratification versée en 1989, contrairement à celle de l'année 1988, avait fait l'objet d'un calcul précis, sans aucunement justifier cette affirmation que contestait au contraire l'employeur, ni s'expliquer, concrètement, sur la règle de calcul qu'aurait retenue ce dernier, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

Mais attendu qu'ayant exactement énoncé que *dès lors que la lettre d'engagement du salarié prévoyait l'allocation, en sus du salaire, de gratifications, selon les résultats de l'étude, le salarié avait droit à ces gratifications dont le montant dépendait exclusivement des résultats de l'étude et que l'employeur ne pouvait donc en refuser le versement en raison de la mauvaise qualité du travail du salarié*, ce qui aurait en toute hypothèse constitué une sanction pécuniaire, la cour d'appel a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que la gratification due pour les années 1990 et 1991 devait être calculée en prenant pour base les résultats de l'étude pour les années correspondantes et le mode de calcul retenu par l'employeur au cours de l'année précédente ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Le salaire constitue l'un des éléments de définition du contrat de travail (sur laquelle v. n°s 1-4). D'où vient cependant que sa définition n'aille pas de soi ? Il faut d'abord noter la diversité, pratique avant tout, des labels utilisés pour désigner les flux ou versements auxquels donne lieu l'exécution d'un contrat de travail : rémunération, traitement, complément, prime, indemnité, gratification, remboursement de

frais, etc. Cette diversité attire l'attention sur la complexité possible de la structure du salaire ou de la rémunération.

La nécessité de préciser ce qu'est un ou le salaire apparaît bien si la source des difficultés est identifiée : de nombreuses règles exigent, pour être appliquées, une définition du salaire, mais elles ne se réfèrent pas nécessairement à une seule même notion. Il n'est pas faux de dire que la notion varie selon la raison d'être attribuée, plus ou moins explicitement, à la règle. En ce sens, le salaire est une notion fonctionnelle. Et les motifs d'en retenir une conception large qui existent ici, peuvent ne pas exister là.

La notion intéresse autant les rapports du salarié ou de l'employeur avec des tiers, que le rapport d'emploi à proprement parler. Vis-à-vis des tiers, il importe de déterminer l'assiette de calcul des cotisations de sécurité sociale (v. article L. 242-1 CSS), ou le revenu imposable du salarié, ou encore les éléments de la rémunération qui donnent lieu à protection contre les créanciers du salarié. Régissant directement le rapport d'emploi, de nombreuses règles requièrent une définition du salaire ou de la rémunération. Ainsi en va-t-il des règles qui instituent au profit du salarié un droit dont l'évaluation pécuniaire est tributaire de la rémunération : droit à l'indemnité de congés payés (article L. 3141-22 nouv. C. trav. remplaçant L. 223-11), droit à l'indemnité compensatrice de préavis (article L. 1234-5 nouv. C. trav. remplaçant L. 122-8), droit à l'indemnité de licenciement (article L. 1234-9 nouv. C. trav. remplaçant L. 122-9). Le salaire (ou la rémunération) est encore au cœur des règles de non-discrimination (v. nos 71-73).

Ce tableau ne doit pas faire oublier la question la plus prosaïque : comment définir le salaire en tant qu'il est l'objet de l'obligation élémentaire de l'employeur et du même coup, ce à quoi le salarié peut prétendre ? C'est cette question qu'éclairaient les arrêts reproduits. Ils montrent en même temps la place confiée aux juges dans la détermination du salaire.

I. — Notion de salaire

Depuis longtemps, la jurisprudence admet qu'une somme puisse être versée au salarié, sans que l'employeur soit tenu de la payer ni donc que le salarié puisse prétendre y avoir droit. Cette somme donne lieu à cotisations de sécurité sociale et entre dans le revenu imposable du salarié, mais ne reçoit pas, au sens du droit du contrat de travail, la qualification de salaire. Il y a là une illustration de la variété des notions de salaire ou de rémunération. Pour désigner un tel versement il est traditionnellement fait usage du langage des actes à titre gratuit : le salarié bénéficie d'une libéralité, ou encore l'employeur lui verse une

gratification. Moyennant cette qualification, l'employeur qui procède au versement d'une somme peut prétendre n'exécuter aucun engagement. Mieux, il n'en prend aucun pour l'avenir. La gratification exclut l'obligation.

Dans son principe, cette distinction entre gratification et complément de salaire, œuvre de la jurisprudence, n'a guère essuyé de critiques. Pourtant nul ne peut sérieusement prétendre que le geste de l'employeur qui verse au salarié une somme d'argent soit dépourvu de tout calcul, qu'il n'ait pas profondément un sens rétributif.

La distinction a suscité plus de troubles dans son utilisation, car elle a besoin d'un critère. Dans des arrêts anciens, l'accent était mis sur la présence ou l'absence d'aléa (v. par ex.. Soc. 2 juill. 1981, *Bull. civ. V*, n° 637) ; dans d'autres, l'absence de précision sur les conditions d'octroi et le mode de calcul, paraissait fonder la qualification de gratification. La jurisprudence concevait donc une opposition entre le caractère aléatoire d'une prime, ou discrétionnaire de son attribution d'un côté, et son caractère obligatoire de l'autre. L'un excluait l'autre. Et cette opposition sortait renforcée de certaines formules telles que « *le versement d'une prime n'a un caractère obligatoire pour l'employeur que si cette prime présente les caractères de constance, fixité et généralité dans l'entreprise* » (Soc. 10 nov. 1992, *Bull. civ. V*, n° 541). Bien sûr, était par ailleurs ménagée l'hypothèse d'une prime d'origine conventionnelle (v. par ex. : Soc. 16 mai 1984, *Bull. civ. V*, n° 198). Mais à la lettre, ces formules suggéraient qu'à défaut d'être réglée par accord collectif ou par usage, une prime affectée d'un aléa ou dont les conditions d'attribution n'étaient pas convenues de manière précise, n'était jamais obligatoire.

Les arrêts **n°s 56 et 57** ont amorcé un vigoureux infléchissement, sinon toujours des solutions, au moins du vocabulaire. La Cour de cassation y renoue avec une distinction rigoureuse dont elle avait pu paraître s'éloigner : l'existence de l'obligation est une chose, son contenu en est une autre. Ainsi selon l'arrêt du 5 juin 1996 (**n° 56**), lorsqu'elle est instituée par un engagement unilatéral de l'employeur, une prime a la qualité d'un salaire quand bien même elle aurait un caractère variable (v. ensuite Soc. 28 oct. 1997, *Bull. civ. V*, n° 341 ; 18 nov. 1998, *Bull. civ. V*, n° 495). Le deuxième arrêt reproduit, du 17 juillet 1996 (**n° 57**), fait montre de la même orthodoxie, mais cette fois-ci, à propos d'une prime contractuelle : prévue par la lettre d'engagement, elle est obligatoire, alors même que son montant dépendrait d'éléments variables, en l'occurrence les résultats d'une étude de notaire. Mieux encore une telle prime est obligatoire lorsque son versement est prévu par le contrat, et ce, même si son mode de calcul n'a pas été contractuellement fixé.

Un employeur ne peut donc plus prétendre n'être pas tenu par son

engagement, au motif que sa teneur n'est pas déterminée, ce qu'un arrêt du 5 février 2002 (CSB n° 139A22) résume ainsi : « *dès l'instant que l'intéressement était prévu par le contrat, son attribution ne pouvait être discrétionnaire* ». L'expression prend le contre-pied de certaines formules anciennes. Là où la discrétion sapait l'engagement, il faut dorénavant comprendre l'inverse : l'engagement ne tolère pas la discrétion (v. Soc. 9 oct. 2007, *Dr. ouvr.* 2008.84 : « *l'attribution d'une part de rémunération proportionnelle aux résultats prévue par le contrat de travail ne peut présenter un caractère discrétionnaire* »). La rigueur retrouvée rend sensible une question d'ordre pratique : comment établir l'existence d'un engagement, s'il n'est pas consigné dans un document contractuel ? La question est largement laissée à l'appréciation des juges du fond. Peut-être, dans ce cas, un critère du caractère obligatoire de la prime est à rechercher dans la croyance légitime des salariés en la répétition du versement, dans le fait qu'ils sont « en droit de compter » sur lui pour reprendre les termes naguère employés par la Cour de cassation pour caractériser des « usages d'entreprise » (Soc. 16 déc. 1976, *Bull. civ.* V, n° 680 ; 20 juin 1984, *Bull. civ.* V, n° 257).

II. — Détermination du salaire

S'il est engagé, un employeur ne peut prétendre déterminer discrétionnairement la rémunération promise. Lui reconnaître ce pouvoir, ce serait lui permettre de méconnaître son engagement. Pour contrarier cette logique possible d'autodestruction de l'engagement, la chambre sociale de la Cour de cassation a résolument invité les juges du fond à compléter eux-mêmes le contrat. Dans son arrêt du 17 juillet 1996 (n° 57), elle admet qu'une cour d'appel ait fixé la rémunération variable à laquelle le salarié avait droit. Mais l'intervention judiciaire dans le but de parfaire le contrat et de déterminer un élément de la rémunération a fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle plus générale. Elle est, en effet, promue, que l'indétermination de la rémunération promise soit initiale ou qu'elle survienne ultérieurement, lorsque, par exemple, le montant de la rémunération variable appelle, chaque année un accord et qu'il n'a pu, une année donnée, être obtenu. Il incombe alors aux juges, s'ils sont saisis, de déterminer cette rémunération, ce qu'énonce l'arrêt du 22 mai 1995 (n° 55), premier d'une série remarquée (v. Soc. 20 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 436 ; 26 oct. 1999, *Bull. civ.* V, n° 405 ; 22 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 70 ; 13 juill. 2004, *RJS* 11/04.1204 ; 7 juin 2006, *JCP S* 2006.1580, note R. Vatinet ; 22 mars 2007, *JCP S* 2007.1417 ; 9 mai 2007, *RJS* 7/07.843 ; 11 juill. 2007 n° 06-41733).

L'arrêt de 1995 est rendu au visa de l'article 1134 du Code civil. Un tel visa donne matière à réflexion quant à la justification de cette jurisprudence. S'agit-il d'un appel à la bonne foi contractuelle ? La suggestion est sans doute plus adaptée à l'hypothèse d'une indétermination initiale qu'à celle d'une indétermination survenue en cours de contrat. À moins de considérer, dans ce cas, que l'article 1134 fonde la sanction judiciaire d'une obligation de négocier.

Dans son ambition de dissiper l'indétermination contractuelle, si besoin est au moyen d'une détermination judiciaire de la rémunération promise, cette jurisprudence s'inscrit bien dans le mouvement plus général de limitation de la potestativité et d'essor d'exigences d'objectivité (v. **n^{os} 49 et s.**) dans le contrat de travail. Tel pourrait être le sens plus général de la référence à l'article 1134. Comme les juges sont invités par la jurisprudence à compléter le contrat, l'article 1135 du Code civil pourrait aussi être invoqué pour fonder leur mission.

Pour exécuter cette mission, les juges se voient indiquer deux guides, les critères visés au contrat et les accords conclus les années précédentes. Le choix de ces critères montre qu'ils sont supposés, pour compléter le contrat, procéder à son interprétation.

58-61

TEMPS DE TRAVAIL ET AUTRES TEMPS

**58. Soc. 9 mars 1999 — 59. Soc. 4 mai 1999 —
60. Soc. 10 juillet 2002 — 61. Soc. 1^{er} avril 2003**

58. Soc. 9 mars 1999

Hecq

(*Bull. civ. V, n° 104*)

ARRÊT

Attendu que Mme Hecq a été engagée en qualité de veilleuse de nuit à la maison de retraite du Rond Royal Sablons à compter du 15 janvier 1992 par contrat à durée déterminée de 6 mois reconduit pour une même période de 6 mois : que son contrat est devenu à durée indéterminée à compter du 12 janvier 1993 ; qu'elle a été licenciée pour motif économique le 29 avril 1994 ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en rappel de salaire et paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse :

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 212-4 du Code du travail en sa rédaction alors applicable ;

Attendu qu'est un *temps de travail effectif*, au sens de ce texte, le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ;

Attendu que, pour débouter Mme Hecq de sa demande en paiement d'un rappel de salaire à titre d'heures supplémentaires, la cour d'appel a énoncé que le contrat de travail prévoyait expressément un temps de repos de 23 heures à 4 heures et un salaire fixé à 6 240 francs mensuels tenant compte des astreintes que Mme Hecq était appelée à effectuer dans le cadre de son service et du fait que l'horaire englobait du temps de repos, sauf urgence, entre 23 heures et 4 heures, que Mme Hecq avait expressément accepté en signant ce contrat d'être rémunérée d'une façon forfaitaire englobant des heures de repos pendant lesquelles elle n'était dérangée qu'en cas d'urgence, que ce contrat devait recevoir application et que Mme Hecq ne pouvait donc solliciter le paiement d'heures supplémentaires ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé que, pendant la période comprise entre 23 heures et 4 heures, la salariée devait se tenir à la disposition de l'employeur et se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, ce dont il résultait que ce temps n'était pas un temps de repos, ni une astreinte, mais un temps de travail effectif qui

devait être pris en compte en totalité à défaut pour l'employeur d'invoquer un décret ou un accord collectif prévoyant un horaire d'équivalence, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le second moyen : (sans intérêt) ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 septembre 1996, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens (...).

59. Soc. 4 mai 1999

Dinoto

(*Bull. civ. V*, n° 187 ; *Dr. soc.* 1999. 730, obs. B. Gauriau)

ARRÊT

Sur les deux moyens réunis :

Vu l'article L. 212-4 du Code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur ;

Vu l'article L. 212-4 du Code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur ; Vu Mme Dinoto a été embauchée le 4 février 1991 en qualité de chauffeur ambulancier par la société Ambulances bourguignonnes ; que son contrat de travail prévoyait un horaire habituel de 39 heures par semaine, réparties en fonction du planning hebdomadaire de travail et des impératifs de garde, cet horaire faisant l'objet d'un affichage régulier, tenant compte des nécessités de service, avec une rémunération mensuelle de base s'élevant à 5 408 francs pour 169 heures, ajustée en fonction des incidences diverses liées à l'exécution du contrat (heures supplémentaires, absences...) ; que, contestant le montant de sa rémunération au motif que les heures d'astreintes devaient être rémunérées en plus de l'horaire mensuel de 169 heures, elle a saisi la juridiction prud'homale en paiement d'un rappel de salaires au titre des astreintes, d'heures de travail non rémunérées et de congés payés y afférents ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de Mme Dinoto, la cour d'appel a énoncé que la Convention collective des transports routiers applicables aux sociétés d'ambulances définit dans son article 22 l'astreinte comme toute période de permanence... n'entrant pas dans la définition légale de la durée du travail et au cours de laquelle le salarié est prêt à répondre immédiatement à une demande d'intervention de l'employeur ; que, pour affirmer que l'astreinte s'ajoute à la durée légale du travail et n'entre pas en compte pour la durée du travail effectif, les premiers juges ont fait une inexacte application de l'article 22 de la convention collective précitée ; qu'en effet, si l'astreinte n'entre pas dans la définition légale de la durée du travail, c'est que sa durée qui peut atteindre 12 heures dépasse la durée légale du travail telle que définie par l'article L. 212-1 du Code du travail ; que les heures d'astreinte ont pour caractéristique de ne pas être comptées pour le temps de travail effectif, mais sont affectées du coefficient 3 lorsqu'elles sont effectuées dans les locaux de l'entreprise et du coefficient 1,5 en cas d'astreinte à domicile ; que ce décompte effectué, les heures travaillées au titre des astreintes entrent dans le calcul de la durée du travail du salarié concerné, sans qu'il soit nécessaire de les compter au-delà de 169 heures mensuelles ordinaires ; que la demande de la salariée concernant le temps de mise à disposition doit également être rejetée dans la mesure où les heures ont normalement été décomptées dans la limite de 169 heures rémunérées et l'ont été à 50 % dans le cas où le total des heures effectuées dépassait 169 heures ;

Attendu, cependant, que *les périodes d'astreinte, qui sont des périodes pen-*

dant lesquelles le salarié, tenu de rester à son domicile ou à proximité, doit se tenir prêt à répondre à un éventuel appel de son employeur, ne constituent ni un travail effectif, ni une période de repos ; que le salarié tenu de demeurer dans l'entreprise pour répondre à un appel de l'employeur et qui ne peut, de ce fait, vaquer librement à ses occupations personnelles, n'est pas d'astreinte, mais en période de travail, celle-ci pouvant éventuellement être décomptée selon un horaire d'équivalence, à la condition d'être prévue par un décret ou par un accord collectif ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors, d'une part, que les heures d'astreintes à domicile devaient être décomptées et indemnisées indépendamment des heures de travail effectif, et alors, d'autre part, que les heures de permanence à l'entreprise constituaient une période de travail effectif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 2 avril 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Dijon (...).

60. Soc. 10 juillet 2002

SLEC c. Société Dalkia

*(Bull. civ. V, n° 238 ; JCP 2002. II. 10181, note A. Viottolo ;
D. 2002, Somm. 3110, obs. T. Aubert-Monpeyssen)*

ARRÊT

Attendu que la société Compagnie générale de chauffe, devenue société Dalkia, qui a pour activité l'entretien des chaufferies et d'équipements thermiques et dont le personnel non-cadres est régi par la convention collective nationale des ouvriers, employés, techniciens d'équipements thermiques et de génie climatique du 7 février 1979, doit assurer un service permanent pour intervenir à tout moment, et garantir le bon fonctionnement des installations de chauffage ou des équipements thermiques de sa clientèle ; qu'à cette fin elle a organisé, comme le prévoit la convention collective, un service d'intervention d'urgence à domicile ; que le comité d'établissement de la société, le syndicat libre des exploitants de chauffage (SLEC) et M. Vasconcelos, soutenant que l'organisation de ce service ne respecte pas la réglementation sur la durée du travail et le repos hebdomadaire ont assigné la société devant le tribunal de grande instance pour lui faire obligation, sous astreinte, de respecter les dispositions légales et conventionnelles et la voir condamnée à payer aux salariés des rappels de salaire ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le SLEC fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que les périodes d'astreinte organisées dans le cadre du service d'intervention d'urgence ne constituaient pas du travail effectif, alors, selon le moyen :

1° que les juges du fond ne pouvaient refuser de requalifier l'astreinte en travail effectif, motif pris de la seule présence des salariés à leur domicile pendant les heures d'astreinte sans rechercher si, eu égard à la fréquence des interventions attestées par le nombre d'heures supplémentaires, à leur caractère d'urgence et à la sévérité des sanctions susceptibles de frapper les salariés sous astreinte en cas d'absence de réaction immédiate à la demande d'intervention de son employeur, ceux-ci n'étaient pas tenus, sous couvert d'une astreinte, de rester en permanence à la disposition de leur employeur pour participer à l'activité de

l'entreprise et donc dans l'impossibilité de vaquer à leurs obligations personnelles ; qu'ainsi, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article L. 212-4 du Code du travail ;

2° qu'en retenant « qu'il n'est pas contesté que durant les périodes d'astreinte, le salarié reste à son domicile ou en tout lieu de son choix dès lors qu'il peut être joint par l'employeur, notamment à l'aide des moyens de téléphonie portable mis à sa disposition », quant au contraire, le syndicat faisait valoir, dans ses conclusions récapitulatives, que les salariés sous astreinte avaient interdiction formelle de quitter leur domicile, que l'employeur s'était refusé pendant très longtemps à donner des téléphones portables à ceux-ci, que certains salariés, dont le domicile était éloigné de la zone d'intervention, étaient conduits à demeurer sur le lieu de l'entreprise et à dormir dans un lit de camp sur place et plus généralement, que les salariés sous astreinte se trouvaient, en pratique, dans l'impossibilité de sortir seuls ou en famille pour effectuer quelque activité que ce soit de la vie quotidienne, la cour d'appel a dénaturé lesdites conclusions et violé, de ce fait, l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que constitue un travail effectif au sens de l'article L. 212-4 du Code du travail alors applicable, le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives, sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles ; que constitue au contraire une astreinte une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve, que les salariés durant les périodes litigieuses restaient à leur domicile ou en tout lieu de leur choix dès lors qu'ils pouvaient être joints par l'employeur, notamment, à l'aide des moyens de téléphonie mobile mis à leur disposition en vue de répondre à un appel de l'employeur pour effectuer un service urgent au service de l'entreprise ; qu'en l'état de ces constatations elle a pu décider, sans dénaturation, que les périodes litigieuses constituaient des périodes d'astreintes ;

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

Mais sur le second moyen :

Vu les articles L. 221-2 et L. 221-4 dans sa rédaction alors en vigueur, du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte du premier de ces textes qu'il est interdit d'occuper plus de six jours par semaine un salarié et du second que le repos hebdomadaire doit avoir une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives ;

Attendu que pour rejeter la demande du SLEC tendant à voir interdire à l'employeur de porter atteinte au droit au repos hebdomadaire, la cour d'appel énonce qu'il ne peut être soutenu que les salariés en situation d'astreinte à l'issue de leur journée de travail et jusqu'au lendemain matin lors de la reprise de leur travail, ainsi que le samedi et le dimanche, effectuent un travail effectif et qu'elle en conclut, par voie de conséquence, qu'ils n'effectuent pas, contrairement aux dispositions légales, un travail effectif durant sept jours ;

Attendu cependant, que les périodes d'astreintes si elles ne constituent pas un temps de travail effectif durant les périodes où le salarié n'est pas tenu d'intervenir au service de l'employeur, ne peuvent être considérées comme un temps de repos, lequel suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle ; qu'il en résulte

qu'un salarié ne bénéficie pas de son repos hebdomadaire lorsqu'il est d'astreinte ; qu'en statuant comme elle l'a fait la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ses dispositions rejetant la demande du SLEC pour qu'il soit fait interdiction à la société Dalkia de ne pas porter atteinte au droit des salariés à leur repos hebdomadaire, l'arrêt rendu le 4 mai 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles (...).

61. Soc. 1^{er} avril 2003

Syndicat CGT Elf Atochem

(*Bull. civ. V*, n° 129 ; *Dr. soc.* 2003. 651, obs. Ph. Waquet)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que faisant valoir que la pause d'une demi-heure dont bénéficiaient les salariés en travail posté à l'usine de Pierre Ebénite de la société Elf Atochem, devenue société Atofina, n'était pas conforme aux dispositions légales et conventionnelles applicables, le syndicat CGT et le comité d'établissement de l'usine ont assigné la société devant le tribunal de grande instance à l'effet de voir enjoindre d'organiser la durée du travail des salariés postés en conformité avec lesdites dispositions, et de la condamner au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la violation invoquée ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué (Versailles, 9 nov. 2000) d'avoir débouté le syndicat CGT Elf Atochem et le comité d'établissement Elf Atochem de leur demande tendant à ce que soit confirmé le jugement entrepris qui a ordonné à la société Elf Atochem, dénommée aujourd'hui la société Atofina, d'organiser les conditions de travail des salariés postés à son usine de Pierre Ebénite de façon à leur permettre de bénéficier de la pause conventionnelle d'une demi-heure sans se trouver en situation de rester à la disposition de l'employeur au sens de l'article L. 212-4 du Code du travail, et qui a, en conséquence, donné à la société Elf Atochem un délai de trois mois pour satisfaire à cette injonction à peine d'une astreinte provisoire de 50 000 francs par jour de retard passé ce délai, selon le moyen :

1° que l'article 1-8 de l'accord-cadre Elf Atochem du 31 janvier 2000 dispose que la demi-heure conventionnelle est décomptée comme du temps de travail effectif lorsque le salarié reste à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; qu'en relevant que cette disposition a pour effet que la pause est obligatoirement considérée comme temps de travail effectif, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article 1-8 précité de l'accord-cadre Elf Atochem du 31 janvier 2000 ;

2° qu'un accord collectif d'entreprise ne peut déroger à une convention collective de branche dans un sens défavorable aux salariés ; que l'article 12-IX de l'avenant n° 1 de la Convention collective nationale des industries chimiques prévoit, d'une part, que les salariés travaillant de façon ininterrompue dans un poste d'une durée supérieure à six heures bénéficient d'une demi-heure de pause rémunérée comme temps de travail effectif, et d'autre part, que l'employeur prendra toutes les dispositions pour que les intéressés soient dégagés de tout travail pendant la pause ; qu'en considérant que l'article 1-8 précité de l'accord-cadre Elf

Atochem du 31 janvier 2000 aboutissait, de manière licite, à ce que le temps de pause soit un temps travaillé, la cour d'appel, qui n'a pas respecté le principe de faveur, a violé, par refus d'application, ensemble l'article 12-IX de l'avenant n° 1 de la Convention collective nationale des industries chimiques et l'article L. 132-23, alinéa 1, du Code du travail ;

3° que l'accord-cadre sur l'organisation et la durée du travail dans les industries chimiques du 8 février 1999 précise, dans son préambule, que les parties signataires proposent aux entreprises relevant de la Convention collective des modalités de mise en œuvre de la loi du 13 juin 1998 sans se substituer à elles dans leurs négociations ; que l'article 5 de cet accord-cadre ne revêt, de ce fait, qu'une valeur indicative ; qu'en relevant que cette disposition autorisait l'employeur à exiger du personnel posté de ne pas s'éloigner pendant la pause de son poste de travail afin de pouvoir intervenir à tout moment, la cour d'appel, qui a ainsi considéré, de manière implicite mais nécessaire, que cet article 5 avait une force obligatoire de sorte qu'il s'était substitué à l'article 12-IX de l'avenant n° 1 de la Convention collective nationale des industries chimiques, lequel n'autorise pas l'employeur à faire travailler les salariés pendant les pauses, a violé, par fausse interprétation, l'article 5 de l'accord-cadre précité du 8 février 1999 ;

4° qu'il résulte de l'article L. 133-8, alinéas 1 et 3 du Code du travail qu'un arrêté d'extension ministériel étant à tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application d'une convention ou d'un accord de branche les effets de cette convention ou de cet accord, aux conditions prévues par les partenaires sociaux ; qu'en relevant que l'arrêté d'extension ministériel du 4 août 1999 avait conféré une force obligatoire à l'accord-cadre de branche du 8 février 1999, dont le préambule prévoyait pourtant que celui-ci n'avait qu'une valeur de proposition sans caractère obligatoire, la cour d'appel a violé, par fausse application, les dispositions précitées de l'article L. 133-8, alinéas 1 et 3 du Code du travail ;

5° qu'aux termes de l'article L. 220-2 du Code du travail, aucun temps de travail quotidien ne peut atteindre six heures sans que le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes ; que ce temps de pause s'entend d'un temps de repos effectif ; qu'en relevant que, pendant la pause, les salariés pouvaient être amenés à travailler, quand il était constant que les salariés travaillaient de façon ininterrompue dans un poste d'une durée supérieure à six heures, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les dispositions précitées de l'article L. 220-2 du Code du travail.

6° que le protocole d'accord Elf Atochem du 23 juin 1988 ne contient aucune disposition relative à la pause conventionnelle de trente minutes ; qu'en relevant que la pratique suivie en la matière par l'employeur se recommandait du protocole d'accord précité du 23 juin 1988 qui n'avait fait l'objet d'aucune contestation, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 12-IX de l'annexe 1 de la Convention collective nationale des industries chimiques ;

Mais attendu que *la période de pause qui s'analyse comme un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité, n'est pas incompatible avec des interventions éventuelles et exceptionnelles demandées durant cette période au salarié en cas de nécessité, notamment pour des motifs de sécurité* ;

Et attendu que la cour d'appel qui a constaté qu'en l'espèce, les salariés, durant la période de pause d'une demi-heure qui leur est accordée après six heures de travail, ne devaient intervenir qu'en cas de nécessité et que cette période était rémunérée et décomptée comme du temps de travail effectif, a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que ce temps de pause était conforme aux dispositions légales et conventionnelles applicables ; que le moyen n'est fondé dans aucune de ses branches ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Le temps, dans sa double dimension, chronométrique, associée à la durée, et chronologique, associée au rythme et à l'agencement des périodes, constitue, en France, l'un des terrains d'élection de l'intervention étatique. Intervention plus intense encore, comme en témoignent les lois du 13 juin 1998 (dite Aubry I), 19 janvier 2000 (dite Aubry II) et 27 janvier 2003 (dite Fillon), lorsqu'il s'agit d'élargir les voies de la diversité des régimes du temps de travail, et de promouvoir une variété des sources de tels régimes. Un appel est lancé aux partenaires sociaux pour qu'ils fassent preuve d'inventivité. Dans un tel contexte, on aurait pu prédire que la jurisprudence était réduite au néant ou presque. Tel a d'ailleurs été longtemps son statut. Elle en a changé. Pourquoi ? Voilà une question stimulante qui reste, pour partie, une énigme.

Les arrêts reproduits (**n^{os} 58 et s.**) illustrent l'étrange dialogue qui s'est noué entre la jurisprudence et la législation. Alors que la loi ne définissait pas les notions qu'elle utilisait, sinon de manière très laconique, des définitions jurisprudentielles sont apparues. La loi, souvent, les a faites siennes. Les définitions du temps de travail (art. L. 3121-1 nouv. C. trav. qui remplace l'art. L. 212-4) et du temps d'astreinte (art. L. 3121-5 nouv. C. trav. qui remplace L. 212-4 *bis* C. trav.) sont des exemples de transfusion plus ou moins complète. Cependant le travail de définition des temps et de fixation des grands traits de leur régime, accompli par la jurisprudence, a parfois été contrarié par la loi. C'est là le signe que le droit du temps de travail est devenu matière très sensible, qu'il s'agisse de tenir compte de l'hétérogénéité des temps (**I**) ou de fixer le statut de certains temps captifs (**II**).

I. — Temps de travail, temps de repos et astreinte

Longtemps, la mesure de la durée du temps de travail, requise pour savoir si un travail est à temps partiel, si la durée légale du travail a été dépassée et si, donc, une majoration de salaire pour heures supplémentaires est due, si l'une des durées maximales, journalière ou hebdomadaire, a été méconnue, n'a été qu'évoquée par la loi. L'article L. 212-4 du Code du travail tel qu'il était issu d'un texte de 1942, disposait que la durée du travail s'entendait « *du travail effectif* » et en écartait le temps nécessaire à l'habillage et au casse-croûte. En ce texte était inscrit un découpage des temps entre un temps hors du travail, un temps de préparation et de récupération et un temps de l'activité. Et sans que le texte fût très explicite, le temps de l'activité qu'il visait sous le vocable de travail effectif semblait correspondre au temps de participation à la production. Progressivement, cette cor-

respondance a montré ses limites, avec notamment l'impossibilité, dans les activités de service, ou encore avec des formes d'organisation sans véritable lieu de travail, de circonscrire ce qu'est la production et donc la participation à la production : que l'on songe aux activités de surveillance (v. annonçant les débats contemporains, Crim. 29 mai 1984, *JS UIMM*, n° 455, p. 430), au travail à distance, ou plus simplement à la place prépondérante du travail intellectuel dans certaines activités de services aux personnes et, dans ses hypothèses, à la vacuité de la référence à l'effectivité du travail.

Au début des années 1990, la Cour de cassation a entrepris d'élaborer une définition du travail effectif, au sens des règles sur le temps de travail, et, dans le mouvement, a aussi consacré une notion, irréductible au temps de travail et au temps de non-travail, l'astreinte. Si la législation a été inspirée par l'œuvre jurisprudentielle de définition, elle en a combattu certains prolongements.

A. — Travail effectif et astreinte

1. L'œuvre de définition du temps de travail effectif a commencé lorsque, délaissant le travail lui-même, la Cour de cassation a mis l'accent sur les restrictions apportées à l'autonomie de la personne du salarié, ce, avec la formule suivante : « *il y a travail effectif... lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de l'employeur* » (Soc. 24 nov. 1993, *Bull. civ. V*, n° 285, *D.* 1994, Somm. 318, obs. A. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 1994. 40 ; Soc. 28 oct. 1997, *Bull. civ. V*, n° 340, *Dr. soc.* 1998. 15, note J. Savatier). Certains arrêts ont ensuite ajouté une considération finaliste, « *pour participer à l'activité de l'entreprise* » (par ex. Soc. 1^{er} mars 1995, *D.* 1995, Somm. 375, obs. I. de Launay-Gallot ; 3 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 292, sur lequel A. Jeammaud, *Dr. soc.* 1998. 744). Sans reprendre ces formules à la lettre, la loi du 13 juin 1998, dans la nouvelle rédaction qu'elle a donnée de l'article L. 212-4 (L. 3121-1 nouv. C. trav) a suivi l'orientation de la chambre sociale. Cette dernière, en tout cas, a habilement souligné cette continuité dans l'arrêt *Hecq* (n° 58), où, au visa de l'article L. 212-4 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à 1998, elle reprend la définition de la loi de 1998, comme si le temps de travail effectif avait toujours eu la même définition.

En retenant qu'« *est temps de travail effectif... le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* », le législateur et la Cour de cassation considèrent, à juste titre, que la directive communautaire n° 93/104 du 23 novembre 1993 (*JOCE* L. 307 du 13 déc. 1993), qui pourtant paraît offrir une

définition du temps de travail, leur laisse, en vérité, une latitude pour le définir. Cette latitude découle du renvoi que la directive fait aux législations et aux pratiques nationales pour compléter et préciser sa propre conception du temps de travail.

2. Si une définition du temps de travail effectif a été rendue possible, c'est sans doute, grâce à un changement de perspective : aussi vaine est la quête d'on ne sait quelle effectivité du travail, aussi instructive est l'attention portée à l'entrave que l'organisation apporte à l'autonomie de la personne du salarié.

Cette entrave toutefois est passible de degré. Le salarié peut n'être pas en mesure de vaquer à ses occupations personnelles, ce qu'illustre l'arrêt *Dinoto* (n° 59) avec une permanence dans les locaux de l'entreprise : il y a alors travail effectif. L'entrave toutefois peut être moindre et consister en « l'obligation... de demeurer à son domicile ou à proximité en vue de répondre à un appel de son employeur pour effectuer un travail au service de l'entreprise ». Cette dernière formule, élaborée par la chambre sociale en 1998 (Soc. 3 juin 1998, *préc.*), puis légèrement amendée dans l'arrêt *Dinoto*, avec notamment l'indication que l'appel de l'employeur est éventuel, caractérise une période d'*astreinte*, qui ne constitue, selon le même arrêt, « ni un travail effectif ni une période de repos », plutôt une période d'altération médiate de l'autonomie. L'insistance mise sur le domicile ou sa proximité signifie-t-elle qu'il n'y a jamais d'*astreinte* sur le lieu de l'activité ? Il le semblerait, même s'il faut réserver le cas où le salarié bénéficierait, sur place, d'un logement (v. Soc. 3 juin 1998, *préc.*).

L'effort accompli par la chambre sociale, (v. outre l'arrêt n° 59, Soc. 14 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 364 ; 2 avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 131), puis consacré par la loi du 19 janvier 2000, (dite loi Aubry II) est d'autant plus notable qu'au moment où il a été entrepris, le contexte normatif n'était pas encourageant. Le terme d'*astreinte* faisait l'objet d'une mention dans la loi (art. L. 212-2 C. trav. issu de la loi du 20 déc. 1993) sans autre précision ; seul un décret du 26 mai 1997 relatif aux salariés agricoles, en proposait une définition. La directive communautaire du 23 novembre 1993 aurait, elle, pu contrarier cet effort, car elle ne connaît que l'opposition exclusive entre temps de travail et période de repos (« toute période qui n'est pas du temps de travail », selon son art. 2-2). Condamne-t-elle la construction, plus sophistiquée, de la Cour de cassation ? La Cour de justice des Communautés européennes a été invitée à interpréter la directive et ses notions essentielles (CJCE 3 oct. 2000, *Simap*, C303/98, *Rec. CJCE I*, p. 7963 ; 3 juill. 2001, *CIG* C241/99, *Rec. CJCE I*, p. 5139 ; 9 sept. 2003, *Kiel* C151/02, *RJS* 12/03 1455, obs. J.-Ph. Lhernould). Ses arrêts enseignent ce que la directive signale déjà : le droit communautaire ignore la

notion d'astreinte. Ce n'est pas une découverte ; ce n'est pas non plus l'annonce d'une incompatibilité du droit français avec le droit communautaire. Au demeurant la directive ménage en son article 15 la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, ce à quoi pourrait prétendre l'institution de l'astreinte. Dans un arrêt remarqué, la Cour de justice a toutefois précisé qu'il y a lieu de tenir compte des équivalences pour vérifier le respect des durées maximales autorisées par le droit communautaire (*CJCE* 1^{er} déc. 2005, *Dellas*, C14/04, *RJS* 2/06.288 et obs. J.-Ph. Lhernould p89, *RDT* 2006.33, obs. M. Vericel)

3. Les conditions d'instauration et le régime de l'astreinte sont prétoriens. La mise en place d'un système d'astreinte suppose la consultation préalable du comité d'entreprise (v. Crim. 19 nov. 2002, *JS UIMM*, n° 673, p. 155). Mais, selon que le système est instauré par accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur, la capacité d'un salarié de refuser de s'y soumettre est déniée (Soc. 16 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 556) ou reconnue (Soc. 31 mai 2000, *RJS* 9/00, n° 956).

Le point sur lequel la Cour de cassation a apporté une clarté attendue est la rémunération de l'astreinte : en contrepartie de l'obligation que constitue l'astreinte, le salarié doit percevoir une rémunération (Soc. 9 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 541 ; 4 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 188, *Dr. soc.* 1999. 752, obs. C. Radé). La chambre sociale a donc généralisé le régime établi par certaines conventions collectives. Dans la logique de cet emprunt, la rémunération n'a pas nécessairement les bases adoptées pour le calcul des sommes versées en contrepartie directe du travail, sauf pour les périodes où répondant à l'appel de l'employeur le salarié effectue un travail. La rémunération de l'astreinte est fixée par l'accord collectif, l'usage ou le contrat. Pour marquer son originalité, la loi ne parle pas de rémunération mais de compensation (V. art. L. 3121-7 nouv. C. trav remplaçant L. 212-4 *bis*). Et logiquement, l'employeur qui a institué un régime d'astreinte et ne paie pas au(x) salarié(s) concerné(s) d'indemnité ou prime d'astreinte manque à ses obligations, ce qui en cas de cessation de travail pour cette raison lui rendrait la rupture imputable (Soc. 2 oct. 1999, *Bull. civ.* V, n° 378, *Dr. soc.* 2000. 113, obs. J.-P. Laborde).

Considérant que la période d'astreinte n'est pas un temps de travail, au cours duquel un accident est présumé constituer un accident du travail (art. L. 411-1 CSS), la chambre sociale ne rend pas applicable cette présomption d'imputabilité à l'accident survenu au cours d'une telle période (Soc. 2 avr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 131, *Dr. soc.* 2003. 653, obs. Ph. Waquet).

B. — Astreinte, repos et régime d'équivalence

Tout paraissait dit et bien dit : l'astreinte n'est ni un travail effectif ni un temps de repos. S'en tenir là, ce serait oublier deux foyers de controverse.

1. Le premier est apparu lorsque, normalement, la chambre sociale a, justifiant l'irréductible originalité de l'astreinte, précisé la portée de sa proposition générale, ce qu'elle a fait dans l'arrêt *SLEC* (n° 60).

Elle y énonce d'abord pourquoi les périodes d'astreintes ne peuvent être considérées comme un temps de repos. Ce dernier, en effet, « *suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail, même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle* ». Ce n'est, à l'évidence, pas le cas en période d'astreinte.

Dans cet arrêt, la chambre sociale répond à une préoccupation saine (sur laquelle, Ph. Waquet, « le temps de repos », *Dr. soc.* 2000. 228 ; v. aussi F. Favennec, *RJS* 1999. 819), celle de rompre avec une conception purement dérivée du temps de repos, celle que retient encore la directive communautaire du 23 novembre 1993 pour laquelle le temps de repos n'est que l'antonyme du temps de travail. L'arrêt *SLEC* offre, lui, une vision positive du repos, inscrite dans une logique des droits fondamentaux : le repos, c'est une période de totale autonomie à l'égard de l'employeur.

Cette conception du repos interdit toute imputation des périodes d'astreinte sur des temps de repos, ce que l'arrêt exprime ainsi : « *il en résulte qu'un salarié ne bénéficie pas de son repos hebdomadaire lorsqu'il est d'astreinte* » (selon l'art. L. 3132-2 nouv. C. trav. remplaçant l'art. L. 221-4 C. trav., le repos hebdomadaire doit avoir une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives). Rien d'étonnant, ni d'imprévisible, on l'aura compris, dans cette déduction. Elle a néanmoins suscité une vive réaction qui a vite trouvé un écho favorable auprès d'une partie de l'échiquier politique. La loi du 17 janvier 2003, dite loi Fillon, modifiant l'article L. 212-4 *bis* du Code du travail (L. 3121-6 nouv. C. trav.) dispose dorénavant que la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul des durées minimales de repos quotidien et de repos hebdomadaire. Voilà l'exemple d'une intervention législative intempestive, uniquement destinée à gommer les effets attribués à une règle jurisprudentielle, issue, elle, d'une mûre réflexion.

2. L'autre source de controverse provient du parti récemment pris par la loi en matière d'heures d'équivalence. L'établissement d'un horaire d'équivalence est destiné à tempérer les incidences sur le calcul de la durée du travail et le montant de la rémunération, de périodes de travail improductives non imputables au salarié.

Il se traduit, comme son nom l'indique, par une équivalence entre un nombre d'heures de présence (9 heures par ex.) et un nombre d'heures de travail effectif, moindre (6 heures par ex.), qui seul sera décompté (v. l'exemple du secteur de l'animation, CE 6 déc. 2006, *RDT* 2007.324, obs. M. Vericel, *RJS* 4/07.440). Mais comment créer un tel système ? La chambre sociale paraît avoir eu parfaitement conscience de la nouvelle actualité possible des heures d'équivalence, car, dans ses arrêts relatifs au travail effectif, tel l'arrêt *Hecq* (n° 58), elle a signalé que l'hétérogénéité du temps de présence peut être prise en compte par un horaire d'équivalence. Puis résumant son interprétation des textes en vigueur, dans un pédagogique arrêt du 29 juin 1999 (*Bull. civ. V*, n° 307, *Dr. soc.* 1999. 767, concl. S. Kehrig, *Dr. ouvr.* 1999. 347, note M. Poirier), elle a rappelé que sa création ne peut résulter que d'un décret, une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel étendu, ou encore un accord d'entreprise ou d'établissement, à l'époque dérogatoire (sur la conjugaison d'un régime d'équivalence et d'un prétendu régime d'astreinte, v. Soc. 27 mai 2003, *Dr. soc.* 2003. 1016, obs. C. Radé). Les habilitations ne manquent pas d'ampleur ; toutefois, n'est pas habilité à instituer un système d'équivalence une convention ou un accord simplement agréé. La loi du 19 janvier 2000, loi Aubry II, a entendu modifier cet équilibre. Elle a réservé au pouvoir réglementaire l'édiction d'un régime d'équivalence (art. L. 212-4, al. 4 C. trav. devenu art. L. 3121-9 nouv. C. trav.). Mais dans un article 29, taillé sur mesure, elle a préservé le régime d'équivalence établi par la convention collective simplement agréée dans le secteur social et médico-social, ce, en dépit des contestations judiciaires dont il faisait l'objet. Le destin de cet article 29 a été scellé en plusieurs étapes. Dans un premier temps, la chambre sociale l'a fermement condamné au nom du principe de prééminence du droit et de l'exigence d'un procès équitable qui interdisent l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige (Soc. 24 avr. 2001, *Bull. civ. V*, n° 130, *D.* 2001, Somm. 312, obs. P. Fadheuille, *Dr. soc.* 2001. 723, note J.-Ph. Lhernould). D'impérieux motifs d'intérêt général autorisent exceptionnellement une telle ingérence, mais en l'occurrence, il n'en existe pas. Ce sont ces impérieux motifs que dans un second temps, sur renvoi de la chambre sociale, l'Assemblée plénière a pour sa part considérés comme présents dès lors que selon son arrêt, le législateur peut aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auxquels les établissements concernés participent (Ass. plén. 24 janv. 2003, *Bull. civ. n° 2*, *Dr. soc.* 2003. 373, rapp. J. Merlin, *ibid.*, p. 430, note X. Pretot, *Dr. ouvr.* 2003. 211, note Y. L. P.). La chambre sociale a repris cette solution (Soc.

18 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 180). C'était sans compter sur la Cour européenne des droits de l'homme qui a contredit la Cour de cassation (CEDH 9 janv. 2007, commenté par J. Ph. Lhernould, *RJS* 4/07.299), ce qui a finalement obligé la chambre sociale à revenir à sa position initiale (v. Soc. 13 juin 2007, 2 arrêts, *Dr. soc.* 2007.1178, obs. M. Morand).

Le contentieux relatif aux équivalences ne s'est pas apaisé. Les hautes juridictions ont été ainsi appelées à redire qu'un système d'équivalence ne peut être instauré que pour des emplois déterminés, dans une profession comportant des périodes d'inaction (v. CE 18 oct. 2006, *Dr. soc.* 2006. 1096, concl.C. Devys, *RDT* 2006.397, obs. M. Vericel ; Soc. 31 oct. 2006, *Dr. soc.* 2007. 239 obs. J. Barthelemy, *RDT* 2007.42, obs. M. Vericel). Rappel est aussi fait de la nécessité pour tout système d'équivalence de respecter les seuils et plafonds prévus par la directive communautaire du 23 novembre 1993 (v. CE 28 avril 2006, *Lebon*, p. 206, *RDSS* 2006. 722, note D. Boulmier).

II. — Temps captifs

La journée d'un travailleur est parsemée de périodes dont l'existence ou l'aménagement sont tributaires du travail. Que l'on songe à la douche (sur laquelle v. Soc. 24 févr. 1998, *Bull. civ.* V, n° 336), ou au casse-croûte, terme qui a été remplacé par celui de restauration (art. L. 3121-2 nouv. C. trav., ancien L. 212-4, al. 2). Inspirée par la jurisprudence (Soc. 10 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 132, *Dr. soc.* 1998. 494, obs. J. Barthélémy) la loi précise, depuis 2000, que le temps nécessaire à la restauration est considéré comme un temps de travail effectif s'il répond aux critères constitutifs de ce dernier.

Le temps consacré aux pauses s'expose dans les mêmes conditions et selon le même texte à la même qualification. Mais l'arrêt *Syndicat CGT Elf Atochem* (n° 61) pourrait déjouer les prévisions du législateur (A). Le régime des trajets et déplacements (B) a été esquissé par certains arrêts avant qu'une intervention législative ne vienne tenter de le fixer.

A. — Temps de pause

Autant qu'on puisse en juger, lorsque la qualification d'un temps de pause est discutée, c'est à l'initiative du salarié qui revendique qu'il soit traité comme temps de travail. Témoin, le prudent arrêt rendu par la chambre sociale le 13 mars 2001 (*Bull. civ.* V, n° 95, *D.* 2001, *Somm.* 2664, obs. J. Frossard) refuse toute automaticité de qualification

des temps de pause, invite à des distinctions sans trop les préciser et surtout subordonne la qualification en temps de travail effectif à l'examen du degré d'altération de l'autonomie du salarié. En ce sens, à une espèce qui leur échappait, la chambre sociale fait application des dispositions de l'article L. 212-2 alinéa 2 du Code du travail (art. L. 3121-2 nouv. C. trav.).

L'arrêt *Syndicat CGT Elf Atochem* innove doublement. Il s'efforce d'abord de signaler les caractères d'une période de pause : « *elle s'analyse comme un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité* » (v. aussi Soc. 5 avril 2006, *Bull. civ. V. n° 142, JCP S 2006.1425*, obs. F. Dumont). Il y a dorénavant abus juridique de langage à parler de pause pour des arrêts de travail (des suspensions de l'exécution de fournir le travail) de quelques heures. Sans doute cette vision restrictive de la pause doit-elle quelque chose à l'institution de la pause obligatoire de vingt minutes, au moins en cas de travail quotidien de six heures, qui résulte de la transposition en droit français de la directive communautaire du 23 novembre 1993 (v. art. L. 220-2 C. trav. issu de la loi Aubry II, devenu art. L. 3121-33 nouv. C. trav.). Mais elle s'explique aussi, et, peut-on penser, avant tout, par les droits et obligations reconnus par l'arrêt aux parties pendant une telle période. C'est là la seconde nouveauté. Pareille période « *n'est pas incompatible avec des interventions éventuelles et exceptionnelles, demandées durant cette période au salarié en cas de nécessité, notamment pour des motifs de sécurité* ». La formule révèle la difficulté de qualifier la période de pause. Si, en effet, le salarié peut être appelé à travailler, serait-ce exceptionnellement, ce n'est pas une période de repos. Pourrait-elle le devenir si elle cessait d'être brève ? Une réponse positive est tentante. Mais cessant d'être brève, une telle période ne répond plus à la définition d'une pause (V. Soc. 23 mars 2007, *RDT 2007.532*, obs. M. Vericel).

Lorsqu'elle est bien de courte durée, peut-elle échapper à la qualification de temps de travail effectif, dès lors que le salarié doit être prêt à travailler, même de manière exceptionnelle ? Un rapprochement avec l'astreinte est, à son tour, tentant. Lorsque la période d'astreinte se déroule sur le lieu de travail, elle devient, en principe, une période de travail effectif. Au fond, si la loi ouvre la voie à la qualification de temps de travail effectif, sans la rendre automatique, l'arrêt *Syndicat CGT Atochem* semble imposer cette qualification. Pourtant la Cour de cassation, dans ses arrêts récents, en reste à la lettre de la loi et, sur le mode de la dénégation, refuse de tenir la brièveté de la pause et l'impossibilité pour le salarié de quitter l'établissement de travail pour des facteurs déterminant la qualification de temps de travail effectif (V. Soc. 5 avr. 2006, *préc.*).

B. — Temps de trajet et de déplacement

Le temps de trajet évoque immédiatement l'accident qui peut le troubler et le régime particulier de réparation que la sécurité sociale lui ménage (art. L. 411-2 CSS). De ce rapprochement, il est tentant de tirer une leçon. Comme l'accident de trajet, au sens du droit de la sécurité sociale, suppose que le salarié, victime, ne soit pas encore ou ne soit plus soumis aux instructions de l'employeur, le temps de trajet ne paraît pas pouvoir être considéré comme temps de travail effectif. Leçon hâtive, car la conception du trajet inscrite dans le droit de la sécurité sociale lui est propre. Au demeurant, l'entrave à l'autonomie qui caractérise le temps de travail effectif (v. *supra* I. A) et la soustraction aux instructions de l'employeur qui caractérise le trajet, au sens de l'accident de travail, ne se recoupent pas.

Est-ce dire que le temps de trajet a vocation à être considéré comme temps de travail effectif ?

Aucune orientation explicite ne ressortait des arrêts de la Cour de cassation avant que la chambre sociale ne vienne énoncer, en toute généralité, que « *le temps habituel de trajet entre le domicile et le lieu de travail ne constitue pas en soi un temps de travail effectif* » (Soc. 5 nov. 2003, *Bull. civ.* V, n° 275, *D.* 2004. Somm. 391, obs. C. Wolmark). Elle réserve néanmoins les hypothèses de trajet dérogatoire au temps normal de trajet et surtout les déplacements entre plusieurs lieux de travail, qui correspondent à un temps de travail effectif.

Une loi du 18 janvier 2005 a repris ces distinctions (V. art L. 3121-4 nouv C. trav. remplaçant l'art. L. 212-4 al 5). Mais texte hâtivement élaboré, il se prête à toute sorte de discussions. Ce qui est visé, c'est « *le temps de déplacement pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail* ». Que dire alors des déplacements dans l'entreprise ? Selon la Cour de cassation le texte ne leur est pas applicable (Soc. 31 oct. 2007, *D.* 2007. AJ. 2950, obs. S. Maillard, *ibid.* 3109, note C. Lefranc-Hamoniaux, *RJS* 1/08, n° 33, *Dr. soc.* 2008. 248, obs. C. Radé). Il faut se référer aux indicateurs généraux du temps de travail effectif. Ainsi le temps de déplacement entre le lieu d'installation des vestiaires ou de l'appareil de pointage et le poste de travail pourrait ne pas être un temps de travail (v. Soc. 7 Juin 2006, *RJS* 10/06, n° 1072). La solution surprend d'autant plus que le déplacement en vue d'une intervention, dans une période d'astreinte, constitue bien, et c'est normal, un temps de travail effectif (Soc. 31 oct. 2007, *RJS* 1/08, n° 32).

Lorsque le temps de déplacement pour se rendre sur le lieu de travail s'éloigne de la normalité, la loi se borne à prévoir une nécessaire « *contrepartie soit sous forme de repos, soit financière* ». Et si cette contrepartie n'est pas instituée ? Le temps doit être rémunéré comme temps de travail effectif (v. pour le temps d'habillage et de déshabillage, qui fait l'objet de dispositions similaires, Soc. 12 juillet

2006, *Bull. civ.* V. n° 264, *RDT* 2007. 115, obs. M. Vericel ; 26 mars 2008, *D.* 2008. AJ. 1049, obs. L. Perrin). La rémunération est une chose, la qualification de ce temps, éloigné de la normalité, une autre. Le mutisme, sur ce point, de la loi est signe d'un embarras, qui, s'ils sont saisis, ne sera pas permis aux juges.

62-64

CHANGEMENT DANS LA SITUATION JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR

**62. Civ. 27 février 1934 — 63. Ass. plén. 16 mars 1990 —
64. Soc. 11 mars 2003**

62. Civ. 27 février 1934

Goupy c. Société Union hydro-électrique de l'Ouest constantinois

(*DH* 1934. 252 ; *Gaz. Pal.* 1934. 2. 40 ; *S.* 1934. 1. 179)

ARRÊT

Sur le moyen unique ;

Vu le paragr. 7 de l'article 23 nouveau, livre 1^{er} C. trav. ;

Attendu que ce texte destiné à assurer aux salariés des emplois plus stables, doit recevoir son application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle ; qu'il suit de là que le nouveau concessionnaire d'un service public qui, à l'expiration d'un précédent contrat de concession passé avec une autre personne, est chargé par l'autorité compétente, de continuer le fonctionnement du même service public, doit être considéré comme un nouvel entrepreneur, au sens du texte susvisé, tenu, dès lors de respecter les contrats de travail en cours ;

Attendu qu'il résulte tant des motifs propres de l'arrêt attaqué que de ceux des premiers juges qu'il adopte, que Goupy a loué ses services, en qualité d'ingénieur, pour une période indéterminée, à Viette, concessionnaire du service public d'éclairage électrique de la ville de Sétif ; qu'en prévision du refus de cette ville de renouveler cette concession à son expiration, il a pris une part active à la constitution d'une société dite Union hydroélectrique de l'Ouest constantinois ; que des pourparlers furent engagés entre lui et les fondateurs en vue de la signature d'un contrat lui assurant l'emploi de directeur de l'usine électrique de Sétif, au cas où cette société deviendrait concessionnaire du service aux lieu et place de Viette, mais que Goupy rompit ces pourparlers par lettre du 22 janvier 1929 ;

Attendu que l'arrêt attaqué a rejeté la demande de Goupy tendant au paiement par la société sus-désignée, devenue concessionnaire après Viette, du même service public, de dommages-intérêts pour rupture brusque et abusive du contrat de travail qui le liait à Viette et qui subsistait suivant sa prétention ;

Attendu que pour statuer ainsi la cour d'appel d'Alger, sans contester que Goupy ait inséré dans sa lettre de rupture du 22 janvier 1929, des réserves pouvant être interprétées en ce sens qu'il rompait les pourparlers relatifs à la signature

d'un nouveau contrat de travail, il requérait subsidiairement le bénéfice du paragr. 7 susvisé, s'est fondée sur ce motif, erroné en droit « qu'aucun contrat n'étant survenu entre Viette et la Société hydroélectrique de l'Ouest constantinois qui tirait directement ses droits de la commune de Sétif en vertu d'un cahier des charges distinct et différent... on se trouve en présence de deux employeurs successifs, sans lien de droit entre eux et qu'à aucun titre le second ne saurait être tenu des obligations contractées par le premier » ; qu'en statuant ainsi, il a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, casse... renvoie devant la cour d'appel d'Aix.

63. Ass. plén. 16 mars 1990

Appart et autres

(Bull. Ass. plén. n° 4 ; D. 1990. 305, note A. Lyon-Caen ;

Dr. soc. 1990. 399, concl. H. Dontenwille, note G. Couturier et X. Pretot ;

Dr. ouvr. 1990. 317, note E. Wagner)

ARRÊT

Attendu que les articles premier et trois de la directive du 14 février 1977 du Conseil des communautés européennes et L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail s'appliquent, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ;

Attendu que, selon l'arrêt attaqué (Paris 25 nov. 1988), le contrat de concession relatif au terrain de camping du bois de Boulogne consenti par la ville de Paris à la Société d'exploitation du touring club de Paris-Ouest a pris fin le 31 décembre 1986 et, à compter du 1^{er} janvier 1987, la concession a été confiée à la société Les Campings d'Ile-de-France ; que MM. Appart et Schwindling, salariés du premier concessionnaire, et qui n'ont pas été employés par le second, ont demandé la condamnation de lune ou l'autre société au paiement de certaines indemnités ;

Attendu que M. le procureur général fait grief à l'arrêt d'avoir, par application de l'article L. 122-12 du Code du travail accueilli les demandes à rencontre du second cessionnaire au motif que l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs n'est pas une condition nécessaire à l'application des dispositions de cet article et que « la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes parant conforme à la solution retenue », violant ainsi le droit interne et le droit communautaire ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que l'objet de la concession portait sur l'exploitation d'un terrain de camping, la cour d'appel a retenu qu'une entité économique autonome comprenant, comme éléments d'exploitation, des terrains et des installations, avait été transférée, permettant au nouveau concessionnaire d'en poursuivre l'activité ; qu'elle a ainsi justifié sa décision ; d'où il suit que le pourvoi n'est pas fondé par ces motifs :

Rejette le pourvoi.

64. Soc. 11 mars 2003***Voisin c. SA Plast'lux et autres****(Bull. civ. n° 86 ; Dr. soc. 2003. 474, rapp. P. Bailly)***ARRÊT**

Attendu que M. Voisin, entré en 1965 au service de la société Plast'lux, a été licencié le 30 juillet 1998, pour motif économique par le liquidateur judiciaire, après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard de cette société, ensuite placée le 20 juillet 1998 en liquidation judiciaire ; qu'alors que le préavis prenait fin au 3 novembre 1998, une société Ever Plast, poursuivant l'activité de la société Plast'lux, lui a vainement opposé le 1^{er} septembre 1998 de le conserver à son service ; que le 5 novembre 1998, le liquidateur judiciaire a fait savoir à ce salarié que l'activité de la société Plast'lux avait été reprise par une société Ever Plast et qu'en conséquence son licenciement était devenu sans effet ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatre premières branches :

Attendu que M. Voisin fait grief à l'arrêt attaqué (Rennes, 30 janv. 2001) d'avoir dit qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, entraînant le transfert du contrat de travail à la société Ever Plast, et de l'avoir en conséquence débouté de ses demandes relatives à des créances d'indemnités de préavis, de congés payés et de licenciement alors, selon le moyen :

1° que l'ordonnance de référé rendue le 20 novembre 1998 par le tribunal de commerce dans une affaire opposant le liquidateur judiciaire à la société Ever Plast, a constaté que par jugement du 20 juillet 1998, le tribunal avait rejeté le plan de cession présenté par la société Ever Plast et avait prononcé la liquidation judiciaire de la société Plast'lux ; que le tribunal de commerce a relevé que « bientôt » la société Ever Plast s'était comportée comme si elle était propriétaire du fonds, installant notamment ses bureaux dans un local adjacent à ceux de Plast'lux, plaçant dans le même hall d'entrée une boîte à lettre SA Ever Plast à côté de celle de Plast'lux, tout en reprenant le dirigeant de cette dernière suite à la liquidation judiciaire ; que la seule date citée est celle du 16 juillet 1998 à laquelle il a été constaté que la société Ever Plast prospectait la clientèle de la société Plast'lux ; qu'en estimant qu'il ressortait de l'ordonnance de référé susvisé que « dès avant le prononcé de la liquidation judiciaire de la société Plast'lux », la société Ever Plast s'était comportée comme le propriétaire du fonds, pour en déduire qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail avant le licenciement de M. Voisin, quand pourtant l'ordonnance ne mentionnait pas, mis à part la prospection de la clientèle, que le comportement de l'intéressée avait eu lieu « avant le prononcé de la liquidation judiciaire de la société Plast'lux », la cour d'appel a dénaturé l'ordonnance du 20 novembre 1998 et violé l'article 1134 du Code civil ;

2° qu'en toute hypothèse, le transfert d'une entité économique dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail ne saurait résulter d'un comportement de parasitisme illicite de la part du prétendu repreneur ; qu'en l'espèce, l'ordonnance de référé du 20 novembre 1998, rendue par le tribunal de commerce dans une affaire opposant le liquidateur judiciaire de la société Plast'lux à la société Ever Plast, a constaté l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant du comportement de la société Ever Plast qui avait procédé à un détournement du fonds de commerce de la société Plast'lux à son profit ; qu'à l'appui de

sa décision, le tribunal de commerce a relevé que la société Ever Plast, dont le plan de cession de la société Plast'lux avait été rejeté, faute de justifier d'un prix suffisant, s'était alors comportée comme si elle était propriétaire du fonds, en se présentant comme le repreneur du fonds, créant une confusion dans l'esprit de la clientèle ; qu'en se fondant sur cette ordonnance, qui constatait l'existence d'un comportement illicite de la part de la société Ever Plast, qui s'était illégalement immiscée dans la gestion de la société Plast'lux sans son accord, pour décider qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

3° que tout jugement doit contenir une motivation propre ; qu'il ne peut se référer, sans autre examen, à une décision antérieure ayant un objet différent et rendue dans une autre instance entre des parties différentes, et qui n'a pas autorité de la chose jugée ; qu'en se référant aux motifs de l'ordonnance de référé rendue le 20 novembre 1998 par le tribunal de Grasse, qui avait constaté qu'il y avait eu détournement du fonds de la société Plast'lux par la société Ever Plast, pour en déduire qu'il y aurait transfert d'une entité économique dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, sans procéder à des constatations propres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-12 du Code du travail ;

4° qu'en toute hypothèse, la mise en œuvre de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail ne s'impose que s'il y a transfert d'une entité économique qui a conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; qu'en l'espèce, la société Plast'lux avait deux activités distinctes, l'une de distribution, l'autre de fabrication ; qu'en constatant, pour établir le transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, que la société Ever Plast avait installé ses bureaux dans les locaux de la société Plast'lux, reprenant tous ses documents commerciaux, son matériel, une partie de ses représentants, son dirigeant, ses contrats et sa clientèle pour poursuivre la même activité, sans caractériser la nature et le caractère autonome de l'activité ainsi poursuivie, et donc sans rechercher si le contrat de travail de M. Voisin était susceptible de correspondre à cette dernière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale, au regard de l'article susvisé ;

Mais attendu que le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre, entraîne de plein droit la poursuite des contrats de travail qui y sont attachés avec le repreneur et prive d'effet les licenciements prononcés à l'occasion du transfert ;

Et attendu que la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, sans limiter son examen à la seule motivation d'une ordonnance de référé, a constaté qu'avant même la notification du licenciement, la société Ever Plast avait pris possession de l'ensemble des éléments corporels et incorporels de la société Plast'lux, en continuant les contrats de travail d'une partie de son personnel, et poursuivi l'activité de cette dernière ; qu'elle a pu déduire de ces constatations que le fonds de la société Plast'lux avait été transféré à la société Ever Plast, sans perdre alors son identité et qu'en conséquence le licenciement de M. Voisin, prononcé par le liquidateur, était sans effet ;

Que le moyen n'est pas fondé en ses quatre premières branches ;

Et, sur les deux dernières branches du moyen :

Attendu que M. Voisin fait encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, d'avoir considéré qu'il y avait eu transfert du contrat

de travail à la société Ever Plast et de l'avoir débouté de ses demandes alors, selon les cinquième et sixième branches du moyen :

1° que la nullité du licenciement est une nullité d'ordre public de protection ; que, dès l'instant qu'il est notifié, le licenciement ne peut être annulé unilatéralement par l'employeur, qui ne peut revenir sur sa décision qu'avec l'accord du salarié ; qu'en l'espèce, M. Voisin, qui a été licencié le 30 juillet 1998 par le liquidateur judiciaire de la société Plast'lux, s'est toujours opposé à une éventuelle poursuite ultérieure de son contrat de travail au sein de la société Ever Plast, à supposer qu'il y ait eu reprise par cette dernière du fonds de la société Plast'lux ; que la relation contractuelle s'est donc nécessairement interrompue à la date du 30 juillet 1998 ; qu'en décidant néanmoins que du fait de l'application L. 122-12 du Code du travail, le licenciement de M. Voisin prononcé le 30 juillet 1998 était nul et de nul effet, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée par le salarié, si l'intéressé ne s'était pas opposé à l'offre faite par son employeur de poursuivre son contrat de travail après la notification de son licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

2° que tout salarié est en droit de refuser le jeu de l'article L. 122-12 du Code du travail, qui contient uniquement des dispositions d'ordre public destinées à le protéger ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

Mais attendu que *le transfert d'une entité économique autonome entraîne de plein droit le maintien, avec le nouvel employeur, des contrats de travail qui y sont attachés et prive d'effet les licenciements prononcés par le cédant pour motif économique ; que si le salarié licencié à l'occasion d'un tel transfert a le choix de demander au repreneur la poursuite du contrat de travail rompu ou de demander à l'auteur du licenciement la réparation du préjudice en résultant, le changement d'employeur s'impose toutefois à lui lorsque le cessionnaire l'informe, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail ;*

Et, attendu, qu'ayant constaté que le fonds de la société Plast'lux avait été repris par la société Ever Plast, laquelle en avait poursuivi l'exploitation en proposant au salarié licencié, pendant le préavis, de maintenir son contrat de travail, la cour d'appel en a exactement déduit que l'intéressé ne pouvait se prévaloir des conséquences du licenciement, à l'égard de la société Plast'lux ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Peu de textes du Code du travail ont atteint la notoriété de son article L. 122-12 alinéa 2 (devenu avec la nouvelle codification, un banal article L. 1224-1). Il reproduit fidèlement l'article 23 alinéa 8 (ex. : al. 7) du Livre I du Code dans sa version antérieure à 1973, dont l'origine remonte à une loi du 19 juillet 1928. Il s'agissait à l'époque de généraliser une clause courante des contrats de location-gérance, selon laquelle le changement d'exploitant du fonds ne mettait pas fin au contrat de travail, dit autrement n'en constituait pas une cause d'extinction.

Riche s'est révélée la destinée de cette disposition pour au moins trois raisons. D'abord, son interprétation a été très disputée : les débats

ont porté et portent parfois encore tant sur l'hypothèse de la règle — *brevitatis causa*, le transfert d'entreprise — que ses effets, c'est-à-dire la teneur même de la protection qu'elle instaure. D'autre part, cette disposition constitue un ingrédient de toute réflexion ambitieuse sur le droit du travail, sur la combinaison entre concurrence et protection de l'emploi, ainsi que sur le contrat de travail, irréductible à un simple échange.

Enfin, inspiré en partie du droit français, le droit communautaire a prévu, sous la forme d'une harmonisation des législations, le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Tel a été l'objet de la directive 77/187 du 14 février 1977, révisée par la directive 98/50 du 29 juin 1998, dorénavant remplacée par la directive 2001/23 du 12 mars 2001. Comme le droit communautaire a sa propre dynamique, il exerce dorénavant en retour une influence sur le droit français : l'introduction en 1983 d'un article L. 122-12-1 (art. L. 1224-2 nouv. C. trav.) lui doit beaucoup et l'interprétation contemporaine de l'article L. 122-12 alinéa 2 aussi, ce que la Cour de cassation souligne, dans ses visas actuels, qui associent le texte français et la directive communautaire présentée comme source de son interprétation.

I. — Quel transfert ?

A. — Les contrats de travail se poursuivent avec le nouvel employeur lorsqu'il y a « *une modification dans la situation juridique de l'employeur* ». L'expression législative se prête à bien des lectures possibles. La Cour de cassation a très vite pris parti, car dès 1934, sa chambre civile dans l'arrêt *Goupy* (n° 62), en appelant à la *ratio legis* — « *assurer aux salariés des emplois plus stables* » —, affirme que « *ce texte... doit recevoir application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle* » et surtout en fait application dans l'hypothèse de changement de concessionnaire de service public.

L'inspiration est ferme : la poursuite des contrats de travail s'impose dès qu'il y a continuité de l'entreprise. La leçon est claire : l'une et l'autre se conçoivent même si le nouvel employeur n'est pas l'ayant cause du précédent.

Cinquante ans après, néanmoins, la leçon de l'arrêt *Goupy* est fortement mise en cause : la transmission, pour assurer leur poursuite, des contrats de travail, d'un prestataire de services à l'entreprise qui lui succède dans l'exécution d'un marché (notamment dans le domaine du nettoyage et de la maintenance), est, critiquée, notamment au nom de l'atteinte à la concurrence qui en résulterait et de la restriction qu'elle apporterait à la liberté de gestion du nouveau titulaire du

marché. Cette critique rencontre un premier écho judiciaire, avec un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Ass. plén. 15 nov. 1985, *Dr. soc.* 1986. 1, concl. G. Picca, note G. Couturier), selon lequel « *la seule perte d'un marché ne suffit pas à caractériser la modification dans la situation juridique de l'employeur* ». Puis un second écho, plus vigoureux, puisqu'il emporte abandon de la leçon de l'arrêt *Goupy* : dans un arrêt en date du 12 juin 1986 (*Dr. soc.* 1986. 505, concl. G. Picca, note G. Couturier, *D.* 1986. 461, note J.-P. Karaquillo, *JCP* 1986. II. 20705, note G. Flecheux et M. Bazex), la chambre sociale décide que « *la modification qui a pour effet de laisser subsister les contrats de travail... implique l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs* ». Cette manière de concevoir le domaine d'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 (art. L. 1224-1 nouv. C. trav.) n'a pas les vertus que ses partisans lui attribuent : l'exigence d'un lien de droit est complexe et incertaine dans sa portée et, pire, elle ne règle rien puisqu'elle ne suffit pas à définir l'hypothèse légale. Mais ce que la chambre sociale ne soupçonne sans doute pas, c'est l'incompatibilité de la condition posée avec le droit communautaire, tel que façonné par la Cour de justice des Communautés européennes (v. CJCE 10 févr. 1988, *Tellerup*, 324186, *Rec. CJCE* p. 747, *Dr. soc.* 1988. 455, concl. M. Darmon, note G. Couturier, *RTD eur.* 1988. 715, note P. Rodière, *D.* 1989. 174, note P. Pochet ; 15 juin 1988, *Bork International*, 101/87, *Rec. CJCE* p. 3057).

C'est dans ce contexte qu'interviennent les trois arrêts d'Assemblée plénière en date du 16 mars 1990, dont l'arrêt *Appart* (n° 63). La Cour de cassation y démontre un souci bienvenu de soumettre elle-même le droit français au droit communautaire, ce, dans sa référence à la directive du 14 février 1977, dans le rejet ferme de l'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs et dans l'emprunt opéré, à quelques nuances près, aux expressions de la Cour de Luxembourg pour circonscrire l'objet du transfert qui entraîne transmission des contrats de travail, « *une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise* ».

B. — Dorénavant, la Cour de cassation veille elle-même au respect de la jurisprudence communautaire, interprétant, selon le visa de ses arrêts, l'article L. 122-12 alinéa 2 (art. L. 1224-1 nouv. C. trav.) au regard de la directive de 1977 révisée et dorénavant de la directive de 2001. Cette européanité proclamée n'empêche pas quelques dissonances, aussitôt relevées, mais vite corrigées si elles vont au-delà de différences stylistiques.

Le langage du droit communautaire est plus réaliste que celui dont use le texte français. Selon, l'article 1 paragraphe 1-b de la directive du 12 mars 2001, le transfert concerne « *une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens*

en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ». Une cession d'actions ou de parts n'a donc pas, par elle-même, l'objet requis d'un transfert (v. par ex. : Soc. 22 janv. 2002, *Bull. civ.* V, n° 24). La formule nouvelle reprend pour l'essentiel l'œuvre de la Cour de justice des Communautés européennes qui tend à établir un subtil et difficile équilibre.

D'un côté, sensible à la finalité même de la directive « *qui est d'assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique indépendamment du changement de propriétaire de celle-ci* » (CJCE 26 sept. 2000, *Mayeur*, C179/99, *Rec. CJCE* p. I-7755), elle est encline à entendre largement son domaine d'application. D'où par exemple son rejet de critères rigides du transfert d'entité économique : il peut exister sans transfert d'actifs (v. par ex. dans l'hypothèse d'une filialisation d'une partie de l'activité d'une entreprise de travail temporaire, CJCE 13 sept. 2007, *Jouini*, C458/05, *JCP S* 2008. 1005, note P. Morvan ; *RJS* 12/07, p. 996, note H. Tissandier) ou encore l'entité peut correspondre à une activité accessoire, comme l'énonce maintenant la directive. D'où encore l'indifférence proclamée à l'égard du statut juridique de l'entité et la distance qui, un temps, a séparé la Cour de Luxembourg et la Cour de cassation, dans la façon de prendre en compte l'action publique. Alors que, pour la Cour de cassation, des activités relevant de services publics administratifs gérés par une personne morale de droit public ne pouvaient donner prise aux dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 (v. déjà Soc. 7 févr. 1980, *Bull. civ.* V, n° 115 ; 1^{er} déc. 1993, *Bull. civ.* V, n° 295), ces paramètres étaient sans pertinence en droit communautaire. En énonçant, en effet, que ne constituait pas un transfert au sens de la directive « *la réorganisation de structure de l'administration publique ou le transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques* » (CJCE 15 oct. 1996, *Henke*, C298/94, *Rec. CJCE*, p. I-4989 ; 26 sept. 2000, *Mayeur*, *préc.*), la Cour de justice limitait la mise à l'écart de la directive aux activités relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique (v. dorénavant, art. 1, par. 1-c de la directive 2001/23). La fracture a été réduite, car aujourd'hui la chambre sociale de la Cour de cassation fait ouvertement choix de réinterpréter l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 nouv. C. trav.) de telle sorte que la conformité au droit communautaire soit assurée (v. Soc. 25 juin 2002, *Bull. civ.* V, n° 209, *JCP* 2002. II. 10171 ; 14 janv. 2003, *Bull. civ.* V, n° 3, *Dr. soc.* 2003. 437, obs. A. Mazeaud). Il y a transfert des contrats de travail lorsqu'une activité, constituant une entité, est reprise, même temporairement, par une collectivité publique ou un établissement public, serait-il administratif. Les litiges qui naissent de ce transfert relèvent de la compétence des juges judiciaires (T. confl. 19 janv. 2004, *Dr. soc.* 433, obs. A. Mazeaud, *Dr. ouvr.*

2004.146, avis J. Duplat, *JCP* 2004. II. 930, note F. Duquesne). Une loi du 26 juillet 2005, en son article 20, s'efforce de préciser le sort du contrat de travail lorsqu'un salarié intègre un service public administratif. Ce texte, très imparfait (v. C. Wolmark, *RDT* 2006.159) suscite de délicates questions (v. CE avis, 21 mai 2007, *Dr. soc.* 2007. 969, concl. F. Seners ; *JCP S* 2007.1982, note P. Morvan ; Soc. 12 juin 2007, *RDT* 2007.524, obs. Ph. Waquet, *JCP S* 2007.1878, note B. Bossu).

D'un autre côté, cependant, une rigueur affleure pour éviter que le sort des contrats de travail ne suive sans raison le sort précaire des activités. L'entité économique, objet du transfert, ne se réduit pas à l'activité, car, pour accéder à la qualité d'entité, cette dernière doit avoir une identité qui survit au transfert. De multiples éléments peuvent être constitutifs de cette identité, et la Cour de Luxembourg, comme la Cour de cassation se refusent à des hypothèses réductrices. L'une et l'autre expriment parfois cette exigence d'identité en soulignant qu'elle n'est satisfaite qu'à la condition que l'activité poursuive un objectif propre (comp. Soc. 7 juill. 1998, *Bull. civ. V*, n° 363, *Dr. soc.* 1998. 948, obs. A. Mazeaud ; et CJCE 10 déc. 1998, *Vidal SA c. Gomez Perez et autres*, C127/9, C229/96, C74/97, *Rec. CJCE*, p. I-8179).

La Cour de cassation n'invente donc rien et ne se démarque pas de la Cour de justice lorsqu'elle veille à ce que les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2, au gré de stratégies, ne servent à concevoir et fonder une « externalisation » discrétionnaire de la main-d'œuvre (v. Soc. 18 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 285, *Dr. soc.* 2000. 850, obs. G. Couturier ; 24 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n° 342 ; 21 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 380 ; 21 juin 2006, *RDT* 2006.173, obs. Ph. Waquet).

II. — Quelle protection ?

A. — Contribuer à la stabilité de l'emploi, telle est la raison d'être que l'arrêt *Goupy* reconnaît déjà au texte promis à devenir l'article L. 122-12 alinéa 2 et dorénavant l'article L. 1224-1. Il énonce en effet qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome (v. *supra* I-B) « les contrats de travail... subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Les contrats se poursuivent donc par l'effet de la cession prévue par la loi. Par les rappels qu'il comporte mais aussi de nouvelles précisions, l'arrêt *Voisin* (n° 64) présente le sens et la portée de la continuité annoncée par le texte.

1. « Le transfert d'une entité économique autonome entraîne de plein droit le maintien, avec le nouvel employeur, des contrats de travail

qui y sont attachés... » : le maintien de plein droit est affirmé depuis longtemps et signifie non seulement qu'aucune manifestation de volonté n'est nécessaire, mais surtout qu'une manifestation de volonté contraire n'est pas efficace. Autrement dit le maintien ne peut être écarté ni par contrat ni par accord collectif. Il est encore précisé que ce sont seulement les contrats attachés à l'entité économique transférée qui sont maintenus par l'effet de la loi (v. Soc. 12 nov. 1997, *Bull. civ. V*, n° 363 et, pour l'hypothèse où le salarié n'accomplit qu'une partie de son activité dans l'entité transférée, Soc. 2 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 145, *Dr. soc.* 2001. 769, obs. G. Couturier).

2. « ... et prive d'effet les licenciements prononcés par le cédant pour motif économique » : c'est à cette formule que se mesure la force que la jurisprudence attribue aujourd'hui à la règle de maintien des contrats, puisqu'elle rend illégal le licenciement pour motif économique prononcé par le cédant, licenciement privé d'effet s'il est prononcé. L'inefficacité juridique du licenciement prononcé par le cédant n'a pas toujours été admise, mais elle est, sans nul doute, la seule sanction à même de répondre à l'objectif de la règle elle-même. De nullité, les arrêts qui rompent avec la vieille logique indemnitaire, ne parlent pas, et se satisfont d'affirmer que le licenciement est sans effet ou de nul effet (v. Soc. 13 juin 1990, *Bull. civ. V*, n° 274 ; 30 juin 1992, *Bull. civ. V*, n° 427). Dorénavant la sanction frappe tout licenciement pour motif économique prononcé par le cédant, la chambre sociale ne semblant plus envisager qu'une réorganisation à l'horizon du transfert puisse en justifier un. Il faut toutefois faire mention des règles spéciales applicables en cas de redressement ou de liquidation judiciaire d'une entreprise ; en substance, elles admettent des licenciements pour motif économique antérieurs au transfert dans la mesure où ils ont été autorisés par décision de justice.

3. « Si le salarié licencié à l'occasion d'un tel transfert a le choix de demander au repreneur la poursuite du contrat de travail rompu ou de demander à l'auteur du licenciement la réparation du préjudice en résultant... » : l'arrêt *Voisin* reprend ainsi la formule récemment forgée par la chambre sociale (Soc. 20 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 94, *Dr. soc.* 2002. 516, note A. Mazeaud, et la chr. de G. Pignarre, *D.* 2003. 14) pour corriger la sèche rigueur de l'inefficacité du licenciement prononcé en méconnaissance de la loi. Le licenciement étant de nul effet, le salarié ne semblait avoir qu'un seul interlocuteur obligé, le repreneur, tenu de poursuivre son contrat ; le cédant était indirectement exonéré de toute responsabilité. Tel était le message que délivrait un arrêt *Guermonprez* (Soc. 20 janv. 1998, *Bull. civ. V*, n° 16, *JCP E* 1998. 564, rapp. Ph. Waquet, *Dr. soc.* 1998. 297, obs. R. Vatinet ; dans le même sens encore Soc. 22 janv. 2002, *Bull. civ. V*, n° 25, *Dr. soc.* 2002. 463,

obs. A. Mazeaud ; *adde* les critiques de M. Henry, *Dr. soc.* 1998. 1049, et *Dr. ouvr.* 2000. 271). À cette froide logique, correction est apportée sous la forme d'une option ouverte au salarié, qui, à la place de la poursuite du contrat, peut demander réparation au cédant.

4. « ... le changement d'employeur s'impose toutefois à lui lorsque le cessionnaire l'informe, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail » : cette proposition est pour partie le rappel d'une jurisprudence ancienne, pour partie une nouveauté.

Selon la Cour de cassation, la règle de maintien des contrats de travail ne crée pas d'obligation à la charge du seul employeur, elle crée une obligation à la charge du salarié, auquel le transfert s'impose (v. par ex. Soc. 16 janv. 1990, *Bull. civ. V*, n° 11 ; 14 déc. 2004, *Bull. civ. V*, n° 331 ; 4 avr. 2006, *RDT* 2006.174 obs. Ph. Waquet). Par là s'explique l'effort accompli pour ne pas permettre trop facilement à des employeurs de se séparer des salariés par un transfert organisé d'une activité (v. *supra* II-B). Pour évoquer la double face de la règle, il est devenu courant de parler de son bilatéralisme ou d'un envers que ne doit pas faire oublier son endroit.

Fidèle à sa jurisprudence, la chambre sociale refuse, dans l'arrêt *Voisin*, de reconnaître au salarié une faculté protégée de refuser ou un droit d'opposition, que connaît le droit allemand, avec, il est vrai, une portée complexe (v. sur ce point, rapp. P. Bailly sous Soc. 11 mars 2003 et la controverse entre Y. Chagny et P. Rodière, *RDT* 2007.216) et dont la Cour de justice admet la compatibilité avec la directive (v. CJCE 7 mars 1996, *Merckx*, C171 et 172/94, *Rec. CJCE*, p. I-253). Et du bilatéralisme de la règle du maintien des contrats de travail, l'arrêt *Voisin* déduit que, lorsque le contrat a été illégalement rompu par le cédant, mais que le cessionnaire — ou repreneur — informe le salarié, avant la fin du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat, la poursuite du contrat s'impose au salarié (v. reprenant la formule, Soc. 25 oct. 2007, *RJS* 1/08.12).

En vérité, l'originalité la plus profonde de l'arrêt, tient à l'importance nouvelle donnée à l'information du salarié. On peut s'étonner que la Cour de cassation n'ait pas établi à charge du cédant une obligation d'informer les salariés concernés (v. Soc. 14 déc. 1990, *Bull. civ. V*, n° 484 ; 14 déc. 1999, *Bull. civ. V*, n° 484) que pourtant la directive communautaire 91/553 du 14 octobre 1991 prévoit. C'est à la charge du cessionnaire qu'une obligation d'information est dorénavant mise si, du moins, celui-ci entend s'assurer que le contrat sera poursuivi. Le temps est venu, cet arrêt en témoigne, de revoir les règles relatives à l'information qui doit accompagner le transfert d'une entité économique.

B. — L'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail (art. L. 1224-1 nouv. C. trav) ne mentionne que la pérennité des contrats de travail, alors que la directive communautaire use d'autres références et organise « *le maintien des droits des travailleurs* ». Il est vrai que le sort des conventions et accords collectifs n'est pas évoqué par le texte français : il est néanmoins fixé par des dispositions législatives, celles de l'article L. 132-8 du Code du travail, remplacé par l'art. L. 2261-14 (sur lesquelles, v. *infra* nos 170-172).

Ce que la jurisprudence a conçu, c'est le sort, en cas de transfert d'une entité économique autonome, des droits et avantages découlant d'un usage ou d'un engagement unilatéral. Alors qu'elle ne conçoit pas leur incorporation automatique au contrat (v. nos 176-178), ce qui leur aurait assuré le sort du contrat lui-même, la Cour de cassation n'en a pas moins décidé que ces droits et avantages subsistent en cas de transfert et pèsent sur le nouvel employeur (v. Soc. 23 sept. 1992, *Bull. civ.* v, n° 479 ; 16 déc. 1992, *Bull. civ.* V, n° 594, *Dr. soc.* 1993. 156, note J. Savatier ; 4 févr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 47, *Dr. soc.* 1997.406). Toutefois elle a récemment limité aux seuls salariés en fonction lors du transfert l'application d'un tel usage ou engagement unilatéral (v. Soc. 7 déc. 2005, *Dr. soc.* 2006.232, note J. Savatier ; 22 nov. 2006, *RDT* 2007.102, obs. Ph. Waquet). Cette limitation crée entre les salariés des différences qui reposent exclusivement sur le moment de leur embauche. C'est dire sa fragilité.

C. — L'article L. 122-12 al. 2 (L. 1224-1 nouv. C. trav) n'est pas applicable lorsque n'est pas caractérisé « *le transfert d'une entité économique maintenant son identité* ». Tel est parfois le cas lorsqu'une entreprise du secteur du nettoyage ou du gardiennage perd un client. Il se peut néanmoins que l'entreprise qui perd le marché et l'entreprise à qui il est attribué tentent d'organiser le transfert des contrats de travail. Il se peut aussi que l'organisation du transfert des contrats, dans de telles hypothèses, soit l'œuvre d'une convention ou d'un accord collectif du secteur concerné. On parle alors couramment, quoique sans rigueur, d'une application contractuelle ou conventionnelle de l'article L. 122-12 al 2 (L. 1224-1 nouv. C. trav). L'expression en tout cas, ne doit pas tromper. Hors des hypothèses visées par la loi, aucun contrat commercial entre entreprises, aucune convention collective ne peuvent imposer à un salarié un changement d'employeur. Aussi c'est à juste titre qu'est décidé, « *en l'absence de poursuite de plein droit des mêmes contrats avec le nouveau titulaire du marché que les [salariés] intéressés étaient en droit de refuser de signer les nouveaux contrats qui leur étaient proposés conformément à la convention collective applicable* » (v. Soc. 10 oct. 2006, *Bull. civ.* V, n° 294, sur lequel v. Y. Chagny, *RDT* 2007.78 qui répond à P. Morvan, *JCP* 2006.1964).

65-68

DISCIPLINE

**65. Soc. 16 juin 1945 — 66. Soc. 16 décembre 1997 —
67. Soc. 16 juin 1998 — 68. Soc. 27 juin 2001**

65. Soc. 16 juin 1945

Ets Poliet et Chausson c. Vialard

(Dr. soc. 1946. 427, note P. Durand)

ARRÊT

La cour : — Sur le premier moyen ;

Vu l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu qu'il résulte des qualités et des motifs du jugement attaqué que Vialard, employé depuis sept ans par les Établissements Poliet et Chausson comme meunier à ciment, a refusé, le 26 juillet 1943, d'exécuter un travail de concassage de charbon qui lui était commandé par le contremaître de l'usine, que, mis à pied pendant une semaine pour ce refus il a réclamé de son employeur devant le conseil de prud'hommes une somme de 450 F à titre de dommages-intérêts pour privation de six jours de salaires ; que le jugement attaqué fait droit à cette demande par le motif, d'une part, que l'employeur n'a produit aucune stipulation d'un règlement intérieur susceptible de justifier une mesure d'autant plus préjudiciable à l'ouvrier qu'elle l'avait atteint à une époque où les règles relatives au contrôle et à l'orientation de la main-d'œuvre l'avaient empêché de trouver un travail de remplacement ; d'autre part, que Vialard, ouvrier spécialisé, et dont la capacité physique de travail était réduite, n'avait commis aucune faute en refusant le travail nouveau qui lui était commandé ;

Mais attendu que la seule question dont le tribunal était saisi par les conclusions des parties était celle de savoir si, dans la mesure prise à l'égard de Vialard, les Établissements Poliet et Chausson s'étaient rendus coupables d'une faute les obligeant à la réparation du préjudice que cette mesure avait pu causer à l'employé ;

Or, attendu, tout d'abord, que, contrairement au motif du jugement attaqué, cette faute ne résultait pas du seul fait que la mesure prise n'était pas prévue par un règlement intérieur, cette circonstance ne pouvant, en effet, priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité, et dont il a la faculté en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'il suit de là que, dans la cause, le

jugement attaqué ne pouvait condamner l'employeur à payer des dommages-intérêts qu'à la condition de constater la faute dont celui-ci s'était rendu coupable ;

Attendu, en second lieu, que l'existence de cette faute ne résulte pas davantage de ce que la mesure a eu pour conséquence de priver l'employé de salaire pendant six jours, ce fait pouvant être retenu pour l'évaluation des dommages-intérêts, mais non pour l'établissement de la faute ;

Attendu, en troisième lieu, que le patron n'est pas en faute pour avoir ordonné un travail que l'employé avait la faculté de refuser ;

Attendu, enfin, que les motifs prérapelés du jugement étaient d'autant plus insuffisants que les Établissements Poliet et Chausson, par des conclusions reproduites aux qualités dudit jugement et auxquelles le tribunal n'a pas répondu, ont soutenu qu'aucune faute ne pouvait leur être reprochée dans la mesure d'éloignement par eux prise à l'égard de Vialard, parce que la demande d'un nouveau travail faite à cet ouvrier avait eu pour cause unique le manque d'approvisionnement de l'usine, parce que cette demande avait été faite avec cette précision que le changement d'emploi serait momentané, parce qu'elle avait eu lieu, enfin, dans le seul but d'éviter à Vialard une mise en chômage en lui offrant le seul travail qui pouvait lui être donné à cette époque ;

D'où il suit que le jugement attaqué, en statuant comme il l'a fait, a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen, casse.

66. Soc. 16 décembre 1997

X c. Office notarial de M^{es} Ryssen et Blondel

(*Bull. civ. V, n° 441*)

ARRÊT

Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Vu l'article L. 122-40 du Code du travail :

Attendu que M. X... a été engagé comme clerc de notaire le 1^{er} juin 1965 ; qu'à la suite de la publication, dans la presse locale, de sa condamnation par le tribunal correctionnel pour aide à séjour irrégulier d'un étranger, l'employeur l'a licencié le 16 septembre 1992 pour faute grave ; qu'il a été relaxé ultérieurement par la cour d'appel ;

Attendu que pour retenir que le licenciement était justifié par une faute grave, la cour d'appel a énoncé que l'article de presse avait connu une diffusion régionale importante et qu'il était rédigé en des termes de nature à nuire à la bonne réputation de l'office notarial ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que *le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute*, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 novembre 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Douai.

67. Soc. 16 juin 1998**Hôtel Le Berry**

(*Bull. civ. V*, n° 320 ; *Dr. soc.* 1998, 803, rapp. Ph. Waquet ; *JCP E* 1998, 1789, note D. Corrigan-Carsin ; *D.* 2000, Somm. 171, obs. M.-C. Amauger-Lattes)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en ses première et deuxième branches :

Vu l'article 1134 du Code civil, ensemble les articles L. 122-14-3, L. 122-40, L. 122-41 et L. 122-44 du Code du travail ;

Attendu qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; que, cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la sanction refusée ;

Attendu que Mme Khoulhi a été embauchée le 5 août 1990 par la société Le Berry en qualité de directrice d'hôtel et affectée à l'hôtel-restaurant Le Berry à Bourges ; qu'après un entretien préalable, la société a notifié, le 20 avril 1994, à sa salariée qu'elle était rétrogradée dans l'emploi de « chef de réception » ; que, par lettre du 26 avril 1994, l'intéressée a refusé cette modification de son contrat de travail ; qu'elle a, alors, été licenciée par lettre du 29 avril 1994 ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel énonce que la rétrogradation prononcée le 20 avril 1994, après un entretien préalable et au motif de griefs constitutifs de fautes, constituait une sanction disciplinaire et qu'il s'ensuit que les griefs ainsi déjà sanctionnés, à l'égard desquels l'employeur avait épuisé son pouvoir disciplinaire, ne pouvaient plus être invoqués à l'appui du licenciement ; qu'il est donc inutile d'en examiner la réalité et la gravité ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relève, par ailleurs, que Mme Khoulhi avait refusé la modification de son contrat de travail et qu'il lui appartenait, dès lors, d'examiner si les faits invoqués par l'employeur constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a condamné la société Le Berry à payer une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 15 septembre 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Bourges (...).

68. Soc. 27 juin 2001**Daouai**

(*Bull. civ. V*, n° 236)

ARRÊT

Attendu que M. Daouai a été engagé par M. Bigot en qualité de cuisinier par contrat initiative-emploi à durée déterminée du 3 avril 1996, pour une durée de deux ans, avec période d'essai d'un mois ; que l'employeur a rompu le contrat à durée déterminée pour faute grave par lettre du 20 juin 1996 reçue le 21 suivant ;

que le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 122-3-8 du Code du travail et d'une demande d'indemnité de précarité ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 122-3-8 et L. 122-40 du Code du travail ;

Attendu que pour rejeter les demandes du salarié, la cour d'appel a énoncé que l'employeur fait état d'un avertissement du 14 juin 1996, rappelé dans la lettre de rupture du 20 juin 1996 en retenant qu'il aurait été sans effet ; que toutefois, l'avis de réception du courrier daté du 14 juin 1996 adressé en recommandé à M. Daouai porte la date du 21 juin 1996, donc postérieure à la date de départ de ce salarié de l'entreprise le 19 juin 1996 ; que dans ces conditions, ledit avertissement ne saurait être pris en considération ; que les éléments concordants produits démontrent que lors de la présence de M. Daouai, seul cuisinier, la qualité des plats servis par le restaurant « La Ripaille » avait considérablement baissé, que de plus, M. Daouai a agi volontairement ; que dans ces conditions, la rupture est fondée sur une faute grave rendant immédiatement impossible la poursuite de tout lien contractuel ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que *l'avertissement et la lettre de rupture sanctionnant les mêmes faits avaient été reçues le même jour par le salarié, ce dont il résultait que l'employeur avait prononcé une double sanction*, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Et sur le second moyen :

Vu l'article L. 122-41 du Code du travail ;

Attendu qu'en application de ce texte, *la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée pour faute grave relève de la procédure disciplinaire, et l'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable* ;

Attendu que pour décider que le salarié ne recevrait pas d'indemnité au titre du non-respect de la procédure, la cour d'appel a énoncé que certes il ne ressort pas des pièces produites qu'une lettre convoquant M. Daouai à un entretien préalable lui ait été adressée par lettre recommandée avec avis de réception ou remise en main propre contre décharge signée ; que, toutefois, si cette irrégularité de la procédure est avérée, M. Daouai ne sollicite pas le versement de dommages-intérêts à ce titre, observation faite que ladite irrégularité ne lui a causé aucun préjudice ;

Attendu cependant qu'il résultait des propres constatations de l'arrêt que le salarié avait formé une demande de dommages-intérêts à raison de la rupture anticipée du contrat de travail, laquelle tendait à faire réparer aussi bien le préjudice résultant de cette rupture, que celui résultant de l'irrégularité de la procédure ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'inobservation des règles de forme cause nécessairement au salarié un préjudice qu'il lui appartenait de réparer, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 décembre 1997, entre les parties, par la cour d'appel de Paris (...).

OBSERVATIONS

Les controverses qu'a suscitées la discipline dans l'entreprise ont perdu de leur vivacité depuis la loi du 4 août 1982 qui, tout en préservant le pouvoir disciplinaire de l'employeur, l'a doté d'un véritable

régime juridique. Ce dernier combine exigences de procédure, cantonnement des sanctions et organisation d'un contrôle judiciaire.

L'arrêt *Poliet et Chausson* du 16 juin 1945 (n° 65) n'en conserve pas moins son intérêt. Il affirme que le pouvoir disciplinaire est inhérent à la qualité d'employeur et admet ainsi que ce pouvoir sur autrui n'a pas besoin d'une habilitation légale expresse pour être exercé. Était en discussion la possibilité pour un employeur de recourir à une sanction de mise à pied non prévue par le règlement intérieur. Pour la chambre sociale, dès lors que le pouvoir disciplinaire ne requérait pas pour être exercé une assise légale, une telle sanction pouvait être régulièrement infligée. C'est, à sa façon, la rudesse de cette doctrine qui, après bien des péripéties, a fini par convaincre de la nécessité d'une intervention législative. Avec la loi de 1982, le règlement intérieur fixe « la nature et l'échelle des sanctions » (art. L. 122-34 C. trav. devenu L. 1321-1 nouv. C. trav.), ce qui devrait logiquement interdire toute sanction non prévue par ledit règlement.

Comme toute loi nouvelle, la loi du 4 août 1982 a connu ses difficultés d'interprétation. Mais la jurisprudence ne se borne pas à leur règlement, car elle cherche à insérer le pouvoir disciplinaire dans l'ordonnancement des rapports de travail. Ces efforts vont, au moins, dans deux directions.

I. — Du côté de la faute

A. — Faut-il s'entendre sur ce qu'est une faute emportant application des dispositions des articles L. 1331-1 nouv. C. trav. (qui se substituent aux art. L. 122-40 et s.), une faute susceptible pour cette raison d'être appelée une faute **disciplinaire** ? Certains doutent de cette nécessité et remarquent d'ailleurs que l'application de ces dispositions n'est pas subordonnée à une faute, mais à une sanction. L'observation est littéralement incontestable, mais la sanction est présentée comme réaction à un agissement... fautif.

Mais peut-on s'entendre sur ce qui est une faute disciplinaire ou n'est-ce pas, tel un standard, une notion rétive à toute définition ? L'écueil principal paraît en tout cas bien identifié : le pouvoir disciplinaire, tel que conçu par le droit du travail, correspond à une forme d'organisation et d'exercice du pouvoir dans laquelle les obligations de ceux qui le subissent ne sont pas définies par un contrat. La faute qui justifie son exercice n'est donc pas réductible à la faute contractuelle. Il n'est pourtant pas sûr que l'on puisse aller au-delà de cette analyse.

La jurisprudence, pour sa part, ne propose pas de définition. Elle procède plutôt par touches, insistant par exemple pour soustraire à toute sanction disciplinaire, le salarié malade qui méconnaît ses obliga-

tions d'ordre médical, sur le fait que les obligations qui donnent prise au pouvoir disciplinaire « *résultent du contrat de travail* » (Soc. 28 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 249 ; v. aussi Soc. 21 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 115). L'expression n'est pas dépourvue d'ambiguïté, car la faute disciplinaire ne décalque pas, en négatif, les obligations contractuelles. La jurisprudence souligne, en tout cas, que les obligations, dont la méconnaissance constitue une faute disciplinaire, lient le salarié « *à l'égard de son employeur* » (Soc. 4 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 263, à propos d'un salarié, qui avait fait prendre en charge par le comité d'entreprise, dont il était membre et trésorier, certaines dépenses personnelles).

Pour se repérer dans une redoutable casuistique, il ne faut pas omettre les enjeux de la qualification. Parfois, il s'agit de déterminer si, dans son action, l'employeur a usé du registre approprié : son initiative relevait-elle de la discipline ou de la direction des personnes ? A-t-il pris en compte une faute ou une insuffisance professionnelle, les deux notions s'excluant (v. Soc. 31 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 186 ; 9 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 170) ?

Parfois il s'agit de savoir si l'employeur avait un quelconque pouvoir : n'était-il pas sans qualité pour réagir ? C'est au souci de circonscrire l'empire du pouvoir de l'employeur que répond la proposition que formule l'arrêt du 16 décembre 1997 (**n° 66**) : « *le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne pouvait pas constituer une faute* ».

B. — L'idée que le pouvoir de l'employeur a une aire limitée est présente depuis longtemps dans la jurisprudence (v. par ex. Soc. 8 juill. 1960, *Bull. civ. V*, n° 756). Mais comment l'exprimer ? Un temps, sensible à la consécration législative de la protection de la vie privée (art. 9 C. civ., issu de la loi du 17 juill. 1970), la chambre sociale a fait référence à cette notion pour fixer certaines bornes au pouvoir disciplinaire (v. Soc. 22 janv. 1992, *Bull. civ. V*, n° 30, *Dr. soc.* 1992. 265). Référence utile, mais vite jugée trop étroite, car insusceptible de viser des faits publics, quoique sans rapport avec l'emploi, elle a été intégrée dans l'appellation plus large de **vie personnelle**, dont la chambre sociale fait usage dans l'arrêt du 16 décembre 1997 (v. déjà Soc. 14 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 175 ; puis, entre autres, 15 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 279 ; 27 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 249), sous la forte suggestion d'un de ses membres (v. Ph. Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSB* 1994, n° 64, p. 289 ; du même auteur, *Dr. soc.* 2004. 23). La vie personnelle englobe des actions publiques ou menées en public, telles que les activités militantes ou de consommation ; des activités qui se déploient sur les lieux de travail, telles des communications pour des raisons non professionnelles (Soc. 2 oct. 2001, *Nikon, Dr. soc.*

2001. 915, note J.-E. Ray, *D.* 2001. 3148, note P.-Y. Gautier, *D.* 2002, *Somm.* 2296, obs. C. Caron, *RTD civ.* 2002. 72, obs. J. Hauser). Tributaire, il est vrai, de représentations sociales inspirant les juges, la vie personnelle désigne-t-elle une sphère d'où le pouvoir de l'employeur serait définitivement chassé ?

Le pouvoir revient « lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions, et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière » (Soc. 17 avr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 201, *Dr. soc.* 1991. 485, note J. Savatier ; 20 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n° 513, *Dr. soc.* 1992. 79 ; 22 janv. 1992, *préc.* ; 30 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 429 ; 14 nov. 2000, *Bull. civ.* V, n° 369 ; 3 déc. 2002, *Bull. civ.* V, n° 361). Ce retour du pouvoir, au nom de la protection traditionnelle de l'entreprise contre les troubles, ne va pas sans de délicates questions. Comme ce n'est pas le comportement, mais ses effets, qui peuvent être invoqués par l'employeur, ceux-ci ne doivent-ils pas être directs ou tangibles ? La formule suggère de telles exigences et elles sont présentes dans certaines décisions, mais, dans un récent arrêt de censure, la chambre sociale reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les faits imputés au salarié n'avaient pas, à eux seuls, jeté le discrédit sur l'entreprise (Soc. 21 mai 2002, *JCP E* 2002. 1604). Quel est le régime de la mesure que l'employeur prend en raison du trouble caractérisé créé au sein de l'entreprise ? Comme elle est supposée répondre, non à un comportement, mais au trouble objectif qui en découle, elle n'a pas un caractère disciplinaire. S'il s'agit d'un licenciement, comment le qualifier pour déterminer son régime ? Ni disciplinaire ni économique, il relève des règles générales, et trouve sa justification dans le trouble objectif créé dans l'entreprise. De façon surprenante, certains arrêts n'en admettent pas moins que le licenciement, dans de tels cas, peut reposer sur une faute grave (v. Soc. 3 déc. 2002, *préc.*) et, pour ce faire, rattachent certains faits relevant de la vie personnelle du salarié, à la vie professionnelle (v. un exemple dans Soc. 3 décembre 2003, *JCP* 2004. II. 10025, note D. Corrignan-Carsin). Les frontières sont devenues de plus en plus perméables entre l'aire de la vie personnelle et l'aire de la discipline du travail (v. la confusion qu'opère Soc. 25 janv. 2006, *Bull. civ.* V, n° 26, *Dr. soc.* 2006.83, note J. Mouly, *ibid.* 848 chr C. Matthieu). Aussi il est heureux que la Cour de cassation en soit récemment revenue à plus de clarté et de logique en excluant, en principe, que « le licenciement prononcé à raison du trouble objectif créé dans l'entreprise par un acte de vie personnelle soit considéré comme disciplinaire » (Ch. mixte 18 mai 2007, *D.* 2007.2137, note J. Mouly, *RDT* 2007.527 obs. T. Aubert-Montpeyssen, *Sem. Soc. Lamy* 2007, n°1310, note Ph. Waquet, *RJS* 7/07, p. 607, avis C. Mathon ; plus généralement v. Ph. Waquet, *RDT* 2007.304).

II. — Du côté de la sanction

A. — L'article L. 122-40 du Code du travail, issu de la loi du 4 avril 1982 (art. L. 1331-1 nouv. C. trav.) ne manque pas de générosité : toute mesure prise par un employeur peut constituer une sanction. Le mérite de cette conception compréhensive de la sanction est d'étendre le bénéfice des garanties disciplinaires, comme l'exigence d'un entretien préalable (art. L. 122-41 C. trav. devenu L. 1332-2 nouv. C. trav.) ou encore la prescription de deux mois de l'article L. 122-44 (art. L. 1332-4 nouv. C. trav.). Ainsi la jurisprudence soumet le licenciement pour faute aux dispositions du droit disciplinaire, dont celle qui prévoit la prescription de faits fautifs (Soc. 28 juin 1990, *Bull. civ.* V, n° 327). Ainsi encore l'employeur qui envisage de rompre un contrat à durée déterminée pour faute doit convoquer le salarié à un entretien préalable (Soc. 27 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 341), ce que rappelle avec force l'arrêt du 27 juin 2001 (**n° 68**).

Pouvant être une mesure quelconque, une sanction n'est pas nécessairement un acte juridique. Elle peut consister en un changement des conditions de travail, qui, dans une telle hypothèse, sera soumis à la procédure et au contrôle disciplinaires (v. Soc. 10 juill. 1996, *Bull. civ.* V, n° 277). La notion qui s'en rapproche le plus est la notion d'acte faisant grief, qui vient du droit administratif.

Un problème délicat de qualification surgit lorsque la mesure critiquée consiste par exemple en un refus d'augmentation de salaire, en une absence de promotion, en la cessation d'un détachement. À suivre l'article L. 122-40 (art. L. 1331-1 nouv. C. trav.), la soumission de telles mesures au régime de la discipline dépend de leur motif. S'il apparaît que la mesure fait suite à des reproches, elle constitue une sanction, et, dans ce cas, si elle a un objet pécuniaire, elle tombe sous le coup de l'interdiction des sanctions pécuniaires (v. Soc. 7 mai 1991, *Bull. civ.* V, n° 219 ; 2 avr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 137). Mais les motifs peuvent être plus incertains. Une attention particulière est alors portée à la latitude dont disposait l'employeur. Si la mesure relève de sa discrétion, elle n'est pas présumée être une sanction (v. par ex. Soc. 16 mars 1992, *Dr. soc.* 1992. 475). Une présomption joue, en revanche, si la mesure traduit une méconnaissance par l'employeur des règles auxquelles son pouvoir était soumis (v. par ex. Soc. 20 mai 1990, *Bull. civ.* V, n° 122).

Un salarié peut-il refuser de se soumettre à une sanction disciplinaire ? La question peut surprendre et continuer d'étonner ceux qui conçoivent le pouvoir disciplinaire comme doté d'une irrésistible puissance. À vrai dire, elle ne se pose que si la sanction atteint l'activité du salarié, et notamment lorsque, affectant un élément du contrat, elle modifie les fonctions correspondant à la qualification reconnue, le lieu

de travail ou les deux. La jurisprudence a connu, sur ce sujet, une évolution radicale, non sans péripétie. Le refus opposé par le salarié à une mutation ou une rétrogradation disciplinaire a longtemps été analysé comme le rendant responsable de la rupture ou en tout cas justifiant son licenciement pour faute grave (Soc. 30 avr. 1985, *Bull. civ. V*, n° 266 ; puis apportant un modeste tempérament, Soc. 4 oct. 1990, *Bull. civ. V*, n° 412).

Un virage important semblait avoir été pris avec l'arrêt *Saint Michel* du 21 février 1990 (*Bull. civ. V*, n° 74, *Dr. soc.* 1991. 16, chr. A. Mazeaud ; *adde* J. Pelissier, Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire, *D.* 1992, Chr. 30) qui reconnaissait au salarié le droit de refuser une sanction, lorsqu'elle constituait une modification du contrat de travail. Et d'ajouter que, faute d'assentiment du salarié : « *il appartient à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture en mettant en œuvre la procédure de licenciement* ». La formule ainsi forgée ne réglait pas tout, mais traduisait clairement le souci de ne pas sacrifier le contrat sur l'autel de la discipline. Toutefois, quelque temps après, la chambre sociale retrouvait son inspiration antérieure pour affirmer, dans une affaire passablement complexe, que « *le refus du salarié de se soumettre à la sanction rendait impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée du préavis* » (Soc. 9 oct. 1991, *Bull. civ. V*, n° 400, *Dr. soc.* 1991. 787) et, dans cette voie, qualifiait de faute grave le refus — au moins persistant — du salarié de se soumettre à la modification constitutive de sanction (Soc. 13 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992. 77 ; 7 avr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 598, obs. A. Mazeaud ; 19 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998. 198, obs. C. Marraud).

Après un nouvel examen, dans son arrêt *Hôtel Le Berry*, (n° 67), la chambre sociale a redonné sa place au contrat, en déniait à l'employeur le pouvoir d'imposer une modification du contrat constitutive de sanction. Et de préciser qu'en cas de refus, l'employeur peut prononcer une autre sanction. Un licenciement n'est pas exclu, mais il y a, dans ce cas, tout lieu d'estimer que les exigences attachées à tout licenciement disciplinaire, qu'elles aient trait à la procédure ou au contrôle de la justification, doivent être respectées. Tel est le sens d'un récent arrêt qui impose alors un nouvel entretien préalable mais, en contrepartie, fait partir le délai d'un mois laissé pour prononcer la sanction de la date de l'entretien (Soc. 27 mars 2007, *JCP* 2007. II. 10093, note D. Corrignan-Carsin, *RDT* 2007.459, obs. S. Frossard, *JCP S* 2007.1444, note B. Bossu).

En fin de compte, l'arrêt *Hôtel Le Berry* parfait l'unité du régime juridique de la modification du contrat (sur lequel v. n°s 49 et s.). Il ne sape pas l'édifice du pouvoir disciplinaire, mais en intègre mieux l'exercice dans l'ordonnancement des rapports de travail.

B. — En décidant qu'en cas de refus d'une modification contractuelle constitutive d'une sanction, l'employeur peut prononcer une autre sanction, la chambre sociale ne méconnaît pas la règle, qu'elle a elle-même imposée dans le régime de la discipline, l'interdiction d'une double sanction des mêmes faits, citée souvent sous la forme de l'adage : *non bis in idem*. N'ayant pas infligé la sanction refusée, l'employeur n'a pas épuisé son pouvoir disciplinaire à l'égard des agissements reprochés. C'est en effet cette présentation qu'adoptent nombre d'arrêtés (v. par ex. : Soc. 18 févr. 1998, *Dr. soc.* 1998. 499, obs. A. Jeammaud) pour faire comprendre la raison d'être de l'interdiction de la double sanction.

C'est sans le secours d'un texte spécial que la Cour de cassation, après des hésitations (comp. Soc. 15 mars 1973, *Bull. civ.* V, n° 164 et Soc. 8 nov. 1978, *Bull. civ.* V, n° 745), a formulé l'interdiction (v. Soc. 27 sept. 1984, *Bull. civ.* V, n° 339) et lorsque, aujourd'hui, comme dans l'arrêt *Daouai* (n° 68), elle doit rappeler à l'ordre certains juges du fond, elle le fait au visa très général de l'article L. 122-40 (art. L. 1331-1 nouv. C. trav.), et sans citer l'adage, en condamnant la « double sanction ». La règle n'interdit pas toute nouvelle prise en compte d'un fait déjà sanctionné, mais ce ne peut être que pour donner sens à un grief nouveau. Surtout, l'interdiction n'a trait qu'à des mesures constitutives de sanction. Or n'en constitue pas une, la mise à pied conservatoire prévue par l'article L. 122-41 alinéa 3 (art. L. 1332-3 nouv. C. trav.). Par là, apparaît l'importance de la qualification d'une suspension du contrat décidée par un employeur en présence d'un fait considéré comme fautif : mise à pied disciplinaire, elle ne peut être suivie, pour le même motif, d'un licenciement, alors que, mise à pied conservatoire, elle est l'antichambre d'un licenciement.

La distinction entre les deux variétés de mise à pied n'est pas toujours commode (v. par ex. : Soc. 18 févr. 1998, *préc.*). L'effort accompli par la chambre sociale pour en souligner les traits respectifs n'en est que plus appréciable. Une mise à pied prononcée pour une durée déterminée a un caractère disciplinaire (Soc. 3 mai 2001, *Dr. soc.* 2001. 890, obs. J. Savatier ; 12 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 539, obs. J. Savatier) ; pour être conservatoire, une mise à pied, nécessairement à durée indéterminée (Soc. 6 nov. 2001) doit être prononcée au début de la procédure disciplinaire et dans la perspective explicite d'un éventuel licenciement (Soc. 6 nov. 2001 et 19 juin 2002, cités par Ph. Waquet, *Dr. soc.* 2002. 865).

Plus surprenante est l'admission, dans un arrêt récent, d'une mesure conservatoire, autre qu'une mise à pied, en l'occurrence un changement d'affectation. Le contexte n'est peut-être pas étranger à cette innovation ; le salarié faisait en effet l'objet de poursuite pénale pour harcèlement sexuel (v. Soc. 20 déc. 2006, *Bull. civ.* V, n° 391, *JCP S* 2007.1296, note B. Bossu).

69-70

LES DROITS DE LA PERSONNE DU SALARIÉ

69. Soc. 28 mai 2003 — 70. Soc. 2 octobre 2001

69. Soc. 28 mai 2003

Montribot c. Sagem

(*Bull. civ.* V, n° 178 ; *Dr. soc.* 2003. 808, note Ph. Waquet ; *ibid.* 2004. 132, chr. P. Lokiec ; *JCP* 2003. II. 10128, note D. Corrignan-Carsin ; *D.* 2003. 2718, note F. Guiomard ; *ibid.* 2004, Somm. 176, obs. A. Pousson)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que M. Montribot, embauché le 1^{er} octobre 2000 en qualité d'agent technique des méthodes par la société Sagem, a été licencié le 22 juin 2001 après être venu, le 21 mai 2001, travailler en bermuda et continué les jours suivants à porter la même tenue vestimentaire ce, en opposition ouverte avec ses supérieurs hiérarchiques qui lui demandaient oralement puis par écrit de porter un pantalon sous la blouse prescrite par le règlement intérieur de l'entreprise ; que le salarié a saisi le 4 juillet 2001 la formation de référé du conseil de prud'hommes, demandant, sur le fondement des articles L. 122-45 et L. 120-2 du Code du travail, l'annulation de son licenciement et sa réintégration sous astreinte ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Rouen, 13 nov. 2001) d'avoir débouté M. Montribot de sa demande tendant à ce que soit ordonnée la poursuite de son contrat de travail avec la Sagem, alors, selon le moyen :

1° que la liberté de se vêtir à sa guise et la liberté d'expression revendiquée par M. Montribot à l'occasion de sa contestation de l'obligation qui lui était faite de porter un pantalon dans l'exercice de ses fonctions d'agent technique des méthodes relèvent incontestablement des droits de la personne et des libertés individuelles et collectives visées par l'article L. 120-2 du Code du travail ;

2° qu'en excluant ces libertés de la catégorie des libertés fondamentales au motif qu'elles n'entrent pas dans l'énumération des cas de différenciation illicite proscrits par les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail, la cour d'appel a procédé par voie de simple affirmation et ainsi privé sa décision de toute base légale au regard des dispositions de l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Mais attendu que *si, en vertu de l'article L. 120-2 du Code du travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au*

but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ;

Et attendu que les énonciations tant du jugement du conseil de prud'hommes que de l'arrêt confirmatif attaqué font apparaître que la tenue vestimentaire de M. Monribot était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail de sorte que la cour d'appel a pu en déduire qu'il n'y avait pas de trouble manifestement illicite qu'il y avait lieu de faire cesser ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

70. Soc. 2 octobre 2001

Nikon

(Bull. civ. V. n°291 ; D. 2001.3148, note P.Y. Gautier ; ibid. Somm 2296, obs. C. Caron ; Dr. soc. 2001.915 note J.E. Ray ; RTD civ. 2002.76 note J. Hauser ; Dr. ouvr. 2002.76, note A. de Senga)

Attendu que la société Nikon France a engagé M. Onof le 22 avril 1991 en qualité d'ingénieur, chef du département topographie ; que le 7 septembre 1992, le salarié a conclu avec les sociétés Nikon Corporation et Nikon Europe BV un accord de confidentialité lui interdisant de divulguer certaines informations confidentielles communiquées par ces deux sociétés ; que le 29 juin 1995, il a été licencié pour faute grave, motif pris, notamment, d'un usage à des fins personnelles du matériel mis à sa disposition par la société à des fins professionnelles ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant au paiement d'indemnités fondées sur un licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que d'une somme à titre de contrepartie de la clause de non-concurrence conventionnelle ;

Sur le moyen unique du pourvoi de la société Nikon France :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour condamner la société Nikon France à payer l'indemnité prévue par la clause de non-concurrence conventionnelle, la cour d'appel a énoncé que l'interdiction de divulguer des informations confidentielles revenait à interdire au salarié de s'engager en sa qualité d'ingénieur-géomètre chez un concurrent et que l'accord de confidentialité devait donc produire les effets de cette clause de non-concurrence ;

Attendu, cependant, que l'accord de confidentialité conclu le 7 septembre 1992 entre le salarié et les sociétés Nikon Corporation et Nikon BV interdisait seulement au salarié de divulguer des informations, portées à sa connaissance par ces deux sociétés, expressément identifiées comme confidentielles et de nature à permettre le développement d'un programme spécifique ; que, contrairement à la clause de non-concurrence prévue par l'article 28 de la Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie applicable en l'espèce, l'accord n'interdisait pas au salarié de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui a donné à l'accord de confidentialité, dont les termes étaient clairs et précis, une portée qu'il n'avait pas, a dénaturé cet accord et ainsi violé le texte susvisé ;

Sur le pourvoi incident de M. Onof :

Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ;

Attendu que pour décider que le licenciement de M. Onof était justifié par une faute grave, la cour d'appel a notamment retenu que le salarié avait entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle ; qu'elle s'est fondée pour établir ce comportement sur le contenu de messages émis et reçus par le salarié, que l'employeur avait découverts en consultant l'ordinateur mis à la disposition de M. Onof par la société et comportant un fichier intitulé " personnel " ;

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

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 22 mars 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Paris

OBSERVATIONS

L'essor des droits de la personne du salarié dans les rapports du travail constitue l'un des mouvements profonds du droit du travail contemporain. À quels facteurs cet essor est-il imputable ? Raisonnement, on les devine nombreux. Si les droits de la personne sont identifiés aux droits fondamentaux, leur invocation ne se limite pas au droit du travail, mais il y illustre une forme de constitutionnalisation qui touche tout le droit privé. Le mouvement exprime plus généralement la considération croissante de la personne de la part du droit du travail. Il recouvre ainsi une dimension positive de ce qui est souvent appelé l'individualisation. Il pourrait encore être la marque même des menaces croissantes qui, sophistication des technologies aidant, pèsent sur la personne du salarié, son autonomie et sa dignité.

Les règles d'où résulte une opposabilité à l'employeur des droits de la personne du salarié proviennent de deux types de sources. Les unes sont *générales*, en ce qu'elles n'ont pas de vocation restreinte aux rapports de travail. Il est remarquable que la chambre sociale de la Cour de cassation ait pris l'habitude de se référer à l'article 9 du Code civil ; et mieux encore aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (v. Soc. 12 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 17 ; 26 nov. 2002, *Bull. civ. V*, n° 252, *D.* 2003, *Somm.* 394, obs. A. Fabre, *RJS* 2/03, p. 104, avis J. Duplat, chr. J. Ravanis, *D.* 2003. 1305) auxquelles elle assure, quand il le faut, une applicabilité directe horizontale, c'est-à-dire une aptitude à être invoquée dans les rapports entre particuliers.

Les autres règles trouvent leur siège dans des dispositions du Code du travail et sont, à ce titre, *spéciales*. Les premières, celles de l'article L. 122-35 du Code du travail (art. L. 1321-3 nouv. C. trav.), relatives au règlement intérieur remontent à la loi du 4 août 1982. Il faut aujourd'hui y ajouter les dispositions relatives au recrutement et à l'évaluation (art. L. 121-6 et s. devenus L. 1221-6 et s. et L. 1222-2 et s. nouv. C. trav.), aux discriminations (art. L. 122-45 et s. devenu L. 1132-1 et s. nouv. C. trav.) et au harcèlement (art. L. 122-46 et s. devenu L. 1152-1 et s. nouv. C. trav.), mais surtout l'attention est attirée par l'article L. 120-2 C. trav. (L. 1121-1 nouv. C. trav.), issu d'une loi du 31 décembre 1992. Par la place qu'il occupe dans l'architecture du Code, l'ancien comme le nouveau, par la généralité des personnes auxquelles il s'adresse (« *nul ne peut...* »), par l'ambition qu'il affiche, ce texte est sans doute promis à un bel avenir... contentieux.

L'arrêt *Montribot* du 28 mai 2003 (n° 69), connu sous la désignation journalistique d'arrêt du bermuda, n'inaugure pas la vie contentieuse de l'article L. 120-2 du Code du travail. Avant lui, à plusieurs reprises, la chambre sociale l'a visé dans ses arrêts. Il n'en est pas moins l'arrêt qui donne au texte une économie particulière. Quant aux prérogatives dont le salarié peut se prévaloir (I), sur son fondement, l'interprétation est extensive. Ce libéralisme contraste avec une vision restrictive des sanctions (III). La conception des restrictions admissibles apportées aux prérogatives garanties reste incertaine (II).

I. — Des droits garantis

L'expression de l'article L. 120-2 du Code du travail (L. 1121-1 nouv. C. trav.) reprend à la lettre celle de l'article L. 122-35 du Code du travail (L. 1321-3 nouv. C. trav.), de dix ans plus ancien et, moyennant une légère adaptation, la formule de ce dernier texte a été empruntée à l'arrêt *Peintures Corona* du Conseil d'État du 1^{er} février 1980 (*Dr. soc.* 1980. 310, concl. A. Bacquet). La répétition fidèle est, sans nul doute, destinée sinon à supprimer, au moins à tempérer, les querelles d'interprétation. Pourtant leurs aliments ne manquent pas, dont quelques exemples doivent être donnés. Quel sens donner aux droits des personnes, alors qu'en droit privé il est plus courant de parler des droits de la personnalité et que le texte invite à les distinguer des libertés ? Quel sens donner aux libertés, alors que, par exemple, la loi du 30 juin 2000 étend l'empire du référé administratif au nom de la « *sauvegarde d'une liberté fondamentale* » et que connues d'une certaine langue politique, les libertés collectives sont ignorées de la langue juridique ? C'est pourtant ce vocable dont fait usage la Cour de cassation pour faire application des dispositions de l'article L. 120-2 lors-

qu'un salarié exerce sa liberté de manifestation (V. Soc. 23 mai 2007, *RDT* 2007.586, obs. T. Aubert-Montpeyssen, *D.* 2007. Pan. 3037, obs. C. Geniaux, *JCP* 2007.10148, note J. Mouly, *Dr. ouvr.* 2008.70, note J. Porta, *JCP S* 2007.1510, note R. Vatinet).

Grande est la tentation de ramener la dualité des droits et des libertés à l'unité des droits fondamentaux, même si cette catégorie ne se prête pas à une commune interprétation. Au moins convie-t-elle à retenir comme élément distinctif, parmi d'autres plus sujets à controverses, le niveau hiérarchique des règles de reconnaissance. Cette catégorie présente ainsi l'avantage de faire apparaître que des libertés résultent des droits et qu'ainsi il serait judicieux de parler de droits à telle ou telle liberté. Ajoutons qu'à côté des droits à une liberté, d'autres droits fondamentaux sont reconnus, tournés notamment vers la protection de la personne.

Jusqu'à l'arrêt *Montribot*, la chambre sociale s'était référée à l'article L. 120-2 du Code du travail pour justifier l'invocation de prérogatives qui entrent, sans difficulté, dans la catégorie des droits fondamentaux. Au visa de ce texte, la liberté du travail permet, par exemple, un contrôle de conditions auxquelles le versement d'une prime est subordonné (v. Soc. 18 avr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 139, *Dr. soc.* 2000. 647, obs. C. Rade) ainsi qu'un contrôle de stipulations contractuelles, telles que la clause de non-concurrence (sur laquelle **n° 44 et s.**) et la clause d'exclusivité (Soc. 11 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 176). Toujours au même visa, la liberté d'expression a trouvé sa reconnaissance dans les rapports de travail (v. l'arrêt *Pierre* **n° 13** ; Soc. 2 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 142, *Dr. soc.* 2001. 1003, obs. B. Gauriau ; 30 oct. 2002, *Dr. soc.* 2003. 136, obs. F. Duquesne), et le droit au respect de la vie privée, un rayonnement bienvenu (v. arrêt **n° 70** ; 2 oct. 2001, *Abram*, *Bull. civ.* V, n° 292, *Dr. soc.* 2001. 1039, note J.-E. Ray, *D.* 2002, *Somm.* 768, obs. M. Bruns, *JCP* 2003. II. 10035, note D. Corrignan-Carsin).

C'est encore au visa de l'article L. 120-2 que la chambre sociale assoit un contrôle des procédés de surveillance des salariés ; mais tantôt, elle fait mention du droit au respect de la vie privée (v. Soc. 26 nov. 2002, *Bull. civ.* V, n° 352), tantôt elle ne mentionne expressément aucun droit fondamental (v. Soc. 11 déc. 2001, *Bull. civ.* V, n° 376). S'amorce, toujours sous le couvert de l'article L. 120-2, une limitation de certaines initiatives de l'employeur au nom du respect dû à la dignité du salarié (Soc. 25 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 66) et c'est sans doute cette voie qui annonce un plus fort contrôle de la surveillance des personnes et de l'évaluation des travaux.

L'arrêt *Montribot* ne met nullement en cause les orientations précédentes, mais son apport n'en est pas moins important. Si en effet la « *liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail* » dont

se prévalait un salarié licencié pour avoir porté un bermuda, malgré l'ordre de se vêtir autrement, relève de l'article L. 120-2 du Code du travail (art. L. 1121-1 nouv. C. trav.), l'arrêt ajoute que cette liberté « *n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* ». Le message est clair : les droits reconnus et garantis par l'article L. 120-2 ne se résument pas aux droits fondamentaux. À plusieurs reprises déjà, la chambre sociale avait rencontré, au fil de ses arrêts, la délicate question de la tenue vestimentaire dans l'entreprise ; ou plutôt la question des prérogatives que le salarié peut invoquer pour la choisir et des prérogatives que l'employeur peut, en réaction, invoquer pour limiter ou contrarier les choix du salarié. Ses décisions précédentes comportaient une expression prudente, puisqu'elles faisaient état d'une « *liberté individuelle du salarié de se vêtir* » (Soc. 18 févr. 1988, *Bull. civ. V*, n° 90, *Dr. soc.* 1998. 506, obs. A. Jeammaud ; 6 nov. 2001, *Bull. civ. V*, n° 337, *Dr. soc.* 2002. 110, obs. J. Savatier). Liberté fondamentale ou liberté ordinaire ? La prudence n'a pas résisté au contentieux né du port très ordinaire d'un bermuda.

Le parti que prend l'arrêt du 28 mai 2003 soulève une double question. L'une est générale : l'extension du champ de l'article L. 1121-1, remplaçant l'article L. 120-2, aux libertés ordinaires est-elle justifiée ? Concédons que la généalogie et l'écriture du texte autorisent toutes les lectures, ce qui ne veut pas dire que l'extension soit opportune. Il faut donc dorénavant concevoir ce que pourrait recouvrir une liberté ordinaire, ce qu'elle peut emporter comme limites sérieuses aux pouvoirs de l'employeur et ce que pourrait être une sanction appropriée (v. III) des lésions qu'elle subirait. L'autre question est propre à la tenue vestimentaire. La Cour de cassation ne devrait pas être quitte avec son arrêt du 28 mai 2003. Le respect dû au choix vestimentaire peut se réclamer d'autres titres que la « *liberté de se vêtir à sa guise* », de certaines interdictions de discriminations notamment. Et dans ce cadre, il n'est pas sûr qu'une justification puisse légitimement être avancée par l'employeur.

II. — Des restrictions admissibles

L'arrêt *Montribot* n° 69 a trait à une procédure de référés. Pour cette raison, ce qu'il dit de la tenue vestimentaire et des réactions qu'elle a suscitées de l'employeur est laconique. Il était demandé au juge des référés de mettre fin à un trouble manifestement illicite, causé par le licenciement prononcé par l'employeur en réaction au refus d'un salarié de cesser de porter — sous sa blouse — un bermuda. Tant les premiers juges que la cour d'appel n'avaient pas retenu le trouble manifestement illicite, au motif rapporté par l'arrêt que « *la tenue vestimentaire [du*

salarié] était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail ». Selon l'arrêt, de telles énonciations suffisent à justifier la décision de la cour d'appel.

D'un contrôle, par définition distant, on pouvait attendre plus, au moins l'exigence d'une motivation explicite de la compatibilité ou de l'incompatibilité du port, sous une blouse, du bermuda, avec les fonctions exercées par le salarié et ses conditions de travail. L'opposabilité à l'employeur des droits reconnus et garantis par l'article L. 1121-1 (ci-devant L. 120-2) n'est en effet pas absolue. Des restrictions peuvent leur être apportées. Elles doivent néanmoins respecter deux canons énoncés dans le texte : une exigence de justification rapportée à la nature de la tâche à accomplir et une exigence de proportionnalité — au sens strict — qui oblige, en cas de contestation, à vérifier qu'aucune autre mesure, moins attentatoire au droit invoqué, n'était possible. Or, à lire l'arrêt *Montribot*, il n'est pas certain que, dans l'usage judiciaire de ces canons, la plus grande rigueur soit présente. Un contrôle plus vigilant de la Haute juridiction n'en est que plus souhaitable.

À vrai dire, la voie à emprunter pour établir et assurer le contrôle des restrictions apportées aux droits reconnus et garantis est pleine d'embûches. Citons en quelques-unes avec l'exemple de la tenue vestimentaire.

Deux hypothèses doivent d'abord être distinguées : celle dans laquelle l'employeur entend établir des règles (imposer par exemple le port d'un uniforme ou d'une blouse) et celle dans laquelle il donne au salarié une instruction et sanctionne ensuite la méconnaissance de cette dernière. Dans le premier cas, la procédure d'établissement du règlement intérieur semble devoir être suivie et le contrôle portera sur la justification des règles et le caractère proportionné au but poursuivi des limitations apportées aux droits de l'article L. 1121-1. Dans le second cas, il y a lieu d'abord de se demander si un ordre peut être donné sans appui d'une disposition du règlement intérieur. En règle générale, une telle disposition est nécessaire, puisqu'il en va de la discipline ou de la sécurité dans l'entreprise. C'est seulement cette condition remplie que le double contrôle de la justification et la proportionnalité de l'instruction peut utilement intervenir. Chaque canon de contrôle est d'un usage délicat. Quant à l'exigence de justification, la Cour de cassation a d'ores et déjà pris des libertés avec la référence, insuffisante il est vrai, à la nature de la tâche à accomplir (v. par ex. : Soc. 3 avr. 2001, *Dr. soc.* 2001. 675, obs. B. Gauriau : une fouille des sacs, sans rapport avec les tâches, peut, dans certaines circonstances, être justifiée). La justification de toute façon doit être circonstanciée. Et il est certaines mesures qui ne sont jamais justifiables (v. par ex. : la filature d'un salarié par son supérieur, Soc. 26 nov. 2002, *préc.*).

L'exigence de proportionnalité doit, en principe, obliger à examiner toutes les mesures alternatives. La proportionnalité d'une mesure — un ordre — ne doit pas être confondue avec la proportionnalité de la sanction prise par l'employeur lorsque le salarié se soustrait à la mesure.

La tension qui révèle bien les difficultés de circonscrire les restrictions est celle qui met aux prises le pouvoir de contrôle et de surveillance de l'activité des salariés, reconnu à l'employeur (v. en toute généralité, Soc. 14 mars 2000, *Bull. civ. V. n° 101, D. 2000. IR. 105* ; CE 7 juin 2000, *RJS* 8-9/00, n°971), et le droit au respect de la vie privée. Et il n'y a pas de lieu de s'étonner que la tension s'exprime là où les technologies nouvelles de la communication s'épanouissent. Si en effet, elles sont des voies d'extension des libertés, elles offrent en même temps des moyens sophistiqués et souvent insidieux de contrôle.

Dans son arrêt *Nikon* (n° 70), empreint de majesté à raison de ses visas et de la vigueur de son motif majeur, la Cour de cassation ne mentionne aucune restriction au droit au respect de l'intimité de la vie privée, même au temps et au lieu de travail, et notamment au secret des correspondances ? Et comme les messages émis et reçus par un outil informatique sont considérés comme des correspondances, il est interdit à l'employeur d'en prendre connaissance, lorsqu'ils sont personnels.

La protection ainsi assurée aux messages échangés par l'outil informatique rejoint la protection dont bénéficient les messages échangés par voie téléphonique (v. Soc. 20 nov. 1991, *Bull. civ. V. n° 519, RJS* 1992.25, Ph. Waquet, *D.* 1992.73, concl. Y. Chauvy ; Civ. 2^e, 7 octobre 2004, *Bull. civ. II, n° 447, JCP* 2005. II. 10025, note N. Leger, *D.* 2005.122, note Ph. Bonfils, *RTD civ.* 2005.135, obs. J. Mestre et B. Fagès ; v. cependant l'étrange solution adoptée dans Soc. 14 mars 2000, *préc.*). Mais, première faille, cette protection n'est pas étendue aux messages écrits, téléphoniquement adressés, dits SMS (de l'anglais Short Message Service), dont la Cour de cassation admet qu'ils puissent être utilisés par leur destinataire, au motif que leur auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur (Soc. 23 mai 2007, *RDT* 2007.530, obs. R. de Quenandon, *Sem. Soc. Lamy*, n° 1311 obs. J.E. Ray).

La vigoureuse formule de l'arrêt *Nikon* est dorénavant assortie de nuances et adaptations, de portée et de justifications parfois incertaines. Un arrêt a d'abord paru reconnaître à l'employeur un droit de regard sur les fichiers personnels, à condition que le salarié soit présent ou « dûment appelé » (Soc. 17 mai 2005, *Bull. civ. V. n° 165, D.* 2005. IR. 1448, obs. E. Chevrier, *ibid.* Pan. 2643, obs. A. Lepage, *ibid.* 2006. Pan. 29, obs. C. Mathieu, *Dr. soc.* 2005.789, obs. J.E. Ray, *JCP S* 2005.1031, note F. Favennec-Hery). Mais le contexte et la rédaction de

l'arrêt suggèrent qu'est admis un simple droit de regard et que l'interdiction d'accéder aux messages personnels est maintenue. Une autre nuance est apportée avec la faculté ouverte à l'employeur de solliciter du juge une mesure d'instruction, dans les conditions et limites que fixe l'article 145 du nouveau Code de procédure civile (Soc. 23 mai 2007, *D.* 2007. AJ. 1590, obs. A. Fabre, *Sem. soc. Lamy*, n° 1310, note J.E. Ray, *JCP* 2007. II. 10140, note L. Weiller).

La protection établie par l'arrêt *Nikon* au nom du respect due à l'intimité de la vie privée et du secret des correspondances ne concerne que les messages personnels. Les fichiers professionnels sont, quant à eux, la propriété de l'employeur qui peut donc y accéder hors la présence du salarié. La qualification du fichier revêt, on le comprend, une importance cruciale. La Cour de cassation établit à cet égard une présomption : qu'il s'agisse de « documents détenus dans le bureau de l'entreprise » ou de « dossiers et fichiers créés par le salarié grâce à l'outil mis à sa disposition par l'employeur », ils sont présumés avoir un caractère professionnel, « sauf si le salarié les identifie comme étant personnels » (Soc. 18 oct. 2006, *D.* 2006. IR. 2753, *ibid.* 2007. Pan. 686, obs. F. Guiomard, *RDT* 2006.395, obs. R. de Quenandon, *JCP* S 2006.1946, note J.-Y. Frouin, *Sem. soc. Lamy*, n° 1280, obs. J.E. Ray ; 16 mai 2007, *D.* 2007, Pan. 3037, obs., C. Geniaux). Le mode d'identification devient, en pratique, un élément essentiel, déterminant le statut des fichiers.

Ce que tient à rappeler la Cour de cassation, c'est en tout cas, l'interdiction d'utiliser une correspondance privée pour sanctionner son destinataire (Ch. mixte 18 mai 2007, *préc.*). On devrait ajouter au destinataire, l'auteur, et préciser que cette interdiction vaut que le caractère des correspondances et messages soit d'emblée manifeste ou qu'il ait été révélé par l'investigation menée par ou à la demande de l'employeur.

III. — Des sanctions appropriées

L'article L. 120-2 (L. 1121-1 nouv. C. trav.) est muet quant aux sanctions frappant les actes qui portent une atteinte injustifiée ou disproportionnée à l'un des droits reconnus et garantis. Sa rédaction énergique constitue toutefois une invitation à envisager les sanctions les plus radicales, telle la nullité.

Mais les sanctions civiles applicables dans les rapports du travail, constituent une matière tourmentée, dorénavant sujette à des distinctions dont l'arrêt *Montribot* témoigne.

Le premier sujet de tourment vient de la place et de la portée incertaines de l'adage « *pas de nullité sans texte* ». Ce n'est pourtant

qu'un premier facteur perturbant. En effet, dans les vingt dernières années, certaines dispositions nouvelles ont prévu de façon ouverte la nullité comme sanction des actes contraires aux règles énoncées. Tel est le cas, par exemple, des dispositions prohibant les discriminations (art. L. 1132-4 nouv. C. trav.). Or il existe une étroite proximité entre l'opposabilité affirmée des droits des personnes et libertés individuelles et collectives et l'interdiction des discriminations. Dans une large mesure, la condamnation de certaines distinctions, devenues pour cette raison des discriminations, a comme raison d'être d'assurer la jouissance de certains droits et libertés. Chacun comprend sans peine que l'interdiction de la discrimination fondée sur les activités syndicales est destinée à garantir l'exercice de la liberté syndicale. Une conjugaison raisonnée de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 nouv. C. trav.) et de l'article L. 122-45 (L. 1132-1 nouv. C. trav.) rend donc la nullité accessible.

Mais la Cour de cassation ne s'en tient pas à une interprétation étroite et abrupte de l'adage. Elle admet la nullité de tout acte, dont un licenciement, lorsqu'il porte atteinte à une liberté fondamentale (Soc. 13 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 87). Le vocable de liberté fondamentale si cher au droit de la Convention européenne de sauvegarde et maintenant au droit administratif, n'est consacré par la chambre sociale de la Cour de cassation que pour signaler l'illégalité qu'elle sanctionne par la nullité.

C'est dans ce contexte précis (décrit d'ailleurs par un arrêt du même jour, Soc. 28 mai 2003, *Bailleul c. Air France*, n° 02-43-691, inédit) que l'arrêt *Montribot*, une fois accompli le pas important de soumettre la liberté de se vêtir à l'article L. 120-2 (L. 1121-1 nouv. C. trav.), dénie à cette liberté la qualité de liberté fondamentale. Autrement dit, les actes attentatoires à la liberté de se vêtir échappent à la nullité. La distinction entre liberté fondamentale et liberté ordinaire qu'établit la chambre sociale ne prend sens qu'au regard de la politique sélective de la nullité qu'adopte la chambre sociale.

Il ne faut pas toutefois oublier que le refoulement de la nullité pour atteinte à une liberté ordinaire ne signifie nullement que le juge des référés soit dépourvu de capacité d'intervention.

71-73

NON-DISCRIMINATION. ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

**71. Soc. 29 octobre 1996 — 72. Soc. 27 octobre 1999 —
73. Soc. 10 décembre 2002**

71. Soc. 29 octobre 1996

Ponsolle

(*Bull. civ.* V, n° 359 ; *Dr. soc.* 1996. 1013, note A. Lyon-Caen,
D. 1998. Somm. 259, obs. M.T. Lanquetin)

ARRÊT

Attendu que, selon l'ordonnance de référé attaquée (conseil de prud'hommes de Toulouse, 26 juin 1992), Mme Ponsolle a été embauchée le 6 novembre 1990 par la société Delzongle en qualité de secrétaire administrative, puis, le 6 mars 1991, en qualité de secrétaire de direction moyennant un salaire brut mensuel de 8 000 francs ; que, faisant valoir que son salaire mensuel était calculé sur une durée supérieure à la durée légale de travail et qu'il était en outre inférieur à celui d'autres secrétaires effectuant un travail comparable au sien, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'heures supplémentaires et d'un rappel de salaires ;

Sur la fin de non-recevoir soulevée par la défense : (sans intérêt) ;

Sur le premier moyen : (sans intérêt) ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société Delzongle reproche encore au conseil de prud'hommes de l'avoir condamnée à payer à Mme Ponsolle un rappel de salaire sur le fondement de l'article L. 140-2 du Code du travail, alors, selon le moyen, que le principe d'égalité de rémunération posé par cet article s'applique entre les hommes et les femmes et qu'en la condamnant au paiement d'un rappel de salaire pour une rémunération différente entre femmes, le conseil de prud'hommes en a fait une fausse application ;

Mais attendu que *le conseil de prud'hommes a exactement rappelé que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du Code du travail ; qu'il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ;*

Et attendu qu'ayant relevé que la salariée accomplissait, avec un coefficient

salarial identique et une qualification supérieure, le même travail qu'une autre salariée et percevait une rémunération moindre, et que l'employeur se bornait, pour justifier cette situation, à alléguer la différence d'ancienneté entre les salariées, le conseil de prud'hommes, qui a constaté que l'ancienneté respective des salariées était prise en compte par une prime d'ancienneté distincte du salaire de base, a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

72. Soc. 27 octobre 1999

EDF c. Chaize et autres

(*Bull. civ. V, n° 422 ; Dr. soc. 2000. 185, note G. Couturier*)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 132-19 du Code du travail ;

Attendu qu'une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination illicite au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail ; que, par ailleurs, la négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise ; qu'il en résulte que des salariés qui n'entrent pas dans le champ d'application d'un accord d'établissement ne peuvent faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficient pas des dispositions de cet accord ;

Attendu que pour dire que M. Chaize et quinze autres salariés du centre de production de Loire-sur-Rhône avaient été victimes de mesures discriminatoires de la part d'Électricité de France (EDF) lors de la mise en arrêt garanti pluriannuel de la tranche n° 2 de la centrale thermique de Loire-sur-Rhône et que les intéressés pouvaient en conséquence prétendre à indemnisation dans le cadre des circulaires PERS 70-48 et 70-49, le conseil de prud'hommes retient que les dispositions des notes 70-48 et 70-49 ont été effectivement accordées au personnel de la centrale thermique de Porcheville, en vertu d'un accord conclu entre le directeur de cet établissement et les organisations représentatives du personnel ; que, selon cet accord, la compensation de la perte des indemnités correspondant au 2 x 8 est réalisée en appliquant le contenu des notes PERS 70-48 et 70-49 ; qu'il paraît difficilement concevable que dans cette hypothèse, EDF ait accepté de négocier sur cette base, alors qu'elle l'a refusé à Loire-sur-Rhône dans un établissement de même nature, pour des modifications intervenant à des dates très proches... ; que pourtant, dans les deux cas, il s'agissait de la suppression du service 2 x 8 heures au profit d'un service en journée correspondant à une nouvelle organisation liée à la baisse d'activité... dans une centrale de production thermique ; que la similitude de situations impliquait une similitude de solutions ; que la pratique de différence de traitement est donc établie ; qu'elle est difficilement concevable en droit ;

Qu'en statuant ainsi, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes leurs dispositions, les jugements rendus le 15 décembre 1997, entre les parties, par le conseil de prud'hommes de Givors (...).

73. Soc. 10 décembre 2002***Association Goethe Institut c. Zamolo***

(*Bull. civ.* V, n° 373 ; *RJS* n° 3/03, n° 207 et chr. J.-P. Lhernould)

ARRÊT

Attendu que Mme Zamolo a été engagée le 1^{er} février 1985, en qualité de secrétaire de direction par l'Institut Goethe de Lille (l'Institut) ; que, s'estimant victime d'une discrimination salariale en raison de sa nationalité, elle a saisi le 4 juillet 1997 la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'un rappel de salaire sur cinq ans, correspondant à la différence entre le salaire qu'elle a perçu et celui perçu par un salarié de nationalité allemande exerçant la même fonction et répondant aux mêmes critères d'ancienneté, de situation familiale et de formation ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'Institut fait grief à l'arrêt attaqué (Douai, 18 févr. 2000) d'avoir accueilli la demande de Mme Zamolo, alors, selon le moyen :

1° que l'Institut a dénoncé, avec effet au 31 mars 1991, la convention collective applicable au personnel local de nationalité allemande, laquelle est à l'origine du mode de rémunération inégalitaire selon la nationalité, et que Mme Zamolo a été engagée avec effet au 1^{er} février 1985, donc avant la dénonciation de cette convention collective ;

2° que conformément à l'article 132-8 du Code du travail, elle ne peut bénéficier des avantages acquis à titre individuel par les salariés de nationalité allemande en vertu d'une convention collective qui ne lui était pas applicable ;

3° que pour écarter l'application de l'article L. 132-8 du Code du travail, et décider que Mme Zamolo avait droit à une égalité de rémunération avec les salariés allemands, la cour d'appel de Douai a jugé que ce droit existait dès le début du contrat de travail, lorsque la convention collective dit « BAT » n'avait pas encore été dénoncée par l'Institut Goethe afin de mettre un terme au système dualiste de rémunération sur le fondement de la nationalité et retenu à tort qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une rémunération basée sur une convention collective ;

Mais attendu que *l'article 7 du traité CE (devenu, après modification, article 12 CE)*, interdit d'une manière générale toute discrimination exercée en raison de la nationalité ; que *l'article 48 du traité CE (devenu après modification, article 39 CE)* fait application du principe fondamental de non discrimination, et prévoit dans son paragraphe 2 que la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ; que *l'article 7 du règlement n° 1612-68 du 15 octobre 1968* relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté dispose qu'est nulle de plein droit toute clause de convention collective ou individuelle ou d'autre réglementation collective qui prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard des travailleurs ressortissants des autres États membres, notamment en matière de rémunération ; que *ces textes, directement applicables dans l'ordre juridique de tout État membre, confèrent aux personnes qu'ils concernent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder et qui priment toute norme nationale qui leur serait contraire ;*

Et attendu que la cour d'appel, qui était compétente, a relevé qu'en application des textes ci-dessus énoncés, l'Institut ne pouvait adopter en France un régime salarial différent selon la nationalité de son personnel, qu'elle a pu décider, par

motifs propres et adoptés et sans encourir les griefs du moyen, que le maintien au profit des salariés de nationalité allemande engagés avant le 31 mars 1991 d'un système de rémunération plus avantageux que celui prévu pour les salariés français engagés avant cette même date, constituait à l'égard de ces derniers la pérennisation d'une discrimination prohibée ; que par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Et attendu que le moyen invoqué dans un mémoire complémentaire déposé le 25 mai 2001 est irrecevable ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

La jurisprudence contemporaine a beaucoup fait pour la diffusion d'une idée d'égalité dans les rapports du travail, là où longtemps elle semblait être l'apanage de la négociation collective. Cette promotion emprunte plusieurs canaux car, même si la tentation est grande de ne pas les séparer, les exigences d'égalité, de non-discrimination, d'égalité de traitement ne se recouvrent pas (I).

Les distinguer permet de remarquer qu'à côté d'un appui souvent remarquable apporté à la lutte contre les discriminations (III), la jurisprudence assure, sans toujours un appui textuel immédiat, l'essor d'une exigence d'égalité de traitement (II).

I. — Non-discrimination, égalité, égalité de traitement

A. — Toute distinction dans le traitement de personnes — de salariés — placées dans une situation identique ne constitue pas une discrimination. C'est ce que rappelle la chambre sociale, dans son arrêt du 27 octobre 1999 (**n° 72**) où l'on peut lire qu'« *une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail* ». Une discrimination est une distinction illégitime. Est donc discriminatoire une décision affectant une ou des personnes qui repose sur une raison que le droit n'admet pas (et exclut, donc, des motifs admissibles de décision). Toute discrimination étant, par définition juridique, illicite, l'expression de discrimination illicite paraît redondante, et celle de discrimination positive un défi au bon sens... juridique. La discrimination étant affaire de motif et non de contenu de la décision, elle n'exige pas nécessairement une comparaison : un salarié isolé peut être victime d'une discrimination à raison de son sexe ou de ses convictions politiques.

L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 signifie sans nul doute une règle de non-discrimination : « *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de son origine, de ses opinions ou de ses croyances* ». Mais le siège principal des règles de non-discrimination est l'article L. 122-45 du Code du travail (art. L. 1132-1 nouv. C. trav.), enrichi par la loi du 16 novembre 2001. Il faut y joindre les articles L. 1142-1, L. 1144-3, L. 1152-2, L. 1153-2, L. 2141-5 du nouveau Code du travail.

Il faut aussi compter avec le droit communautaire, l'article 12 du traité qui interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité, l'article 39 du traité qui prolonge cette interdiction aux fins d'assurer la libre circulation des travailleurs, l'article 7 du règlement 1612-68 du 15 octobre 1968 qui prohibe toute discrimination à l'égard des ressortissants des autres États membres dans le domaine des conditions de travail et de rémunération ainsi que des avantages sociaux. Comme l'énonce la chambre sociale de la Cour de cassation, dans son très pédagogique arrêt en date du 10 décembre 2002 (**n° 73**), ces textes « *directement applicables dans l'ordre juridique de tout État membre confèrent aux personnes qu'ils concernent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder et qui priment sur toute norme nationale qui leur serait contraire* ». Le droit communautaire a élargi ses perspectives avec une importante directive 2000/43 du 29 juin 2000 qui contribue à la lutte contre le racisme et la xénophobie et la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 « *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* ».

Avec la multiplication des règles de non-discrimination est-il possible de parler d'un principe général de non-discrimination ? Nulle expression n'en atteste la présence en droit positif. Il faut toutefois noter que l'expression est utilisée comme titre d'un des premiers chapitres du nouveau Code du travail. Si l'on veut bien admettre que la discrimination est, par définition, associée à un ou des motifs ou raisons d'agir, mis hors la loi, une interdiction de toute discrimination ne paraît pas même concevable.

B. — L'exigence d'*égalité*, entendue strictement, exclut toute différence de droits ou d'avantages au sein du périmètre, de l'espace, du groupe — par exemple l'ensemble des nationaux ou l'ensemble des travailleurs d'une entreprise — où elle régit. À la différence de la discrimination, l'illicéité d'un acte au regard d'une règle prescrivant ou garantissant l'égalité requiert une comparaison. Elle est affaire de contenu de l'acte et non de raison ou motif.

À la lettre, recèlent des règles d'égalité les articles L. 3221-2 (« *tout employeur assure, pour un même travail, ou pour un travail de valeur*

égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes »), L. 1251-18 (relatif à la rémunération des travailleurs temporaires), L. 3123-10 et L. 3123-36 (pour les travailleurs à temps partiel), L. 1242-15 (relatif à la rémunération du salarié sous contrat à durée déterminée). Nul besoin dans tous ces cas pour dénoncer l'illicéité de se préoccuper de la raison des différences.

C. — À mi-chemin entre l'interdiction de discrimination et l'exigence d'égalité, *l'exigence d'égalité de traitement* requiert que, dans un périmètre, un espace, un groupe, tous soient traités selon des *critères identiques et constants*, ce qui implique qu'ils soient objectifs, donc passibles de vérification. L'égalité de traitement n'exclut pas différences et distinctions ; elle n'emporte pas les mêmes droits, les mêmes avantages, les mêmes contraintes. Elle condamne l'arbitraire en exigeant que les décisions reposent sur des raisons objectives.

D. — Entre non-discrimination, égalité et égalité de traitement, des croisements existent, des confusions aussi. Les croisements apparaissent lorsqu'au mépris d'une règle d'égalité, une différence de droits ou d'avantages apparaît : il est commode et courant de la qualifier de discrimination. D'autre part, sous l'empire d'une exigence d'égalité de traitement, des différences sont par nature possibles. Mais il n'est pas difficile d'imaginer qu'elles ne doivent pas reposer sur une raison illicite ni tantant être discriminatoires (v. *infra* III).

Des glissements contestables se manifestent aussi. Ainsi dans la règle issue de l'article L. 212-14-5 du Code du travail (devenu L. 3123-10 nouv. C. trav.), la chambre sociale a tantôt vu un principe d'égalité des droits (Soc. 9 avr. 1996, *Bull. civ.* V, n° 146), tantôt vu un principe d'égalité de traitement (Soc. 17 juill. 2001, *Dr. soc.* 2001. 1001, obs. F. Favennec-Hery). Quant à la directive 2000/78 (v. *supra* A), elle se présente comme un cadre général en faveur de l'égalité de traitement pour aussitôt disposer qu'elle vise l'absence de discrimination.

II. — L'essor d'une exigence d'égalité de traitement

A. — L'arrêt *Ponsolle* en date du 29 octobre 1996 (n° 71) constitue une étape majeure dans le mouvement d'assujettissement progressif du pouvoir de direction à une exigence d'égalité de traitement. Là où jusqu'alors la Cour de cassation reconnaissait à l'employeur une liberté de distinction sous réserve de discrimination (v. Soc. 9 juill. 1985, *Bull. civ.* V, n° 419), l'arrêt formule une nouvelle exigence : en matière salariale, l'employeur est tenu d'explicitier ses choix et pour être admissibles, les différences qui en résultent se prêtent à une mesure en termes d'égalité.

Littéralement, l'arrêt énonce une règle d'égalité, qu'il nomme règle générale, « *à travail égal, salaire égal* » et que des arrêts postérieurs (v. Soc. 18 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 213, *Dr. soc.* 1999. 747, obs. C. Radé ; 10 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n° 317) qualifient de principe (sur la notion de principe v. n° 7). C'est en tout cas, comme principe, que le Conseil d'État l'accueille (CE 8 juill. 1998, *Adam, Lebon*, p. 301 ; 27 juill. 2001, *Fédération Santé et action sociale CGT, RJS* 11/01, n° 1374 et concl. P. Fombeur, p. 890). En vérité, comme elle requiert d'apprécier si les salariés sont placés dans des situations identiques et comme elle s'accommode donc de différences, à condition qu'elles résultent de « critères objectifs et pertinents » (v. *infra* II-B), la règle constitue une règle (principe) d'égalité de traitement entre les salariés d'un même employeur.

L'arrêt prend soin de préciser la façon dont la positivité de la règle a été dégagée. Premier pas : « *la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes [n'est qu']une application de la règle plus générale "à travail égal salaire égal"* ». L'induction, rare, peut surprendre ; elle n'en est pas moins convaincante. Second pas : la règle générale est énoncée par deux textes du Code du travail, les articles L. 133-5-4° (devenu L. 2251-22) et L. 136-2-8° (devenu L. 2271-1.8°). À dire vrai, ces textes font état d'un « *principe à travail égal, salaire égal* », mais leur aptitude à fonder une règle directement applicable dans les rapports d'emploi, non circonscrite à des égalités spécifiques (hommes et femmes, jeunes et moins jeunes), n'était pas établie jusqu'à l'arrêt *Ponsolle*.

La règle consacrée, c'est sa teneur qui, depuis lors, suscite discussions et décisions de portée parfois incertaine. Il n'est pas indifférent de relever que le contentieux, tel qu'observé à la Cour de cassation, porte, à titre principal, sur la commensurabilité des situations. Il aurait été concevable que la Cour de cassation admît, libéralement, que les salariés comparés se trouvaient dans des situations comparables pour inviter, ensuite, à rechercher si des raisons objectives et vérifiables existaient d'établir, entre eux, des différences de rémunération. Elle a plutôt choisi de concentrer ces deux étapes, ce qui peut, en partie, expliquer les divergences d'interprétation et d'appréciation des arrêts nombreux rendus depuis 1996 (v. M.T. Aubert-Montpeyssen, *Dr. soc.* 2005.18 ; A. Lyon-Caen, *RDT* 2006.16 ; A. Jeammaud, *D.*2007. Pan. 179, *ibid.* Pan. 3033 ; J. M. Gasser, *RJS* 8-9/07. 687 ; et les points de vue contrastés de T. Aubert-Montpeyssen et J.-M. Gasser, *controverses*, *RDT* 2007. 632). Une évolution semble toutefois se dessiner récemment. Un arrêt au moins traduit un clair souci de séparer les deux étapes et signale que pour apprécier l'identité ou l'absence d'identité de situation entre salariés, il y a lieu de considérer l'objet de l'avantage litigieux, en l'occurrence des titres-restaurant. Ainsi, à leur égard,

cadres et non cadres ne sont pas dans des situations différentes (Soc. 20 fevr. 2008, *RJS* 5/08.512, *RDT* 2008.215)

Deux exemples illustrent la fragilité de certaines solutions. Le premier est fourni par la référence faite dans une série d'arrêts (Soc. 3 mai 2006, *Bull. civ. V.* n°160, *RDT* 2006.108, obs. G. Pignarre, *D.* 2007. Pan. 185, obs. A. Jeammaud, *JCP S* 2006.1496, note J.-F. Cesaro ; 3 juill. 2007, *Dr. ouvr.* 2007.587, obs. M. Bonnechère) au parcours professionnel des salariés, expression qu'utilise le préambule du protocole d'accord en vigueur dans la branche considérée par ces arrêts. La Cour de cassation admet qu'il y a dans la spécificité des parcours professionnels une source de différence de situations entre salariés. En vérité, il s'agit de salariés exerçant un même travail avec une qualification identique, soumis au même régime d'avancement professionnel. Et s'il existe entre eux des différences de rémunération, elles viennent de la date à laquelle est intervenu le redéploiement d'échelons organisés par accord collectif dont certains ont pu bénéficier et d'autres non. À suivre un tel raisonnement, il y aurait toujours lieu de respecter une différence constituée. Mieux vaudrait sans doute dire que les salariés sont dans une situation comparable et rechercher s'il existe une raison objective et vérifiable de procéder entre eux à des différences de rémunération. La réponse aurait sans doute été négative.

Un autre exemple est livré par la référence faite à la situation juridique, que soit visée la nature du lieu entre employeurs et travailleurs (contractuels de droit public, fonctionnaires ou salariés de droit privé) ou la nature du contrat (contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée). Dans quelques arrêts, la Cour de cassation a paru considérer que les différences de situation juridique empêchaient de tenir les situations pour comparables, ce qui suffirait à fonder une différence de rémunération (v. Soc. 10 oct. 2005, *RJS* 12/05 n°1208 ; 28 avr. 2006, *Bull. civ. V.* n° 152, *D.* 2006. IR. 1324, obs. E. Chevrier, *ibid.* 2007. Pan. 185, obs. A. Jeammaud, *JCP S* 2006.440, note J.-F. Cesaro) avant qu'elle ne vienne affirmer « *qu'une différence de statuts entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération* » (v. Soc. 15 mai 2007, *D.* 2007. Pan. 3034, obs. A. Jeammaud, *Dr. soc.* 2007.896, obs. C. Rade, *JCP S* 2007.1909, note J.-F. Cesaro). Et de rappeler aux juges du fond que les différences salariales ne sont justifiées qu'autant qu'existent « des raisons objectives matériellement vérifiables. »

B. — La soumission du pouvoir de direction à une exigence d'égalité de traitement gagne en extension. Du salaire, même entendu au sens large, la chambre sociale de la Cour de cassation en a étendu

l'empire à l'octroi d'avantages quelconques, ce, au terme d'un contentieux suscité par un concours organisé par une grande entreprise entre ses salariés : « *si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* » (Soc. 18 janv. 2000, *Bull. civ. V*, n° 25, *Dr. soc.* 2000. 436, obs. C. Radé).

En donnant au mot avantage son sens générique et en remplaçant règles par conditions d'attribution, on obtient la formule utilisée par la chambre sociale pour établir les limites imposées à l'employeur dans la confection du plan social, nécessaire en cas de licenciement collectif pour motif économique (Soc. 10 juill. 2001, *Vieillard*, *Bull. civ. V*, n° 255, *Dr. soc.* 2001. 1012, obs. C. Radé).

L'exigence d'égalité de traitement s'impose-t-elle aujourd'hui chaque fois que le pouvoir de direction de l'employeur se manifeste ? Si la jurisprudence avance pas à pas, la généralisation de l'exigence est en bonne voie (V. par ex. Soc. 19 juin 2007, *D.* 2007. Pan. 3035, obs. A. Jeammaud, *RDJ* 8-9/07, n°979, *Sem. soc. Lamy*, n°1314, rapp. P. Bailly, *Dr. ouvr.* 2007.556, chr. I. Meyrat ; Soc. 20 févr. 2008, *préc.*, *RJS* 5/08.512, *RDT* 2008.215).

L'exigence implique, comme le montrent bien les arrêts qui procèdent à cette extension, d'imposer à l'employeur de soumettre sa gestion à des critères *objectifs, vérifiables et pertinents*. De tels critères peuvent être requis à d'autres fins que l'égalité de traitement. Mais une telle égalité ne peut sérieusement être poursuivie que moyennant l'obligation d'une gestion réglée. Tel est le prix que demande la rupture avec l'arbitraire.

Le contentieux des plans sociaux montre aussi qu'en dépit de l'objectivité imposée, l'identité ou la différence de situations peuvent être appréciées avec plus ou moins de libéralisme ou de rigueur (v. par ex. Soc. 12 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 216). Il est vrai que l'une et l'autre se mesurent en fonction de l'avantage discuté, ce qui laisse augurer un grand pragmatisme des solutions.

III. — Le concours apporté à l'interdiction des discriminations

Le droit de la non-discrimination est, dans une très large mesure, d'origine législative. Dans son développement, le droit communautaire qui offre, avec son dispositif complexe de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe, un véritable modèle, a joué un rôle déterminant.

En tout cas, c'est par sensibilité au droit communautaire que la

jurisprudence a révisé le régime probatoire des discriminations (A). Une même inspiration devrait prévaloir dans l'appréciation, centrale pour la condamnation des discriminations indirectes, des justifications des différences (B).

A. — L'effort accompli par la jurisprudence pour remodeler le procès en discrimination a été consacré par la loi du 16 novembre 2001 (v. l'art. L. 122-45, al. 4 devenu art. L. 1144-1 nouv. C. trav.). La chronologie n'en demeure pas moins indispensable pour comprendre les influences et les ressorts des évolutions. Au départ c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui, pour parfaire l'interdiction des discriminations, notamment salariales, entre les hommes et les femmes a aménagé le régime de la preuve (v. CJCE 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, 170/84, *Rec. CJCE*, p. 1607 ; 7 févr. 1991, *Nimz*, C184/99, *Rec. CJCE*, p. I-297 ; 9 févr. 1999, *Seymour-Smith*, C167/97, *Rec. CJCE*, p. I-623). La séparation en deux étapes du processus probatoire a été consacrée dans la directive communautaire n° 97/80 du 15 décembre 1997 (v. M.-T. Lanquetin, *Dr. soc.* 1998. 693). Sans attendre l'expiration du délai laissé pour la transposition en droit national de la directive, la Cour de cassation a, pour l'application de l'article L. 140-8 du Code du travail (art. L. 3221-8 nouv. C. trav. qui renvoie à l'art. L. 1144-1), adopté le régime probatoire élaboré en droit communautaire (v. Soc. 23 nov. 1999, *Bull. civ.* V, n° 447).

L'apport sans doute le plus remarquable de la jurisprudence a consisté à étendre l'aménagement processuel décidé en matière de discrimination sexiste à la discrimination syndicale (Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 126, *Dr. soc.* 1000. 593, note M.-T. Lanquetin ; 26 avr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 151 ; 4 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 264, *Dr. soc.* 2000. 919, obs. J. Mouly), annonçant ainsi sa généralisation à tous les procès en discrimination. Selon les arrêts de la Cour de cassation rédigés en des termes quasiment identiques, le salarié qui se prétend victime d'une discrimination doit « *soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement* » : il s'agit de la première étape. La seconde est ainsi présentée : « *il incombe à l'employeur s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au salarié d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination* ». N'est-il pas logique de faire peser sur l'auteur de la mesure ou le responsable de la situation, la charge de convaincre de la justesse de l'une ou de l'autre ?

La loi du 16 novembre 2001 (art. L. 1134-1 et 1144-1 nouv. C. trav.) use pour définir la première étape de termes destinés à alléger la charge du salarié : il « *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination...* ». Mais une rédaction identique

adoptée par la loi du 17 janvier 2002 à propos du harcèlement (art. L. 122-5-2 C. trav. devenu l'art. L. 1154-1 nouv. C. trav.) a suscité de la part du Conseil constitutionnel une réserve d'interprétation, le demandeur ne pouvant, selon lui, être dispensé « *d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'[il] présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard... procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail* ». La réserve vaut pour la preuve des faits avancés, elle ne vaut pas pour leur interprétation : ils doivent rendre la discrimination — ou le harcèlement — vraisemblables.

La généralisation de l'aménagement processuel va même au-delà du contentieux des discriminations, puisque la chambre sociale a choisi de l'imposer lorsque le salarié allègue une inégalité de traitement salarial (Soc. 10 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n° 317). Autrement dit la césure en deux étapes, avec attribution à l'employeur de la charge d'établir la justification de la disparité de traitement vaut que soit alléguée une discrimination ou une rupture d'égalité. La solution est heureuse. Pourtant il n'est pas évident que l'exigence de justification ait le même sens dans tous les cas.

B. — L'exigence d'égalité de traitement vaut nécessité d'appliquer les mêmes critères à tous. À quels tous ? La détermination du périmètre des « *égaux* » constitue l'une des difficultés majeures de toute règle d'égalité de traitement. Il ne s'agit de rien d'autre que d'établir si l'auteur de la décision ou les responsables de la situation — c'est-à-dire l'employeur — a une raison admissible de distinguer l'un ou les uns des autres.

On comprend dès lors que la jurisprudence requiert que cette raison soit objective, donc susceptible de vérification, et que sa démonstration pèse sur l'employeur (v. un ex. dans Soc. 15 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999. 187, note M. Bonnechère). La Cour de cassation a fait un pas supplémentaire, en exigeant que la raison soit pertinente (v. Soc. 20 févr. 2008, préc., *RJS* 5/08.512, *RDT* 2008.215). La voie est ouverte à une plus grande vigilance à l'égard des raisons avancées (v. sanctionnant le défaut de cohérence d'un employeur, Soc. 20 févr. 2008, *Sem. soc. Lamy* n° 1344, rapp Gosselin, *Dr. soc.* 2008.530, note C. Radé). Mais pour l'instant, dans l'interprétation de la règle « *à travail égal, salaire égal* », elle ne se montre guère explicite sur la teneur des raisons admissibles de distinguer, affirmant par exemple d'une manière générale — trop sans doute — que la « *négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise* » (Soc. 27 oct. 1999, n° 72). Moins radicale apparaît une formule postérieure selon laquelle « *un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein*

de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissements » (V. Soc 18 janv. 2006, *Bull. civ. V. n°17*, *Dr. soc.* 2006.449, obs. C. Radé, *JCP* 2006. II. 10055, note D. Corrignan-Carsin).

Une raison tirée du système de négociation interne à une entreprise ne vaudrait pas pour justifier des différences combattues au nom de la lutte contre les discriminations. Ainsi, s'il est montré que les femmes sont, dans une proportion nettement plus élevée que les hommes, moins bien rémunérées que ceux-ci, l'employeur ne peut justifier cette différence par la diversité des accords collectifs applicables dans l'entreprise. Telle est la leçon délivrée par la Cour de justice (v. CJCE 27 oct. 1993, *Enderby*, C127/92, *Rec. CJCE*, p. I-5535) dont la jurisprudence relative aux discriminations indirectes a été consacrée notamment dans la directive précitée 97/80 du 15 décembre 1997 et la directive 2002/73 du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207 du 9 février 1976 (v. M.-T. Lanquetin, *Dr. soc.* 2003. 312), ces directives ayant fait depuis lors l'objet d'une intégration dans une directive générale 2006-54 du 5 juillet 2006. Le droit communautaire ne se borne pas en effet à condamner les discriminations directes, il condamne les discriminations indirectes, celles qui, par le jeu d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre, ont le même résultat que les premières. C'est cette notion qui a été inscrite par la loi du 16 novembre 2001 dans le droit français des discriminations dans le travail au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail (art. L. 1132-1 nouv. C. trav.).

Cette notion de discrimination indirecte conçue pour déceler et combattre les discriminations collectives conduit logiquement à mettre sous surveillance les dispositions, critères et pratiques qui perpétuent, en fait, des différences au détriment d'un groupe, d'une catégorie, d'un ensemble, définis au travers du motif illicite (v. un ex. de discrimination indirecte à l'égard des personnes malades, Soc. 9 janv. 2007, *D.* 2007. AJ. 375, obs. A. Fabre, *JCP S* 2007.1137, note J. F. Cesaro, *RDT* 2007.245, obs. M. Miné). Mais la discrimination indirecte n'est pas établie si ces dispositions, critères et pratiques, répondent à un objectif légitime, étranger à toute discrimination, et qu'ils constituent, pour atteindre cet objectif, des moyens appropriés, sinon nécessaires (v. à propos de l'âge, l'article L. 122-45-3 devenu l'art. L. 1133-1 nouv. C. trav. et en droit communautaire, outre les deux directives citées, CJCE 9 mars 1999, *Seymour-Smith*, C167/97, *Rec. CJCE*, p. I-623 ; 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, C187/00 qui notamment exclut que les considérations budgétaires puissent justifier une différence de traitement résultant de la loi entre hommes et femmes ; 3 oct. 2006, *Cadman*, C17/05, *D.* 2007.469, note F. Meyer, *RDT* 2006.393, obs. M. T. Aubert-Montpeyssen, *RJS* 2/07, p. 121, obs. H. Tissandier qui

admet en principe l'ancienneté comme critère de différenciation, mais n'exclut pas qu'il puisse parfois être suspect). Les justifications, dans le droit des discriminations indirectes, sont donc, pour l'heure, entendues de manière plus rigoureuse que les facteurs objectifs au sein d'une simple règle d'égalité de traitement.

CINQUIÈME PARTIE

SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Certains événements peuvent venir bloquer, de manière temporaire, l'exécution des principales obligations du contrat de travail. Afin d'assurer une certaine pérennité à la relation de travail, le contrat n'en est pas pour autant résilié : les obligations sont considérées comme simplement suspendues. On parle alors communément de suspension du contrat de travail. La terminologie est relativement imprécise, puisque à proprement parler seules les principales obligations du contrat sont alors suspendues. Elle est cependant commune et sera à ce titre conservée par la suite.

Les causes de suspension du contrat de travail sont diverses. Elles comprennent notamment les différents types de congés auxquels un salarié peut avoir droit, parmi lesquels on compte outre les congés payés, les congés maladie, les congés maternité, les congés parentaux d'éducation, les congés sabbatiques, les congés pour événements familiaux, etc. Le contrat peut aussi être suspendu du fait de la grève du salarié ou du fait de la mise en chômage partiel décidée par l'employeur. Ces causes de suspension, dont le nombre est en constante augmentation, ont pour la plupart fait l'objet d'une réglementation légale relativement précise. Ce qui rend la matière peu propice aux « grands » arrêts. On compte cependant quelques domaines au sein desquels le rôle de la jurisprudence a été central. Tel est le cas de la grève, laquelle fait l'objet d'un traitement séparé (n^{os} 182 à 213).

Tel est encore le cas des différentes causes de suspension liées à l'état de santé du salarié (n^{os} 74 à 77) et de la mise au chômage partiel (n^{os} 78 et 79). Il faudra en outre se pencher sur les problèmes qui surviennent en cas de survenance simultanée de plusieurs causes de suspension (n^{os} 80 à 82).

74-77

L'ÉTAT DE SANTÉ DU SALARIÉ

**74. Civ. 3 décembre 1934 — 75. Soc. 21 avril 1988 —
76. Soc. 22 mars 1989 — 77. Soc. 13 mars 2001**

74. Civ. 3 décembre 1934

Hôtel Terminus PLM c. Dame Spagnoli

(DH 1935. 84)

ARRÊT

LA COUR : Sur le moyen unique ; Attendu que la dame Spagnoli, téléphoniste à l'Hôtel Terminus PLM à Marseille, est tombée malade le 14 février 1934, et a fait prévenir son employeur qu'elle serait absente une quinzaine de jours ; que, douze jours après le début de sa maladie, elle a fait connaître qu'elle pourrait reprendre son travail sous huitaine ; qu'elle a ensuite averti la direction qu'elle pourrait reprendre son travail dans les trois jours, mais que, ce délai expiré, elle a été avisée qu'elle était remplacée depuis le 7 mars ; Attendu que, par jugement entrepris, le conseil de prud'hommes de Marseille a condamné l'Hôtel Terminus à payer à la dame Spagnoli une somme de 750 francs à titre de délai-congé, et qu'il est fait grief à cette décision d'avoir violé l'article 1780, paragraphe 3, du Code civil en ce qu'elle a déclaré à tort que la résiliation était le fait de l'employeur, alors que l'absence de la dame Spagnoli, non justifiée par un certificat médical régulier, s'était prolongée outre mesure, et que l'employeur avait dû, en raison des nécessités de l'entreprise, pourvoir à son remplacement ;

Mais attendu que *la maladie de l'employé ne rompt pas de plein droit le contrat de travail* ; Attendu que le jugement constate que l'absence ne s'est pas prolongée de façon anormale ; que, dès le premier jour, la direction a été informée de sa cause due à la maladie de l'employée ; que, si le règlement de l'hôtel exige que l'employée fasse parvenir un certificat médical dès le premier jour, le jugement ne constate pas que l'employeur, prévenu de la cause de l'absence, ait requis ce certificat, ni fait aucune réserve au sujet de sa non-production ; qu'enfin, en raison des fonctions de la dame Spagnoli, il était possible à l'employeur d'engager une remplaçante temporaire ; qu'il suit de là que le conseil de prud'hommes a pu statuer ainsi qu'il l'a fait sans violer le texte visé au pourvoi.

Par ces motifs, rejette...

75. Soc. 21 avril 1988**Mosnier c. Institut de formation d'éducateurs spécialisés de Grenoble**

(*Bull. civ. V*, n° 250, arrêt n° 2 ; *D.* 1988, Somm. 322, obs. A. Lyon-Caen ;
Dr. soc. 1989. 125, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur les deux moyens réunis :

Vu l'article L. 122-9 du Code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et la procédure, que Mme Marie-Rose Mosnier, engagée en août 1969 en qualité d'institutrice permanente à l'institut de formation d'éducateurs spécialisés (IFES) de Grenoble, a vu son contrat rompu le 25 novembre 1980 à la suite d'un arrêt de travail pour maladie qui s'était prolongé au-delà de six mois ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale en vue d'obtenir diverses sommes notamment à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement ;

Attendu que pour rejeter la demande de Mme Mosnier, la cour d'appel a retenu que la convention collective susvisée permettait à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture sans que celle-ci lui soit imputable, lorsque l'absence du salarié pour cause de maladie excédait six mois, ce qui excluait en pareil cas le versement des indemnités instituées par elle en réparation d'une rupture imputable à l'employeur ;

Attendu cependant qu'il résulte des constatations de l'arrêt que *l'employeur avait pris la responsabilité de rompre le contrat de travail de Mme Mosnier qui se trouvait seulement suspendu du fait de la maladie*, ce dont il résultait que si les conditions d'attribution de l'indemnité instituée par la convention collective précitée n'étaient pas remplies, *la salariée pouvait prétendre à l'indemnité légale de licenciement* ;

Qu'en s'abstenant d'allouer à la salariée, pour la durée de son ancienneté, l'indemnité légale de licenciement qui faisait nécessairement l'objet de la demande présentée en l'espèce, les juges d'appel ont violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, casse et annule.

76. Soc. 22 mars 1989**Sté Provens Télécommunications c. Delrieu**

(*Bull. civ. V*, n° 235)

ARRÊT

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 18 avr. 1986), que M. Delrieu, chef d'équipe au service de la société Provens Télécommunications, a été victime le 12 janvier 1982 d'un accident du travail ; que le 3 octobre 1983, il s'est présenté à son employeur muni de pièces médicales le déclarant consolidé, mais inapte à reprendre son ancienne activité ; qu'il a été le même jour licencié par lettre recommandée avec effet à compter de cette date ; qu'il a alors attrait son employeur devant la juridiction prud'homale pour lui réclamer des dommages-

intérêts correspondant à 12 mois de salaire pour licenciement illicite, ainsi que des indemnités de préavis, de licenciement et pour non-respect de la procédure ;

Attendu que la société Provens Télécommunications fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré nul le licenciement de M. Delrieu alors que, selon le moyen, la suspension du contrat de travail prend fin en même temps que les arrêts de travail médicalement ordonnés et ne se poursuit pas pendant le « délai d'attente » d'un nouvel examen médical, dont l'initiative incombe à l'employé ; que la cour d'appel a donc violé les articles L. 122-32-1 et suivants du Code du travail ;

Mais attendu que *les juges du fond ont relevé qu'à la date du licenciement du salarié, la visite de reprise du travail par le médecin du travail n'avait pas eu lieu ; qu'ils en ont exactement déduit que son contrat de travail était toujours suspendu ;*

Que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen :

Vu les articles L. 122-32-5 et L. 122-32-7 du Code du travail ;

Attendu que l'article L. 122-32-7 du Code du travail n'est pas applicable lorsque, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-32-2 dudit Code, l'employeur, au cours de la suspension du contrat de travail provoquée par un accident du travail ou une maladie professionnelle, prononce la résiliation de ce contrat ;

Attendu que la cour d'appel a alloué des dommages-intérêts à M. Delrieu en énonçant que ceux-ci ne pouvaient pas être inférieurs à l'indemnité prévue par l'article L. 122-32-7 ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait d'évaluer souverainement le préjudice subi par le salarié du fait de son licenciement frappé de nullité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur la seconde branche du premier moyen :

Casse et annule.

77. Soc. 13 mars 2001

Mme Herbaut c. société Adressonord

(Bull. civ. V, n° 84)

ARRÊT

Sur la deuxième branche du moyen :

Vu les articles L. 122-45 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

Attendu que, 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 dans le cadre du titre IV du livre II de ce même Code, *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 ;*

Attendu que Mme Herbaut, embauchée par la société Adressonord en 1987, s'est trouvée à de nombreuses reprises, entre les 22 juin 1994 et 5 mai 1995, en arrêt de travail pour maladie ; qu'elle a été licenciée, le 5 mai 1995, au motif que ses absences répétées entravaient la bonne marche de l'entreprise ; qu'elle a

saisi la juridiction prud'homale en vue d'obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que, pour rejeter la demande de Mme Herbaut, la cour d'appel énonce que les absences répétées d'un salarié, lorsqu'elles créent une perturbation dans le fonctionnement du service auquel il est affecté, constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement dès lors que l'employeur ne peut plus compter sur une participation suffisamment régulière de l'intéressé ; qu'en égard à l'effectif de sept personnes employées dans l'entreprise, des absences fréquentes et subites de l'une d'elles causeraient une perturbation certaine que seul pouvait pallier un travail supplémentaire des autres employées ou l'embauche d'une travailleuse intérimaire ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'a pas constaté que les absences répétées de la salariée avaient rendu nécessaire son remplacement définitif, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les première et troisième branches du moyen :

Casse et annule.

OBSERVATIONS

Du fait de la détérioration de son état de santé, un salarié peut être physiquement incapable de réaliser le travail pour lequel il a été embauché, de manière temporaire ou définitive. Atteint dans son corps, il est alors aussi menacé de perdre son emploi. En réaction, un certain nombre de règles protectrices ont été mises en place. Ces règles sont principalement d'origine jurisprudentielle, même si les innovations initiées par la Cour de cassation ont été souvent relayées et amplifiées par le législateur.

Dès l'abord, une distinction s'impose entre le temporaire et le définitif. L'incapacité physique temporaire qu'elle soit de source professionnelle ou non, entraîne en principe la suspension du contrat de travail, période au cours de laquelle le salarié bénéficie d'une protection contre le licenciement (I). Une inaptitude définitive peut apparaître une fois l'état de santé du salarié consolidé. Cette consolidation fait cesser la suspension du contrat, sous condition de réalisation d'une visite médicale de reprise auprès du médecin du travail, lorsque cette visite est impérative (II). Le salarié doit alors être réintégré sur un emploi compatible avec ses capacités physiques désormais réduites. À défaut, lorsque cette réintégration s'avère impossible, le licenciement du salarié devenu handicapé peut être justifié (III). Ces solutions de principe, qui devront être précisées et nuancées, sont le fruit d'une lente évolution.

Elles sont apparues au sujet des maladies professionnelles et des accidents du travail. La dégradation de l'état de santé du salarié est alors imputable au travail réalisé au profit de l'entreprise. La première conséquence juridique de cette imputabilité fut la législation sociale sur les accidents du travail, initiée par la fameuse loi du 9 avril 1898,

laquelle a précédé de près de cinquante ans la mise en place de la sécurité sociale au profit des salariés accidentés ou malade pour des causes non professionnelles. Ces premières protections ne concernaient cependant que l'accès aux soins et à un salaire de substitution. La protection de l'emploi, historiquement seconde, à suivis les mêmes chemins. Créée d'abord pour les salariés dont l'état de santé est affecté par leur activité professionnelle, elle a ensuite été élargie aux salariés dont la maladie ou l'accident a une cause non professionnelle. Seules certaines nuances opposent encore le droit applicable aux uns et aux autres et les solutions de principe sont désormais les mêmes.

I. — La rupture du contrat en cours de suspension

Lorsque, du fait de son état de santé, un salarié est temporairement dans l'impossibilité d'exécuter son travail, le principe est celui de la suspension de son contrat de travail. Ce principe a été posé dès 1934, par l'arrêt *Hôtel Terminus* (Civ. 3 déc. 1934, n° 74). Il souffre cependant d'exceptions. L'incapacité physique temporaire du salarié peut alors devenir la cause, au moins indirecte, d'une rupture du contrat de travail. Cette rupture est aujourd'hui qualifiée de licenciement (A). Elle est de plus en plus contrôlée (B).

A. — Qualification de la rupture

La Cour de cassation a, dans un premier temps, autorisé l'employeur à « prendre acte » de la rupture du contrat en cas maladie prolongée ou de maladies répétitives. L'absence était alors qualifiée de « *force majeure* » (Soc. 14 déc. 1960, *Le Figaro*, *Bull. civ.* IV, n° 1181) ou plus simplement de cause de rupture non imputable à l'employeur (Soc. 28 févr. 1973, *Manuvre*, *Bull. civ.* V, n° 121, *JCP* 1973. II. 17560, note Y. Saint-Jours et de manière plus nette Soc. 5 oct. 1977, *D.* 1978. 408, note A. Jeammaud). Cette qualification privait le salarié des indemnités et des garanties procédurales du licenciement. Excessivement rigoureuse pour le salarié, elle a été progressivement abandonnée.

Les absences pour accidents du travail ou maladies professionnelles ont, tout d'abord, été jugées imputables à l'entreprise. Et, conséquemment, les ruptures prononcées pour de telles absences ont été qualifiées de licenciement avec toutes les conséquences indemnitaires et procédurales qui s'ensuivent (v. Soc. 10 juill. 1975, *Barba*, *Bull. civ.* V, n° 396 ; Soc. 1^{er} févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 109).

Ensuite, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence au sujet

des maladies et des accidents d'origine non professionnelle. Elle a alors adopté une position intermédiaire, passablement baroque, entre le licenciement et la force majeure. Cette position conduisait à distinguer l'initiative et l'imputabilité de la rupture. Lorsque l'employeur prenait acte de la rupture, il en avait l'initiative et était tenu, à ce titre, de respecter la procédure de licenciement. En revanche, parce que la rupture était justifiée par une cause considérée comme n'étant pas imputable à l'employeur, celui était libéré de l'obligation de verser une indemnité de licenciement (Soc. 29 juin 1977, 2 arrêts, *Bull. civ. V*, n^{os} 430 et 433, *D.* 1978. 439, note A. Jeammaud ; Soc. 21 févr. 1979, *D.* 1979. 413, note J. Pélissier). Ce découpage étrange du droit du licenciement devait durer plus de dix ans.

Il s'appuyait pourtant sur un raisonnement peu convaincant. À partir du moment où la cour reconnaît qu'une initiative de l'employeur est nécessaire pour que le contrat soit rompu, la maladie cesse d'être considérée comme un cas force majeure rompant de lui-même le contrat. Il ne peut alors s'agir que d'une rupture imputable à l'employeur, autrement dit d'un licenciement. En effet, ce n'est pas parce que le *motif* de licenciement n'est pas imputable à l'employeur, que la *rupture* dont il prend l'initiative ne lui est pas imputable. Ainsi, par exemple, l'insuffisance professionnelle du salarié ou sa faute ne sont pas en principe imputables à l'employeur. Les ruptures du contrat de travail décidées par l'employeur pour de tels motifs n'en sont pas moins incontestablement des licenciements. De même, lorsque l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail d'un salarié malade, il en prend aussi la responsabilité. Et cette rupture mérite pleinement la qualification de licenciement. Ce n'est qu'à partir du 21 avril 1988 que la Cour de cassation a appliqué clairement cette qualification aux ruptures du contrat de travail initiées par l'employeur, avec toutes les conséquences indemnitaires qui s'ensuivent (Soc. 21 avr. 1988, deux arrêts, *Mosnier* n^o 72 et *Borghese*, *Bull. civ. V*, n^o 250, n^o 1. V. aussi l'arrêt annonciateur du 14 avr. 1988, *Bull. civ. V*, n^o 231 et la confirmation apportée par Soc. 30 janv. 1991, *RJS* 4/91, n^o 443).

La qualification de licenciement acquise, il restait à préciser les conditions d'une justification de ce licenciement.

B. — Protection contre le licenciement en cours de suspension du contrat

Le licenciement d'un salarié en cours de suspension du contrat de travail pour maladie ou accident a tout d'abord été soumis au droit commun du licenciement, soit encore au contrôle de l'abus de droit

avant la loi de 1973 et, depuis cette loi, à celui de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ce fut pour la jurisprudence l'occasion de poser les premiers jalons des justifications possibles du licenciement d'un salarié malade ou accidenté. Il a ainsi été décidé que l'absence temporaire du salarié ne peut permettre de justifier un licenciement que dans la mesure où elle rend le remplacement du salarié nécessaire (v. Soc. 23 oct. 1968, *Bull. civ. V*, n° 453 ; 7 juill. 1972, *Bull. civ. V*, n° 513).

Un encadrement plus strict du licenciement d'un salarié en cours de suspension a d'abord été mis en place pour les seuls salariés absents pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, par la loi du 7 janvier 1981. Depuis lors, pour ces salariés, tout licenciement en cours de période suspension est nul, sauf faute grave du salarié ou impossibilité de maintenir le contrat non liée à la maladie ou à l'accident (art. L. 1226-9 et 1226-13 nouv. C. trav. ; L. 122-32-2, al. 1 et 3 C. trav.). La jurisprudence a eu l'occasion de préciser ces exceptions. Ni l'existence d'une cause économique, ni l'application des critères d'ordre des licenciements ne suffisent pour caractériser une impossibilité de maintenir le contrat (Soc. 12 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 242 ; Soc. 21 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 381). Il doit donc s'agir d'une situation contraignante, proche de la force majeure, soit d'un cas tout à fait exceptionnel. Quant aux fautes non graves commises au cours de la période de suspension, la Cour de cassation a précisé qu'elles ne pouvaient en aucun cas justifier un licenciement, même prononcé après qu'ait cessé la période de suspension (Soc. 12 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 88 ; Soc. 8 janv. 2003, *Bull. civ. V*, n° 1).

La situation des salariés dont le contrat est suspendu pour maladie ou accident non professionnels demeure moins favorable. En cours de période de suspension, l'employeur doit simplement démontrer que la durée de l'absence du salarié ou la répétition de ses absences rendent nécessaire son remplacement définitif (Soc. 3 juill. 1986, *Bull. civ. V*, n° 346 ; Soc. 13 mars 2001, *Herbaut*, n° 77 ; Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 106). Cette solution a perduré après même que la loi du 12 juillet 1990 ait inscrit parmi les causes de discrimination prohibées au sein de l'article L. 1132-1 Nouv. C. trav. (L. 122-45 C. trav.) « *l'état de santé du salarié* » et interdit ainsi, à peine de nullité, tout licenciement qui serait justifié par la maladie du salarié.

Pour maintenir sa jurisprudence malgré cette nouvelle rédaction de l'article L. 1132-1 nouv. C. trav. (L. 122-45 C. trav.), la Cour de cassation a adopté le raisonnement suivant. Lorsque le remplacement définitif du salarié s'avère nécessaire, le licenciement est justifié « *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* » (en ce sens, v. l'arrêt *Herbaut*

n° 77, *préc.* et déjà Soc. 16 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 394 ; 10 nov. 1998, *Bull. civ.* V, n° 485). En revanche, en l'absence de nécessité démontrée de procéder à un remplacement définitif, l'article L. 1132-4 nouv. C. trav. (L. 122-45 al. 5 C. trav.) (s'applique pour fixer la sanction applicable : le licenciement est nul (v. not., dans des hypothèses de licenciement pour longue maladie, Soc. 5 juin 2001, deux arrêts, *Bull. civ.* V, n°s 209 et 211, *Dr. soc.* 2001. 1045, note J. Savatier).

Ce raisonnement n'est pas sans rappeler celui tenu par la Cour pour autoriser certaines différenciations selon un critère prohibé, lorsque les circonstances le justifient. Ainsi, une différenciation selon la religion ou les opinions politiques du salarié à l'embauche pourra-t-elle être justifiée lorsqu'elle apparaît nécessaire à la préservation de la nature propre de l'« entreprise », lorsque celle-ci est une organisation confessionnelle ou politique par exemple, et plus précisément lorsque l'appartenance du salarié à une autre tendance ou confession peut générer un trouble caractérisé dans le bon fonctionnement de l'entreprise (v. la jurisprudence sur les entreprises dites de tendance, obs. sous **n° 68**). Eu égard à son caractère exceptionnel, la reconnaissance d'un tel trouble caractérisé est appréciée avec rigueur. De même, l'existence d'une nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié n'est reconnue que de manière exceptionnelle par la Cour de cassation.

Ainsi, dans l'arrêt *Herbaut* du 13 mars 2001 (**n° 77**), la cour d'appel avait reconnu l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, au motif que les absences « *fréquentes et subites* » de la salariée licenciée avait créé une « *perturbation certaine* » dans le fonctionnement du service auquel elle était affectée, eu égard notamment au faible nombre de personnes employées par l'entreprise (sept en l'espèce). La Cour de cassation casse cependant l'arrêt déféré. Cette décision s'explique. La cour d'appel avait précisé que seul « *un travail supplémentaire des autres employées ou l'embauche d'une travailleuse intérimaire* » pouvait permettre de résoudre la perturbation occasionnée par les absences de la salariée. Cette perturbation n'était donc pas sans possibles solutions. Et la Cour de cassation en déduit que la cour d'appel « *n'avait pas constaté que les absences répétées de la salariée avaient rendu nécessaire son remplacement définitif* ». Il suffit ainsi que le remplacement du salarié soit possible, notamment par l'embauche d'un travailleur temporaire ou d'un salarié sous contrat à durée déterminée, pour que la rupture soit illicite et par conséquent nulle en application de l'article L. 1132-4 nouv. C. trav. (L. 122-45 al. 5 C. trav.). Or une telle possibilité est très fréquemment présente.

II. — La fin de la période de suspension

À la fin de la période de suspension, l'employeur est soumis à certaines obligations, dont la principale est l'obligation de réintégrer ou de reclasser le salarié (B). Ces obligations supposent cependant que la période de suspension soit bien considérée comme close (A).

A. — Détermination de la date de fin de suspension

La date du début de la suspension du contrat de travail pour maladie ou accident se détermine simplement. Elle est la date de l'arrêt effectif du travail. Les protections associées à la suspension sont alors immédiatement applicables, même si le certificat médical constatant l'incapacité temporaire du salarié à exécuter sa prestation de travail est postérieur à l'arrêt effectif du travail.

La date de la fin de la période de suspension, en revanche, ne découle pas nécessairement de la fin de la cause de suspension. L'état de santé du salarié peut être définitivement consolidé, le salarié peut être pleinement rétabli, voire avoir repris effectivement le travail, sans que cesse en droit la suspension de son contrat de travail. Cette situation un peu artificielle résulte de la portée accordée par la jurisprudence aux articles R. 4624-21 et s. nouv. C. trav. (R. 241-51 C. trav.). Ces textes imposent, dans certains cas, qu'un examen médical de reprise du travail soit réalisé par le médecin du travail. Et la jurisprudence considère que cet examen obligatoire est une formalité substantielle en l'absence de laquelle la suspension perdure. Sa date fixe, par conséquent, de manière formelle, la fin de la période de suspension. Cette solution, initiée par l'arrêt *Sté Provens Télécommunications* (Soc. 22 mars 1989, n° 76) a été reprise constamment jusqu'en 2003, par la Cour de cassation (v. not. Soc. 30 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 47 ; Soc. 12 nov. 1997, deux arrêts, *Bull. civ. V*, n° 366 ; *Dr. soc.* 1998. 20, note Y. Chauvy ; *Dr. soc.* 1998. 113, obs. J. Savatier ; Soc. 4 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 297 ; Soc. 12 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 88 ; Soc. 8 janv. 2003, *Bull. civ. V*, n° 1).

La Cour de cassation a, ensuite, eu un temps d'hésitation. Elle a d'abord semblé abandonner le maintien artificiel de la suspension (v. Soc. 29 septembre 2004, *Dr. soc.* 2004. 1093). Puis elle a tenté de l'atténuer (v. Soc. 16 novembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 323, arrêt qui reconnaît le maintien de la suspension et affirme dans le même temps, de manière contradictoire, que l'employeur était détenteur d'un pouvoir disciplinaire sur le salarié qui avait repris le travail sans passer sa visite médicale obligatoire).

Cette période de doute semble cependant passée, la Cour a réaffirmé

sa position traditionnelle d'un maintien de la suspension en l'absence de respect de la visite médicale obligatoire (Soc. 28 février 2006, *Bull. civ. V*, n° 87 ; *RDT* 2006. 24, obs. B. Lardy-Pélissier ; et Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-42279, *Bull. civ. V*, n° 42).

Or l'examen de reprise est obligatoire, selon l'article R. 4624-21 nouv. C. trav. (R. 241-51 al 1 C. trav.) du Code du travail dans de très nombreux cas, à savoir dans tous les cas d'absence pour maladie professionnelle ou pour congé maternité, en cas d'absence pour accident du travail d'une durée d'au moins huit jours et en cas d'absence pour accident ou maladie non professionnels d'une durée d'au moins vingt et un jours. Dans toutes ces hypothèses, l'absence d'examen médical de reprise fait perdurer la suspension du contrat de travail.

La jurisprudence a précisé quel était exactement l'examen médical qui fait cesser la suspension. L'examen de reprise se distingue de l'examen médical anticipé prévu à l'article R. 4624-23 nouv. C. trav. (R. 241-51 al 4 C. trav.). Ce dernier, peut précéder la reprise du travail lorsqu'une modification de l'aptitude du salarié est prévisible. Mais il ne dispense pas d'un examen de reprise ultérieur. Il ne fait donc pas cesser la période de suspension (Soc. 12 nov. 1997, deux arrêts *Bull. civ. V*, n° 366 *préc.* ; Soc. 4 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 297). Deux examens médicaux espacés de deux semaines sont exigés pour que le médecin du travail puisse constater une inaptitude définitive du salarié à son ancien poste de travail R. 4624-31 nouv. C. trav. (R. 241-15-1 C. trav.). De ces deux examens, la Cour considère que c'est le premier qui compte comme échéance de la période de suspension (Soc. 16 juill. 1998, *RJS* 10/98, n° 1203 ; Soc. 16 févr. 1999, *Bull. civ. V*, n° 76, *Dr. soc.* 1999. 428, obs. J. Savatier ; Soc. 8 janv. 2003, *préc.*).

Cette solution un peu ubuesque d'un contrat de travail suspendu mais dont les obligations principales et accessoires sont exécutées s'explique sans doute par l'importance qu'accorde la Cour de cassation à la visite médicale de reprise du travail, visite qu'elle rattache désormais directement à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur (Soc. 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-44580, *Bull. civ. V*, n° 373).

Ces différentes solutions ont une certaine cohérence entre elles. Mais l'ensemble n'en demeure pas moins très discutable. Un contrat ne devrait pas pouvoir être considéré comme suspendu lorsque ses obligations principales sont exécutées.

Certains aspects du maintien de la suspension peuvent être favorables au salarié. Le salarié qui a repris son travail sans que la visite de reprise ait eu lieu conserve le bénéfice de la protection attachée à la période de suspension de son contrat, bien qu'en contrepartie du travail effectué son salaire lui soit dû. Ainsi, en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail, tant que la visite de reprise n'a pas eu lieu, le salarié ne pourra être licencié que pour faute grave ou pour

impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à la maladie ou à l'accident, en application de l'article L. 122-32-2 du Code du travail. Un licenciement pour insuffisance professionnelle, ou pour faute sérieuse mais non grave, quoique survenu bien après la reprise effective du travail, sera par voie de conséquence nul (Soc. 10 nov. 1998, *Bull. civ. V*, n° 481).

Le maintien de la période de suspension est cependant généralement défavorable au salarié. En l'absence d'examen médical de reprise, l'employeur n'est pas tenu de fournir du travail au salarié. Et son obligation de lui verser une rémunération complémentaire peut avoir cessé du fait de la longue absence du salarié. Dépourvu de travail alors même qu'il est rétabli ou que son état est consolidé, le salarié pourra alors être privé de toute rémunération dans l'attente d'un examen médical de reprise. Il n'aura pas même droit aux indemnités chômage, puisqu'il sera toujours lié par un contrat de travail. Il ne pourra pas non plus bénéficier des indemnités spéciales prévues par les articles L. 1226-14 et L. 1226-15 nouv. C. trav. lorsque l'employeur ne réintègre pas un salarié à la fin de la période de suspension pour accident du travail, la suspension ne s'étant pas encore achevée (v. Soc. 22 mars 1989, *Sté Provens Télécommunications*, n° 76 ; Soc. 30 janv. 1991, *préc.*). Enfin, le délai d'un mois au cours duquel l'employeur doit réintégrer ou licencier un salarié à l'issue d'une absence liée à son état de santé sous peine de lui devoir à nouveau ses salaires, ne court pas non plus, tant que n'a pas eu lieu l'examen de reprise (v. art. L. 1226-4 nouv. C. trav. et L. 1226-11 C. trav.).

Pour permettre au salarié comme à l'employeur de sortir de cette impasse, la jurisprudence a prévu un certain nombre d'options ouvertes au salarié ou à l'employeur.

Le salarié peut tout d'abord prendre l'initiative de la visite de reprise, alors même que cette initiative incombe normalement à l'employeur. Il lui suffit de prendre contact avec le médecin du travail et d'en informer l'employeur (Soc. 12 nov. 1997, *Bull. civ. V*, n° 365 et deux autres arrêts du même jour, *Bull. civ. V*, n° 366, *préc.* ; Soc. 10 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 133). Il peut aussi demander à l'employeur de bénéficier de l'examen et réclamer sa réintégration. Si l'employeur persiste dans son inaction, le salarié pourra faire constater en justice la rupture du contrat de travail. La rupture est alors qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou de licenciement nul selon la demande faite par le salarié (Soc. 13 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 301 ; Soc. 12 oct. 1999, *Bull. civ. V*, n° 376 ; Soc. 19 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 27). Et la date de cette rupture est fixée au jour de la saisine du conseil de prud'hommes par le salarié. L'employeur qui tente d'exécuter ses obligations après que le salarié ait agi en justice, agit trop tardivement pour échapper à la sanction (Soc. 19 janv. 1999, *préc.*).

L'employeur peut, quant à lui, convoquer le salarié à la visite de reprise obligatoire. Si le salarié refuse de s'y rendre après plusieurs injonctions, il a pu être décidé que ce comportement était une faute sérieuse qui justifiait son licenciement (Soc. 17 oct. 2000, *RJS* 01/01, n° 33) et même une faute grave (Soc. 29 nov. 2006, *Bull. civ.* V, n° 361).

Ces solutions sont discutables. En vertu de l'adage *noli me tangere* et de la loi du 4 mars 2002, laquelle proclame le « *droit du malade au libre choix de son praticien* » (art. L. 1110-8 CSP), on peut considérer que le salarié qui refuse de se soumettre à l'auscultation du médecin du travail, médecin qui n'est pas choisi par le salarié, n'est pas fautif. Et ce, même si le refus de cette visite médicale a des conséquences sur l'obligation de reclasser le salarié, puisque ce reclassement doit être réalisé en tentant compte des observations du médecin du travail.

Plus généralement, l'impact accordé par la jurisprudence à l'examen de reprise doit être repensé au vu de ce « *droit du malade au libre choix de son praticien* » consacré par la loi du 4 mars 2002. En vertu de ce texte, le salarié qui refuse d'être ausculté par le médecin du travail, n'est *a priori* pas fautif. Il risque cependant d'être mis dans une situation intenable, pour peu que l'employeur s'abstienne de toute initiative. Ni reclassé, ni licencié, il n'aura plus que la possibilité de démissionner, au risque de perdre non seulement toute indemnité de licenciement, mais encore ses indemnités chômage. Il serait préférable de considérer que la consolidation de l'état du salarié, dûment constatée par un praticien choisi par le salarié suffit à faire cesser la suspension du contrat de travail. Le refus du salarié de se soumettre à une visite de reprise pourra alors être interprété comme libérant l'employeur de son obligation de tenir compte des observations du médecin du travail dans la recherche d'un reclassement. Ce qui pourrait faciliter grandement la découverte, par l'employeur, d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Et la date de départ du délai de un mois dans lequel l'employeur doit reclasser ou licencier le salarié devrait pouvoir être considérée comme étant celle de l'examen de reprise ou, à défaut, comme étant celle du refus du salarié de se plier à cet examen.

Ces solutions, seules à être pleinement compatibles avec le droit du salarié de choisir librement son praticien, ne correspondent cependant pas à la jurisprudence actuelle.

Quoiqu'il en soit, la fin de la période de suspension est le point de départ d'un certain nombre d'obligations faites à l'employeur afin de préserver, autant que possible, l'emploi du salarié.

B. — Obligation de reclassement et encadrement du licenciement

À la fin de la période de suspension, le salarié peut être apte ou inapte à reprendre son ancien travail.

En l'absence de déclaration d'incapacité à son ancien poste de travail par le médecin du travail, l'employeur doit réintégrer le salarié sur son ancien poste de travail, ou, si celui-ci a disparu, sur un poste équivalent. Si l'employeur n'offre qu'un reclassement qui s'analyserait en une modification du contrat de travail, cette inexécution par l'employeur de son obligation de réintégration peut, à la demande du salarié, être qualifiée de licenciement illicite (Soc. 23 nov. 1999, *Bull. civ. V*, n° 450 ; Soc. 26 nov. 2002, *Bull. civ. V*, n° 353, et sur la question de la nullité v. *infra*).

Il se peut, cependant, que le salarié soit déclaré inapte à son ancien poste par le médecin du travail. Cette déclaration peut, évidemment, être très lourde de conséquences pour l'avenir professionnel du salarié. Elle ne peut être prise qu'après mûre réflexion. Elle suppose, sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celles des tiers, une étude du poste de travail, des conditions de travail et deux examens médicaux de l'intéressé espacés, de deux semaines (art. R. 4624-31). La violation de cette procédure est sévèrement sanctionnée : irrégularité de l'avis du médecin du travail rend celui-ci sans valeur et l'éventuel licenciement basé sur cet avis sera, par conséquent, nul (v. not. Soc. 19 octobre 2005, *Bull. civ. V*, n° 292, deux arrêts, et Soc. 20 septembre 2006, *Bull. civ. V*, n° 275 ; *RDT* 2006. 385, obs. G. Pignarre : dans ce dernier arrêt le délai de deux semaines n'avait pas été respecté, seuls 13 jours s'étant écoulés).

Lorsque le salarié est régulièrement déclaré inapte à son ancien poste de travail par le médecin du travail, l'employeur est tenu de lui proposer un reclassement sur un poste aussi proche que possible de son ancien poste, dans la limite des postes disponibles dans l'entreprise, tout en tenant compte des observations du médecin du travail. Suivant le cours ordinaire de la matière, cette obligation de reclassement a d'abord été créée pour les salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles par la jurisprudence, puis par la loi (art. L. 1226-10 nouv. C. trav., L. 122-32-5 C. trav. issu de la loi du 7 janvier 1981). Elle a ensuite été étendue aux salariés victimes d'accidents ou de maladies non professionnels, encore une fois d'abord par la jurisprudence, avant d'être consacrée par la loi (art. L. 1226-2 nouv. C. trav. ; L. 122-24-4 issu de la loi du 31 décembre 1992). L'obligation de reclassement est désormais érigée au rang de principe général du droit par le Conseil d'État (CE 2 octobre 2002, *RJS* 2003, n° 94).

Cette obligation de reclassement impose à l'employeur de proposer

aux salariés les postes disponibles dans l'entreprise, ou même au sein du groupe auquel appartient l'entreprise (Soc. 10 mars 2004, *Bull. civ. V*, n° 84 ; Soc. 7 juillet 2004, *Bull. civ. V*, n° 196), y compris ceux qui, le cas échéant, relèvent de catégories supérieures à celles occupées précédemment par le salarié (Soc. 21 juin 2000, *RJS* 2000, n° 903). Même lorsque le médecin du travail rend un avis d'incapacité totale à exercer un emploi dans l'entreprise, l'employeur est tenu de chercher à le reclasser, par une mutation, par la création d'un poste spécialement adapté, ou par la proposition d'un aménagement du temps de travail (Soc. 7 juillet 2004, trois arrêts, *Bull. civ. V*, nos 196, 197 et 198).

L'obligation de reclassement reste cependant limitée : l'employeur n'est tenu que de proposer les postes disponibles. Il ne lui est pas demandé de créer un nouveau poste, ni d'en libérer un en imposant à un autre salarié une modification de son contrat de travail (Soc. 15 novembre 2006, *Bull. civ. V*, n° 339 ; *Dr. soc.* 2007. 106-108, obs. G. Couturier ; *RDT* 2007. 96, obs. J.-Y. Froin). En revanche, l'employeur semble tenu de proposer à d'autres salariés une modification de leur contrat, si cela doit permettre d'offrir un poste au salarié devenu inapte (Soc. 14 décembre 2005, pourvoi n° 04-40021).

Si ces derniers refusent ou qu'aucune permutation n'est envisageable, et si aucun autre poste n'est disponible, l'employeur pourra procéder au licenciement du salarié inapte. Ce licenciement sera l'une de ces mesures « objectives, nécessaires et appropriées » qu'autorise l'article L. 1132-2 nouv. C. trav. (L. 122-45-4 C. trav.) en cas d'incapacité dûment constatée du salarié. Le licenciement pourra alors être considéré comme doté d'une cause réelle et sérieuse. Les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement seront dues. Seule l'indemnité compensatrice de préavis n'est pas due, dans la mesure où le salarié aurait été inapte à exécuter son préavis. En cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, l'indemnité légale de licenciement est multipliée par deux et à elle s'ajoute une indemnité compensatrice de préavis même dans les cas où le salarié aurait été inapte à exécuter ce préavis (art. L. 1226-14 nouv. C. trav., L. 122-32-6 C. trav.). Aucun autre mode de rupture du contrat de travail que le licenciement ne peut être utilisé par l'employeur.

Cette solution exclut d'abord toute « prise d'acte » de la rupture par l'employeur. Cette exclusion a été initiée en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles par la jurisprudence (Soc. 10 juill. 1975, *Barba, préc. Bull. civ. V*, n° 396 ; Soc. 1^{er} févr. 1979, *Bull. civ. V*, n° 109) puis par le législateur (loi du 7 janv. 1981, art. L. 122-32-5 et L. 122-32-6 C. trav.). Elle a été étendue ultérieurement en cas d'incapacité, même totale, pour une cause non professionnelle (v. Soc. 29 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 600 ; *JCP E* 1992, n° 247, note D. Jourdan et l'art. L. 122-24-4 C. trav. issu de la loi du 31 déc.

1992). Et finalement, la prise d'acte de la rupture par l'employeur a été exclue quel qu'en soit le motif (Soc. 25 juin 2003, **n° 87**)

Sont encore exclues les demandes de résolution judiciaire (Soc. 13 mars 2001, *Mulin* **n° 90**) et la rupture d'un commun accord signée après qu'ait été constatée une inaptitude définitive (Soc. 12 févr. 2002, *Bull. civ. V*, n° 66, *RJS* 05/02, chr. J. Savatier, p. 399). Cet exclusivisme du droit du licenciement des salariés victimes de problèmes de santé n'est pas sans rappeler la solution admise dès les arrêts *Perrier* du 21 juin 1974, en matière de protection de l'emploi des représentants du personnel et des délégués syndicaux (**n° 151**).

Ce rapprochement du droit des salariés protégés est aussi perceptible en ce qui concerne les sanctions applicables.

Dans toutes les hypothèses où le licenciement d'un salarié victime d'un problème de santé est illicite, et en cas notamment de violation de l'obligation de reclassement sus-décrite, il est nul pour discrimination selon l'état de santé, en application de l'article L. 1132-1 nouv. C. trav. (L. 122-45 C. trav.). C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence depuis quelques années (v. not. Soc. 16 juill. 1998, *Bull. civ. V*, n° 393, *Dr. soc.* 1998. 872, note G. Couturier, *RJS* 10/98, n° 1203 et p. 707, note J. Savatier ; Soc. 16 févr. 1999, *Bull. civ. V*, n° 76, *Dr. soc.* 1999. 428, obs. J. Savatier ; Soc. 23 nov. 1999, *Bull. civ. V*, n° 450 ; Soc. 27 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 250 ; 17 oct. 2000, *RJS* 01/01, n° 31 ; 13 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 88 ; Soc. 5 juin 2001, deux arrêts, *Bull. civ. V*, n°s 209 et 211, *Dr. soc.* 2001. 1045, note J. Savatier ; Soc. 26 mai 2004, *Bull. civ. V*, n° 139 ; Soc. 16 février 2005, *Bull. civ. V*, n° 52 ; *RJS* 2005, n° 469 ; Soc. 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-40241, *Bull. civ. V*, n° 275, v. cpdt Soc. 26 nov. 2002, *Bull. civ. V*, n° 353, lequel est resté isolé).

Le salarié a alors une option. Il peut réclamer sa réintégration, y compris en référé (Soc. 23 nov. 1999, *préc.*). Il peut aussi, s'il le préfère, réclamer une indemnisation. Auquel cas il a droit à la réparation de son entier préjudice, lequel ne peut être inférieur aux indemnités dues pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 17 oct. 2000, *préc.* ; Soc. 8 avril 2004, *Bull. civ. V*, n° 118). La jurisprudence lui reconnaît en outre un droit à des indemnités compensatrices de préavis, peu important le fait qu'il ait été ou non dans l'incapacité d'exécuter ce préavis du fait de son état de santé, et ce même en cas d'inaptitude pour une cause non professionnelle (v. Soc. 5 juin 2001, deux arrêts, *préc.*).

L'employeur qui s'abstient de reclasser ou de licencier le salarié dans un délai d'un mois suivant la visite de reprise, doit, à titre de sanction, reprendre le versement complet du salaire antérieur (art. L. 122-24-4, al. 2 C. trav. et L. 122-32-5 C. trav.). Et cette abstention a pu, en outre, être qualifiée à la demande du salarié, de rupture du

contrat de travail imputable à l'employeur (v. Soc. 11 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 271). Ce qui revient, en termes plus actuels, à considérer qu'une telle abstention suffit à justifier une prise d'acte de la rupture par le salarié.

78-79

LE CHÔMAGE PARTIEL

78. Soc. 11 janvier 1962 — 79. Soc. 18 juin 1996

78. Soc. 11 janvier 1962

Demoiselle Paoletti c. SA Marseille-Nouveautés

(*Bull. civ. IV*, n° 51, p. 42 ; *D.* 1962. 629 ; *JCP* 1962. II. 12564 ; *S.* 1962. 289)

ARRÊT

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Attendu qu'il résulte de la décision attaquée que la demoiselle Paoletti aide retoucheuse au service de la société Marseille-Nouveautés depuis le 1^{er} janvier 1948 a été invitée à suspendre son travail du 1^{er} au 15 janvier 1957 en raison du ralentissement de l'activité de l'entreprise, qu'ayant recommencé à travailler le 16 elle a de nouveau été avisée d'avoir à « poser » du 1^{er} au 15 février date à laquelle cette mesure a été maintenue jusqu'au 1^{er} mars, que le 4 mars, sans avoir repris son travail, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une instance en paiement de ses salaires du 1^{er} au 15 janvier et du 1^{er} au 16 février, d'indemnités de préavis, de congés payés et de licenciement et de dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail ;

Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué d'avoir refusé à cette salariée rémunérée au mois le droit au salaire afférent aux périodes de chômage imposées par l'employeur, au motif que l'employeur est fondé à minorer les salaires du personnel, même à solde mensuelle, en proportion de la durée du temps de travail et que ce temps peut lui-même être réduit par l'employeur lorsque les circonstances économiques ou l'intérêt général de l'entreprise l'exigent, alors que l'employeur s'oblige par le contrat de travail à donner au salarié du travail et à lui payer le salaire dans les conditions prévues au contrat ;

Mais attendu qu'en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail et que, par voie de conséquence, *aucun salaire n'est dû en principe lorsque le travail n'a pas été accompli* ; que, dès lors, les juges du fond, qui ont relevé que demoiselle Paoletti *n'apportait pas la preuve que l'employeur ait inexactement invoqué des difficultés économiques de l'entreprise, pour suspendre l'exécution du contrat de travail, et que cette mesure ait été prise dans une intention malicieuse à son égard, étaient fondés à la débouter de sa demande en paiement de salaires* pour les périodes pendant lesquelles elle avait accepté de ne pas travailler ;

Que le grief n'est pas fondé ;

Mais sur la seconde branche :

Vu les articles 23 du Livre I^{er} du Code du travail et 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu que pour débouter demoiselle Paoletti de ses demandes d'indemnités de préavis, de congés payés et de licenciement, les juges d'appel ont retenu que cette employée « qui ne s'est pas présentée à son travail à l'expiration du temps de pause, nonobstant l'injonction qui lui en était faite par son employeur, a rompu par son fait le contrat de travail » ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il était soutenu et non contesté que demoiselle Paoletti avait fait sommation par acte d'huissier à la société le 16 février 1957 d'avoir à la reprendre immédiatement, faute de quoi elle considérerait son contrat de travail comme rompu et alors que *la responsabilité de la rupture incombe à l'employeur lorsque le départ du salarié a été motivé par une modification unilatérale de la part de l'employeur des clauses essentielles de son contrat de travail*, ils n'ont pas donné de base légale à leur décision ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qui concerne les indemnités de préavis, congés payés et de licenciement (...).

79. Soc. 18 juin 1996

Gury c. SA Litwin

(*Bull. civ.* V, n° 252 ; *Dr. soc.* 1996. 978, obs. H. Blaise ; *RJS* 8-9/96, n° 963)

ARRÊT

Sur le moyen unique commun aux pourvois :

Attendu que, par courrier du 15 octobre 1991, la société Litwin a fait part à ses salariés d'une mesure de chômage partiel, égale à 20 % de l'horaire de travail pendant 6 mois, pour éviter des licenciements économiques ; que, le 8 novembre 1991, la société a avisé le personnel que le chômage était réduit à 10 % de l'horaire de travail ; que la mesure, qui a donné lieu à indemnisation dans le cadre des dispositions légales relatives au chômage partiel, a pris effet le 18 novembre 1991 et a cessé le 15 mai 1992 ; que M. Gury et huit autres salariés, ayant considéré cette mise en chômage partiel comme une modification de leurs contrats de travail, ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir des rappels de salaires, les indemnités de rupture et une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que les salariés font grief aux arrêts attaqués (Versailles, 27 juin 1994) d'avoir rejeté leurs demandes, alors que, selon le moyen, la réduction directe ou indirecte du salaire constitue une atteinte à un élément essentiel du contrat ; qu'ainsi constitue une modification substantielle du contrat de travail, dont le refus par le salarié rend la rupture imputable à l'employeur, la mise en chômage partiel s'accompagnant pour le salarié à la fois d'une réduction d'horaire et d'une diminution de sa rémunération ; qu'en considérant que la mesure de caractère temporaire qui entraînait pour le salarié une perte de rémunération inférieure à 5 % ne constituait donc pas une modification substantielle qu'il était comme tel fondé à refuser, l'arrêt a violé les articles L. 121-1 du Code du travail et 1134 du Code civil ; alors, de plus, qu'il résultait de l'article 307 de la Convention collective nationale du pétrole que la non-acceptation par un salarié de la modification de l'un des éléments énumérés à l'article 306 de la Convention (parmi lesquels figure la rémunération) ne saurait entraîner rupture du contrat de travail du fait du salarié ; que les articles précités établissaient la volonté des parties de tenir pour

substantielle toute atteinte portée par l'employeur à l'un des éléments du contrat énumérés par elles et notamment à la rémunération du salarié ; qu'en considérant néanmoins les dispositions conventionnelles précitées comme inapplicables en l'espèce, compte tenu du caractère temporaire de la baisse de rémunération imposée par la société Litwin, l'arrêt a ajouté aux dispositions précitées et a ainsi méconnu les articles 306 et 307 de la convention collective applicable et 1134 du Code civil ; alors que les salariés faisaient valoir dans leurs conclusions d'appel que la rupture doit être constatée au jour du refus par le salarié de la modification de son contrat ; que le fait que l'employeur substitue ultérieurement une réduction d'horaire et de rémunération de 10 % à une baisse de 20 % est sans incidence sur la rupture déjà acquise ; qu'en considérant que l'application d'une baisse fixée à 10 % (au lieu de 20 %) retirait au salarié la possibilité de refuser ladite mesure et de faire constater la rupture de son contrat pour motif économique comme prévu par la société dans sa lettre du 15 octobre 1991, sans rechercher si cette rupture n'était pas consommée en l'état du refus de principe opposé par le salarié dès l'annonce de la mise en chômage partiel, l'arrêt n'a pas justifié légalement sa décision au regard des articles L. 121-1 du Code du travail et 1134 du Code civil ; alors que, enfin, constitue une mesure abusive la réduction d'horaires et de salaires non justifiée par l'intérêt de l'entreprise ; qu'en l'espèce les salariés faisaient valoir dans leurs conclusions que, quelques semaines seulement après la mise en œuvre des mesures de chômage partiel, la société avait procédé à une politique d'embauche de personnel et d'investissement en matériel ; qu'en s'abstenant de rechercher si cette reprise rapide de l'activité n'était pas de nature à priver de toute légitimité les mesures imposées aux salariés liées à une baisse très provisoire de l'activité, la cour d'appel, qui n'a pas tenu compte des perspectives économiques de cette dernière, n'a pas justifié légalement sa décision au regard de l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que, pour déterminer si l'employeur doit mettre en œuvre la procédure de chômage partiel, il convient de se placer à la date à laquelle l'employeur a décidé de réduire l'horaire ; que, procédant à cette recherche, la cour d'appel a constaté qu'en 1991 la société Litwin connaissait une baisse importante des prises de commande entraînant une baisse de la charge de travail et que sa décision de recourir au chômage partiel était justifiée par le souci d'éviter le prononcé de licenciements pour motif économique ;

Attendu, ensuite, que *la mise au chômage partiel du personnel, pendant la période d'indemnisation, prévue par l'article L. 351-25 du Code du travail, ne constitue pas une modification des contrats de travail* ; que les dispositions des articles 306 et 307 de la Convention collective nationale du pétrole n'apportent aucune exception à cette règle, puisque le contrat de travail des salariés n'est pas modifié ;

D'où il suit que la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions des salariés, a exactement décidé que ceux-ci ne pouvaient prétendre avoir été licenciés ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs, rejette les pourvois.

OBSERVATIONS

L'arrêt *Gury* du 18 juin 1996 affirme clairement que « *la mise au chômage partiel du personnel, pendant la période d'indemnisation, prévue par l'article L. 351-25 du Code du travail, ne constitue pas une modification des contrats de travail* ». Cet arrêt confirme dans les

termes les plus nets un revirement de jurisprudence amorcé par deux arrêts, du 12 juillet 1989 (*Bull. civ. V*, n° 553, *D.* 1990, *Somm.* 157, obs. A. Lyon-Caen) et du 27 novembre 1991 (*Bull. civ. V*, n° 536). La solution a depuis été confirmée (v. not. *Soc.* 9 mars 1999, deux arrêts, *Bull. civ. V*, n° 103 et n° 110).

La réduction du temps de travail imposée par l'employeur pour un motif économique, parfois qualifiée de mise à pied économique, était jusqu'ici systématiquement interprétée comme une modification du contrat de travail (v. not. *Soc.* 11 janv. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 51, *D.* 1962. 629, *JCP* 1962. II. 12564, *S.* 1962. 289 ; *Soc.* 24 juin 1982, *Bull. civ. V*, n° 418 ; 7 mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 184, *D.* 1989, *Somm.* 157, obs. A. Lyon-Caen ; *Soc.* 23 oct. 1991, *Dr. soc.* 1991. 961). Sans revenir sur cette solution de principe, l'arrêt *Gury* (n° 79) lui apporte une exception de taille. Dans la mesure où la mise à pied économique du salarié entre dans le champ de l'indemnisation du chômage partiel, elle n'est plus une modification du contrat de travail, mais relève du pouvoir de direction de l'employeur. Il en résulte que le salarié ne peut alors se considérer comme licencié, ni exiger le maintien de son salaire antérieur. S'il refuse l'amputation de sa rémunération, il ne lui reste plus que l'option de la démission.

Cette réduction de rémunération imposée au salarié est, il est vrai, limitée par l'indemnisation du chômage partiel. Ce qui explique au demeurant que, lorsque cette indemnisation cesse, le chômage partiel redevient une modification du contrat de travail, en application de la jurisprudence traditionnelle.

L'indemnité de l'article L. 5122-1 nouv. C. trav. (L. 351-25 C. trav.), visée par l'arrêt *Gury*, est une allocation spécifique, à la charge de l'État, fixée par heure perdue et qui est égale à 2, 44 euros par heure dans les entreprises de 250 salariés au plus et à 2,13 euros dans les entreprises de plus de 250 salariés (art. D. 5122-13 nouv. C. trav.). Ces sommes sont complétées, notamment par l'application de la rémunération mensuelle minimale (L. 3232-1 nouv. C. trav. et s.) et par l'application de la convention collective nationale interprofessionnelle étendue du 21 février 1968 qui ordonne à l'employeur de verser un minimum de 50 % de la rémunération perdue. Il demeure le chômage partiel indemnisé se traduit par une baisse de rémunération, variable selon le niveau du salaire des personnes concernées, mais qui peut atteindre 50 % du salaire en cas de chômage partiel à temps complet.

Le champ d'application de la jurisprudence nouvelle étant calqué sur le champ d'application de l'allocation spécifique pour privation partielle d'emploi prévue à l'article L. 5122-1 nouv. C. trav. (L. 351-25 C. trav.), il importe de préciser le champ d'application de cette allocation.

Celui-ci est limité quant aux causes de la privation partielle d'em-

ploi, par l'article R. 5122-1 nouv. C. trav. Le texte mentionne l'exigence d'une « *contrainte* » de suspendre ou réduire temporairement l'activité de l'entreprise. Mais l'énoncé des possibles raisons de cette « *contrainte* » démontre que l'on est loin du caractère contraignant de la force majeure. Ces raisons, outre les traditionnelles « *intempéries exceptionnelles* » et autres « *difficultés d'approvisionnement* », incluent notamment la « *conjoncture économique* », la « *transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise* » ou encore « *toute autre circonstance exceptionnelle* ». Il est en particulier notable que cette contrainte peut être, si l'on en croit le texte, le fait d'une entreprise prospère, procédant, par exemple, à l'introduction de nouvelles technologies. Le recours au chômage partiel demeure ainsi relativement ouvert, nonobstant l'existence d'un contrôle *a priori* de l'administration (art. R. 5122-3 nouv. C. trav.).

Dès lors, la limitation dans le temps du bénéfice de l'allocation spécifique de l'article L. 5122-1 nouv. C. trav. (L. 351-25 C. trav.) revêt une grande importance. Cette limite, posée annuellement par arrêté ministériel, est traditionnellement fixée à 600 heures par an, hors les cas de modernisation des bâtiments et des installations de l'entreprise, lesquels sont limités à 100 heures par an (v. les arrêtés du 16 avril 2003, *JO* du 19 avril 2003, p. 6989). Enfin, au-delà de quatre semaines d'interruption totale du travail dans un établissement, les salariés cessent d'être considérés comme chômeurs à temps partiel, et l'article L. 5122-1 nouv. C. trav. (L. 351-25 C. trav.) laisse alors place à l'application de l'indemnisation du chômage total (art. R. 5122-9 nouv. C. trav.). Ces différentes limitations de durée peuvent permettre de réduire d'un tiers la durée de travail des salariés à temps complet pendant plus d'un an.

Même ainsi limitée dans son champ d'application, la jurisprudence *Gury* ne s'intègre que difficilement au sein de la jurisprudence sur la modification du contrat de travail. Il est en particulier constant qu'une modification unilatérale du montant du salaire, même minime, vaut modification du contrat (v. *supra* n^{os} 49 et s. ; Soc. 28 janv. 1998, *CSB* 1998, A.27, p. 113, *RJS* 3/98, n^o 274, obs. E. Dockès, p. 168 ; Soc. 3 mars 1998, *RJS* 4/98, n^o 417). La Cour de cassation est même allée jusqu'à annuler les clauses contractuelles qui accordent à l'employeur une faculté de faire varier unilatéralement le salaire (v. not. Soc. 2 juill. 2002, n^o 54). Or, la décision de l'employeur de mettre ses salariés au chômage partiel est bien unilatérale et elle conduit dans la grande majorité des cas, à une perte de rémunération (dans l'espèce sur laquelle l'arrêt *Gury* avait à se prononcer, la baisse de rémunération était de l'ordre de 5 %). La jurisprudence *Gury* apparaît ainsi comme relativement détonnante. Sa limitation au seul temps du chômage partiel indemnisé pourrait conduire à l'interpréter comme une exception

qui résulterait de l'article L. 351-25 du Code du travail ou, plus généralement, du droit du chômage partiel (en ce sens, v. A. Lyon-Caen, obs. sous Soc. 12 juill. 1989, *D.* 1990, Somm. 157). Mais, une telle interprétation sollicite beaucoup des textes qui ne traitent nullement de la question du refus du salarié.

L'exception au droit commun du contrat de travail que réalise la jurisprudence *Gury* s'explique en réalité par l'objectif poursuivi par la Cour de cassation : il s'agit de simplifier le recours au chômage partiel, en espérant par cette voie éviter d'éventuels licenciements économiques.

Aussi louable que soit cet objectif, l'opportunité de la solution n'en apparaît pas moins discutable. En interdisant au salarié de choisir d'être licencié plutôt que de voir sa rémunération amputée, la jurisprudence protège l'emploi du salarié contre la volonté de ce même salarié. Les salariés sont en quelque sorte tenus de se soumettre à la baisse de leur rémunération, dans leur propre intérêt. Ne serait-il pas plus cohérent de les laisser choisir par eux-mêmes ce qui leur semble préférable ? D'autant que ceux qui choisiront le licenciement libéreront du temps de travail, lequel pourra permettre de limiter le chômage partiel des autres salariés.

80-82

CONCOURS DE CAUSES DE SUSPENSION

**80. Soc. 4 juin 1962 — 81. Soc. 20 février 1980 —
82. Soc. 4 décembre 1996**

80. Soc. 4 juin 1962

Établissements Malicet et Blin c. Bercot

(Bull. civ. IV, n° 525)

ARRÊT

Sur le moyen unique : vu l'article 1382 du Code civil, l'article 54K du livre II du Code du travail ;

Attendu que l'indemnité prévue par le second de ces textes n'est due qu'au cas où le contrat de travail est résilié avant que le salarié ait pu bénéficier de la totalité du congé auquel il a droit ;

Attendu que le jugement attaque, après avoir constaté que Berçât, ouvrier au service de la société Malicet et Blin avait pris son congé régulier du 29 juillet au 23 août et reçu l'indemnité légale correspondante, condamne cependant l'employeur à payer à son ouvrier à titre de dommages-intérêts, la somme de 50 NF « pour refus de permettre de bénéficier des congés payés », au motif que, par l'effet d'une maladie, Berçât n'avait pas été en mesure de profiter de la totalité du congé et que l'article 54K devait jouer dans ce cas ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'*aucune faute n'était relevée à l'égard de l'employeur qui s'était acquitté de ses obligations légales pour l'année de référence*, les juges du fond ont faussement appliqué donc violé les textes visés au moyen ;

Par ces motifs, casse et annule...

81. Soc. 20 février 1980

Société Fabriques réunies de lampes électriques

(Bull. civ. V, n° 161)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation des articles 1134 du Code civil, 28 de la convention collective de la métallurgie, 455 et 458 du Code de procédure civile,

7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs, manque de base légale, dénaturation de la convention collective :

Attendu que le personnel de la société Fabriques réunies de lampes électriques a pratiqué du 25 février au 22 mars 1977 des débrayages quotidiens d'une durée limitée, puis une grève totale du 23 mars au 4 avril ; que Pelay-Zueras, Scheltz et dame Airoldi, employés de la société, ont été malades, le premier du 7 mars au 4 avril, le deuxième du 1^{er} au 15 mars, et la troisième du 1^{er} au 20 mars ; qu'ils ont assigné leur employeur en paiement des compléments de salaires prévus au cas de maladie par la convention collective applicable à l'entreprise ;

Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué d'avoir dit qu'ils étaient en droit de percevoir ces compléments de salaire, sous réserve d'une déduction d'une heure seulement, correspondant aux délayages quotidiens, du 7 au 23 mars pour Pelay-Zueras, du 1^{er} au 15 mars pour Scheltz et du 1^{er} au 20 mars pour dame Airoldi, et sans déduction du 24 mars au 4 avril pour Pelay-Zueras, alors que, d'une part, le contrat de travail est suspendu par la grève, et que le salarié tombant malade en période de grève ne saurait bénéficier des avantages réservés aux salariés restant tenus par les liens d'un contrat de travail, qu'ainsi les juges du fond, tout en méconnaissant le principe de la suspension du contrat de travail durant la grève et les clauses de la convention collective, en ont dénaturé les termes clairs et précis, et alors que, d'autre part, la cause de l'absence du salarié étant la grève, cette cause ne saurait changer de nature du seul fait qu'il est tombe malade, événement indépendant de sa volonté ;

Mais attendu que les juges du fond, ayant constaté que jusqu'au 23 mars la grève avait été limitée à une heure par jour, en ont exactement déduit que *les contrats de travail n'avaient été suspendus que pendant les heures de débrayage, et que les intéressés, pendant cette période, avaient droit en application de la convention collective au complément des salaires qu'ils auraient perçus pour les heures pendant lesquelles ils auraient normalement travaillé s'ils n'avaient pas été malades* ; que, d'autre part, Pelay-Zueras, tombé malade avant le début de la grève totale qui avait suspendu les contrats de travail et guéri seulement après la reprise du travail, avait droit pour cette seconde période à la totalité de ces compléments de salaire, sans qu'il y eût lieu de supputer, en l'absence de preuve, qu'il aurait participé à la grève s'il avait pu travailler ; que le moyen, qui n'indique pas en quoi la convention collective aurait été méconnue, ne peut être accueilli ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi...

82. Soc. 4 décembre 1996

Col c. Deudon

(Bull. civ. V, n° 420)

ARRÊT

Sur les quatre moyens réunis :

Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Cambrai, 11 juin 1993), que M. Col, salarié de M. Deudon, a été en arrêt de travail du 2 juillet au 8 novembre 1992 ; que, pendant cette période, l'entreprise a été fermée pour congés payés du 10 juillet au 4 août ; que lors de la reprise du travail de M. Col, le 9 novembre 1992, M. Deudon l'a invité à prendre ses congés ; que malgré le refus du salarié, M. Deudon lui a confirmé sa mise en congé pendant la période du 12 novembre au 9 décembre ; que le salarié, qui avait perçu de la caisse des

congés payés du bâtiment une indemnité de congé correspondant au montant de ses droits, a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'une somme à titre de salaire pour la période du 12 novembre au 9 décembre ;

Attendu que M. Col fait grief à l'arrêt de l'avoir débouté de sa demande, alors, selon le pourvoi, que l'employeur avait fixé la fermeture de l'entreprise pour congés annuels du 10 juillet au 4 août 1992, qu'à défaut d'accord avec l'employeur le salarié malade pendant ses congés payés ne peut exiger de bénéficier des jours de congé non pris du fait de sa maladie, qu'*a contrario* l'employeur ne pouvait imposer au salarié la prise ultérieure de congés non pris pendant la période de fermeture annuelle du fait d'un arrêt de travail pour maladie, qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a violé l'article L. 223-7 du Code du travail ; alors, en outre, qu'en ne tenant aucun compte de la jurisprudence présentée dans les conclusions du salarié, le conseil de prud'hommes n'a pas répondu à ces conclusions et a ainsi violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; qu'il a encore violé le principe de contradiction en fondant sa décision sur l'article 5-21 de la convention collective sans que cet article ait été soumis aux débats ; et alors, enfin, qu'en motivant sa décision par référence à la jurisprudence, sans préciser celle-ci, le conseil de prud'hommes a privé sa décision de base légale ;

Mais attendu, d'abord, que *si le salarié qui tombe malade au cours de ses congés payés ne peut exiger de prendre ultérieurement le congé dont il n'a pu bénéficier du fait de son arrêt de travail, l'employeur s'étant acquitté de son obligation à son égard, le salarié dont le contrat de travail est déjà suspendu par un arrêt de travail pour maladie à la date des départs en congé fixée par l'employeur conserve son droit à congé et peut demander à en bénéficier ultérieurement en sorte que l'employeur, qui n'est pas libéré de son obligation, demeure tenu de lui permettre d'exercer ce droit pour la part de congé non prise du fait de l'arrêt de travail, lorsque celui-ci prend fin avant que ne soit close la période des congés payés ;*

Attendu, ensuite, que la procédure prud'homale étant orale, les moyens sont présumés, sauf preuve contraire non rapportée en l'espèce, avoir été débattus contradictoirement ;

Qu'il s'ensuit, qu'ayant relevé que la période des congés est fixée par la convention collective du bâtiment à la période allant du 1^{er} mai au 30 avril, le conseil de prud'hommes, qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées, a décidé à bon droit que, le salarié n'ayant pu prendre son congé annuel pendant la période de fermeture de l'entreprise à raison de la suspension de son contrat de travail à la date des départs en congé, l'employeur, à qui il incombe de fixer la date de prise des congés, était fondé à lui imposer de le prendre à son retour d'arrêt de travail intervenu avant la fin de la période des congés ;

Que les moyens ne sont pas fondés ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Lorsque le contrat de travail est suspendu, il importe de déterminer la cause de cette suspension. À chaque cause de suspension du contrat de travail correspond en effet un régime juridique spécifique. Ainsi, par exemple, le salarié malade bénéficie d'un maintien partiel de son salaire et non le salarié gréviste ; l'indemnité de congés payés ne se calcule pas selon les mêmes règles que la garantie de rémunération en cas de maladie, etc.

Or, la détermination juridique de la cause de la suspension est parfois problématique. On peut se demander, par exemple, si le contrat d'un salarié malade pendant ses congés payés est juridiquement suspendu pour maladie ou pour congés payés. Cette difficulté est désignée sous l'expression de « concours de causes de suspension ».

La Cour de cassation a, longtemps, adopté la solution de principe suivante : la cause de suspension survenue en premier l'emporte sur la cause qui n'est apparue qu'ultérieurement (1). L'évolution récente semble cependant montrer que cette solution traditionnelle est en cours d'abandon, au moins partiel (2).

I. — Un critère critiqué

La solution consistant à privilégier la cause de suspension survenue la première, solution dite du critère chronologique, a été initiée par l'arrêt *Bercot* du 4 juin 1962 (n° 80 ; comp. Cass. 24 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n° 480) au sujet d'un salarié tombé malade au cours de ses congés payés. L'arrêt considère que les droits à congés du salarié étaient épuisés à la date initialement prévue pour son retour de congés. Le malade est ici considéré comme juridiquement en congés. En l'espèce la maladie du salarié avait commencé après la date de départ en congés du salarié. Cette solution de l'arrêt *Bercot* s'est avérée limitée aux hypothèses similaires à celle de l'espèce, dans lesquelles le salarié est parti en congé avant de tomber malade (v. Soc. 18 mars 1975, *Bull. civ.* V, n° 162, *JCP* 1975. II. 18093, note H. Groutel ; 8 nov. 1984, *Bull. civ.* V, n° 427). À l'inverse, lorsque la maladie a commencé avant la date prévue pour le départ en congé du salarié, le salarié est resté juridiquement considéré comme malade. Le temps de la maladie ne s'impute pas sur le temps des congés et à la date initialement prévue pour son retour, il bénéficie d'un reliquat de congés payés (v. Soc. 4 déc. 1996, *Col.* n° 82 ; 16 févr. 1999, *Bull. civ.* V, n° 81).

Le concours entre grève et maladie a été résolu de la même manière. Le salarié gréviste qui tombe malade en cours de grève reste juridiquement considéré gréviste jusqu'à la fin de la grève. Pendant cette période, il ne bénéficie pas des garanties de rémunération normalement associées à la maladie (Soc. 21 avr. 1971, *Bull. civ.* V, n° 288, *Dr. soc.* 1971. 666, note J. Savatier ; Soc. 1^{er} mars 1972, *Bull. civ.* V, n° 162, *D.* 1972. 620, note Jean Pélissier, *JCP* 1972. II. 17262, note H. Groutel ; 17 juin 1982, *Bull. civ.* V, n° 405). En revanche, le salarié qui était déjà malade lorsque débute la grève reste juridiquement malade et bénéficie des garanties de rémunération associée à cette cause de suspension (Soc. 7 oct. 1970, *Bull. civ.* V, n° 502, *Dr. soc.* 1971. 136, note J. Savatier ; Soc. 15 déc. 1971, *Bull. civ.* V, n° 736 ; Soc. 16 juill. 1987, *Bull. civ.* V, n° 497).

Ce sont ces deux solutions qu'applique successivement l'arrêt *Fabriques Réunies de Lampes électriques* du 20 février 1980 (n° 81). En l'espèce un salarié avait participé à une grève d'une heure par jour, puis était tombé malade. Pendant sa maladie, le mouvement avait durci et la grève était devenue une grève totale. La maladie était donc postérieure au premier arrêt de travail, mais antérieure à la grève totale ici considérée de manière séparée. La Cour entérine les retenues d'une heure faites sur la rémunération du malade pendant toute la durée du premier mouvement. En revanche, elle considère le salarié comme malade à part entière à partir du début du deuxième mouvement, lequel était précédé par la maladie.

Cette résolution du concours de causes de suspension a semblé, longtemps, avoir valeur de principe général de solution en cas de concours de causes de suspension, quelle que soit la nature des causes en concours (v. encore, pour une application de ce critère à un concours entre grève et chômage partiel, v. Crim. 12 janv. 1971 et Soc. 30 nov. 1971, *Dr. soc.* 1971. 547). Le long succès de cette jurisprudence tenait sans doute à son apparente simplicité et à l'illusoire équilibre qu'elle crée en ne donnant la préséance à aucune cause de suspension sur une autre.

Elle est cependant apparue parfois difficile à appliquer.

Il est, par exemple, évident qu'un salarié gréviste, tombé malade en cours de grève, ne peut être considéré comme gréviste que tant que la grève dure. Lorsque ses collègues reprennent le travail, le concours de causes de suspension cesse et le salarié redevient juridiquement malade. La date de la « reprise du travail » applicable au salarié gréviste n'en demeure pas moins parfois problématique. Lorsque les salariés reprennent tous ensemble le travail la solution est simple. Mais il arrive que les salariés ne reprennent le travail qu'en ordre dispersé. Il apparaît alors bien difficile de déterminer à quelle date le gréviste-malade reprend virtuellement le travail pour redevenir simple malade. Cesse-t-il le mouvement avec le premier des salariés à cesser le mouvement ? Appartient-il au contraire à la poignée d'irréductibles qui ne reprendra le travail que bien plus tard ?

Lorsque la grève s'exerce sur une partie seulement de la journée, la Cour de cassation affirme dans l'arrêt *Fabriques réunies de lampes électriques* du 20 février 1980 (n° 81) que le gréviste tombé malade en cours de mouvement était, dans la même journée, tantôt gréviste avec les autres, tantôt malade. Il est alors en quelque sorte malade à temps partiel. Cette solution inévitable tant que l'on applique le critère chronologique apparaît excessivement artificielle. Elle pose d'ailleurs plus de questions qu'elle n'en résout. Ainsi, l'employeur ne doit compléter les indemnités journalières versées par la sécurité sociale que pendant un certain nombre de jours de maladie (v. art. D. 1226-1

nouv. C. trav.). La maladie à temps partiel s'impute-t-elle sur ce contingent ? Si oui doit-elle s'imputer *pro rata temporis* ? L'arrêt du 20 février 1980 traite en outre comme deux mouvements séparés la grève d'une heure par jour et la grève totale qui la suit. Mais à partir de quand faut-il découper un mouvement de grève en plusieurs mouvements distincts ? Un tel découpage s'avérera souvent très difficile à réaliser, les grèves d'une certaine durée étant souvent évolutives.

Si une femme enceinte était en cours de congés payés avant l'ouverture de son congé maternité, faut-il en déduire qu'elle reste vis-à-vis de l'employeur en congés payés ? Si oui, ce dernier peut-il accepter qu'elle travaille pendant cette période un peu originale de congés payés, comme le droit des congés payés l'y autorise ? Le droit des congés payés pourrait-il effacer ainsi l'interdiction d'emploi des femmes enceinte ou ayant récemment accouché que prévoit l'article L. 1225-29 nouv. C. trav. (L. 224-1 C. trav.), alors même que cette interdiction est pénalement sanctionnée (R. 1227-6 nouv. C. trav. ; R. 262-7 C. trav.) ?

On pourrait multiplier les exemples de difficultés auxquelles conduit le critère chronologique. La simplicité *prima facie* de ce critère ne résiste guère à l'usage.

Il est en outre dépourvu de toute justification juridique.

On ne comprend guère pourquoi le fait de tomber malade juste avant ou juste après la date de départ en congé emporte des conséquences aussi diamétralement opposées. Les tentatives maladroites de motivation menées par la Cour de cassation l'attestent. L'arrêt *Col* (n° 82) note simplement que lorsque la maladie est antérieure au départ en congé, l'employeur est tenu d'accorder des congés remplaçant ceux que le salarié n'a pu prendre du fait de la maladie, car alors « *l'employeur n'est pas libéré de son obligation* » (dans le même sens, v. Soc. 16 févr. 1999, *préc.*). Il ajoute que, dans le cas inverse l'employeur « *s'est acquitté de son obligation* » (dans le même sens, v. Soc. 8 nov. 1984, *préc.*), la maladie n'ayant pas, cette fois, empêché la prise de congés. Il est bien évident, en effet, que si l'absence du salarié était une période de congé payé alors l'employeur s'est acquitté de ses obligations en la matière et que si l'absence n'était pas une période de prise des congés, les droits du salarié demeurent. Mais ce sont là des conséquences du choix d'une cause de suspension. Ce ne sont aucunement des justifications de ce choix.

La difficulté à trouver une motivation est telle en cas de concours entre grève et maladie, que la jurisprudence a fini par nuancer l'application du critère chronologique en la matière, pour tenter de mieux fonder son utilisation. Esquissée par les arrêts du 7 octobre 1970 (*Bull. civ. V*, n° 502, *Dr. soc.* 1971. 136, note J. Savatier), du 15 décembre 1971

(*Bull. civ. V*, n° 736) et du 20 février 1980 (arrêt *Fabriques réunies de lampes électriques* n° 81) puis affirmée plus nettement par l'arrêt du 17 juin 1982 (*Bull. civ. V*, n° 405) l'idée appliquée par la Cour est la suivante. Lorsque le salarié est gréviste avant de tomber malade, on présume que, s'il avait été bien portant, il aurait continué la grève. Il peut donc être considéré comme gréviste. En revanche, s'il tombe malade avant que ne soit commencée la grève, rien ne permet de présumer quelle aurait été son attitude. Et dans le doute, il doit demeurer considéré comme simplement malade. Le raisonnement a pour conséquence immédiate de permettre à un gréviste tombé malade de se désolidariser du mouvement en cours et de bénéficier ainsi de ses garanties de rémunération (v. en ce sens, Soc. 17 juin 1982 *préc.*). En sens inverse, quoique de manière un peu théorique, il peut permettre à une personne tombée malade avant la grève d'envoyer son soutien par lettre et d'être ainsi privée de sa rémunération complémentaire.

Cet assouplissement atteste de l'ancienneté de la prise de conscience, au sein de la Cour de cassation, de l'impossibilité de maintenir un critère unique permettant de résoudre tous les concours de causes de suspension et de la nécessité de moduler la solution selon la nature des causes de suspensions en concours. Cette première nuance était cependant insuffisante pour emporter la conviction.

La grève est un arrêt volontaire du travail (v. obs. sous n° 194) et le salarié malade ne peut arrêter *volontairement* le travail. Malade, il est dans l'impossibilité de travailler et son arrêt de travail n'est pas le fruit d'une décision volontaire. De plus la grève est un arrêt de travail qui a pour objet d'exercer une pression afin de faire aboutir des revendications (v. obs. sous n° 182). Or, même si toutes les revendications sont satisfaites, le malade ne peut reprendre le travail dans l'état de santé qui est le sien. Une personne malade, même pleinement solidaire d'avec les salariés en grève, n'exerce de fait aucune pression sur l'employeur par son arrêt de travail. En un mot la maladie empêche matériellement de faire grève. Au lieu d'un *concours* de causes de suspension, il serait plus réaliste de reconnaître que, lorsqu'un gréviste tombe malade on est en présence d'une *succession* de causes de suspension. Et il serait souhaitable que de telles successions soient reconnues à chaque fois qu'une cause de suspension est clairement incompatible avec l'existence d'une autre cause de suspension.

C'est en ce sens qu'évolue, dans la période récente, la jurisprudence.

II. — Un critère partiellement délaissé

La Cour de cassation a fait un premier pas vers l'abandon du critère chronologique en affirmant nettement que les règles de protection de

la maternité l'emportaient sur les règles du congé parental d'éducation et ce alors même que c'était en cours de congé parental qu'une salariée était tombée enceinte (Soc. 11 février 2004, *Bull. civ.* V, n° 47). Il s'agissait alors simplement d'appliquer la protection contre le licenciement des femmes enceintes, conformément au droit européen (CJCE 20 septembre 2007 aff. 116/06, *Kiiski c/ Tampereen Kaupunki*).

Le 27 septembre 2007 (*Sté Arcadie Sud-Ouest* pourvoi n° 05-42.293), la Cour de cassation a fait un deuxième pas. Elle a décidé que les règles de protection applicables aux salariés accidentés du travail étaient prioritaires sur les règles des congés payés. En conséquence de quoi, un salarié dont le contrat de travail est suspendu pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle conserve ses droits à congés, *même si la suspension liée à l'accident ou à la maladie est antérieure à la date de départ en congé*.

Avec ces arrêts, le règne du critère chronologique a rencontré ses limites. Il a laissé une place à un autre mode de résolution des conflits, qui compare les causes de suspension et leur régime, et détermine en fonction de la nature de ces causes laquelle l'emporte, indépendamment de leurs dates de survenance respectives.

Le champ d'application et la portée de cette solution nouvelle restent à déterminer. On ignore si l'évolution va aller jusqu'à emporter une modification des solutions applicables dans les cas de conflit entre grève et maladie, ou bien entre congés payés et simple maladie.

Cette préséance de certaines causes de suspension par rapport à d'autres doit être encouragée. Et ce, même si la découverte de la cause qui doit l'emporter n'est pas toujours facile à découvrir.

Si l'on considère, par exemple, que le droit aux congés payés est l'expression d'un droit au repos ou d'un droit au temps libre et que la maladie n'est ni un temps de repos ni un temps libre, alors les congés auront la préséance sur la maladie (il s'agit de la logique retenue par Soc. 27 septembre 2007, *préc.*). Cette nature du droit à congé et cette nature de la maladie aurait pu être débattue. Il aurait pu être argué que le temps des congés payés est simplement un temps auquel aucun travail ne peut être demandé au salarié par l'employeur. Dans ce cas, le salarié pourrait être considéré comme en congés, alors qu'il est malade.

Ainsi, choisir de résoudre les conflits de causes de suspension en fonction de la nature de ces causes ne résout pas tous les problèmes. Mais au moins les débats ont-ils alors l'avantage de placer les questions sur le terrain de la signification des causes de suspension en présence. Le sens est la source des solutions. Ce qui permet d'éviter les solutions artificielles auxquelles conduit le critère chronologique.

SIXIÈME PARTIE

QUALIFICATION DE LA RUPTURE DU CONTRAT

Le contrat de travail sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes (art. L. 122-4 C. trav. - art. L. 1231-1 recod.). Le Code du travail n'envisage pas les autres modalités de rupture qui résultent de l'accord des parties, de l'intervention du juge ou d'un cas de force majeure.

La jurisprudence a dû préciser la qualification de la rupture lorsqu'elle émane de l'initiative du salarié, celle-ci n'étant pas toujours une démission (n^{os} 83 à 85). Elle a dû également qualifier la prise d'acte de la rupture (n^{os} 86 à 88) par l'employeur ou par le salarié qui constate la rupture, en estimant ne pas en être l'auteur. Il a fallu par ailleurs décider de la place qu'il convenait de réserver à la résiliation judiciaire (n^{os} 89 à 91), aux accords de rupture (n^{os} 92 à 94) et à la retraite (n^{os} 95 à 97).

La tendance générale de la jurisprudence est de donner une place prépondérante au licenciement par rapport aux autres modes de rupture, qui ont un domaine d'application assez limité.

83-85

DÉMISSION

**83. Soc. 18 décembre 1975 — 84. Soc. 22 octobre 1959 —
85. Soc. 21 mai 2002**

83. Soc. 18 décembre 1975

Polyclinique Ducuing c. Dame Peyre

(Bull. civ. V, n° 619 ; D. 1976. 210, note J. Pélissier)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation des articles 24d, 24f, 24g, 24n, 24o et 24p, du livre I^{er} du Code du travail (art. L. 122-6, 122-8 et 9, 122-14-2, 3 et 4 nouv. C. trav.), de l'article 29 de la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation de soins, de cure, et de garde à but non lucratif, de l'article 102 du décret du 20 juillet 1972, et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale :

Attendu que la Polyclinique Joseph Ducuing fait tout d'abord grief à l'arrêt attaqué, d'une part, d'avoir considéré que le défaut de notification par dame Peyre dans le délai prévu par la convention collective de son absence ne constituait pas une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail, et de lui avoir accordé une indemnité de délai-congé et une indemnité de licenciement, d'autre part, d'avoir estimé que l'employeur n'ayant pas respecté les règles de la loi du 13 juillet 1973, l'employée bénéficiait de la loi sur le congédiement, même en cas de faute lourde, alors que, ni les premiers juges, ni la cour d'appel n'ont répondu aux conclusions de l'employeur faisant valoir que s'agissant d'une absence prévisible, la notification devait, aux termes de la convention collective, être préalable et non simplement faite dans le délai de 48 heures à compter de l'absence, et que le certificat produit pour expliquer le retard était en contradiction avec celui justifiant de l'absence, et alors que la cour d'appel ne pouvait non plus allouer ces indemnités par la considération générale et inexacte que l'employeur n'ayant pas respecté les formalités et les règles de la loi du 13 juillet 1973, elles seraient dues, même en cas de faute lourde de l'employée ;

Mais attendu que les juges du fond ont relevé que, selon l'article 29 de la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951, « toute absence du salarié doit être notifiée et justifiée à l'employeur, soit préalablement dans le cas d'absence prévisible, soit dans le délai de deux jours dans le cas contraire, et que le défaut de notification, sauf impossibilité dûment justifiée, pourra entraî-

ner la rupture du contrat de travail du fait du salarié » ; qu'ils ont constaté qu'il était établi que dame Peyre se trouvait, en raison d'une maladie justifiée par des certificats médicaux, absente jusqu'au 16 septembre 1973, que cette absence s'étant prolongée au-delà de cette date, sans autre avis, la Polyclinique, se fondant sur l'article 29 précité, avait notifié à la salariée qu'elle avait rompu de son fait le contrat de travail ; que dame Peyre avait cependant adressé à son employeur, le 20 septembre 1973, un certificat médical prescrivant une prolongation de repos de 15 jours à compter du 17 septembre 1973 ; qu'elle avait été dans l'impossibilité physique de se déplacer, ce qui expliquait le retard dans l'envoi du certificat médical de prolongation de l'arrêt de travail, lequel s'était d'ailleurs encore poursuivi, selon les certificats médicaux produits jusqu'au 5 novembre 1973 ;

Qu'en l'état de ces constatations et abstraction faite de motifs surabondants et inexacts concernant les conséquences de l'inobservation des formalités imposées par la loi du 13 juillet 1973, les juges du fond ont pu estimer que quelles que soient les stipulations de la convention collective qui ne peut déroger aux dispositions légales et réglementaires, la rupture incombait à l'employeur qui n'avait pas ignoré l'état de maladie de dame Peyre, puisque celle-ci lui avait déjà auparavant adressé plusieurs certificats médicaux ; que la faute qu'aurait commise dame Peyre par son retard involontaire était d'une gravité insuffisante pour lui rendre imputable la rupture du contrat et la priver des indemnités de préavis et de licenciement ; que la cause invoquée de ce chef par l'employeur pour la congédier n'était pas sérieuse ;

Que le moyen unique, pris en sa première branche, ne peut être accueilli ;

Et sur la seconde branche :

Attendu que la Polyclinique Joseph Ducuing reproche encore à l'arrêt attaqué de l'avoir condamnée à verser à son employée, dame Peyre, l'indemnité spéciale de l'article 24p, de la loi du 13 juillet 1973 (art. L. 122-14-4 nouv. C. trav.), au moins égale à six mois de salaires et à rembourser aux organismes intéressés les indemnités de chômage qui avaient pu être versées à l'employée licenciée, au motif que l'employeur n'avait pas respecté les règles de la loi du 13 juillet 1973 et que la salariée avait droit aux indemnités prévues en cas d'inobservation des formalités, alors qu'une considération aussi générale non plus que l'inobservation de la procédure légale ne saurait justifier l'octroi de l'indemnité spéciale de six mois et le remboursement des indemnités de chômage, l'arrêt ne trouvant par ailleurs aucun secours dans les motifs des premiers juges qu'il n'a pas adoptés et qui avaient déduit à tort le caractère non sérieux ni réel du motif de licenciement d'un certificat médical postérieur de plusieurs mois au congédiement et alors, enfin, que l'indemnité spéciale de l'article 24v n'est due que lorsque l'une ou l'autre partie a refusé la réintégration proposée par le tribunal, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ;

Mais attendu, d'une part, que les juges du fond, loin de se borner à une considération générale sur l'inobservation de la procédure légale, ont estimé non sérieuse la cause du licenciement de dame Peyre, d'autre part, que si le tribunal pouvait alors, sans qu'il fût tenu, proposer la réintégration de l'intéressée dans l'entreprise et lui allouer en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, une indemnité dont le montant n'aurait pu être inférieur au salaire des six derniers mois, la salariée, dont il a estimé inutile d'envisager la réintégration, doit également être indemnisée de son préjudice ; que la disposition fixant un minimum de réparation ne peut être entendue comme limitée au seul cas d'appréciation par le juge d'une possibilité de réintégration effective ; qu'en l'absence de toute autre mesure d'indemnisation instituée par la loi et compte tenu de l'intention du législateur, ladite disposition doit être considérée comme ayant une portée générale,

applicable chaque fois que le licenciement, tel celui de dame Peyre, a été effectué sans cause réelle et sérieuse, et qu'il n'y a pas de réintégration ; qu'enfin, dans la mesure où le moyen critique la condamnation prononcée au remboursement des indemnités de chômage aux organismes intéressés, laquelle ne profite pas à dame Peyre, seule en cause, il n'est pas recevable ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 4 avril 1974 par la cour d'appel de Toulouse.

84. Soc. 22 octobre 1959

STACI c. Clé

(*Bull. civ.* IV, n° 820 ; *D.* 1960. 208 ; *JCP* 1960. II. 11535, note F. D. ; *S.* 1960. 115)

ARRÊT

Sur le premier et le deuxième moyens réunis, pris de la violation des articles 1134 et 1184 du Code civil, 23 du Livre Ier du Code du travail, et 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale ;

Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué, d'une part, d'avoir accordé à Clé une indemnité de préavis, au motif que, la Société technique des Appareils centrifuges industriels ne lui ayant pas payé les salaires qui lui étaient dus, il était en droit de rompre sans préavis le contrat de louage de services qui le liait à la société, alors qu'un contrat synallagmatique n'est pas résolu de plein droit lorsqu'une des parties ne remplit pas ses obligations, mais que la résolution doit être demandée en justice par celui envers lequel l'engagement n'a pas été exécuté, d'autre part, d'avoir décidé que ladite société était l'auteur de la rupture pour n'avoir pas payé pendant deux mois le salaire convenu, et que Clé n'avait pas commis de faute lourde exclusive de son droit aux indemnités qu'il réclamait ;

Mais attendu que selon les énonciations du jugement attaqué, la Société technique des Appareils centrifuges industriels dite « STACI », n'ayant réglé à son personnel le 30 avril 1955 que la moitié des salaires dus, par suite de difficultés de trésorerie, s'était engagée à payer l'autre moitié peu de temps après, mais qu'elle ne tint pas ses engagements ; que c'est ainsi que Clé, employé cadre du service des achats, n'ayant reçu à fin mai 1955 ni le solde de ses appointements du mois d'avril, ni ses appointements du mois de mai, cessa d'exercer ses fonctions ;

Que l'employeur, qui n'avait pas exécuté à l'égard de Clé les obligations résultant du contrat synallagmatique de travail, n'était pas fondé à prétendre exiger de lui qu'il continue à remplir les siennes sans contrepartie ;

Qu'en déduisant de leurs constatations que la rupture du contrat de travail incombait à la Société « STACI » et en allouant à Clé une indemnité de préavis, les juges du fond ont légalement justifié leur décision ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre le jugement rendu le 1^{er} juillet 1957 par le tribunal civil de la Seine.

85. Soc. 21 mai 2002**Société Flandre Air**

(*Bull. civ. V*, n° 169 ; *Dr. soc.* 2002. 902, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que M. Régis-Constant a été engagé le 20 novembre 1996 par la compagnie aérienne Flandre Air en qualité de commandant de bord ; que l'article 4 de son contrat de travail prévoyait qu'il pourrait être appelé à suivre des stages de qualification et que, dans ce cas, il s'engageait à servir la société pendant une durée dépendant de la qualification obtenue ou à lui rembourser *pro rata temporis* les frais de stage ; que, le jour même de cette embauche, les parties ont signé un contrat de formation aux termes duquel l'employeur s'engageait à financer l'obtention par le salarié de la qualification sur appareil de type Embraer E120 ; que l'article 4 de ce contrat stipulait qu'en contrepartie de la formation reçue, le salarié s'engageait à rester au service de l'employeur pendant une durée minimale de quarante-huit mois et qu'en cas d'inobservation de cette obligation, il serait redevable d'une indemnité de dédit-formation ; que par lettre du 15 juillet 1997 le salarié a démissionné avec effet au 17 octobre suivant ; que l'employeur a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement d'une indemnité au titre de la clause de dédit-formation ainsi que d'une indemnité compensatrice pour le défaut d'exécution du préavis de démission ;

Attendu que pour débouter l'employeur de cette demande, l'arrêt attaqué énonce qu'au travers de l'article 4 du contrat de travail, la compagnie aérienne a obligé par avance le salarié à accepter la stipulation d'une clause de dédit-formation chaque fois qu'elle déciderait de lui faire obtenir une nouvelle qualification ; qu'en mettant cette clause en œuvre lors de l'embauche par la signature d'un contrat de formation contenant une clause de dédit-formation, la société s'est donné les moyens de prolonger de façon potestative la période pendant laquelle il n'était pas possible de démissionner sans contrepartie financière ; qu'à cette entrave à la liberté de démissionner, s'ajoute une restriction à la liberté du travail dès lors que l'article 15 de l'accord d'entreprise institue une clause de non-concurrence qui coïncide avec la période d'amortissement ; qu'il apparaît ainsi que, par la combinaison de ces différentes sources d'obligations, la clause de dédit-formation insérée dans le contrat de formation est illicite ;

Attendu, cependant, que les clauses de dédit-formation sont licites si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective, si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la circonstance que le contrat de formation ait été signé le jour même de l'embauche, et que l'interdiction faite au salarié d'exploiter la qualification payée par l'employeur auprès d'une autre compagnie française pendant la période d'amortissement du coût de cette qualification, ne rendaient pas illicite la clause de dédit-formation contenue dans ce contrat, laquelle était conforme tant aux stipulations du contrat de travail qu'à l'article 15 de l'accord d'entreprise, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule mais seulement en sa disposition déboutant la société Flandre Air de sa demande en paiement d'une indemnité au titre de la clause de dédit-formation, l'arrêt rendu le 20 mars 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims.

OBSERVATIONS

Dans le nouveau Code du travail, la démission est placée comme la retraite sous la rubrique « rupture à l'initiative du salarié » (art. L. 1237-1). C'est la jurisprudence qui a défini la notion de démission et qui a fixé les contours de la liberté de démissionner. Au fil des années, elle a donné une définition de plus en plus étroite de la démission (I) et a validé curieusement de sérieuses atteintes à la liberté de démissionner (II).

I. — Notion de démission

Pour qu'il y ait démission, il est certes indispensable, comme le prévoit la loi, que la rupture du contrat de travail résulte d'une initiative du salarié ; mais il faut encore que cette initiative traduise une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat et qu'elle ne soit pas la conséquence d'un comportement fautif de l'employeur.

A. — Une initiative du salarié

L'arrêt *Polyclinique Ducuing* (n° 83) a posé, le 18 décembre 1975, la règle selon laquelle une convention collective ne pouvait pas utilement décider qu'une absence non justifiée du salarié entraînerait une rupture du contrat de travail du fait du salarié ; « la convention collective ne peut déroger aux dispositions légales et réglementaires ». Une absence du salarié peut éventuellement constituer une faute de celui-ci et permettre à l'employeur de licencier pour faute, mais elle n'est pas assimilable à une initiative du salarié aux fins de rupture du contrat de travail. Elle ne peut donc pas entraîner par elle-même la rupture du contrat de travail. Telle est la règle légale que la convention collective ne peut pas écarter.

L'arrêt *Polyclinique Ducuing* laissait cependant planer une ambiguïté en relevant que la faute commise par la salariée « était d'une gravité insuffisante pour lui rendre imputable la rupture du contrat et la priver

des indemnités de préavis et de licenciement ». Implicitement, la Cour de cassation semblait admettre que la faute grave et *a fortiori* la faute lourde du salarié entraînaient la rupture du contrat de travail et que cette rupture, imputable au salarié, constituait une démission. Cette interprétation est aujourd'hui abandonnée. La faute du salarié, quelle que soit sa gravité, ne permet pas à l'employeur de constater la rupture du contrat de travail, qui serait imputable au salarié. Si l'employeur souhaite mettre fin aux relations contractuelles, il doit procéder au licenciement du salarié (Soc. 25 juin 2003, n^{os} 87).

B. — Une volonté claire et non équivoque

Une démission ne peut résulter que d'une manifestation non équivoque de volonté de la part du salarié. La non reprise du travail après un arrêt maladie (Soc. 25 oct. 1989, *Bull. civ. V*, n^o 616), l'absence du salarié à l'issue d'un congé sans solde (Soc. 24 janv. 1966, *Bull. civ. V*, n^o 26), le départ en congé malgré le refus de l'employeur (Soc. 30 nov. 1994, *RJS* 1/95, n^o 6) ne constituent pas une démission, ces comportements ne traduisant pas une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat.

Mais l'expression « manifestation non équivoque de volonté » a, en réalité un double sens. Dans un premier sens, il s'agit de la volonté du salarié de voir rompu le contrat de travail. Dans ce premier sens, la volonté de rompre est une condition nécessaire, mais non suffisante de la démission. C'est une condition nécessaire parce que si elle n'existe pas ou si cette volonté n'est pas libre, il n'y a pas rupture du contrat. Mais ce n'est pas parce que le salarié a manifesté de façon certaine sa volonté de voir rompu le contrat que la rupture sera toujours qualifiée démission. Tout dépend en réalité du motif qui a conduit le salarié à exprimer sa volonté. L'équivoque - et c'est le second sens de l'expression « manifestation non équivoque de volonté » - peut porter sur ce motif de la rupture. L'acte unilatéral par lequel le salarié manifeste sa volonté de mettre fin au contrat peut aussi bien être un départ à la retraite, une prise d'acte de rupture qu'une démission. La qualification de l'acte unilatéral du salarié dépend donc de la recherche précise du motif qui a conduit le salarié à prendre sa décision. Cet acte ne sera considéré comme une démission que si, sans équivoque, il est motivé par la volonté du salarié de rompre le contrat de travail pour des convenances personnelles. S'il apparaît que la décision du salarié a été prise en raison du comportement fautif de l'employeur, les juges qualifient cette décision « en prise d'acte de la rupture » (voir *infra* n^{os} 86 et 88).

C. — Absence de comportement fautif de l'employeur

1. Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation a jugé que l'acte de rupture était un licenciement et non pas une démission lorsque la décision du salarié était la conséquence d'un comportement fautif de l'employeur.

L'arrêt *STACI contre Clé* (n° 84) affirme très clairement que la rupture du contrat n'incombe pas obligatoirement à celui qui en a pris l'initiative : « l'employeur qui n'avait pas exécuté à l'égard de Clé les obligations résultant du contrat synallagmatique de travail n'était pas fondé à prétendre exiger de lui qu'il continue à remplir les siennes ; ... la rupture du contrat de travail incombait à la Société STACI et, en allouant à Clé une indemnité de préavis, les juges du fond ont légalement justifié leur décision ».

Cette solution est, sur le plan de la technique juridique, assez originale. Il n'est fait état ni d'un vice du consentement de l'auteur de la démission ni de la nullité de celle-ci. Les juges affirment d'abord qu'un employeur n'exécutant pas ses propres obligations n'est pas fondé à exiger que le salarié continue à exécuter les siennes sans contrepartie. C'est un rappel du jeu de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Mais cette exception n'a normalement pour effet que d'entraîner la suspension du contrat. L'inexécution par une partie de ses obligations entraîne la suspension des obligations de l'autre partie ; elle n'emporte point la rupture du contrat. Si la victime de l'inexécution du contrat souhaite la cessation des relations contractuelles, elle peut, lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, exercer son droit de résiliation unilatérale. Au regard des règles de droit commun, le salarié qui n'obtient pas le paiement de ses salaires aurait donc le choix entre la suspension du contrat ou la rupture de celui-ci par voie de démission. La démission ayant à son origine une faute contractuelle de l'employeur pourrait s'accompagner d'une condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts, mais cette condamnation devrait, semble-t-il, se limiter à cela.

La Cour de cassation fait une autre analyse : elle requalifie la rupture. Bien que la décision de rompre émane du salarié, elle décide que la rupture incombe à l'employeur et que les règles du licenciement doivent être appliquées. En particulier, bien qu'il n'y ait jamais eu notification du licenciement, l'employeur doit un préavis au salarié et il le doit alors même que le salarié n'est pas resté à sa disposition pendant le délai-congé (n° 84). La solution s'explique par une affirmation que l'on trouve dans plusieurs arrêts : par son comportement, l'employeur a rendu impossible le maintien du contrat de travail (Soc. 11 mars 1970, *Bull. civ. V*, n° 175, p. 135). Il est donc le véritable auteur de la rupture et le seul responsable de l'inexécution du préavis, puisque c'est lui qui a rendu impossible le maintien, même provisoire, du contrat.

Cette solution jurisprudentielle a été progressivement étendue à des cas de plus en plus nombreux. D'abord retenue en cas de non-paiement des salaires (Civ. sect. soc. 22 oct. 1959, *D.* 1960.208 ; Soc. 30 juin 1976, *Bull. civ. V*, p. 337 ; Soc. 22 sept. 1993, *Bull. civ. V*, n° 221, *Dr. soc.* 1993. 887), elle l'est également lorsque l'employeur fait travailler le salarié dans des conditions dangereuses (Soc. 18 oct. 1989, *Bull. civ. V*, n° 606), se rend coupable à son égard de violences (Soc. 14 mars 1979, *D.* 1979. IR. 424) ou de brimades (Soc. 14 mars 1983, *Dr. ouvr.* 1984. 392). Elle l'est aussi lorsque l'employeur impose unilatéralement une modification du contrat de travail (Soc. 10 avr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 178).

2. Plus récemment, la Cour de cassation a retenu une autre analyse qui abandonne la requalification systématique de la démission en licenciement ; la rupture qui résulte d'une décision du salarié qui invoque un comportement fautif du salarié est désormais qualifiée « prise d'acte de rupture » qui selon les circonstances entraînera soit les effets d'un licenciement soit les effets d'une démission (*infra* la prise d'acte de rupture, n°s 86 et 88).

II. — La liberté de démissionner

A. — Le principe

La liberté de ne pas travailler, qui est une des faces de la liberté du travail, se traduit pour le salarié par la liberté de rompre le contrat de travail. Le fondement du droit de la démission explique, pour l'essentiel, les différences importantes qui existent entre le droit de la démission et le droit du licenciement alors que l'un et l'autre sont, sur le plan technique, l'expression d'un même droit, celui du droit de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée.

Ainsi, alors qu'un employeur ne peut licencier un salarié que s'il existe une cause réelle et sérieuse, une démission, expression de la liberté de ne pas travailler, n'a pas à être « causée » (Soc. 22 juin 1994, *Bull. civ. V*, n° 204). Il suffit que le salarié veuille recouvrer sa liberté et sortir du lien de subordination qui l'unit à l'employeur pour que la démission soit licite.

B. — Atteintes à la liberté de démissionner

Le droit pour le salarié de se libérer à tout moment de l'obligation de travailler pour le compte d'un employeur connaît quelques limites.

Certaines sont anciennes et indiscutées. C'est le cas de l'obligation pour le salarié démissionnaire de respecter le préavis imposé par une disposition légale, une convention collective ou un usage. C'est également le cas de l'interdiction de démissionner dans des conditions abusives.

Mais la Cour de cassation a statué sur la licéité d'une autre limitation beaucoup plus importante à la liberté de démissionner, qui résulte des clauses de « dédit-formation ». Aux termes de ces clauses, l'employeur s'engage à assurer une formation au salarié et à en couvrir le coût. Le salarié s'engage, en contrepartie, à demeurer au service de l'employeur pendant une certaine durée et à rembourser à l'entreprise le coût de cette formation s'il rompt le contrat avant le terme convenu.

La Cour de cassation n'a jamais prononcé une condamnation de principe de ces clauses. Selon elle, l'engagement du salarié est licite, car il est la contrepartie de l'effort financier consenti par l'employeur (Soc. 23 nov. 1983, *Bull. civ. V*, n° 576). Il n'y a atteinte à la liberté du travail que lorsque l'objectif principal poursuivi par l'employeur n'est pas d'obtenir une contrepartie en travail aux frais de formation qu'il a engagés, mais de faire échec à la liberté des salariés de rompre leur contrat de travail (Soc. 4 juin 1987, *Dr. ouvr.* 1989. 65). En d'autres termes, l'atteinte à la liberté de ne pas travailler n'est sanctionnée que lorsqu'elle est directement recherchée. Elle est tolérée lorsqu'elle est indirecte, c'est-à-dire lorsqu'elle est la conséquence d'une opération qui poursuit, à titre principal, une autre finalité.

L'arrêt *Société Flandre Air*, rendu le 21 mai 2002 (n° 85), tout en réaffirmant la licéité des clauses de dédit formation, précise les conditions de validité de celles-ci. « Les clauses de dédit-formation sont licites si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective, si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner ».

La première condition a été très tôt affirmée par les juges. Lorsque l'employeur n'a pas engagé de dépenses spécifiques pour la formation du salarié ou lorsque les dépenses de l'employeur sont des dépenses qu'il était juridiquement obligé d'effectuer, l'engagement du salarié est nul (Soc. 18 mars 1970, *Bull. civ. V*, n° 207 ; Soc. 17 juill. 1991, *Bull. civ. V*, n° 373 ; Soc. 19 nov. 1997, *RJS* 1/98, n° 79).

La deuxième condition a un caractère plus novateur. La disproportion entre l'indemnité de dédit et les frais de formation entraîne la nullité de la clause alors que les juges, par le passé, réduisaient seulement le montant de l'indemnité prévue par la convention (Paris 3 mai 1984, *D.* 1985. 156).

La troisième condition remet en cause la distinction qui était faite entre les atteintes directes et les atteintes indirectes à la liberté du travail. En effet, ce ne sont plus seulement les clauses qui ont pour but de porter atteinte à la liberté du travail mais toutes les clauses qui ont pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner qui sont atteintes par la nullité (déjà en ce sens, Soc. 17 juill. 1991, *préc.* ; Soc. 19 nov. 1997, *préc.*). Reste à déterminer les critères permettant d'affirmer que la clause a bien cet effet.

86-88

LA PRISE D'ACTE DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

86. Soc. 25 juin 2003 — 87. Soc. 25 juin 2003 — 88. Soc. 9 mai 2007

86. Soc. 25 juin 2003

SARL Technoram c. M. Levaudel

(*Bull. civ. V*, n° 209 ; *D.* 2003. 2396, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2003. 824, note G. Couturier et J.-E. Ray ; *RJS* 8-9/2003, n° 994, note J.-Y. Frouin, p. 647)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 122-4, L. 122-13 et L. 122-14-3 du Code du travail,

Attendu que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission ;

Attendu que M. Levaudel, qui avait été embauché le 1^{er} février 1996 par la société Technoram en qualité de cadre commercial, a pris acte le 10 novembre 1998 de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant notamment au paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer diverses indemnités au titre de la rupture, l'arrêt attaqué relève que la démission ne se présument pas, la rupture du contrat de travail par le salarié motivée par des fautes qu'il impute à l'employeur ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de démissionner, peu important le caractère réel ou non des fautes ainsi alléguées, et ne peut donc s'analyser qu'en un licenciement réputé sans cause réelle et sérieuse ;

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

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz.

87. Soc. 25 juin 2003**Faucher c. Société VICO**

(*Bull. civ. V*, n° 208 ; *Dr. soc.* 2003. 825, avis de l'avocat général P. Lyon Caen, p. 814 et s. ; *RJS* 8-9/2003, note J.-Y. Frouin, p. 647)

ARRÊT

Vu les articles L. 122-4, L. 122-14 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

Attendu que l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail, ou qui le considère comme rompu du fait du salarié, doit mettre en œuvre la procédure de licenciement ; qu'à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que M. Faucher est entré au service de la société Vico le 25 février 1975 ; qu'en 1996, alors qu'il était directeur des ventes, il a refusé de changer de fonctions et de devenir directeur de clientèle, estimant qu'il subirait une perte de responsabilité ; que, par lettre du 20 août 1996, la société Vico a, en raison de ce refus, pris acte de la démission de l'intéressé, pour convenance personnelle ; que M. Faucher a saisi la juridiction prud'homale d'une demande fondée sur un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que la cour d'appel a estimé que la rupture s'analysait en un licenciement, lequel procédait d'une cause réelle et sérieuse, dès lors que, le contrat de travail n'avait pas été modifié et que le salarié avait commis une faute en refusant un simple changement de ses conditions de travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de procédure de licenciement, la rupture par l'employeur était constitutive d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse sans que le juge ait à rechercher si les faits, reprochés aux salariés étaient ou non fondés, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu à renvoi du chef du licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Cour de cassation pouvant donner au litige sur ce point la solution appropriée par application de l'article 627, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en sa disposition rejetant la demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 14 novembre 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi du chef du licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Dit que le licenciement de M. Faucher est sans cause réelle et sérieuse ;

Renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris, mais seulement pour qu'elle statue sur la réparation du préjudice subi par M. Faucher du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse.

88. Soc. 9 mai 2007**Sté Janier c. Caulier et a.**

(*Bull. civ. V*, n° 70, arrêt n° 2 ; *RJS* 7/07 n° 823 ; *RDT* juillet-août 2007, p. 452, obs.

G. Auzero ; J. Péliissier « La remise en cause des démissions », *RJS* 7/07, p. 591 ;

H. Gosselin, « Démission et prise d'acte de rupture de la rupture du contrat de travail par le salarié : deux régimes juridiques autonomes ? », *RJS* 7/07, p. 603)

ARRÊT

Attendu, selon les arrêts attaqués (Lyon, 11 janvier 2005), que M. X... et M. Y... ont été engagés par la société Janier en qualité de réceptionnaire vérificateur préparateur respectivement les 20 février 1998 et 1^{er} juillet 1992 ; qu'ils ont donné leur démission « pour des raisons personnelles » par lettre des 9 février et 2 mars 1999 ; que les 10 mars et 17 mai 1999, ils ont dénoncé leur solde de tout compte et réclamé des heures supplémentaires ; que les 26 juin 1999 et 12 janvier 2000, ils ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de leur démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse en raison de ces impayés ;

Sur le premier moyen :

Attendu que qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'employeur fait encore grief aux arrêts d'avoir dit que la rupture du contrat de travail de chacun des salariés en cause devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse alors, selon le moyen, que seuls les faits invoqués par le salarié à l'appui de sa prise d'acte de la rupture de son contrat de travail permettent de justifier qu'une démission produise les effets d'un licenciement ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a elle-même constaté que les lettres de rupture par lesquelles les salariés avaient informé l'employeur de leur démission mentionnaient expressément et exclusivement « des raisons personnelles » mais n'invoquaient aucun fait contre l'employeur à l'appui de leur décision ; qu'en jugeant cependant que la rupture du contrat de travail des salariés devait produire les effets d'un licenciement au prétexte que la demande de rappel de salaire formulée par ailleurs par les salariés était fondée, la cour d'appel a violé les articles L. 122-4, L. 122-3 et L. 122-14-3 du code du travail ;

Mais attendu que la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission ;

Et attendu que la cour d'appel après avoir jugé que la société n'avait pas rempli les salariés de leurs droits s'agissant du temps de travail, des congés payés, du repos compensateur et pour l'un d'eux de l'indemnisation des arrêts de travail, a relevé : « cette situation avait été signalée à l'inspection du travail, qui avait adressé à la société, le 25 février 1999 une demande de rappel de salaire, repos compensateur et complément de salaire au titre de l'arrêt maladie. Au vu de ces éléments, la Cour est convaincue que ces faits sont à l'origine de la rupture, qui a pris la forme d'une démission adressée les 9 février 1999 et 2 mars 1999, ce bien que les lettres fassent exclusivement état de "raisons personnelles" et ne mentionne aucun grief » ; qu'en l'état de ces constatations, elle en a exactement déduit que la démission s'analysait en une prise d'acte ;

Par ces motifs :

Rejette les pourvois ;

Condamne la société Janier aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, la condamne à payer à M. Y... la somme de 2 500 euros et à M. X... la somme de 300 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du neuf mai deux mille sept.

OBSERVATIONS

Cinq arrêts du 25 juin 2003 concernent la rupture du contrat de travail qui n'est formellement ni un licenciement ni une démission. Le salarié qui prend acte de la rupture ne démissionne pas ; il affirme que la rupture du contrat est imputable à l'employeur et demande au juge de lui accorder les droits reconnus aux salariés licenciés. L'employeur qui prend acte de la rupture du contrat de travail en invoquant la décision ou le comportement du salarié n'exprime pas la volonté de rompre le contrat : il constate que le contrat a été rompu et ne prononce pas un licenciement.

La chambre sociale de la Cour de cassation prend position aussi bien sur les prises d'acte qui émanent du salarié que sur celles qui sont le fait de l'employeur. Dans les deux cas, elle modifie la jurisprudence antérieure.

I. — Prise d'acte de la rupture par le salarié

Dans l'arrêt de cassation *SARL Technoram* (n° 86) et deux arrêts de rejet, la chambre sociale décide que « lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire d'une démission ».

Ces arrêts constituent un véritable revirement de jurisprudence. La Cour de cassation avait admis, au terme d'une évolution jurisprudentielle, que la rupture du contrat de travail par le salarié, motivée par des fautes qu'il imputait à l'employeur, ne caractérisait pas une volonté claire et non équivoque de démissionner, peu important le caractère réel ou non des fautes ainsi alléguées, et ne pouvait donc s'analyser qu'en un licenciement réputé sans cause réelle et sérieuse (Soc. 26 sept. 2002, *Bull. civ. V*, n° 284, *Dr. ouvr.* 2003. 156, note M. Carles).

La nouvelle jurisprudence abandonne la requalification systématique des ruptures à l'initiative des salariés en raison de prétendues fautes de l'employeur. Elle crée une nouvelle catégorie de rupture de contrat à durée indéterminée (A), dont les effets sont encore incertains (B).

A. — Un nouveau mode de rupture

1. L'abandon par la jurisprudence de la requalification systématique de la prise d'acte de rupture par le salarié en licenciement sans cause réelle et sérieuse appelle une entière approbation.

La requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse de toute prise d'acte de rupture par le salarié qui invoquait des griefs à l'encontre de l'employeur était techniquement mal fondée. Une jurisprudence déjà ancienne avait pu requalifier la démission en licenciement lorsque la volonté de rompre du salarié n'était pas libre (*supra* démission). En décidant que toute rupture à l'initiative du salarié était un licenciement dès lors qu'il invoquait des griefs à l'encontre de l'employeur, même si ces griefs n'étaient pas fondés, la jurisprudence retenait une solution juridiquement inexplicable.

Un raisonnement peu convaincant avait été avancé. Il consistait à dire que lorsque l'employeur ne contestait pas la rupture du contrat, constatée par le salarié, cette rupture ne pouvait être qu'une démission ou un licenciement. La prise d'acte de rupture par le salarié, qui invoquait des griefs à l'encontre de l'employeur, ne constituait pas une manifestation non équivoque de la volonté du salarié de mettre fin au contrat ; elle ne pouvait pas être qualifiée de « démission ». L'acte de rupture n'étant pas une démission ne pouvait être qu'un licenciement.

Ce raisonnement présentait une faiblesse. On pouvait tout aussi bien soutenir le contraire. La rupture du contrat n'est pas un licenciement puisque l'employeur n'a pas pris l'initiative de la rupture du contrat et qu'il n'est l'auteur d'aucun acte ayant rendu impossible l'exécution du contrat. Et puisque la rupture n'est pas un licenciement, elle ne peut être qu'une démission. En réalité ce type de qualification « par défaut » n'est pas satisfaisant. Pour qualifier un acte, on ne peut pas se dispenser d'en examiner les caractéristiques juridiques. Ne présentant aucun des caractères du licenciement (ni initiative de la rupture, ni volonté de rompre manifestée éventuellement par un comportement rendant impossible la continuation du contrat), l'acte décidé par le salarié ne peut pas être qualifié de licenciement.

Outre cette critique d'ordre technique, une autre critique d'ordre pratique pouvait être formulée. Cette jurisprudence ouvrait la porte à tous les abus ; un salarié qui souhaitait être licencié pour percevoir une importante indemnité conventionnelle de licenciement, une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et, éventuellement, des indemnités de chômage, pouvait décider que le contrat était rompu. Il lui suffisait d'affirmer que le contrat était rompu en raison de fautes commises par l'employeur ; il atteignait l'objectif recherché alors même que l'employeur n'avait pas commis les fautes alléguées, du moins si ce dernier ne contestait pas la rupture du contrat, invoquée par le salarié. Cette jurisprudence qui reconnaissait des droits importants à des salariés organisant leur propre licenciement, en l'absence de toute volonté de l'employeur de rompre le contrat, ne pouvait pas être approuvée.

2. Les arrêts rendus le 25 juin 2003 consacrent un nouveau mode de rupture du contrat de travail qui, tout en entraînant, selon les cir-

constances, soit les effets d'une démission soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne se confond ni avec l'une ni avec l'autre.

La prise d'acte de rupture est aisée à distinguer du licenciement puisque celui-ci suppose une décision de rupture émanant de l'employeur. Dès lors que la prise d'acte émane du salarié, elle ne peut pas être qualifiée licenciement. Mais comment distinguer la prise d'acte de la démission ? Qu'est-ce qui différencie ces deux actes qui expriment l'un et l'autre la volonté du salarié de rompre le contrat ? Le critère de distinction doit être recherché dans la cause de l'acte. Si le salarié rompt le contrat pour une cause personnelle (qu'il n'a d'ailleurs pas l'obligation d'indiquer à l'employeur), la rupture est une démission. Si, au contraire, le salarié rompt le contrat « en raison de faits qu'il reproche à son employeur » (Soc. 25 juin 2003 **n° 86**), la rupture est une prise d'acte.

L'arrêt *Société Janier* (**n° 88**), et trois autres arrêts rendus le même jour, règlent une difficulté particulière tenant au fait qu'un salarié ayant démissionné (en rompant le contrat pour des causes personnelles) prétend par la suite que cette rupture est la conséquence de fautes commises par l'employeur. Il avait été soutenu qu'une démission clairement exprimée ne pouvait pas, par la suite, être remise en cause, en dehors des cas où le salarié invoquait un vice du consentement ou une altération de ses facultés mentales (J.Y. Frouin, *RDT* 2007.152). Le salarié aurait, selon cette doctrine, le choix au moment de la rupture entre la démission et la prise d'acte. Une fois ce choix effectué, le salarié ne pourrait plus invoquer une autre qualification devant les tribunaux. En décider autrement serait « fondre la démission même claire et non équivoque dans la prise d'acte » (J.Y. Frouin, précité). Cette interprétation a été, à juste titre, écartée par la Cour de cassation : « lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date où elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission » (arrêt **n° 88**). Ces arrêts du 9 mai 2007 ont le mérite de faire clairement la distinction entre la nullité pour vice du consentement et la requalification. La requalification n'a pas pour effet de fondre la démission dans la prise d'acte. Elle a, au contraire, pour résultat d'établir nettement la distinction entre ces deux notions et à donner à la décision du salarié sa véritable qualification en recherchant quelle était exactement la situation de fait au moment de celle-ci. Ce n'est pas parce que le salarié

n'a pas fait expressément état des manquements de l'employeur au moment où il a manifesté sa volonté de rompre que ces manquements n'existent pas. Si l'existence de ces manquements au moment de la « démission » est établie, il en ressort que la rupture du contrat par le salarié est plus le résultat du comportement de l'employeur que de la volonté du salarié de « rompre pour convenances personnelles ». Il est logique de donner à l'acte sa véritable qualification et de substituer à la démission la prise d'acte de rupture.

B. — Une rupture aux effets incertains

1. La formulation de l'arrêt n° 86 pourrait faire croire que les effets d'une prise d'acte par le salarié sont clairement identifiés : ou bien les effets sont ceux d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués par le salarié justifient la rupture ; ou bien les effets sont ceux d'une démission dans le cas contraire.

Derrière cette simplicité apparente se cachent plusieurs interrogations.

La première concerne les faits dont l'existence doit être vérifiée par le juge. Le juge ne doit-il vérifier que les manquements de l'employeur mentionnés par le salarié dans la lettre de prise d'acte par analogie avec ce qui existe en matière de licenciement ? De même que le juge ne vérifie la réalité et le sérieux que des causes mentionnées par l'employeur dans la lettre notifiant le licenciement, il ne vérifierait l'existence et la gravité des faits reprochés par le salarié à l'employeur que si ces faits sont mentionnés dans la lettre de prise d'acte. La jurisprudence a écarté ce rapprochement entre la lettre de prise d'acte et la lettre de licenciement. Elle décide que l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture ne fixe pas les limites du litige (Soc. 29 juin n° 03-42.804, *JCP S* 2005 n° 15, n° 1236, obs. J.-Y. Frouin). Le salarié peut d'ailleurs prendre acte verbalement de la rupture du contrat. Le juge devra examiner tous les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié à condition que ces manquements soient antérieurs ou concomitants de la prise d'acte.

Une seconde difficulté concerne la nature des faits qui peuvent justifier la prise d'acte. Lorsque les faits reprochés à l'employeur sont établis, toutes les fautes commises par l'employeur, même les plus légères, justifient-elles la rupture du contrat ou les juges ne doivent-ils prendre en considération que les fautes graves de l'employeur pour faire produire à la prise d'acte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

Le droit positif n'offre pas de réponse certaine. Les arrêts ont, jusqu'à une époque récente, requalifié la prise d'acte de rupture par le

salarié en licenciement seulement dans les cas où l'employeur avait commis une faute particulièrement grave, rendant impossible le maintien du contrat (Soc. 28 oct. 1989, *Bull. civ.* V, n° 606 ; 10 avr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 178 ; 22 sept. 1993, *Dr. soc.* 1993. 877 ; v. sur la démission n°s 83 et s.). Dans certains arrêts plus récents, la Cour de cassation ne faisait plus référence à l'impossibilité de continuer le contrat de travail pour qualifier « licenciement » une rupture du contrat à l'initiative du salarié. Elle décidait que le manquement délibéré et renouvelé de l'employeur à une obligation résultant du contrat de travail rendait la rupture imputable à ce dernier et que celle-ci s'analysait en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 24 avr. 2003, *RJS* 2003, n° 857).

La Cour de cassation aura à préciser, dans le cadre de la nouvelle qualification « prise d'acte » quelle est la nature des fautes de l'employeur justifiant la rupture du contrat. D'une façon générale, une obligation contractuelle non exécutée appelle une action en exécution ; une action en résiliation judiciaire est concevable, mais la résiliation du contrat ne sera prononcée que si la violation de l'obligation contractuelle présente un certain caractère de gravité. Lorsqu'il s'agit d'autoriser une partie contractante à se substituer au juge et à prononcer elle-même la résiliation du contrat, cette exigence concernant la gravité du manquement de l'autre contractant ne peut pas être éludée. En d'autres termes, on peut prévoir, sans grands risques d'erreur, que la Cour de cassation ne retiendra comme faits justifiant la rupture constatée par le salarié que les fautes graves commises par l'employeur, en se réservant évidemment le droit d'exercer son contrôle sur la qualification « faute grave » donnée par les juges du fond.

2. Le critère de distinction entre les cas où la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et ceux où elle produit les effets d'une démission étant dégagé, encore faut-il préciser et justifier les effets de la démission ou du licenciement.

On peut évidemment trouver curieux qu'un acte, qui n'est pas une démission, produise les effets d'une démission et qu'un acte, qui n'est pas un licenciement, produise les effets du licenciement. Le droit exige habituellement plus de rigueur. Les juges n'hésitent pas à prendre des libertés avec les catégories juridiques ; ils ont, par exemple, décidé que la résiliation judiciaire du contrat de travail à la demande du salarié produit les effets du licenciement (v. n°s 89). Ils poursuivent ici une construction jurisprudentielle qui a essentiellement pour but d'assurer la protection des droits des salariés, mais qui rend confuse la règle juridique.

Si l'on entre dans cette logique (?) qui consiste à appliquer les effets de la démission à un acte qui n'est pas qualifié « démission »,

les effets de la démission ne semblent pas soulever de difficultés particulières. Le contrat de travail est rompu et le salarié perd son emploi. Si la convention collective ou les usages applicables dans l'entreprise imposent un préavis en cas de démission, le salarié devra à l'employeur une indemnité compensatrice de préavis puisqu'il ne se sera pas tenu à la disposition de l'employeur pendant la durée du préavis.

Les effets du licenciement attachés à la prise d'acte de rupture par le salarié sont moins évidents. Ils dépendent logiquement des faits reprochés à l'employeur. Si ces faits constituent des fautes graves rendant impossible l'exécution du contrat de travail, l'employeur devra au salarié une indemnité compensatrice du préavis de licenciement puisque le salarié a été mis dans l'impossibilité d'exécuter le contrat. En revanche, si les juges retiennent comme faits justifiant la rupture des fautes contractuelles qui ne rendent pas impossible l'exécution du contrat de travail, le salarié qui a pris acte de la rupture ne devrait pas avoir droit à une indemnité compensatrice de préavis. En effet, il ne s'est pas tenu à la disposition de l'employeur pendant le délai-congé alors qu'il n'y avait aucune impossibilité d'exécuter sa prestation de travail.

De même, il semble anormal d'admettre que le salarié ait droit à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme l'affirme l'arrêt n° 86, si les fautes reprochées à l'employeur ne rendent pas impossible l'exécution du contrat de travail. L'employeur est certes débiteur d'une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsqu'il a rompu le contrat en rendant impossible l'exécution de celui-ci ; la rupture qui résulte directement de sa faute est un licenciement et celui-ci n'a, à l'évidence, pas de cause réelle et sérieuse puisque cette cause est, de façon exclusive, une faute de l'employeur. Mais si les fautes reprochées à l'employeur ne rendent pas impossible la continuation du contrat, la rupture du contrat n'est plus le fait de l'employeur. Il n'y a plus licenciement, même informel ; *a fortiori*, il n'y a pas licenciement sans cause réelle et sérieuse. On voit mal pourquoi la prise d'acte de rupture par le salarié produirait, dans ce cas, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

II. — Prise d'acte de la rupture par l'employeur

La Cour de cassation, dans deux arrêts rendus également le 25 juin 2003, a, au contraire, qualifié la prise d'acte de la rupture du contrat de travail lorsqu'elle émane de l'employeur.

L'arrêt *Faucher* (n° 87) et l'arrêt *SA Roto France Illienne* contiennent un attendu de principe rédigé exactement dans les mêmes termes « l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou

qui le considère comme rompu du fait du salarié doit mettre en œuvre la procédure de licenciement ; à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

Ces arrêts se distinguent de ceux qui concernent la prise d'acte par le salarié en ce qu'ils donnent une qualification juridique à la prise d'acte par l'employeur : la rupture est un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ils traduisent également une évolution jurisprudentielle puisque le licenciement serait toujours un licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que les arrêts antérieurs admettaient, dans certains cas, que la rupture, décidée par l'employeur sans respecter la procédure de licenciement, avait une cause réelle et sérieuse.

A. — La rupture du contrat de travail par l'employeur est toujours un licenciement

La formule utilisée par la Cour de cassation surprend par sa généralité. Chaque fois que l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou constate sa rupture du fait du salarié, il doit mettre en œuvre la procédure de licenciement.

Il semble qu'il ne faille pas interpréter cet attendu de façon strictement littérale. L'arrêt *Faucher* est rendu au visa, entre autres, de l'article L. 122-4 du Code du travail (actuellement art. L. 1231-1 nouv. C. trav.). Or cet article prend soin de préciser que les règles concernant la résiliation du contrat de travail ne s'appliquent pas pendant la période d'essai. En d'autres termes, l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail pendant la période d'essai n'a pas à mettre en œuvre la procédure de licenciement. La résiliation du contrat par l'employeur ne s'analysera pas, contrairement à ce qui est affirmé par ces arrêts, en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

De la même façon, la mise à la retraite du salarié qui remplit les conditions prévues à l'article L. 122-14-13 alinéa 3 (art. L. 1237-5 nouv. C. trav.) n'est pas soumise à la procédure de licenciement (*infra* la retraite). L'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail en procédant à la mise à la retraite du salarié ne sera pas condamné pour avoir prononcé un licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif qu'il n'a pas mis en œuvre la procédure de licenciement. Une observation identique doit être faite lorsque l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat en invoquant un cas de force majeure dont l'existence est établie.

La chambre sociale reviendra peut-être (on peut le souhaiter) à une formulation plus précise qu'elle avait adoptée dans un arrêt rendu le

14 octobre 1997 : toute rupture d'un contrat à durée indéterminée par l'employeur, hors la rupture en cours d'essai et les cas de force majeure et de mise à la retraite lorsque les conditions légales en sont remplies, constitue un licenciement (Soc. 14 oct. 1997, *Bull. civ.* V, n° 311).

On retiendra que la chambre sociale de la Cour de cassation affirme clairement qu'un employeur doit mettre en œuvre la procédure de licenciement lorsqu'il considère le contrat de travail rompu du fait du salarié.

B. — Le licenciement est un licenciement sans cause réelle et sérieuse

L'arrêt n° 87 innove en décidant que la rupture du contrat de travail, constatée par l'employeur, s'analysera toujours en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, dès lors que celui-ci n'a pas mis en œuvre la procédure de licenciement.

Avant cette décision, les juges considéraient que la rupture constatée par l'employeur devait être assimilée à un licenciement, mais ils recherchaient si la lettre de rupture (assimilée à une lettre de licenciement) indiquait les faits objectifs justifiant cette rupture (Soc. 24 oct. 1995, *RJS* 12/95, n° 1231 ; 7 mai 2003, *RJS* 8, 9/03, n° 990). Si c'était le cas et si les motifs indiqués étaient réels et de nature à justifier un licenciement, la rupture décidée par l'employeur était traitée comme un licenciement ayant une cause réelle et sérieuse.

Désormais, en l'absence de procédure de licenciement et de lettre de licenciement *stricto sensu*, le licenciement sera considéré comme étant sans cause réelle et sérieuse. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt *Faucher*... si la chambre sociale ne décide pas d'atténuer la portée de sa nouvelle jurisprudence.

89-91

RÉSILIATION JUDICIAIRE

**89. Soc. 20 janvier 1998 — 90. Soc. 13 mars 2001 —
91. Soc. 31 octobre 2006**

89. Soc. 20 janvier 1998

Leudière c. Société Trouillard

(Bull. civ. V, n° 21 ; JCP E 1998. I. 152, note J. Mouly ; D. 1998. 350, note C. Radé)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 122-14-3 et L. 122-14-4 du Code du travail ;

Attendu que M. Leudière, engagé en juillet 1962 en qualité de vendeur par la société Thymerais Matériaux aux droits de laquelle se trouve la société Trouillard, est devenu en 1977 directeur commercial ; qu'estimant que son employeur avait unilatéralement modifié sa rémunération, il a saisi la juridiction prudhomale ; que par arrêt rendu le 21 septembre 1988 la cour d'appel de Versailles a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur ; que par arrêt rendu le 10 mai 1995 sur renvoi après cassation, la même Cour a condamné l'employeur à payer à M. Leudière la somme de 250 000 francs en réparation du préjudice subi ;

Attendu que, pour limiter à la somme de 250 000 francs le montant du préjudice subi à la suite de la résiliation du contrat de travail et pour débouter le salarié de ses demandes relatives au paiement du préavis et de l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt énonce qu'il s'agit d'une résiliation judiciairement prononcée et non d'un licenciement reconnu sans cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 mai 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

90. Soc. 13 mars 2001**Mulin c. Sté Mfi Créations**

(*Bull. civ.* V, n° 89 ; *JCP* 2001. II. 10562, note J. Mouly ; *Dr. soc.* 2001. 629, obs. C. Radé)

ARRÊT

Attendu que M. Mulin a été embauché le 18 juin 1975 en qualité de VRP multi-cartes par la société Gergonne, aux droits de laquelle se trouve la société MFI créations ; que, le 5 mai 1993, le salarié a cessé son activité pour cause de maladie, puis d'invalidité ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes de diverses demandes ;

Sur le premier moyen : (Publication sans intérêt) ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu les articles L. 223-2 et R. 751-1 du Code du travail ;

Attendu que, pour débouter M. Mulin de sa demande d'indemnité de congés payés afférents à la période du 1^{er} mai 1992 au 7 mai 1993, la cour d'appel énonce que depuis le début de son arrêt maladie, intervenu le 5 mai 1993, le salarié a non seulement bénéficié des indemnités journalières de la sécurité sociale, mais encore a perçu des commissions directes et indirectes versées par son employeur ; qu'il n'est pas fondé à cumuler ces indemnités et rémunérations avec une indemnité compensatrice pour la période de mai 1992 à mai 1993 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les congés payés afférents aux commissions directes et indirectes versées pour la période considérée étaient dus, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen :

Vu les articles L. 122-14-3, L. 122-14-7 et L. 122-24-4 du Code du travail et l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que l'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat ;

Attendu que l'arrêt, après avoir relevé que M. Mulin était en arrêt maladie depuis le 5 mai 1993 et qu'il avait cessé toute prospection, a prononcé la résiliation du contrat de travail aux torts du salarié, à la date du 1^{er} juillet 1996 où il a été placé en invalidité ;

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

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de M. Mulin et l'a débouté de ses demandes d'indemnité de rupture et d'indemnités de congés payés, l'arrêt rendu le 30 octobre 1998, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait de droit, les renvoie devant la cour d'appel de Dijon.

91. Soc. 31 octobre 2006**Sté Le Groupe CRI c. Briard et a.**

(*Bull. civ.* V, n° 321 ; *RDT* 2007. 28, note J. Péliissier ; *RJS* 1/07, n° 46, chr. J.-Y. Frouin, p. 3.)

ARRÊT

Attendu que Mme X... a été embauchée par le groupe CRI en qualité de «technicienne de retraite» le 1^{er} juillet 1974, par contrat à durée déterminée puis, à compter du 1^{er} mars 1976, par contrat à durée indéterminée ; que la relation contractuelle s'est poursuivie dans le cadre d'un mi-temps à partir du 1^{er} juillet 1992, puis d'un temps partiel à 40 % à partir du 1^{er} avril 1995, en application d'un accord d'entreprise favorisant la réduction du temps de travail ; qu'estimant avoir été victime de harcèlement à compter de cette époque, la salariée a saisi la juridiction prud'homale le 12 décembre 2000 d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail ; qu'elle a été déboutée de ses demandes par jugement du 9 août 2001 et a, le 23 août 2001, pris acte de la rupture de son contrat de travail ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué (Rouen, 15 juin 2004) d'avoir dit que la rupture du contrat de travail de Mme X... lui était imputable, alors, selon le moyen, que le salarié qui a engagé contre son employeur une action tendant à la résiliation judiciaire du contrat de travail n'est plus en droit, pendant le cours de l'instance, de prendre acte de la rupture du contrat à raison des faits dont il a saisi la juridiction prud'homale ; que la prise d'acte de la rupture survenue en pareille hypothèse doit donc produire les effets d'une démission ; qu'en l'espèce, Mme X... avait d'abord exercé une action en résiliation judiciaire dont la juridiction prud'homale l'a déboutée ; qu'en retenant néanmoins que la rupture dont la salariée a pris acte pendant le cours de l'instance produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

Mais attendu que la prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail en sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant ; que s'il appartient alors au juge de se prononcer sur la seule prise d'acte, il doit fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de la prise d'acte ;

Et attendu que la cour d'appel a décidé que les faits reprochés par le salarié étaient fondés ;

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

Sur le second moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

Condamne le Groupe Cri aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne le Groupe Cri à payer à Mme X... la somme de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trente et un octobre deux mille six.

OBSERVATIONS

La jurisprudence relative à la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée est particulièrement intéressante. Elle

révèle les hésitations des juges à reconnaître la spécificité du droit du travail. Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation a jugé que l'article 1184 du Code civil s'appliquait aux relations de travail quelles que soient les dispositions particulières du droit du travail concernant la rupture du contrat à durée indéterminée. Actuellement, la haute juridiction décide, au contraire, que les règles civiles de la résiliation judiciaire sont inapplicables au contrat de travail à durée indéterminée.

Cette mise à l'écart de l'article 1184 du Code civil se traduit différemment selon le demandeur de la résiliation judiciaire. Lorsque la demande en résiliation judiciaire est présentée par l'employeur, la Cour de cassation juge que celle-ci est irrecevable (I). Elle est, en revanche recevable, lorsqu'elle est formulée par le salarié, mais les conséquences habituelles de celle-ci sont écartées au profit des règles du licenciement (II).

I. — Irrecevabilité d'une demande de résiliation judiciaire présentée par l'employeur

« L'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat ». Par cet attendu de principe, l'arrêt *Mulin* (n° 90) met fin à une jurisprudence ancienne qui considérait que le licenciement et la résolution judiciaire étaient deux procédés juridiques compatibles pour mettre fin à un contrat de travail à durée indéterminée. En affirmant le nouveau principe, la Cour de cassation en donne le fondement et en précise la portée.

A. — Principe de l'irrecevabilité de la demande de l'employeur

C'est après un long cheminement que la Cour de cassation pose ce principe qui est la négation complète du principe initial qu'elle avait dégagé.

Dans un premier temps, en effet, la Cour de cassation a jugé que les règles du Code civil devaient s'appliquer à la rupture du contrat de travail. Elle soulignait que le licenciement, décision unilatérale de l'employeur, ne saurait être confondu avec la résiliation judiciaire qui suppose l'intervention d'un juge. Si l'employeur doit respecter les règles spécifiques du licenciement lorsqu'il entend licencier un représentant du personnel, rien ne lui interdit de faire prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail de ce salarié en demandant l'application de l'article 1184 du Code civil (Soc. 21 févr. 1952, *D.* 1952. 290). Le Code

civil pose, en effet, une règle générale, applicable à tous les contrats synallagmatiques, en droit du travail comme en droit civil.

Pendant 22 ans, la Cour de cassation maintient sa jurisprudence, ignorant superbement que l'application de la règle civile met en échec la législation du travail ayant pour but de protéger les représentants du personnel contre les mesures patronales. Ce n'est que le 21 juin 1974 que la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, décide que « les dispositions législatives soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés, et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, qui interdit par la suite à l'employeur par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail » (Ch. mixte 21 juin 1974, *D.* 1974. 593, concl. A. Touffait).

La résiliation judiciaire ne peut plus être demandée par un employeur à l'encontre d'un salarié légalement investi de fonctions représentatives mais cette interdiction ne concerne que les demandes concernant un tel salarié. Pour tous les salariés non spécialement protégés, l'employeur conserve le choix entre le licenciement et la résiliation judiciaire. Le 31 janvier 1979, la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait encore très clairement « que, si l'employeur, qui prend l'initiative de rompre lui-même le contrat d'un salarié, est tenu de respecter la procédure prévue par les articles L. 122-14 et suivants du Code du travail, il a également la faculté, que ces textes n'excluent pas, de demander la résolution judiciaire du contrat » (Soc. 31 janv. 1979, *Bull. civ. V*, n° 108).

Par l'arrêt *Mulin*, la Cour de cassation met fin à la dualité de solutions. Désormais, le recours à la résiliation judiciaire est interdit à l'employeur, lorsque le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée, sans qu'il y ait à distinguer selon les fonctions du salarié.

B. — Justification du nouveau principe

C'est parce que l'employeur dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, qu'il n'est pas recevable à demander la résiliation judiciaire dudit contrat. Implicitement, la Cour de cassation déclare que la résiliation judiciaire ne peut permettre à un employeur d'éluder les règles légales du licenciement. Le droit du travail donne à l'employeur le droit de mettre fin à un contrat à durée indéterminée, mais ce droit est assorti de garanties pour le salarié. L'employeur ne peut rompre le contrat que s'il existe une cause réelle

et sérieuse ; il doit suivre une procédure de licenciement. S'il licencie, il doit, sauf si le salarié a commis une faute grave, laisser s'écouler un certain délai (le délai-congé) avant que la cessation des relations contractuelles devienne effective. Et il doit verser au salarié une indemnité de licenciement.

Les règles de droit civil ne doivent pas avoir pour effet de priver le salarié de ces garanties. Si la résiliation judiciaire offre des garanties de procédure au moins équivalentes à celles du licenciement, il n'en va pas de même pour les autres garanties. En particulier, le salarié, qui perd son emploi en raison d'une absence prolongée ou de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de fournir sa prestation de travail, ne percevra aucune indemnité en cas de résiliation judiciaire alors qu'il a droit à une indemnité, qui peut être élevée, en cas de licenciement. Le respect des règles spécifiques du droit du travail, qui sont des règles d'ordre public, impose la mise à l'écart de la règle civile.

C. — Portée du principe

Le nouveau principe a, actuellement, une portée générale en ce qui concerne les contrats à durée indéterminée. L'arrêt *Mulin* prévoit certes une limitation, en précisant que la résiliation judiciaire est irrecevable « hors les cas où la loi en dispose autrement ». Mais, à ce jour, aucun texte de loi ne prévoit qu'un employeur puisse demander la résiliation judiciaire d'un contrat à durée indéterminée. Les seuls cas où la loi mentionne la possibilité de la résiliation judiciaire d'un contrat de travail concernent les contrats à durée déterminée.

Les données de l'espèce, à l'origine de l'arrêt, permettent d'apporter une autre précision. L'irrecevabilité de la demande en résiliation judiciaire ne s'applique pas seulement aux situations où l'employeur prend le premier l'initiative de saisir le conseil de prud'hommes. Elle est également retenue lorsque l'employeur ne fait que présenter une demande reconventionnelle en résiliation judiciaire à la suite d'une demande initiale du salarié qui a, lui-même, décidé de cesser le travail.

II. — Conséquences originales de la résiliation judiciaire à la demande du salarié

L'irrecevabilité des demandes de résiliation judiciaire du contrat de travail ne concerne que les demandes présentées par l'employeur. Les salariés peuvent, quant à eux, faire prononcer la résiliation judiciaire de leur contrat, même s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. Mais cette « résiliation judiciaire du contrat de travail, prononcée à

l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur, produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse » (Soc. 20 janv. 1998, n° 89).

A. — L'admission de la résiliation judiciaire à la demande du salarié

Au regard des règles de droit civil, et plus précisément du synallagmatisme du contrat, il peut paraître curieux qu'une des parties au contrat (le salarié) puisse obtenir la résiliation judiciaire de celui-ci alors que l'autre (l'employeur) ne le puisse pas. L'explication tient à ce que le droit du travail, pour des raisons qui lui sont propres, écarte la réciprocité des droits des deux parties au contrat de travail de travail. Si l'employeur et le salarié peuvent l'un et l'autre rompre unilatéralement ce contrat, ils ne peuvent pas le faire dans des conditions analogues. Le droit de l'employeur est subordonné à des conditions de forme et de fond et oblige celui-ci à verser des indemnités au salarié licencié. Le salarié peut, au contraire, librement démissionner et, sauf abus de sa part, n'a pas à indemniser l'employeur. L'usage de la résiliation judiciaire par le salarié ne prive pas l'employeur de droits qui lui seraient garantis par le droit du travail. N'ayant pas pour effet de mettre en échec des règles de droit du travail, la résiliation judiciaire consacrée de façon générale par le Code civil doit pouvoir être prononcée lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements contractuels.

Cette demande en résiliation judiciaire est quelquefois confondue avec la prise d'acte de rupture alors que ces deux actes juridiques doivent être soigneusement distingués. En prenant acte de la rupture du contrat de travail, le salarié constate une rupture de fait, émanant de l'employeur et la considère réalisée au jour de la prise d'acte. Il ne démissionne pas, mais il tient pour acquise la rupture du contrat qui, selon lui, est imputable à l'employeur. Il cesse de fournir sa prestation de travail et demande au juge, après sa prise d'acte, de lui accorder les droits reconnus au salarié licencié. En présentant une demande de résiliation judiciaire, le salarié ne prend qu'une décision, celle de saisir le juge en sollicitant de celui-ci le prononcé de la rupture du contrat en raison des fautes contractuelles commises par l'employeur. Il ne constate pas lui-même l'existence de cette rupture ; il demande au juge de la déclarer. Il la constate si peu qu'il continue à fournir sa prestation de travail après l'introduction de la demande de résiliation judiciaire. Par son comportement autant que par l'objet de sa demande, il manifeste que le contrat continue à produire ses effets tant que le juge ne s'est pas prononcé sur celle-ci. Si le juge considère que les prétentions du salarié ne sont pas fondées, il ne peut que débouter le

salarié de sa demande. En aucun cas, il ne peut considérer que la demande du salarié devait produire les effets d'une démission au motif que les manquements reprochés à l'employeur ne justifiaient pas la rupture du contrat (Soc. 26 sept. 2006 n° 04-48.588).

La demande de résiliation ne mettant pas elle-même fin au contrat de travail, d'autres cas de rupture (licenciement, prise d'acte, démission, mise ou départ à la retraite) peuvent intervenir avant que le juge ait statué sur cette demande. Les concours entre une demande de résiliation judiciaire et ces autres cas de rupture ont fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour de cassation. Celle-ci juge que, en cas de concours entre une prise d'acte par le salarié et une demande de résiliation judiciaire, le juge saisi de cette demande ne peut plus statuer dès lors que le salarié a pris acte de la rupture avant que le juge n'ait pris une décision : « la prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail en sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant ; ... il appartient alors au juge de se prononcer sur la seule prise d'acte » (Soc. 31 oct. 2006 n° 91 ; Soc. 15 mars 2006, *RDT* 2006. 24). Mais elle juge, au contraire, que, en cas de concours entre un licenciement et une demande en résiliation judiciaire, le licenciement, notifié avant que le juge ait statué sur la demande de résiliation, n'empêche pas le juge de statuer sur cette demande (Soc. 22 mars 2006, *RDT* 2006. 25 obs. J. Pélissier ; Soc. 7 nov. 2006, n° 05-41.509 et n° 04-45.427) ; le juge doit d'abord rechercher si la demande en résiliation judiciaire est justifiée. S'il conclut au bien-fondé de la demande du salarié, il ne statuera pas sur le litige relatif au licenciement. C'est seulement s'il refuse de prononcer la résiliation judiciaire que le juge se prononcera sur la régularité du licenciement. On peut trouver une explication à cette apparente contradiction. La Cour de cassation juge que le prononcé de la résiliation judiciaire du contrat de travail ne rétroagit pas au jour de l'introduction de la demande en justice (Soc. 11 janv. 2007, *D.* 2007, J. 913, note J. Pélissier). Il faut en déduire que le contrat de travail à durée indéterminée continue à produire ses effets habituels tant que la résiliation judiciaire n'a pas été prononcée. Il peut donc, comme tout contrat à durée indéterminée en cours, être rompu unilatéralement par l'une ou l'autre des parties. Cette rupture produisant immédiatement ses effets, le prononcé d'une résiliation judiciaire n'a plus, en principe, de raison d'être : le juge ne peut pas prononcer la rupture d'un contrat qui est déjà rompu. Il est donc logique de décider que, lorsque le salarié a pris acte de la rupture du contrat avant que le juge n'ait statué sur la demande de résiliation judiciaire qu'il avait antérieurement présentée, le juge ne statue pas sur cette demande. Mais ce principe doit être écarté lorsque, après l'introduction par le salarié d'une demande en

résiliation judiciaire, la rupture du contrat de travail est décidée par celui contre qui la demande a été introduite. Le défendeur à une action en justice ne peut pas, par l'effet de sa seule volonté, échapper aux poursuites engagées contre lui ; il ne peut ni priver le juge du pouvoir de juger ni priver la victime de son droit à réparation. Si la demande de résiliation judiciaire est justifiée, le salarié a droit aux indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (*infra* B). Il ne doit pas être privé de ce droit au motif que, postérieurement aux fautes commises par l'employeur et justifiant la résiliation, l'employeur a rompu le contrat. Cette solution qui est nettement consacrée par les juges lorsque la rupture du contrat est un licenciement devrait l'être également lorsque la rupture du contrat résulte d'une mise à la retraite. Dans un cas comme dans l'autre, la rupture résulte d'une manifestation de volonté de l'employeur qui, en aucun cas, ne peut se libérer des conséquences des fautes qu'il a pu commettre antérieurement. La Cour de cassation a cependant admis qu'une mise à la retraite du salarié, postérieure à une demande de résiliation judiciaire introduite par celui-ci, rendait sans objet cette demande et interdisait au juge de statuer sur celle-ci (Soc. 12 avr. 2005, *RJS* 7/05, n° 732). Il serait opportun de faire la distinction entre la mise à la retraite et le départ à la retraite. En cas de départ à la retraite, la décision de rupture émane du salarié comme en cas de démission ou de prise d'acte et doit produire les mêmes effets : la rupture du contrat par le départ à la retraite produit ses effets immédiatement et le juge n'a plus à se prononcer sur la demande de résiliation judiciaire (Soc. 21 févr. 2007, n° 05.43-438, *RDT* 2007. 310, obs. J. Pélissier). En revanche, la mise à la retraite est une décision de l'employeur qui, comme en cas de licenciement, ne doit pas lui permettre d'éluder les conséquences des fautes qu'il a pu commettre antérieurement. Elle ne devrait pas empêcher le juge de statuer sur la demande de résiliation judiciaire. Si celle-ci est justifiée, le salarié doit avoir non pas seulement aux indemnités de départ à la retraite droit aux indemnités de licenciement, mais aux indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse puisque c'est la conséquence que la Cour de cassation attache à une résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur.

B. — La résiliation judiciaire produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse

Telle est la position adoptée par la Cour de cassation qui vise, non pas l'article 1184 du Code civil, mais les articles L. 122-14-3 et L. 122-14-4 du Code du travail (art. L. 1235-1 et L. 1235-3 nouv. C. trav.). Cette apparente confusion entre la résiliation judiciaire

et le licenciement, qui sont, indiscutablement, deux modes de rupture techniquement différents, répond à un souci d'équité. Les données de l'affaire *Leudière* le montrent bien. En l'espèce, l'employeur avait unilatéralement modifié la rémunération du salarié. Celui-ci aurait pu prendre acte de la rupture, en la rendant imputable à l'employeur qui n'avait pas respecté ses obligations contractuelles. Dans ces cas, la jurisprudence décide que la rupture est un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*supra* prise d'acte de la rupture). Au lieu de se faire justice en prenant acte de la rupture, le salarié demande au juge de prononcer la résiliation judiciaire du contrat. Ne serait-il pas paradoxal de moins bien traiter le salarié qui soumet le litige au juge que celui qui, dans une situation identique, préfère régler lui-même la situation ? Pour ne pas priver le salarié des droits qui lui sont reconnus lorsque l'employeur n'exécute pas ses obligations contractuelles, la Cour de cassation décide, à juste titre, d'assimiler les effets de la résiliation judiciaire à ceux du licenciement.

Dans un arrêt du 11 janvier 2007, la Cour de cassation a tiré les conséquences logiques de l'arrêt *Leudière*. Puisque la résiliation judiciaire produit les effets du licenciement, les effets de la résiliation judiciaire doivent, comme les effets du licenciement, se manifester à compter du jour où la décision de rupture est prise ; ils ne peuvent remonter à une date antérieure à celle-ci. Alors que des décisions antérieures avaient décidé que la prise d'effet de la résiliation judiciaire du contrat de travail pouvait être fixée au jour où l'une des parties a manqué à ses obligations ou au jour où la demande de résiliation judiciaire a été formée (Soc. 1^{er} oct. 2003, *Bull. civ. V*, n° 249), il est désormais affirmé catégoriquement « qu'en matière de résiliation judiciaire du contrat de travail, sa prise d'effet ne peut être fixée qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant, dès lors qu'à cette date le salarié est toujours au service de son employeur » (Soc. 11 janv. 2007, *Mme Bonnet*, *D.* 2007.913, note J. Pélissier).

92-94

ACCORDS DE RUPTURE

**92. Ch. mixte 12 février 1999 — 93. Soc. 29 juin 1999 —
94. Soc. 21 janvier 2003**

92. Ch. mixte 12 février 1999

SCP Coulombie-Gras c. Le Coq

(Ch. mixte, *Bull. civ.*, n° 1)

ARRÊT

Attendu que M. Le Coq, avocat, a signé un contrat de collaboration applicable à compter du 1^{er} janvier 1993 avec la SCP d'avocats Coulombie-Gras ; qu'il a été mis fin au contrat par acte signé des parties le 6 mai 1994 qualifié de transaction (...).

Mais sur le premier moyen du pourvoi incident pris en sa première branche :

Vu les articles L. 122-14 et L. 122-14-7 du Code du travail ;

Attendu que, pour rejeter les demandes du salarié au paiement d'une indemnité de préavis, des congés payés incidents et de dommages-intérêts pour inobservation de la procédure, la cour d'appel énonce que, selon l'acte signé le 6 mai 1994, les parties avaient décidé de mettre fin, à compter du 30 avril, au contrat, et il était stipulé le versement, à titre de dédommagement et pour solde de tout compte, de la somme de 146 503 francs à M. Le Coq, les parties renonçant à toute action en responsabilité contractuelle ou dommages-intérêts l'une envers l'autre, et visant expressément l'article 2044 du Code civil ; qu'il n'est pas démontré antérieurement à la signature de cette transaction que la SCP a eu un quelconque acte positif en vue de rompre le contrat, qu'il ne s'agit donc pas d'un licenciement ; qu'en l'absence de toute démonstration d'un vice de consentement, cet acte s'est bien effectué à la suite d'un commun accord des intéressés ; qu'actuellement, aucune des parties ne peut détailler le montant des calculs du chiffre fixé par cet acte ; qu'il n'est pas établi un retard de paiement dans les rémunérations et les affirmations de M. Le Coq, selon lequel la somme octroyée ne rémunère que son travail accompli jusqu'au 6 mai 1994, sont démenties par ses propres pièces ; qu'en l'absence de convention collective applicable, la somme perçue correspondait à la rémunération de presque une année ; qu'en l'état de l'ancienneté de M. Le Coq, seul un préavis de trois mois était dû, en sorte qu'il est bien démontré des concessions réciproques et notamment de la SCP ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, l'acte du

6 mai 1994 ayant pour double objet de rompre le contrat de travail et de transiger, il en résultait que la transaction n'avait pu être valablement conclue, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a ainsi violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen du pourvoi incident :

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que la cour d'appel a débouté M. Le Coq de sa demande de dommages-intérêts, en réparation du préjudice subi du fait de l'impossibilité de percevoir des allocations de chômage ;

Qu'en statuant ainsi, sans donner de motif à sa décision, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes en paiement d'indemnités de préavis, de congés payés incidents, de dommages-intérêts pour inobservation de la procédure de licenciement, et de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de l'impossibilité de percevoir des allocations de chômage, l'arrêt rendu le 6 mai 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

93. Soc. 29 juin 1999

Lavenir c. Société Publitex

(*Bull. civ.* V, n° 304 ; *Dr. soc.* 2000. 182, obs. C. Radé ; *JCP* 2000. II. 10235, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail ;

Attendu que les dispositions de ces textes qui prévoient, notamment, que si, après une déclaration d'incapacité prononcée par le médecin du Travail à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail, le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de reprendre le paiement du salaire, excluent dans cette hypothèse la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail qui aurait pour effet d'éluider ces obligations ;

Attendu que M. Lavenir, salarié de la société Publitex, a été victime, le 22 avril 1989, d'un accident du travail à la suite duquel le médecin du travail l'a déclaré, le 25 juin 1991, inapte à son emploi ; que le 27 juin 1991 est intervenue entre les parties une convention mettant fin au contrat de travail du salarié rédigée en ces termes : Rupture du contrat de travail par consentement mutuel. Le PDG de la société Publitex et G. Lavenir, salarié de la société, actuellement en arrêt de travail à la suite de l'accident du travail survenu le 22 avril 1989, ont décidé la rupture du contrat de travail en cours par consentement mutuel suite à l'incapacité définitive dûment constatée par le médecin du travail, à la suite de la visite de reprise du 25 juin 1991 ; que, le 15 juillet 1991, un certificat de travail constatant la fin du contrat au 27 juin 1991 a été remis au salarié ; que le 14 février 1992 les parties ont signé une transaction prévoyant, à titre de solde définitif global et forfaitaire de tout compte et à titre de concessions réciproques et de règlement transaction-

nel de toute contestation née et à naître du chef de la rupture du contrat de travail en date du 27 juin 1991, le versement au profit du salarié de la somme de 32 000 francs et l'absence de réclamation par l'employeur du solde débiteur d'un compte-courant à hauteur de 16 817,34 francs ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à faire prononcer la nullité de ces conventions et obtenir la condamnation de l'employeur au paiement des indemnités de rupture spécifiques à la législation protectrice des accidentés du travail ;

Attendu que, pour déclarer valable la convention du 27 janvier 1991 intitulée « rupture du contrat de travail par consentement mutuel », après avoir énoncé la validité de principe d'un tel accord postérieur à l'avis d'incapacité donnée par la médecine du Travail, la cour d'appel a relevé notamment que le salarié ne souhaitait pas accepter le poste de reclassement proposé par l'employeur en concertation avec le médecin du travail, qu'il a choisi de quitter l'entreprise, que si tel n'avait pas été le cas, ce salarié se serait présenté au travail après la période des congés annuels ou aurait demandé au conseil de prud'hommes de prononcer l'annulation de cette convention dont il n'était pas démontré qu'elle avait été passée sous la contrainte ou du fait d'un dol, que cette convention ne faisant que constater la rupture du contrat de travail sans se prononcer sur les effets de cette rupture, il était possible aux parties de transiger par la suite sur leurs droits, ce qui a été fait dans le cadre de la transaction conclue le 14 février 1992 ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la résiliation même d'un commun accord du contrat de travail était illégale, la cour d'appel a violé les textes sus-visés ;

Et attendu que la cassation prononcée sur le premier moyen entraîne par voie de conséquence la cassation sur le second ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 juin 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen ;

Condamne la société Publitex aux dépens.

94. Soc. 21 janvier 2003

Gomez c. Société Wirth et Gruffat

(*Bull. civ. V*, n° 11 ; *Dr. soc.* 2003. 547, obs. G. Couturier)

ARRÊT

Attendu que M. Gomez exerçait, en dernier lieu, les fonctions de responsable bureau d'études au service de la société Wirth et Gruffat ; qu'il a saisi, le 10 janvier 1996, le conseil de prud'hommes pour obtenir la résiliation de son contrat de travail et le paiement des indemnités subséquentes ; qu'un « protocole d'accord », négocié par le conseil de chacune des parties, est intervenu au cours de l'instance prud'homale ; que ce « protocole d'accord » prévoyait les conditions de la rupture du contrat de travail et en réglait les conséquences pécuniaires ; que, poursuivant l'instance prud'homale, le salarié, invoquant notamment la nullité du « protocole d'accord » par lui qualifié de transaction, a demandé le paiement des indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt attaqué (Chambéry, 11 avr. 2000) d'avoir décidé que la rupture du contrat de travail était intervenue d'un commun accord et d'avoir rejeté ses demandes, alors, selon les moyens :

1° que l'employeur n'avait pas soutenu devant la cour d'appel que la convention litigieuse constituait une convention de rupture amiable du contrat de travail et non une transaction ;

2° qu'il résultait des négociations entreprises et de la convention litigieuse qu'il existait un litige entre les parties ; que cette convention, qui était destinée à mettre fin à ce litige, était une transaction et que celle-ci était nulle pour être intervenue préalablement à la rupture du contrat de travail ;

Mais attendu, d'abord, qu'il résulte des énonciations de la décision attaquée que l'existence ou non d'une rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties était dans le débat, de sorte que la cour d'appel n'a pas statué hors des limites du litige ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel a constaté que l'objet de la convention litigieuse conclue entre les parties par l'intermédiaire de leur avocat respectif, dûment mandaté à cet effet, à la suite de pourparlers minutieux et précis, était de mettre fin d'un commun accord à leurs relations contractuelles dans le cadre d'un départ négocié à l'initiative du salarié ; qu'au vu de ces constatations d'où il résultait que les parties étaient pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié avaient été préservés, la cour d'appel, sans encourir les griefs du moyen, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens ne sont pas fondés ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

En dehors de quelques cas particuliers, la loi n'envisage pas la rupture du contrat de travail résultant d'un commun accord des parties. Il n'est fait allusion à ce mode de rupture que dans les articles L. 1243-1 à propos des contrats à durée déterminée, L. 6222-18 pour la rupture du contrat d'apprentissage et L. 1233-67 qui indique que « si le salarié accepte la convention de reclassement personnalisé, le contrat de travail est réputé rompu du commun accord des parties ». En revanche, l'article L. 1231-1 relatif à la résiliation du contrat à durée indéterminée ne fait aucune allusion à la résiliation conventionnelle de ce contrat. Il ne vise que la résiliation « à l'initiative d'une des parties contractantes ».

La jurisprudence a dû déterminer la place qu'il fallait attribuer à ces accords, en tenant compte de leur variété.

Une précision terminologique est, d'entrée de jeu, indispensable. Sous cette appellation générale, des accords de différents types peuvent être conclus et obéissent à des règles différentes.

La Cour de cassation distingue, à juste titre, les accords qui engendrent la rupture du contrat de travail et ceux qui ont pour objet de

régler les litiges qui peuvent naître de celle-ci. Dans l'arrêt *Purier* (Soc. 29 mai 1996, n° 120), elle relève « que, selon l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent par leur consentement mutuel mettre fin à leur convention ; que, selon l'article 2044 du même Code, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; qu'il en résulte que si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture ». En d'autres termes, la transaction ne peut être que postérieure à la rupture alors que l'accord de rupture que l'on peut appeler aussi de façon plus précise « résiliation conventionnelle » est toujours antérieur à celle-ci puisqu'elle lui donne naissance.

Un autre commentaire étant consacré aux arrêts concernant la transaction (n° 119 et s.), cette analyse ne concerne que les résiliations amiables.

Après plusieurs hésitations, la Cour de cassation a dégagé les règles suivantes : la résiliation conventionnelle est en principe licite ; elle est cependant prohibée lorsque la loi organise, au profit du salarié, une protection particulière en matière d'emploi. Lorsqu'elle est autorisée, elle doit satisfaire à des conditions de conclusion qui ne sont pas seulement les conditions de droit commun de validité des contrats.

I. — Principe de validité des résiliations conventionnelles

En ce qui concerne les ruptures de contrat pour motif personnel, la Cour de cassation a toujours adopté la même solution au fil des années. La chambre sociale, dans l'arrêt *Richard* rendu le 23 novembre 1978, puis la chambre criminelle, dans l'arrêt *Fouquet* rendu le 19 décembre 1979, ont l'une et l'autre admis la licéité d'un accord conclu entre l'employeur et le salarié pour mettre un terme au contrat à durée indéterminée qui les liait (*Dr. soc.* 1981. 237). De nombreux arrêts ont confirmé cette solution (Soc. 17 nov. 1982, *Novak*, *Bull. civ. V*, n° 627 ; Soc. 17 janv. 1985, *Madame Son*, *Dr. soc.* 1985. 698) jusqu'à l'arrêt *Purier* précédemment cité qui fait référence à l'article 1134 du Code civil pour décider que les parties peuvent, par leur consentement mutuel, mettre fin à leur convention ou à l'arrêt *Rigal* qui, après avoir visé les articles L. 122-14 et L. 122-14-7, affirme catégoriquement que « les parties au contrat peuvent y mettre fin par consentement mutuel ».

La jurisprudence de la Cour de cassation a été plus fluctuante en ce qui concerne les ruptures de contrat pour motif économique. Elle a d'abord jugé que les dispositions du Code du travail relatives aux licenciements économiques avaient un caractère d'ordre public et que « les parties ne sauraient y déroger en qualifiant différemment de leur seule initiative la rupture des contrats de travail résultant de la conjoncture économique » (Crim. 3 janv. et 3 juin 1980, *Dr. soc.* 1980. 235 ; Crim. 27 oct. 1981, *D.* 1982. IR. 20 ; Crim. 4 nov. 1982, *JS UIMM* 1983. 179). Puis, dans les années 1985 et 1986, la chambre criminelle et la chambre sociale ont admis la validité des résiliations conventionnelles de contrat de travail en cas de difficultés économiques (Crim. 28 nov. 1984, *Dr. soc.* 1985. 703 ; Soc. 5 mars 1986, *Juan, Bull. civ. I*, n° 60). La position de la chambre criminelle est cependant plus nuancée, au moins dans sa formulation, que celle de la chambre sociale. Celle-ci décide, sans autre précision, que la convention de rupture, intervenue à l'occasion de la fermeture d'une agence, est licite. La chambre criminelle, après avoir affirmé que les protocoles amiables de départ en cas de difficultés économiques ne peuvent pas, de façon générale, être interprétés comme des licenciements économiques déguisés, précise qu'ils doivent l'être lorsqu'il est démontré qu'une fraude à la loi a été commise, que des renseignements fallacieux ont été fournis aux intéressés sur l'étendue de leur droit à indemnisation ou que l'employeur passe outre au refus d'autorisation du licenciement (le régime d'autorisation administrative préalable existait encore).

Après le vote de la loi du 29 juillet 1992 qui a décidé que « toute rupture du contrat de travail résultant d'une des causes énoncées » à l'article L. 321-1 alinéa 1 relevait des règles de procédure du licenciement économique, les résiliations conventionnelles pour motif économique ont un caractère original. Distinctes des licenciements pour motif économique, elles sont cependant soumises aux mêmes règles de procédure que ces derniers et sont intégrées au plan de sauvegarde de l'emploi. Mais ce sont seulement les règles de procédure collective qui leur sont applicables. Demeurant des résiliations amiables, elles ne donneront pas lieu à une notification de licenciement (Soc. 2 déc. 2003, *RJS* 2 avr. 2003, n° 179 ; *Sem. soc. Lamy* 22 déc. 2003, p. 10).

II. — Nullité des résiliations conventionnelles lorsque la loi organise, au profit du salarié, une protection particulière en matière d'emploi

La Cour de cassation a su, en l'absence de texte prohibant expressément la résiliation conventionnelle du contrat de travail, affirmer la nullité de certains types de résiliation.

A. — Elle a d'abord affirmé la nullité des résiliations conventionnelles conclues pour tourner l'impossibilité pour l'employeur de licencier le salarié sans autorisation ou celle plus radicale de licencier.

1. Sa première démarche a concerné assez naturellement les accords de rupture conclus entre un employeur d'une part, un représentant du personnel ou un représentant syndical d'autre part. La nullité des résiliations conventionnelles est, dans ces situations, la suite logique de l'arrêt *Perrier* (*infra* n° 151). La Cour de cassation ayant jugé que les dispositions législatives concernant ces représentants des salariés instituaient « une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat », la résiliation conventionnelle se trouvait condamnée tout autant que la résiliation judiciaire qui faisait l'objet du litige. La chambre criminelle et la chambre sociale décident l'une et l'autre que les accords ayant pour but de mettre fin au contrat de travail des représentants du personnel ou des représentants syndicaux sont frappés de nullité (Crim. 26 nov. 1985, *Bull. crim.*, n° 578 ; Soc. 2 déc. 1992, *Bull. civ.* V, n° 578). Une solution identique doit être retenue chaque fois que le salarié, en raison de ses fonctions, bénéficie de la même protection légale que les représentants du personnel ou les syndicats ; ainsi la résiliation amiable conclue par un conseiller prud'homme ou par un conseiller du salarié sera frappée de nullité. La Cour de cassation admet cependant une exception à ce principe de la nullité des résiliations amiables conclues avec des salariés dont le licenciement est soumis à une autorisation de l'inspecteur du travail. Lorsque cette autorisation a été sollicitée et obtenue, le contrat de travail d'un salarié investi d'un mandat représentatif peut être résilié amiablement dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise (Soc. 27 mars 2007, *Crédit Foncier de France c. Bedrignan*, *Bull. civ.* V, n° 58 ; *RJS* 6/07, n° 760). La rupture du contrat de travail résulte bien d'un accord amiable et l'employeur n'est pas tenu de licencier le salarié. Cette rupture amiable est cependant bien particulière ; elle est soumise à une double condition : d'une part l'employeur doit avoir demandé au préalable à l'inspecteur du travail et obtenu de celui-ci l'autorisation de le licencier ; d'autre part la rupture amiable doit avoir été prévue et organisée par un accord collectif, mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise. Ces conditions sont autant de garanties pour le salarié protégé. Celui-ci ne risque pas d'être privé de la protection attachée à son statut par l'effet d'une négociation individuelle avec l'employeur. Il lui est simplement reconnu le droit de bénéficier des avantages qui peuvent être accordés aux autres salariés de l'entreprise dans le cadre d'un licenciement économique et d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

2. Plus récemment, la Cour de cassation a jugé nulle la résiliation conventionnelle lorsqu'un texte de loi interdit expressément à l'employeur de résilier le contrat de travail pendant une période déterminée. Ainsi la Cour de cassation décide qu'il résulte de l'article L. 122-32-2 du Code du travail (art. L. 1216-18 nouv. C. trav.) « qu'au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'employeur ne peut faire signer au salarié une rupture d'un commun accord du contrat de travail et qu'une telle résiliation du contrat est frappée de nullité » (Soc. 4 janv. 2000, *Dr. soc.* 2000. 350, *D.* 2000. 265, note C. Radé).

L'interdiction légale de la résiliation unilatérale du contrat entraîne celle de la résiliation conventionnelle. Cette règle, dégagée à propos de l'interdiction légale faite à l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail pendant la période de suspension du contrat provoquée par l'accident du travail ou la maladie professionnelle, doit logiquement s'appliquer dans tous les cas où la loi interdit expressément à un employeur de résilier le contrat de travail pendant une période de suspension. Ainsi peut-on considérer que la rupture d'un commun accord conclue entre un employeur et une salariée pendant la période du congé maternité est nulle. Dans ce cas, la nullité ne concerne pas uniquement les accords conclus pendant la période de suspension du contrat. L'article L. 122-25-2 (art. L. 1225-5 nouv. C. trav.) interdit en effet la résiliation du contrat de travail non seulement pendant l'intégralité des périodes de suspension mais aussi dès que l'état de grossesse de la salariée a été médicalement constaté.

B. — Même en dehors de tout texte prohibant la résiliation unilatérale, la Cour de cassation déclare nuls les accords de rupture qui ont pour effet de priver le salarié de garanties spécifiques consacrées par la loi dans certaines situations.

Ainsi l'arrêt du 29 juin 1999 (n° 93) décide-t-il que les dispositions des articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail (art. L. 1226-2 et L. 1226-10 nouv. C. trav.) excluent, lorsque l'inaptitude du salarié a été constatée lors de la visite médicale de reprise, « la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail qui aurait pour effet d'éluder ces obligations » (dans le même sens, Soc. 12 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 66).

Les articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 prévoient qu'après l'avis d'inaptitude donné par le médecin du travail à l'issue de la période de suspension du contrat de travail consécutive à une maladie ou un accident, l'employeur doit reclasser le salarié dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de

reprise du travail. Si le salarié n'est pas reclassé et s'il n'est pas licencié, l'employeur doit verser à l'intéressé le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait précédemment. Ces deux textes qui visent l'incapacité d'origine non professionnelle comme l'incapacité d'origine professionnelle ne prohibent en aucune façon le licenciement. Au contraire, ils incitent l'employeur à user de son droit de résiliation unilatérale chaque fois que le reclassement du salarié est impossible. La prohibition de la résiliation conventionnelle n'est plus le prolongement de la prohibition de la résiliation unilatérale. Elle a pour justification et pour but, comme le souligne l'arrêt n° 93, d'empêcher l'employeur d'échapper à ses obligations. En particulier, il ne peut pas, en concluant un accord de rupture, éviter le reclassement ou le paiement des indemnités dues à l'occasion d'un licenciement en raison de l'incapacité du salarié. Cette interprétation jurisprudentielle révèle le souci des magistrats d'assurer l'application des règles d'ordre public, consacrées par le droit du travail, en limitant la portée du principe civiliste de la liberté contractuelle.

III. — Conditions originales de validité des résiliations conventionnelles

Le même souci de protéger les salariés contre les effets des résiliations conventionnelles allait enfin se manifester par la création de conditions spéciales de validité de ces accords. Il ne suffit pas, en effet, que les résiliations conventionnelles remplissent les conditions habituelles de validité des accords synallagmatiques pour être déclarées valables. Outre les conditions relatives à la cause, à l'objet, à la capacité et au consentement, la Cour de cassation pose deux exigences particulières.

A. — L'une concerne l'interdiction de rompre le contrat et de transiger dans le même acte

L'arrêt de la chambre mixte en date du 12 février 1999 (n° 92) semble *a priori* concerner la nullité de la transaction plutôt que celle de la résiliation conventionnelle. Le dispositif de l'arrêt affirme seulement qu'il en résultait « que la transaction n'avait pu être valablement conclue ». Une lecture attentive de l'arrêt fait apparaître que la résiliation conventionnelle est annulée tout autant que la transaction. Le salarié, signataire de l'acte, ne doit pas, selon la Cour de cassation, être débouté de ses demandes en paiement d'indemnité de préavis et en dommages-intérêts pour inobservation de la procédure de licenciement.

Si seule la transaction était nulle, le salarié ne pourrait pas obtenir des dommages-intérêts pour irrégularité de procédure de licenciement. Il pourrait agir en justice puisque l'employeur ne peut lui opposer une transaction faisant échec à la saisine du juge, mais il ne pourrait pas invoquer les règles du licenciement puisque la rupture résulterait d'un accord amiable. En affirmant que le salarié a droit aux indemnités qu'il sollicite, la Cour de cassation décide que l'acte contractuel est nul dans sa globalité, la nullité de la transaction entraînant la nullité de la résiliation conventionnelle.

B. — L'autre condition de validité concerne l'absence de litige entre les parties au moment de la conclusion de la résiliation conventionnelle

L'arrêt *Nayach*, rendu le 26 octobre 1999, est explicite : l'acte du 15 avril 1993 ne pouvait valablement constituer une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties (Soc. 26 oct. 1999, *Bull. civ. V*, n° 411, *Dr. soc.* 2000. 183, note C. Radé). D'autres arrêts donnent force obligatoire à l'accord de rupture après avoir relevé « la volonté claire et non équivoque des parties de mettre fin d'un commun accord, en l'absence de tout litige entre elles, aux relations contractuelles » (Soc. 2 déc. 1997, *Dr. soc.* 1998. 29, concl. P. Lyon-Caen ; dans le même sens, Soc. 31 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 189).

On pouvait s'interroger sur l'exigence de cette condition. Pourquoi interdire, de façon générale, à l'employeur et au salarié de passer un accord pour mettre fin au contrat de travail qui les lie au motif qu'il existe un litige entre eux ? Une résiliation conventionnelle n'est-elle pas, au moins dans certains cas, préférable au licenciement ou à la démission ? Il pouvait sembler que cette exigence était liée au souci d'établir une nette distinction entre la résiliation conventionnelle et la transaction. La transaction est l'accord conclu par les parties pour mettre fin à un litige ; l'accord de rupture met fin au contrat en dehors de tout litige entre les parties. Cette explication n'était guère satisfaisante. La transaction ne suppose pas obligatoirement l'existence d'un litige ; elle peut être conclue pour éviter des litiges éventuels. Au surplus, la transaction ne se caractérise pas seulement par la volonté des parties de mettre fin à un litige né ou à naître ; elle doit contenir des concessions réciproques.

Une autre explication semble plus satisfaisante. Lorsqu'il existe un litige entre les parties, celles-ci vont envisager la rupture du contrat. Lorsque l'employeur forme le projet de licencier le salarié, il a tout intérêt à conclure un accord de rupture pour éluder les règles appli-

cables en cas de licenciement. En signant un tel accord, le salarié renonce par avance au droit de se prévaloir de ces règles — ce qui est catégoriquement prohibé par l'article L. 122-14-7 du Code du travail (art. L. 1231-4 nouv. C. trav.). La résiliation conventionnelle sera donc, très logiquement, déclarée nulle.

L'arrêt *Gomez* (n° 94) décide, en revanche, que l'accord de rupture est une résiliation conventionnelle licite lorsqu'il intervient « dans le cadre d'un départ négocié à l'initiative du salarié ». Dans cette espèce, le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail et le paiement des indemnités subséquentes. Il y avait donc bien litige entre les parties. Mais l'existence d'un litige ne fait pas échec à la résiliation conventionnelle car, selon l'arrêt, c'est le salarié qui a pris l'initiative du départ négocié. En d'autres termes, ce n'est pas l'existence d'un litige entre les parties mais l'initiative prise par l'employeur de négocier un accord de rupture, à l'occasion d'un litige, qui entraîne la nullité de la résiliation conventionnelle. Cet arrêt *Gomez* semble indiquer la voie à suivre.

IV. — Vers un nouveau droit des résiliations conventionnelles

L'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 organise, dans son article 12, « la rupture conventionnelle ». Cette rupture serait subordonnée au respect de règles procédurales (discussions préalables avec assistance du salarié et de l'employeur, droit de rétraction pendant un délai de quinze jours suivant la signature de la convention, homologation de l'accord par le directeur départemental du travail) et ouvrirait droit aux allocations de l'assurance chômage et au versement d'une indemnité de rupture non assujettie aux prélèvements sociaux et fiscaux.

Cette disposition de l'accord ne pourra prendre effet que si elle est reprise dans un texte législatif. Si la loi consacrait ce nouveau mode de rupture, se poserait, entre autres questions, celle de déterminer la compatibilité de celui-ci avec l'accord de rupture qui existe actuellement. Y aurait-il deux modes de rupture par accord des parties au contrat, soumis chacun à des règles de validité différentes et produisant des effets distincts ? Ou bien, au contraire, le nouveau mode de « rupture conventionnelle » ferait-il échec à l'actuelle résiliation conventionnelle ?

95-97

LA RETRAITE

**95. Soc. 1^{er} mars 1972 — 96. Ass. plén. 6 novembre 1998 —
97. Soc. 18 avril 2000**

95. Soc. 1^{er} mars 1972

La Dépêche du Midi c. Belin

(*Bull. civ.* V, n° 165 ; *D.* 1972. 540, note G. Lyon-Caen ; *JCP* 1972. II. 1762,
note P. L.)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation de l'article 1134 du Code civil et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la Société La Dépêche du Midi à verser à Belin, garçon de courses qui avait été à son service de 1959 à 1970, une indemnité de licenciement de 3 350 francs, aux motifs notamment que bien que le règlement intérieur de l'entreprise avait prévu que l'âge de la retraite serait fixé à 65 ans — âge de Belin — il ne saurait s'imposer à ce dernier, l'employeur ne pouvant par un règlement intérieur élaboré en 1968, fixer l'âge de la retraite à 65 ans, lorsque le contrat de travail ne contenait aucune clause à ce sujet, et que le salarié n'avait pas consenti à cette modification de son contrat, alors que l'employeur étant en droit de fixer à 65 ans l'âge de la retraite — eu égard au fait que cette limite correspondait à un usage quasi-national et à l'âge prévu par la législation sociale sur les allocations d'assurance vieillesse et le régime de retraite sans que le salarié puisse invoquer un quelconque droit acquis d'une durée indéterminée du contrat de travail, l'arrêt attaqué, faut d'avoir reconnu effet au règlement intérieur et à l'intention des parties n'a pas légalement justifié sa décision ;

Mais attendu que l'arrêt attaqué relève que Belin avait été engagé en qualité de « bouliste » par la Société La Dépêche du Midi, en 1959, selon un contrat de travail à durée indéterminée ne prévoyant pas la mise à la retraite à 65 ans ; que c'était un règlement intérieur, établi unilatéralement par l'employeur en 1968, qui avait fixé à 65 ans l'âge de la mise à la retraite de cette catégorie de travailleurs ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, la cour d'appel après avoir rappelé à juste titre qu'aucune disposition légales ou réglementaires ne fixait un âge à partir duquel un travailleur doit obligatoirement quitter son emploi et prendre sa retraite, a estimé exactement que la Société La Dépêche du Midi, qui d'ailleurs exposait que la mesure visant Belin avait eu pour but la réorganisation de l'entreprise par

compression du personnel, ne pouvait invoquer l'arrivée d'un terme qu'elle avait elle-même fixé pour se refuser à verser l'indemnité de licenciement instituée par la convention collective en cas de rupture du contrat par le fait de l'employeur, sans distinction selon l'âge du salarié ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 29 octobre 1970 par la cour d'appel de Toulouse.

96. Ass. plén. 6 novembre 1998

URSSAF des Alpes-Maritimes c. Plent et autres

(*Bull. Ass. plén.*, n° 3 ; *Dr. soc.* 1999. 94, obs. J. Savatier ; *JCP* 1999. II. 10004, note D. Corrigan-Carsin)

ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :
(...) Sur le moyen unique pris en ses trois branches ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation, (Montpellier, 3 mars 1997), que, par lettre du 26 février 1988, l'URSSAF des Alpes-Maritimes a informé son salarié, M. Plent, de sa mise à la retraite à compter du 4 juin 1988. l'intéressé ayant atteint l'âge de 60 ans et pouvant bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein ;

Attendu que l'URSSAF fait grief à cet arrêt d'avoir décidé que cette mesure constituait un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et de l'avoir, en conséquence, condamnée à indemniser ce salarié.

Alors, premièrement, que l'article 58 de la convention collective de travail du personnel des organismes de sécurité sociale qui prévoit que l'âge limite d'activité des agents est fixé à 65 ans, le contrat de travail prenant automatiquement fin au soixante-cinquième anniversaire de l'agent, est entaché d'une nullité d'ordre public absolue en application des dispositions de l'article L. 122-14-12, alinéa 2, du Code du travail ; qu'en énonçant que seules les dispositions de cet article prévoyant la rupture automatique du contrat de travail étaient atteintes par la nullité, celles fixant l'âge limite à 65 ans demeurant valides et interdisant toute mise à la retraite avant cet âge la cour d'appel aurait violé l'article L. 122-14-12, alinéa 2, et l'article 58 précités ; alors, deuxièmement, qu'en vertu des dispositions de l'article L. 122-14-13 du Code du travail, tout employeur a le droit de mettre à la retraite un salarié à l'âge de 60 ans s'il peut bénéficier, à cet âge, d'une pension de vieillesse à taux plein ; qu'en énonçant que la retraite à 60 ans constituait un droit pour le salarié mais non une obligation et en décidant que la rupture du contrat de travail de M. Plent constituait un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, nonobstant le fait qu'il pût bénéficier à cet âge d'une pension de vieillesse à taux plein, la cour d'appel aurait vicié les articles L. 122-14-4 et L. 122-14-13 du Code du travail ; et alors troisièmement, que l'alinéa 1^{er} de l'article 58 de ladite convention collective disposant que l'âge limite d'activité du personnel des organismes de sécurité sociale n'interdit pas de mettre un agent à la retraite dès 60 ans s'il peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein ; qu'en énonçant que cette clause fixait un âge minimum de départ à la retraite, interdisant à l'URSSAF de mettre un agent à la retraite dès 60 ans, la cour d'appel aurait vicié, en le dénaturant, l'alinéa 1^{er} de l'article 58 précité ;

Mais attendu que les dispositions de l'article L. 122-14-12. alinéa 2, du Code du travail n'ont été édictées que dans un souci de protection du salarié ; que, dès lors, l'employeur est irrecevable à s'en prévaloir ; que, par ce motif de pur droit substitué à ceux de l'arrêt, celui-ci se trouve légalement justifié ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi (...).

97. Soc. 18 avril 2000

Sté Soderbanque et autres c. Erger et autres

(*Bull. civ. V*, n° 142 ; *Dr. soc.* 2000. 790, obs. J. Savatier)

ARRÊT

La Cour de cassation, chambre sociale, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le pourvoi formé par :

1° la société Soderbanque, société anonyme, établissement de crédit en liquidation, dont le siège est 12, cours Louis Lumière, 94300 Vincennes,

2° M. Daniel Granjon, agissant en sa qualité de liquidateur amiable de la société anonyme Soderbanque, domicilié villa Hestia, 16, rue Rocca, 13008 Marseille,

3° la société B. Gestion, société anonyme, agissant en sa qualité de liquidateur amiable de la société anonyme Soderbanque, dont le siège est 9, rue Rougemont, 75009 Paris,

en cassation d'un arrêt rendu le 24 septembre 1997 par la cour d'appel de Paris (18e chambre, section C), au profit :

1° de M. Georges Erger, demeurant 48, quai du Chesnay, 93220 Gagny,

2° de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS), dont le siège est 110, avenue de Flandres, 75019 Paris,

3° de la Caisse de retraite des ingénieurs et cadres (CRIC), dont le siège est 24, rue Saint-Marc, 75002 Paris,

4° de l'Association nationale d'entraide et de prévoyance (ANEP), dont le siège est 25, rue du Paradis, 75010 Paris,

défendeurs à la cassation ;

La Cour, en l'audience publique du 22 février 2000, où étaient présents : M. Gélinau-Larrivet, président, Mme Trassoudaine-Verger, conseiller référendaire rapporteur, MM. Waquet, Merlin, Le Roux-Cocheril, Brissier, Finance, Mmes Lemoine Jeanjean, Quenson, conseillers, M. Poisot, Mmes Maunand, Bourgeot, MM. Soury, Liffan, Besson, Mme Duval-Arnould, conseillers référendaires, M. Kehrig, avocat général, Mme Molle-de Hédouville, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Trassoudaine-Verger, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la société Soderbanque, de M. Granjon, ès qualités, et de la société B. Gestion, ès qualités, les conclusions de M. Kehrig, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu que M. Erger, engagé le 2 avril 1962 par la société Soderbanque, entreprise soumise à la Convention collective des banques, a été mis à la retraite le 31 mai 1993 avant l'âge de 59 ans et six mois, dans le cadre d'un plan social de réduction des effectifs ; que, le 13 septembre 1993, une convention dite accord d'étape a été signée entre la profession bancaire représentée par l'Association française des banques (AFB) et des syndicats signataires de la convention collective, modifiant « le régime des pensions servies en application de la convention antérieure », caractérisée par l'adhésion des banques de l'AFB aux régimes AGIRC et ARRCO ; que, le 30 novembre 1993, a été signée par les mêmes parte-

naires une annexe portant règlement des caisses de retraite de banques ; qu'une circulaire d'application du 6 décembre 1993 de la CRPB a précisé que, pour les agents bénéficiant au 31 décembre 1993 d'une pension bancaire au titre de l'ancienne convention, pour la période restant à courir jusqu'au 60e anniversaire de l'agent, les frais généraux de leur établissement supporteraient les charges des arrérages servis à l'agent ainsi que celles des cotisations qu'aurait encaissées la Caisse si l'agent avait été maintenu en activité, l'établissement devant en outre assurer la couverture du risque maladie tel que prévu par la sécurité sociale ; que, par suite, le salarié a demandé à la société Soderbanque de procéder à son affiliation à la CRIC et à l'ANEP et de verser à la CNAVTS les cotisations relatives au régime de sécurité sociale à effet et à compter du 1^{er} janvier 1994 ainsi que le paiement de l'indemnité conventionnelle de licenciement ; que, devant le refus qui lui était opposé, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Soderbanque fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 24 sept. 1997) de lui avoir ordonné de procéder à l'affiliation de M. Erger à la CRIC et à l'ANEP et de verser à la CNAVTS (Caisse nationale vieillesse des travailleurs salariés) les cotisations relatives au régime de sécurité sociale à effet et à compter du 1^{er} janvier 1994, alors, selon le moyen, d'une part, que l'« accord d'étape » conclu le 13 septembre 1993 entre l'AFB et les organisations syndicales de salariés prévoit en son préambule que : « les dispositions du présent accord seront mises en œuvre par accords d'entreprise (ou, dans le cas de Caisses multi-entreprises, par accords inter-entreprises) qui adapteront en conséquence les règlements particuliers des quinze caisses de retraites bancaires ; sur ces bases, il est convenu l'ensemble des dispositions suivantes qui sont indissociables entre elles ainsi que le préambule » ; que ne justifie pas légalement sa décision au regard de ce texte et de l'article 1134 du Code civil l'arrêt attaqué qui considère que du seul fait de l'adhésion de la société Soderbanque à l'AFB, laquelle est affiliée à la CRPB, caisse multi-entreprises, aurait été remplie la condition de l'accord précité relative à la nécessité de la conclusion d'un accord inter-entreprises lorsqu'il existe une caisse multi-entreprises, faute d'avoir constaté la conclusion d'un tel accord inter-entreprises devant avoir pour objet d'« adapter les règlements particuliers des quinze caisses de retraites bancaires » ; alors, d'autre part, que, même si la société Soderbanque était adhérente de l'AFB et si celle-ci était affiliée à la CRPB, les circulaires de cette dernière relatives à l'application d'accords conclus par l'AFB avec des organisations syndicales de salariés ne pouvaient imposer aux adhérents de l'AFB des obligations ne figurant pas dans lesdits accords ; qu'il s'ensuit que viole les articles 1134 et 1165 du Code civil l'arrêt attaqué qui déclare la société Soderbanque tenue par le contenu des circulaires de la CRPB du seul fait de son adhésion à l'AFB et de l'affiliation de celle-ci à la CRPB, indépendamment de toute vérification de la conformité de ces circulaires aux accords auxquels elles se rapportent ; et alors, enfin, subsidiairement, que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt attaqué qui déclare la société Soderbanque tenue de procéder à l'affiliation de M. Erger auprès de diverses caisses de retraite, sans s'expliquer sur le moyen des conclusions d'appel de ladite société faisant valoir que dans sa circulaire du 6 décembre 1993 aux établissements bancaires et dans sa note de juin 1994 aux retraités, la CRPB s'était présentée comme l'interlocuteur en charge des régularisations ; qu'en outre, viole encore l'article 455 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt attaqué qui omet de s'expliquer sur le moyen des conclusions d'appel de la société Soderbanque faisant valoir que la circulaire de la CRPB du 6 décembre 1993 sur laquelle se fondaient les salariés, vise l'article 11 du titre IV de l'annexe du 30 novembre 1993 à l'accord du 13 septembre 1993 qui stipule que « pour les agents bénéficiant au 31 décembre 1993 d'une pension

bancaire au titre de l'article 19-1 annexé à l'ancien règlement-type et pour la période restant à courir jusqu'au 60e anniversaire, les frais généraux de leur établissement supportent les charges des arrérages servis à l'agent ainsi que celles des cotisations qu'auraient encaissées la CNAVTS et les Caisses UNIRS et AGIRC si l'intéressé avait été maintenu en activité ; les établissements doivent en outre, s'il y a lieu, assurer la couverture du risque maladie telle que prévue par la sécurité sociale », sans indiquer à aucun moment que les établissements bancaires devraient procéder aux régularisations auprès des caisses de retraite ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a constaté que la condition d'application de l'accord du 13 septembre 1993 était remplie, puisque la société Soderbanque est membre de l'AFB, elle-même affiliée à la CRPB qui constitue un organisme inter-entreprise ayant adopté les règles de fonctionnement des retraites entre les banques ;

Et attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a constaté qu'il résultait des circulaires de mise en œuvre de l'accord, l'obligation, pour l'employeur, de supporter la charge des arrérages servis aux salariés mis à la retraite avant leur 60e anniversaire ainsi que la charge des cotisations qu'auraient encaissées la CNAVTS et les caisses AGIRC et UNIRS, et ce jusqu'au 60e anniversaire des salariés, a répondu aux conclusions ; que le moyen n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société Soderbanque fait encore grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer à M. Erger une somme à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, alors, selon le moyen, que si la rupture du contrat de travail de M. Erger est intervenue à l'occasion d'un licenciement économique, celui-ci a volontairement opté pour la prise de sa retraite sans qu'il ait été établi que son propre poste aurait été menacé, et *a fortiori* supprimé ; que l'indemnité de licenciement instituée par les articles 48 et 58 de la convention collective des banques n'étant prévue qu'en cas de licenciement pour insuffisance résultant d'une incapacité physique, intellectuelle ou professionnelle ou pour suppression d'emploi, viole ce texte l'arrêt attaqué qui condamne la société Soderbanque à verser ladite indemnité à M. Erger ;

Mais attendu que, selon l'article L. 321-1, alinéa 2, du Code du travail, toute rupture d'un contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa 1^{er} du même texte est soumise aux dispositions sur le licenciement économique ; qu'il en résulte que la mise à la retraite résultant de la mise en œuvre d'un plan social qui supprimait 25 emplois doit être assimilée à un licenciement économique pour suppression d'emploi et que c'est à juste titre que la cour d'appel a décidé que les salariés devaient bénéficier de l'indemnité conventionnelle de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

Condanne la société Soderbanque, M. Granjon, ès qualités, et la société B. Gestion, ès qualités, aux dépens ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix-huit avril deux mille.

OBSERVATIONS

Les juridictions ont été très sollicitées pour déterminer la place de la retraite parmi les modes de rupture du contrat de travail.

Dans un premier temps, les juges ont pris position alors qu'il n'exis-

tait aucun texte de droit du travail faisant référence à la retraite du salarié. Deux questions principales leur ont été posées : la retraite est-elle un mode original de rupture du contrat de travail ou doit-elle être assimilée au licenciement ou à la démission, selon qu'elle résulte d'une décision de l'employeur ou du salarié ? les clauses insérées dans les conventions collectives ou dans les contrats prévoyant la rupture du contrat de travail lorsque le salarié atteint un certain âge sont-elles toutes licites ? Lorsqu'elles le sont, quels sont leurs effets ?

Après le vote de la loi du 30 juillet 1987 (anciens art. L. 122-14-12 et L. 122-14-13 C. trav.), les juges ont dû, à l'occasion de l'interprétation et de l'application de cette loi, de nouveau statuer sur l'originalité de la retraite comme mode de rupture du contrat de travail (I) et sur les clauses de mise à la retraite (II). Les problèmes n'ont pas changé de nature, mais ils ne se posent plus dans les mêmes termes.

I. — La retraite est-elle un mode original de rupture du contrat de travail ?

A. — Avant le vote de la loi du 30 juillet 1987

Les salariés qui étaient invités par leur employeur à cesser leur activité professionnelle au motif qu'ils avaient atteint l'âge de 65 ans et qu'ils avaient droit à une pension de retraite, quittaient l'entreprise sans émettre de revendication. Il a fallu attendre l'arrêt du 1^{er} mars 1972 (n° 95) pour que la Cour de cassation statue sur la nature juridique d'une mise à la retraite. Elle approuve les juges du fond d'avoir rappelé qu'« aucune disposition légale ou réglementaire ne fixe un âge à partir duquel un travailleur doit obligatoirement quitter son emploi et prendre sa retraite ». Elle en conclut que la décision de l'employeur de rompre le contrat d'un salarié âgé de 65 ans est un licenciement et que ce salarié a droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Quelques années plus tard, la Cour de cassation affirmait de nouveau « qu'ayant constaté qu'il n'existait pas de terme prévu ni par le contrat, ni par la convention collective, ni par le règlement intérieur de l'entreprise, ni même par l'usage de la profession, les juges du fond ont estimé qu'en rompant le contrat de travail, en raison de l'âge de son employé, la Société Copagly devait verser à celui-ci les indemnités légales prévues en cas de rupture due à l'initiative de l'employeur ; qu'ils n'avaient pas à rechercher l'importance exacte du préjudice résultant de la rupture, cet élément étant sans influence sur le droit à l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 122-9 du Code du travail » (Soc. 31 mai 1978, *D.* 1978. 569, note J. Pélissier).

La Cour de cassation décidait ainsi que l'employeur ne disposait

pas d'un droit de mettre un salarié à la retraite, qui serait distinct du droit de licencier. En mettant un salarié à la retraite, l'employeur le licencierait et devait lui payer l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

Cette jurisprudence manquait cependant de netteté.

Elle semblait admettre qu'une clause conventionnelle, contractuelle ou une disposition du règlement intérieur pouvait fixer un âge de départ à la retraite et autoriser l'employeur à rompre le contrat sans avoir à respecter les règles du licenciement. Or l'article L. 122-14-7 alinéa 3 précise que les parties au contrat ne peuvent pas renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles applicables en cas de licenciement. Si le droit à prendre sa retraite n'est pas une cause originale de rupture du contrat de travail, la mise à la retraite est un licenciement et le salarié ne peut pas, contrairement à ce qui semblait admis par les arrêts cités, renoncer à invoquer les règles du licenciement en acceptant une mise à la retraite à un âge prédéterminé.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Société Copagly* (Soc. 31 mai 1978, *préc.*), la Cour de cassation censure la décision des juges du fond qui avait condamné l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que ceux-ci avaient constaté qu'il n'existait aucune donnée de fait pouvant justifier le licenciement. Elle reproche curieusement à la cour d'appel de ne pas avoir examiné « si le chef d'entreprise avait ou non commis un détournement de pouvoir en licenciant S. en suite de la nécessité qu'il invoquait de veiller au bon fonctionnement de son exploitation... ». En d'autres termes, la mise à la retraite est un licenciement, mais c'est un licenciement lui-même original puisqu'il est considéré comme régulier tant qu'il n'y a pas de détournement de pouvoir (v. J. Pélissier, note *préc.*).

La loi du 30 juillet 1987 allait clarifier la situation en précisant les conditions et les effets de la mise à la retraite et du départ à la retraite. Les nouvelles dispositions légales laissaient cependant plusieurs questions importantes sans solution. Les juges ont donc été amenés à jouer un rôle créateur pour déterminer jusqu'où va l'originalité de ces nouveaux modes de rupture du contrat de travail.

B. — Après le vote de la loi du 30 juillet 1987

L'article L. 122-14-13 (L. 1237-5 et L. 1237-9) du Code du travail consacre nettement deux nouveaux modes de rupture du contrat de travail : le départ à la retraite et la mise à la retraite.

Le départ à la retraite est la décision du salarié qui quitte volontairement son emploi pour bénéficier du droit à une pension vieillesse. Ce mode de rupture doit être distingué de la démission parce que le salarié

qui décide de rompre le contrat a droit, en cas de départ à la retraite, à un préavis légal (art. L. 1237-10) et à une indemnité de départ (art. L.1237-9).

La mise à la retraite résulte d'une décision de l'employeur. Elle se distingue du licenciement par plusieurs traits. Elle ne peut être prononcée que si le salarié remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse, qu'il peut bénéficier d'une pension vieillesse à taux plein et qu'il a atteint l'âge éventuellement prévu par la convention collective ou le contrat de travail. Lorsqu'elle est prononcée, elle ouvre droit à une indemnité de départ à la retraite équivalente à l'indemnité légale de licenciement.

Au-delà de ces précisions légales, plusieurs questions restaient en suspens, spécialement à propos des mises à la retraite. L'apport des juges se traduit essentiellement par quatre règles.

1. La mise à la retraite n'est pas une obligation pour un employeur

Ce n'est pas parce que toutes les conditions nécessaires au prononcé de la mise à la retraite sont réunies qu'un employeur est obligé de mettre à la retraite le ou les salariés concernés. La mise à la retraite est pour l'employeur un droit qu'il peut décider d'exercer ou de ne pas exercer. La Cour de cassation juge que l'employeur ne perd pas ce droit en ne l'exerçant pas au moment où il naît. La mise à la retraite d'un salarié de 70 ans n'est pas requalifiée en licenciement au motif qu'elle aurait pu être décidée cinq ans auparavant (Soc. 18 nov. 1997, *RJS* 1/98, n° 26).

Cette faculté pour l'employeur de ne pas mettre le salarié à la retraite subsiste alors même que celui-ci a adhéré à un contrat de solidarité de retraite progressive. Par application de ce contrat, le salarié, qui a au moins 55 ans, bénéficie avant son départ en retraite d'une prise en charge par la puissance publique d'une part de son salaire, correspondant à la réduction d'activité entraînée par la transformation de son contrat à temps plein en contrat à temps partiel. Lorsque le salarié atteint l'âge lui permettant de prendre sa retraite et qu'il justifie d'un nombre suffisant de trimestres de cotisations pour prétendre à une retraite à taux plein, le versement des allocations Assedic pour le compte du FNE est interrompu. Le salarié peut alors décider de partir à la retraite, mais il ne peut pas exiger de l'employeur que celui-ci prenne une décision de mise à la retraite ou le rétablisse dans un emploi à temps plein (Soc. 12 nov. 2002, *Bull. civ. V*, n° 340, *Dr. soc.* 2003. 233, obs. J. Savatier) : « l'arrêt du versement des allocations n'emportait pas l'extinction du contrat et... il ne pesait ni sur le salarié l'obligation de demander sa mise à la retraite, ni sur l'employeur l'obligation de procéder à la mise à la retraite ».

2. Dans le silence de la loi, les règles du licenciement ne sont pas applicables à la mise à la retraite

Les articles L. 1237-5 et suivants donnent peu de précisions sur le régime de la mise à la retraite. Ils indiquent seulement que le salarié mis à la retraite a droit au même préavis que celui qui est attribué au travailleur licencié (art. L. 1237-6) et qu'il a droit au versement d'une indemnité de départ en retraite équivalente à l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 (art. L. 1237-7). La procédure de mise à la retraite et l'exigence d'une cause justifiée de mise à la retraite ne sont pas évoquées.

Tirant les conséquences de la reconnaissance d'un mode original de rupture du contrat de travail, les juges ont justement écarté les règles applicables en cas de licenciement. La loi ne subordonnant pas la mise à la retraite à une procédure analogue à celle du licenciement, les juges décident que l'employeur n'a pas l'obligation de convoquer le salarié à un entretien avant de lui notifier une mise à la retraite (Paris 29 avr. 1993, *RJS* 7/93, n° 738 ; Amiens 19 nov. 1992, *RJS* 2/93, n° 129). La seule obligation d'ordre formel qui pèse sur l'employeur — qui résulte d'une interprétation jurisprudentielle — est d'adresser au salarié une lettre de rupture mentionnant expressément que le motif de la rupture est une mise à la retraite (Soc. 9 mars 1999, *Bull. civ. V*, n° 59). En l'absence d'une telle précision, la rupture du contrat sera considérée comme un licenciement, même si toutes les conditions imposées par la loi pour la mise à la retraite sont réunies.

De la même façon, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse en cas de licenciement n'est pas transposée à la mise en retraite. La Cour de cassation affirme très nettement que « la décision de l'employeur de mettre à la retraite un salarié n'a pas à être spécialement motivée » (Soc. 12 janv. 1993, *Bull. civ. V*, n° 4, *D.* 1993, *Somm.* 255, obs. A. Bouilloux, *Dr. soc.* 1993. 185). Dès lors que les conditions d'une mise à la retraite sont réunies, il suffit que l'employeur signifie au salarié qu'il utilise ce mode de rupture du contrat. En d'autres termes, la mise à la retraite est toujours justifiée lorsque les conditions légales sont satisfaites. Les juges n'ont pas à rechercher quelle est la cause qui a conduit, dans une espèce déterminée, l'employeur à rompre le contrat. L'employeur ne pourra être condamné à verser des dommages et intérêts au salarié mis à la retraite que dans les cas où le salarié pourra établir un abus du droit de l'employeur. Ce n'est pas la mise à la retraite qui est sanctionnée en raison d'un motif qui serait jugé injustifié ; c'est la façon d'agir de l'employeur, exerçant son droit de façon brutale et vexatoire, qui est à l'origine de la condamnation (Paris 2 avr. 2003, *RJS* 8-9/03, n° 1005).

3. Exceptionnellement, les juges appliquent certaines règles du licenciement à la mise à la retraite

L'employeur qui entend mettre à la retraite un salarié protégé doit respecter la procédure spéciale de licenciement (Soc. 5 mars 1996, *Bull. civ. V*, n° 84, *Dr. soc.* 1996. 537, obs. M. Cohen ; 14 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 373). Cette jurisprudence ne constitue pas, malgré les apparences, une atteinte à la règle selon laquelle la mise à la retraite est un mode original de rupture, distinct du licenciement. Elle n'est que l'application du principe dégagé par la chambre mixte de la Cour de cassation dans son arrêt du 21 juin 1974. En décidant que la procédure spéciale de licenciement instituant une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun « interdit à l'employeur de poursuivre, par d'autres moyens, la résiliation du contrat de travail », la Cour de cassation n'excluait pas seulement le recours à la résiliation judiciaire du contrat de travail d'une personne protégée. Elle prohibait l'utilisation de tout mode de rupture autre que le licenciement. En d'autres termes, les juges n'assimilent pas la mise à la retraite au licenciement. Ils décident que la mise à la retraite ne peut pas être utilisée pour mettre fin au contrat de travail d'un salarié protégé.

En revanche, la Cour de cassation a déjà décidé que, dans des situations originales, la mise à la retraite devait être assimilée à un licenciement.

L'arrêt *Société Soderbanque*, rendu le 18 avril 2000 (n° 97), mérite tout spécialement de retenir l'attention. Il décide que la mise à la retraite résultant de la mise en œuvre d'un plan social qui supprimait 25 emplois doit être assimilée à un licenciement économique pour suppression d'emploi. Elle justifie la solution en faisant référence à l'article L. 321-1 alinéa 2 selon lequel, d'après la Cour, « toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa 1^{er} du même texte est soumise aux dispositions sur le licenciement économique ». Elle déduit de cette assimilation que le salarié mis à la retraite a droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement, plus favorable que l'indemnité de mise à la retraite.

Il n'est pas certain que cette solution soit reprise dans les arrêts à venir. Son fondement juridique est, en effet, discutable. L'article L. 321-1 alinéa 2 ne prévoit pas que les ruptures du contrat de travail résultant d'une des causes énoncées dans l'alinéa 1 du même article « sont soumises aux dispositions sur le licenciement économique ». Il indique seulement que ces ruptures relèvent des dispositions du présent chapitre (chap. I du Livre III). Or ce chapitre ne concerne que la procédure des licenciements pour motif économique. Ceci signifie que les mises à la retraite comme les départs à la retraite, les départs volontaires, les modifications de contrat relèvent de la procédure des

licenciements pour motif économique et doivent, en particulier, être pris en compte pour la consultation des représentants du personnel et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. En revanche, les dispositions concernant les indemnités de licenciement ou de mise à la retraite sont insérées dans le Livre I et non pas dans le Livre III du Code du travail. L'application de l'article L. 122-14-13 n'est donc pas écartée par les dispositions de l'article L. 321-1. Les salariés mis à la retraite, même dans le cadre d'un licenciement collectif, n'ont droit, par application de la loi, qu'à une indemnité de mise à la retraite et non pas à une indemnité conventionnelle de licenciement. Au surplus, il n'est pas évident que la mise à la retraite puisse être considérée comme une rupture « résultant d'une des causes énumérées à l'article L. 321-1 ». Cet article vise les licenciements non inhérents à la personne du salarié alors que la mise à la retraite est une rupture décidée eu égard à la situation personnelle du salarié (âge, droit personnel à une pension vieillesse à taux plein). On pourrait être tenté de rétorquer que la solution retenue par la Cour de cassation est favorable aux salariés et qu'à ce titre, elle est justifiée par le principe de faveur. Ce serait oublier que le principe de faveur, dont l'existence peut d'ailleurs être discutée, ne concerne que les conflits entre normes juridiques. Ici, il n'existe aucun conflit entre normes ; on est en présence de deux dispositions légales qui ont chacune un champ d'application bien déterminé. La recodification du Code du travail incitera peut-être les juges à modifier leur jurisprudence.

La même tendance à appliquer certaines règles du licenciement à la mise à retraite se manifeste à l'occasion des ruptures intervenant après un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne peut pas être mis à la retraite au cours de la suspension du contrat de travail (Paris 29 avr. 1993, *RJS* 7/93, n° 738 ; Soc. 7 mars 2007, *RJS* 5/07 n° 585). Cette solution résulte de la rédaction de l'article L. 122-32-2 (actuellement L. 1226-9) qui prohibe toute résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée pendant les périodes de suspension en l'absence de faute grave du salarié ou de l'impossibilité de maintenir le contrat. En interdisant la mise à la retraite pendant cette période de suspension, les juges n'assimilent pas la mise à la retraite à un licenciement. Ils constatent seulement que la mise à la retraite est une résiliation du contrat de travail à durée indéterminée et qu'à ce titre, elle est prohibée par l'article L. 122-32-2 (actuellement art. L. 1226-9).

En revanche, les juges ajoutent au texte de la loi lorsqu'ils assimilent la mise à la retraite et le licenciement en ce qui concerne le droit à l'indemnité spéciale de licenciement, prévue à l'article L. 122-32-6 (Soc. 29 janv. 2002, *Bull. civ. V*, n° 37, *Dr. soc.* 2002. 465). L'article

L. 122-32-6 (actuellement L. 1226-14) ouvre le droit à cette indemnité spéciale lorsque la rupture du contrat de travail intervient dans les cas prévus au quatrième alinéa de l'article L. 122-32-5 (actuellement L. 1226-12 alinéa 2). Or ce dernier article précise que l'employeur ne peut prononcer le licenciement que s'il justifie soit de l'impossibilité où il se trouve de proposer un autre emploi soit du refus par le salarié de l'emploi proposé. Cette disposition qui constitue une protection spéciale contre le licenciement au profit des salariés devenus inaptes à la suite d'un accident ou d'une maladie professionnelle ne peut concerner la mise à la retraite. La mise à la retraite est, en effet, pour l'employeur un droit non causé. Dès que les conditions légales de la mise à la retraite sont réunies, l'employeur peut procéder à la mise à la retraite du salarié sans avoir à indiquer pourquoi il prend cette décision. L'indemnité spéciale en cas de licenciement est due au fait que le salarié a normalement un droit sur son emploi et que ce droit est partiellement amputé en raison d'un risque créé par l'entreprise. Lorsque le salarié remplit les conditions de la mise à la retraite, il n'a plus aucun droit sur son emploi. L'employeur pouvant le mettre à la retraite pour quelque motif que ce soit, il est curieux que celui-ci soit condamné à verser une indemnité spéciale de licenciement lorsque la mise à la retraite intervient à un moment où le salarié ne peut plus occuper l'emploi qui était le sien avant l'accident ou la maladie d'origine professionnelle.

4. Plus récemment la Cour de cassation a fait application de l'article L. 122-45 (L. 1132-1 et L. 1132-4 recod.) lorsqu'un salarié est mis à la retraite alors que les conditions de mise à la retraite ne sont pas réunies. Une mise à la retraite prématurée doit être requalifiée en licenciement et le licenciement étant prononcé en raison de l'âge du salarié, celui-ci a un caractère discriminatoire. Il doit donc être annulé et non être déclaré seulement abusif (Soc. 21 déc. 2006, *Bull. civ. V*, n° 412 ; *RDT* 2007. 238, note I. Desbarrats)

II. — Clauses conventionnelles ou contractuelles relatives à la retraite

La pratique professionnelle a imaginé de nombreuses clauses contractuelles ou conventionnelles, relatives à la retraite des salariés. Elles sont de deux types très différents. Les unes prévoient une cessation automatique ou de plein droit du contrat de travail lorsque le salarié atteint l'âge fixé avec précision par la clause. Appelées « clause couperet » ou « clause guillotine », leur validité a été très discutée. Après des hésitations jurisprudentielles, le législateur a clarifié la situa-

tion sans répondre toutefois à toutes les questions que l'existence de ces clauses soulève (A). D'autres clauses fixent seulement un âge du salarié à partir duquel l'employeur peut décider d'une mise à la retraite et précisent les droits que le salarié pourra invoquer. Ces clauses dites « souples » ont soulevé moins de difficultés. Elles ne mettent pas en cause, du moins de façon générale, le droit du licenciement et leur validité de principe n'est pas contestée (B).

A. — Les clauses couperet

Pendant une dizaine d'années, la Cour de cassation a évité de rendre un arrêt de principe réglant la question de la validité ou de la nullité des clauses couperet. Elle décidait certes qu'un employeur pouvait invoquer une clause couperet de mise à la retraite pour verser une indemnité de fin de carrière plutôt qu'une indemnité conventionnelle de licenciement (Soc. 22 avr. 1976, *Bull. civ. V*, n° 225 ; Soc. 2 juill. 1975, *Bull. civ. V*, n° 364). Mais ces arrêts n'étaient pas significatifs, car l'indemnité de fin de carrière avait un montant supérieur à l'indemnité légale de licenciement ; la clause de mise à la retraite ne privant pas le salarié d'un droit attribué par la loi en cas de licenciement, aucune atteinte à l'ordre public ne pouvait être relevée. Il a fallu attendre 1986 pour que la Cour de cassation, appelée à statuer sur la licéité d'une clause de retraite contenue dans la convention collective des journalistes, réponde nettement à la question de la validité de ces clauses couperet. En l'espèce, la clause conventionnelle prévoyait que le contrat d'un journaliste professionnel prenait fin de plein droit lorsque celui-ci atteignait l'âge de la retraite, soit 65 ans, et attribuait au salarié mis à la retraite une indemnité de départ nettement inférieure à l'indemnité prévue par la loi en cas de congédiement provenant du fait de l'employeur. La Cour de cassation affirme « qu'aucune disposition légale n'interdit aux partenaires sociaux qui arrêtent les conditions d'emploi et de travail et les garanties sociales d'une catégorie de salariés, de prévoir que le contrat de travail à durée indéterminée prendra fin de plein droit lorsque le salarié atteindra l'âge prévu pour la retraite ; qu'en l'espèce, la clause litigieuse, en ses termes clairs et précis exclut dans leur qualification comme dans leurs effets tant le licenciement que la démission ; qu'il s'ensuit que cette clause est licite » (Soc. 24 avr. 1986, *Bull. civ. V*, n° 173 ; *Dr. soc.* 1986. 464, concl. Franck, *D.* 1987, *Somm.* 207, obs. P. Langlois).

Cette jurisprudence a été rapidement désavouée par le législateur. La loi du 30 juillet 1987 (art. L. 122-14-12 - L.1237-4 recod.) dispose que « sont nulles et de nul effet toute disposition d'une convention ou d'un accord collectif de travail et toute clause d'un contrat de

travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse ».

Si la nullité des clauses couperet était clairement affirmée, deux questions restaient en suspens, l'une concernant le champ d'application de la nullité, l'autre touchant à la nature et aux effets de cette nullité.

À la première question, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont apporté une réponse commune. La nullité des clauses couperet ne concerne que les clauses insérées dans une convention ou un accord collectif et les clauses contractuelles. Les clauses insérées dans les statuts d'entreprises publiques comme Air France ou la SNCF sont licites et produisent tous leurs effets (CE 22 févr. 1989, *Roussel, D.* 1990, Somm. 140, obs. D. Chelle et X. Pretot ; CE 17 mars 1995, *RJS* 5/95, n° 583 ; Soc. 22 févr. 2000, *Bull. civ. V*, n° 72 ; *Dr. soc.* 2000. 658, note D. Garbar).

À la seconde question, la Cour de cassation a apporté successivement des réponses contraires. Dans un premier temps, elle a jugé que la nullité prévue à l'article L. 122-14-12 était une nullité d'ordre public absolu et que l'employeur pouvait comme le salarié considérer que la clause de mise à la retraite n'avait aucun effet (Soc. 1^{er} févr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 233, obs. G. Couturier). Il pouvait donc mettre à la retraite un salarié âgé de 60 ans qui avait droit à une pension à taux plein alors même que ce salarié n'avait pas atteint l'âge de la retraite fixée à 65 ans par la clause de la convention collective, cette clause ne produisant, aux termes de la loi, aucun effet. Cette décision avait été critiquée au motif que la nullité était détournée de sa finalité ; instituée par le législateur pour protéger les salariés contre les ruptures automatiques du contrat de travail les privant des droits attachés au licenciement, elle bénéficiait à l'employeur qui pouvait mettre un salarié à la retraite (et priver celui-ci des règles applicables en cas de licenciement) sans tenir compte de l'âge de la retraite fixé par la clause conventionnelle. Cette critique a été entendue ; en Assemblée plénière, la Cour de cassation a abandonné sa première interprétation. Elle juge désormais « que les dispositions de l'article L. 122-14-12, alinéa 2 du Code du travail n'ont été édictées que dans un souci de protection du salarié ; que, dès lors, l'employeur est irrecevable à s'en prévaloir » (Ass. plén. 6 nov. 1998, n° 96). La Cour de cassation consacre assez souvent cette notion d'ordre public de protection (nullité des clauses de non-concurrence, requalification des contrats à durée déterminée). Cette solution entraîne cependant un effet curieux dans la situation qui nous intéresse. L'employeur met à la retraite un salarié qui remplit toutes les conditions légales de la mise à la retraite ; il ne fait qu'appliquer la loi. Le salarié, qui proteste contre cette mise à la retraite et invoque les droits du licenciement, oppose à l'employeur une clause

conventionnelle qui est, selon la loi, nulle. Est-il légitime d'autoriser un salarié à invoquer devant les juges une disposition contractuelle ou conventionnelle que la loi déclare, de façon expresse, nulle et de nul effet ? La question à résoudre n'est pas tant de savoir si l'employeur peut agir en nullité ; elle est principalement d'accepter ou de refuser d'une part que le salarié puisse invoquer devant les juges une clause que la loi déclare illicite et d'autre part que les juges donnent effet à une telle clause.

B. — Les clauses souples

Les clauses souples, à la différence des clauses couperet, n'entraînent pas la rupture automatique du contrat de travail du seul fait que le salarié atteint l'âge fixé par la clause. Elles peuvent prévoir un âge normal de retraite à partir duquel l'employeur pourra mettre le salarié à la retraite ; elles peuvent également fixer une durée de préavis ou le montant d'une indemnité de départ à la retraite. L'article L. 1237-4 nouv. C. trav. (ancien art. 122-14-12) consacre la validité de ces clauses « sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions légales ». Seront ainsi applicables les clauses qui prévoient une indemnité de retraite d'un montant plus élevé que celui de l'indemnité prévue par la loi ; sera également applicable la clause qui impose, en cas de mise à la retraite, un préavis plus long que le préavis prévu par la loi. De même, doivent être appliquées les clauses qui imposent à l'employeur d'attendre, pour décider d'une mise à la retraite, que le salarié ait atteint un âge déterminé alors même que les conditions légales de mise à la retraite sont réunies. Ainsi l'employeur ne pourra pas mettre à la retraite un salarié âgé de 62 ans alors que ce salarié a droit à une pension à taux plein (et que, à la date où la Cour statuait, la loi prévoyait la possibilité de mettre à la retraite un salarié de 60 ans) si une clause de mise à la retraite prévoit que l'âge normal de la retraite est 65 ans. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser les conséquences de la violation d'une telle clause (Soc. 7 avr. 1994, *Bull. civ. V*, n° 139). La rupture du contrat, présentée par l'employeur comme une mise à la retraite, sera requalifiée en licenciement. Non seulement le salarié obtiendra l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, mais l'employeur sera également condamné à payer une indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse. La lettre de mise à la retraite n'invoquant aucun motif de licenciement « la cour d'appel ne pouvait qu'en déduire que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse » (Soc. 7 avr. 1994, *préc.*) — elle pourrait même, en tenant compte de la jurisprudence postérieure (*supra*, 4), juger que ce licenciement est nul.

Cette jurisprudence concernant les clauses souples présente moins

d'intérêt après le vote de la loi du 21 août 2003. L'article 16 de cette loi prévoit désormais que la mise à la retraite ne peut pas être prononcée avant que le salarié ait atteint l'âge de 65 ans. La loi portant réforme des retraites admet cependant des dérogations à cette nouvelle règle et autorise la mise à la retraite de salariés âgés de plus de 60 ans et de moins de 65 ans en particulier lorsqu'une convention ou un accord collectif de branche étendu l'autorise en prévoyant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle. La solution dégagée dans l'arrêt précité du 7 avril 1994 trouvera encore, dans ces hypothèses, un champ d'application.

SEPTIÈME PARTIE

DROIT COMMUN DU LICENCIEMENT

Le droit du licenciement est né avec la loi du 13 juillet 1973. Avant le vote de cette loi, l'employeur pouvait librement rompre le contrat de travail à durée indéterminée sans avoir à respecter une procédure de licenciement et sans avoir à justifier sa décision. Il pouvait seulement se voir reprocher un abus dans l'exercice de son droit de résiliation unilatérale, abus dont la preuve devait être rapportée par le salarié.

La loi du 13 juillet 1973 a posé les règles générales du licenciement en imposant une procédure de licenciement, en subordonnant le droit de licencier à l'existence d'une cause réelle et sérieuse et en organisant un régime de sanctions en cas de violation de ces règles.

Les dispositions de cette loi ont été modifiées et complétées. En particulier, des dispositions spéciales ont été adoptées pour les licenciements économiques, notamment en matière procédurale. Les licenciements pour motif économique obéissent ainsi pour partie aux règles générales mentionnées aux articles L. 1231-1 et suivants et pour partie à des règles particulières. La qualification « licenciement pour motif économique » et les règles gouvernant de façon spécifique ces licenciements seront étudiées dans la partie 8.

Par ailleurs, en dehors des sanctions frappant les licenciements violant les dispositions de la loi du 13 juillet 1973, le droit contemporain prohibe de plus en plus souvent le licenciement de salariés qui se

trouvent dans des situations particulières (salariés grévistes, victimes d'accidents du travail, femmes en état de grossesse ou en congé maternité...) ou le licenciement pour des motifs considérés comme particulièrement inadmissibles (discrimination en raison de la nationalité, des origines, du sexe, de l'âge, des opinions politiques, harcèlement moral ou sexuel...). Dans d'autres cas, sans interdire le licenciement, il soumet celui-ci à des conditions particulières et sanctionne la violation de ces conditions, comme la violation des interdits, par la nullité.

L'analyse du droit commun du licenciement appelle donc une présentation des arrêts concernant la procédure de licenciement (n^{os} 98 à 100), l'exigence d'une cause réelle et sérieuse (n^{os} 101 à 103) et les sanctions des licenciements injustifiés comme des licenciements nuls (n^o 104). La réglementation du droit du licenciement n'a pas fait disparaître le recours à l'abus du droit pour protéger le salarié contre certaines pratiques. Bien que l'abus du droit ne joue plus un rôle central dans la limitation pour l'employeur de son droit de résiliation unilatéral, il ne peut pas être ignoré (n^o 105).

98-100

PROCÉDURE DE LICENCIEMENT

**98. Soc. 16 mars 1978 — 99. Soc. 26 mars 1980 — 100. Ass. plén.
27 novembre 1998**

98. Soc. 16 mars 1978

René Debeaurain c. Société Debeaurain frères

(Bull. civ. V, n° 199 ; D. 1978. IR. 292)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation des articles L. 122-14.1 et suivants, L. 122-14.4 du Code du travail, 1134, 1147 et suivants du Code civil, 7 de la loi du 20 avril 1810, et 455 du Code de procédure civile, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale :

Attendu que René Debeaurain, directeur commercial et administrateur de la société Debeaurain a eu, le 31 juillet 1974, une explication avec Michel Debeaurain, son cousin, président-directeur général de la société, au cours de laquelle il a frappé celui-ci, faits qui ont entraîné sa condamnation par le tribunal correctionnel d'Abbeville à cinq cents francs d'amende ; que le 2 août suivant, il a été invité à se présenter à un entretien prévu pour le 7 août, mais qu'il n'a reçu la convocation que le 8 août ; que le 24 août il a été avisé par lettre qu'il faisait l'objet d'une mesure disciplinaire de mise en suspens de sa collaboration et ne devait plus reparaitre à l'entreprise ; que malgré cet avertissement, il a repris ses fonctions, sans y avoir été invité, le 1^{er} septembre à la réouverture de l'usine, postérieurement aux congés payés, mais n'a pas reçu paiement de son salaire ; qu'il a réclamé celui-ci devant le tribunal d'instance d'Abbeville en décembre 1974 ; que le 28 janvier 1975, il a été convoqué à un entretien préalable à un licenciement pour le 30 janvier mais qu'il ne s'est pas présenté à cette convocation, ayant appris que cette rencontre ne serait pas présidée par le président-directeur général de la société, mais par un cadre d'un rang inférieur au sien, ce qu'il considérait comme une brimade ; que par lettre recommandée du 6 février 1975, reçue le 8 février, il était licencié pour faute grave, en raison de l'agression dont il s'était rendu coupable sur la personne du président-directeur général ;

Attendu que René Debeaurain fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le licenciement du 6 février 1975, fondé sur une cause réelle et sérieuse, mais entaché d'une irrégularité formelle alors que l'arrêt se contredit en constatant que le licenciement est entaché d'une irrégularité formelle et en décidant qu'il n'y avait pas lieu de l'annuler ; qu'il n'imposait pas à l'em-

ployeur contrairement au texte de l'article L. 122-14.4 d'accomplir la procédure prévue ; qu'il est encore contradictoire de dire nul un congé délivré le 8 février 1975 pour lui faire produire effet à cette même date ; qu'enfin et subsidiairement l'arrêt ne justifie nullement qu'il y ait eu une cause réelle et sérieuse, l'unique scène incriminée étant liée à des manquements graves du président-directeur général que son cousin et administrateur combattait à juste titre ainsi qu'il avait été articulé par voie de conclusions délaissées ;

Mais attendu que les juges du fond ont constaté que René Debeaurain avait commis une faute grave en se livrant le 31 juillet 1974 à une agression sur la personne du président-directeur général de la société et que son licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse ; que le licenciement d'un salarié entaché d'une irrégularité formelle n'est pas nul, mais sanctionné par l'attribution d'une indemnité d'un mois de salaire au plus ; qu'en allouant cette indemnité à Debeaurain, les juges d'appel ont pu estimer qu'il n'y avait aucun intérêt en l'espèce à recommencer une procédure de licenciement déjà tentée à deux reprises et devenue inutile en raison de l'écoulement de plus d'une année depuis son prononcé ; qu'il s'ensuit que le moyen ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 9 juillet 1975 par la cour d'appel d'Amiens.

99. Soc. 26 mars 1980

Assedic de Paris c. Société anonyme Roques

(Bull. civ. V, n° 298 ; D. 1980. IR. 547, obs. J. Pélissier)

ARRÊT

Sur le pourvoi formé contre Pasquet :

Attendu que l'ASSEDIC de Paris ne critique pas les dispositions de l'arrêt attaqué concernant Pasquet licencié par la société Roques ;

Que le pourvoi en tant que dirigé contre lui est sans objet ;

Et sur le moyen unique du pourvoi formé contre la société Roques, pris de la violation des articles L. 122-14-4 du Code du travail, 455 du Code de procédure civile, défaut de motifs, manque de base légale :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué, qui a énoncé que la société Roques avait licencié Pasquet sans entretien préalable mais pour un motif réel et sérieux, d'avoir, « par voie de conséquence », débouté l'ASSEDIC de Paris de la demande en remboursement par ladite société des indemnités de chômage versées au salarié, alors que, même si le licenciement intervient à la suite d'un vice de forme, les droits à remboursement de l'organisme concerné sont acquis ;

Mais attendu que, selon l'article L. 122-14-4 du Code du travail, le Tribunal doit ordonner le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés des indemnités de chômage, dans le cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, cas dans lequel la réintégration du salarié dans l'entreprise peut être proposée et en cas de refus une indemnité, dont seul le minimum est fixé, est octroyée ; qu'il n'en est pas de même si seule la procédure requise n'a pas été observée et si le licenciement a été prononcé pour un motif réel et sérieux, ce qui n'entraîne à la charge de l'employeur qu'une indemnité ne pouvant être supérieure à un mois de salaire et ce qui ne provoque aucun versement supplémentaire d'indemnités de chômage ;

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

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi en tant que dirigé contre la société Roques contre l'arrêt rendu le 30 mai 1978 par la cour d'appel de Paris.

100. Ass. plén. 27 novembre 1998

Mme Lemarie c. Association Les papillons blancs du Finistère

(Bull. Ass. plén., n° 7 ; Dr. soc. 1999. 19, concl. L. Joinet, p. 13)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 122-14-2 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 1986 ;

Attendu, selon ce texte que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de notification de licenciement mentionnée à l'article L. 122-14-1 ; qu'à défaut le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant sur renvoi après cassation, que Mme Lemarie, engagée le 1^{er} novembre 1976 en qualité de comptable par l'association « Les Papillons Blancs du Finistère », puis promue chef comptable, a été licenciée pour faute lourde le 27 juillet 1989 ;

Attendu que pour décider que le licenciement de la salariée repose sur une faute grave, l'arrêt retient que la lettre de licenciement satisfait aux exigences légales dès lors qu'elle fait clairement et directement référence aux motifs précis de licenciement énoncés dans la lettre de convocation à l'entretien préalable ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la lettre de licenciement ne mentionne aucun motif et que la référence à ceux contenus dans la lettre de convocation à l'entretien préalable ne constitue pas l'énoncé des motifs exigé par la loi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 novembre 1995, entre les parties, par la cour d'appel d'Angers.

OBSERVATIONS

Il a fallu attendre le vote de la loi du 13 juillet 1973 pour que le législateur impose à l'employeur le respect d'une procédure avant de procéder au licenciement d'un salarié. Cette procédure s'est progressivement différenciée selon le motif du licenciement et le nombre de personnes licenciées. La Cour de cassation a, à partir des articles L. 122-14 et suivants du Code du travail (art. L. 1232-2 et s. nouv. C. trav.), élaboré une construction qui manque d'unité. Elle assure mal le respect de la procédure d'entretien, imposée par le législateur (I). Elle attache, en revanche, de graves conséquences au non-respect du formalisme de la notification du licenciement (II).

I. — Une procédure d'entretien, peu sanctionnée

La volonté du législateur est claire. L'employeur doit donner au salarié la possibilité de s'expliquer avant qu'une décision de licenciement ne soit prise à son encontre. Il doit convoquer le salarié qu'il envisage de licencier à un entretien par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre de convocation doit indiquer l'objet de la convocation et doit préciser que le salarié peut être assisté par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou par un conseiller extérieur à l'entreprise en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs qui lui font envisager le licenciement et doit recueillir les explications du salarié.

Si les juges ont dégagé plusieurs règles assurant un déroulement utile de la procédure dans le respect des droits des parties (1), ils ont ôté la plus grande partie de son intérêt à cette construction en minimisant de façon surprenante les sanctions en cas de violation de ces règles procédurales (2).

A. — Une interprétation jurisprudentielle précisant les modalités de la procédure d'entretien

La loi ne pouvant pas tout prévoir, la Cour de cassation a consacré plusieurs règles permettant le déroulement de cette procédure et le respect des droits des parties.

Elle décide que cette procédure d'entretien doit toujours avoir lieu, quelle que soit la gravité de la faute commise par le salarié (Soc. 22 mars 1979, *Dr. soc.* 1979. 293, obs. J. Savatier), même si le salarié a reconnu par écrit les fautes qui lui sont reprochées (Soc. 9 avr. 1987, *Jur. soc.* 1987, NB 57). Cette solution est logique car les garanties de procédure sont surtout utiles lorsque les risques de licenciement sont les plus sérieux. De même, l'employeur ne peut pas prendre prétexte de la maladie du salarié ou de son état de détention pour ne pas organiser l'entretien (Soc. 4 avr. 1978, *Bull. civ.* V, n° 207 ; 27 nov. 1980, *Bull. civ.* V, n° 633).

Mais c'est seulement l'organisation de l'entretien qui constitue une obligation pour l'employeur. Si le salarié ne veut pas ou ne peut pas participer à l'entretien, l'employeur peut poursuivre la procédure et notifier un licenciement (Soc. 25 nov. 1992, *RJS* 1993, n° 23).

Si la loi n'impose aucun délai entre la convocation et l'entretien (hors le cas où le salarié peut être assisté par un conseiller extérieur à l'entreprise), les juges décident que le salarié doit être averti « suffi-

samment à l'avance pour avoir le temps de la réflexion et la possibilité de recourir à l'assistance d'un membre du personnel » (Soc. 22 janv. 1998, *Bull. civ.* V, n° 27, *RJS* 3/98, n° 289) ; le caractère suffisant du délai est apprécié en fonction des circonstances de l'espèce (Soc. 27 nov. 1996, *Bull. civ.* V, n° 408, *RJS* 1/97, n° 21).

Au cours de l'entretien, l'employeur peut se faire représenter (Soc. 14 juin 1994, *RJS* 7/94, n° 851) ou assister (Soc. 11 janv. 1984, *Jur. soc.* 1984, F. 41) à condition que le représentant ou l'assistant appartienne au personnel de l'entreprise (Soc. 27 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 284). L'assistance du salarié est prévue par la loi, mais c'est la jurisprudence qui a décidé que le droit à l'assistance impliquait que l'assistant ne subisse aucune perte de rémunération du fait de son intervention (Soc. 12 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 61, *D.* 1992, *Somm.* 289, obs. A. Lyon-Caen, *RJS* 3/91, n° 323). Pour que l'entretien réponde à sa finalité, les juges décident que le salarié doit pouvoir s'exprimer librement au cours de celui-ci : les propos que tient le salarié pour assurer sa défense ne peuvent pas ensuite lui être reprochés ; l'employeur ne peut pas les invoquer comme cause de licenciement (Soc. 19 et 21 juin 1991, *Bull. civ.* V, n° 310, *D.* 1992, *Somm.* 289, obs. A. Lyon-Caen, *RJS* 8-9/91, n° 959). Curieusement, la Cour de cassation limite cependant l'intérêt de l'entretien : elle juge en effet que, si l'employeur est tenu d'informer le salarié du motif de la mesure envisagée et de recueillir ses explications, il n'est pas obligé « d'engager une discussion sur le bien fondé d'un éventuel licenciement » (Soc. 22 nov. 2006 n° 04-41768, *RDT* 2007.6).

Cette construction jurisprudentielle assure l'organisation de l'entretien dans des conditions qui permettent à l'employeur d'aller jusqu'au bout de la procédure, même si le salarié refuse de se rendre à l'entretien. Elle permet également au salarié de présenter des arguments susceptibles d'éviter le licenciement. En réalité, elle ne protège guère le salarié car l'employeur, qui viole ces règles procédurales, n'encourt que des sanctions mineures.

B. — Une interprétation jurisprudentielle minimisant les sanctions des irrégularités relatives à la procédure d'entretien

Le législateur a organisé un double régime de sanctions lorsque les règles de l'entretien ont été violées par l'employeur.

Un premier régime concerne les licenciements de salariés qui ont moins de deux années d'ancienneté dans l'entreprise ou qui travaillent pour le compte d'un employeur occupant habituellement moins de onze salariés ; ce régime est peu rigoureux : l'employeur ne peut être condamné qu'à verser une indemnité au salarié. Cette indemnité, calcu-

lée en fonction du préjudice subi, est souverainement appréciée par le juge du fond (Soc. 29 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 310).

L'autre régime, applicable aux salariés qui ont deux années d'ancienneté dans l'entreprise et qui travaillent dans une entreprise occupant au moins onze salariés, est, apparemment, plus protecteur des intérêts des salariés. Selon les termes des articles L. 122-14-4 du Code du travail (art. L. 1235-2), l'employeur qui ne respecte pas les règles de la procédure d'entretien encourt trois types de sanctions : le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure imposée par la loi ; il doit aussi condamner celui-ci à verser au salarié une indemnité qui ne peut pas être supérieure à un mois de salaire ; enfin, il ordonne le remboursement par l'employeur fautif à l'Assedic des indemnités de chômage payées au salarié depuis le jour de son licenciement jusqu'au jour du jugement prononcé par le tribunal, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage.

Les deux premiers arrêts rapportés ci-dessus montrent que les juges ont pris beaucoup de liberté avec le texte légal et ont supprimé les deux sanctions qui pouvaient inciter les employeurs à respecter scrupuleusement la procédure d'entretien.

L'arrêt *Debeaurain*, (arrêt n° 98), rendu le 16 mars 1978, ignore superbement les dispositions de l'article L. 122-14-4 selon lesquelles « le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue ». Il décide que « le licenciement d'un salarié entaché d'une irrégularité formelle n'est pas nul, mais sanctionné par l'attribution d'une indemnité d'un mois de salaire au plus ; qu'en allouant cette indemnité à Debeaurain, les juges d'appel ont pu estimer qu'il n'y avait aucun intérêt en l'espèce à recommencer une procédure de licenciement déjà tentée à deux reprises et devenue inutile en raison de l'écoulement de plus d'une année depuis son prononcé ». Un an plus tard, la Cour de cassation affirme à nouveau qu'un licenciement prononcé sans qu'ait été respectée la procédure préliminaire n'est pas nul et qu'une cour d'appel ne peut, du seul fait de l'irrégularité de procédure, condamner l'employeur à payer au salarié ses salaires jusqu'à la régularisation de la procédure (Soc. 15 nov. 1979, *Bull. civ.* V, n° 855). L'obligation légale faite au juge d'imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue est ainsi transformée, par le juge lui-même, en simple faculté. Et l'obligation d'organiser un entretien n'est plus une obligation dont l'exécution puisse être imposée à l'employeur ; elle devient une obligation dont l'employeur peut se dispenser s'il accepte le risque d'avoir à payer une indemnité qui sera au maximum égale à un mois de salaires.

L'arrêt *Assedic de Paris c. Société Roques* (arrêt n° 99) révèle la même liberté d'interprétation du texte légal dans le but d'alléger les sanctions encourues par l'employeur. L'article L. 122-14-4 du Code

du travail était pourtant clairement rédigé. Dans son alinéa 1^{er}, cet article règle les relations entre l'employeur et le salarié lorsque l'employeur a irrégulièrement licencié le salarié. Il distingue alors nettement les conséquences des irrégularités de procédure et les conséquences des irrégularités de fond. L'alinéa 2 du même article traite des relations entre l'employeur et l'organisme ayant versé les indemnités de chômage sans établir de distinction entre les fautes commises par les employeurs. Tout employeur fautif doit rembourser à l'Assedic tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié du jour du licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal dans la limite de six mois d'indemnités de chômage. Malgré cette rédaction, la Cour de cassation affirme que « selon l'article L. 122-14-4 du Code du travail, le tribunal doit ordonner le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés des indemnités de chômage, dans le cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, cas dans lequel la réintégration du salarié dans l'entreprise peut être proposée et en cas de refus une indemnité, dont seul le minimum est fixé, est octroyée ; qu'il n'en est pas de même si seule la procédure requise n'a pas été observée et si le licenciement a été prononcé pour un motif réel et sérieux, ce qui n'entraîne à la charge de l'employeur qu'une indemnité ne pouvant être supérieure à un mois de salaire et ce qui ne provoque aucun versement supplémentaire d'indemnités de chômage ». En adoptant cette formulation, la Cour de cassation réécrit le texte ; elle insère dans l'alinéa 2 une distinction que le législateur ne fait pas et essaie curieusement de la justifier en faisant référence aux dispositions de l'alinéa 1^{er} qui concerne les rapports juridiques entre l'employeur et le salarié et non pas les rapports entre l'employeur et l'Assedic.

Lorsque cet arrêt *Société Roques* a été rendu, la loi imposait au juge de condamner l'employeur au remboursement intégral des indemnités de chômage qui avaient été versées au salarié ; l'interprétation de la Cour de cassation s'explique probablement par la volonté de ne pas imposer à l'employeur une condamnation qui pouvait aller jusqu'à plusieurs années d'indemnisation pour une simple irrégularité formelle. Depuis que l'article L. 122-14 a été modifié et que le tribunal est libre de fixer le montant de la condamnation de l'employeur à un remboursement très partiel des indemnités versées (dans la limite maximale de six mois d'indemnisation), on pouvait penser que la Cour de cassation modifierait sa jurisprudence. Le risque d'une condamnation excessive de l'employeur ayant disparue, il n'existe plus de motif d'opportunité pouvant expliquer l'interprétation *contra legem* qui a été faite de l'article L. 122-14. Mais la recodification du Code du travail — qui devait être opérée à droit constant — a modifié sensiblement le texte de l'ancien article L. 122-14. Le nouvel article L. 1235-4 traite de façon distincte la sanction des irrégularités formelles et de

l'absence de cause réelle et sérieuse. Il ne prévoit le remboursement par l'employeur des indemnités de chômage que dans les cas prévus aux articles L. 1235-3 (absence de cause réelle et sérieuse) et L. 1235-11 (nullité de la procédure de licenciement pour motif économique). Il ne fait aucune référence à l'article L. 1235-2 concernant le licenciement prononcé pour une cause réelle et sérieuse sans que la procédure de licenciement individuel ait été respectée. C'est une façon de consacrer définitivement la jurisprudence *Roques*.

II. Une obligation de notification du licenciement lourdement sanctionnée

Le législateur prévoit que l'employeur doit notifier le licenciement au salarié par lettre recommandée et qu'il doit mentionner dans cette lettre le ou les motifs de licenciement (anciens art. L. 122-14-1 et L. 122-14-2 C. trav. — art. L. 1232-6 nouv. C. trav.). Si la loi précise que le délai-congé commence à courir à compter de cette notification (art. L. 1234-3, anciennement L. 122-14-1) elle ne donne aucune indication sur les sanctions encourues par l'employeur lorsque cette lettre ne mentionne pas le motif du licenciement.

La Cour de cassation a isolé la notification du licenciement des autres phases de la procédure de licenciement et a instauré une sanction rigoureuse lorsque la notification ne répond pas aux exigences de la loi. Le licenciement est réputé être sans cause réelle et sérieuse lorsqu'il ne fait pas l'objet d'une notification écrite ou lorsque cette notification ne mentionne pas le motif du licenciement. Dans son arrêt *Mme Lemaire* (arrêt n° 100), la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, entérine la jurisprudence de la chambre sociale dans son principe et dans ses applications.

A. — Principe : en l'absence d'énonciation du motif de licenciement dans la lettre de notification, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse

La chambre sociale de la Cour de cassation avait, à de nombreuses reprises, jugé que le défaut d'énonciation du ou des motifs de licenciement équivalait à une absence de motifs de licenciements (Soc. 29 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 598, *Dr. soc.* 1991. 99, note J. Savatier ; Soc. 20 janv. 1993, *Bull. civ. V*, n° 17, *RJS* 3/93, n° 259 ; Soc. 21 sept. 1993, *RJS* 11/93, n° 1083 ; Soc. 12 janv. 1994, *Bull. civ. V*, n° 2, *RJS* 2/94, n° 137).

La solution est retenue alors même que le salarié a demandé expres-

sément que le motif du licenciement ne soit pas mentionné dans la lettre de notification (Soc. 10 janv. 1995, *Bull. civ.* V, n° 19).

Elle l'est également lorsque le salarié a reconnu, avant l'envoi de la lettre de licenciement, la réalité des fautes qui lui sont reprochées et qui sont à l'origine du licenciement (Soc. 19 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 61).

B. — Applications

L'application du principe peut être plus ou moins rigoureuse. Deux questions ont été soulevées.

1. La première concerne la référence, dans la lettre de licenciement, à un autre document. La chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé, à plusieurs reprises, que la référence faite dans la lettre de licenciement à un document antérieur faisant état des faits reprochés au salarié ne pouvait pas être assimilée à l'indication des motifs qui devait apparaître dans la lettre de licenciement (Soc. 12 janv. 1994, *Bull. civ.* V, n° 2, *RJS* 2/94, n° 137; 18 mai 1995, *Dr. soc.* 1995. 675, *RJS* 8-9/95, n° 874). Certaines juridictions de renvoi refusaient de se soumettre à cette interprétation de la Cour suprême. Ainsi les cours d'appel de Lyon et d'Angers, statuant sur renvoi après cassation, avaient-elles jugé que l'employeur ne pouvait pas être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse puisque la lettre de licenciement renvoyait à la lettre de convocation qui énonçait très précisément les faits reprochés au salarié. Siégeant en Assemblée plénière, la Cour de cassation confirme, dans l'arrêt *Mme Lemarie*, l'interprétation de la chambre sociale.

2. La seconde question concerne l'assimilation de l'imprécision des motifs à l'absence de motifs. L'article L. 122-14-2 (actuellement art. L. 1232-6) impose à l'employeur « d'énoncer le ou les motifs de licenciement ». Lorsque l'employeur indique, dans la lettre de licenciement, que le salarié est licencié pour faute grave ou pour absence prolongée ou pour incompatibilité d'humeur ou en raison de la conjoncture économique, la lettre de licenciement doit-elle être considérée comme motivée ? Cela pouvait être soutenu puisque, effectivement, l'employeur avait énoncé un motif de licenciement.

La Cour de cassation a préféré adopter une autre solution, plus protectrice des intérêts des salariés licenciés. Elle juge que l'imprécision du motif doit être assimilée à l'absence de motif. Lorsque la lettre de licenciement mentionne un motif imprécis (Soc. 20 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995. 60 ; Soc. 25 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 36 ; Soc. 5 juin 2001, *Sem. soc. Lamy* 1^{er} sept. 2001, p. 22 ; Soc. 5 févr. 2002, *Bull.*

civ. V, n° 50 et de nombreux autres arrêts) ou un motif qui n'est pas « matériellement vérifiable » (Soc. 14 mai 1996, *Bull. civ. V*, n° 189 ; Soc. 5 juill. 2000, *RJS* 9-10/00, n° 929 ; Soc. 10 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 161), le licenciement est un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette jurisprudence, sanctionnant rigoureusement l'employeur qui ne mentionne pas dans la lettre le motif précis du licenciement, permet au salarié de prendre une décision éclairée quant à l'introduction d'un contentieux après la notification d'un licenciement. Ou bien la lettre de licenciement mentionne le ou les motifs précis du licenciement ; cette lettre fixe les limites du litige (Soc. 19 juin 1991, *Bull. civ. V*, n° 310, *RJS* 8-9/91, n° 959), l'employeur ne pouvant pas invoquer devant le juge pour justifier le licenciement un motif autre que celui ou ceux indiqués dans la lettre. Le salarié sait donc, avant d'engager un procès, quels seront les faits précis dont la véracité sera débattue devant le juge. Ou bien la lettre de licenciement ne fournit pas ces indications et le salarié sait qu'il obtiendra la condamnation de l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

101-103

L'EXIGENCE D'UNE CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

**101. Soc. 10 juin 1976 — 102. Soc. 28 octobre 1981 —
103. Soc. 29 novembre 1990**

101. Soc. 10 juin 1976

Savoure c. Maillard

(Dr. soc. 1977. 21, note J. Pélissier)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation et fausse application des articles 24 d, 24 f, 24 g du livre 1er du Code du travail, devenus les articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-9 du nouveau Code du travail, 1134 du Code civil, 7 de la loi du 20 avril 1810, 102 du décret du 20 juillet 1972, défaut, insuffisance, contradiction et non-pertinence de motifs, défaut de réponse à conclusion, dénaturation des termes du litige, manque de base légale ;

Attendu que la Société Savouré fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamnée à verser des indemnités de rupture à Maillard, ouvrier tricoteur à son service depuis le 20 février 1947, promu en novembre 1970 responsable du service tricotage et licencié le 5 avril 1974 sans préavis ni indemnité de licenciements, aux motifs que trois des griefs invoqués, qui étaient bien antérieurs au licenciement, ne présentaient pas un caractère suffisant de gravité et que les six autres griefs, s'ils étaient d'une gravité certaine, étaient en réalité imputables à la direction, qui n'avait encore fait aucun reproche à l'intéressé ; alors, d'une part, que le seul fait que des griefs soient antérieurs au licenciement ne saurait les faire écarter lorsqu'ils sont d'une continuité constante ; que constituent des fautes graves l'absence du responsable d'un service qui, sans même en rendre compte, quitte son poste pour aller acheter des fleurs, ainsi que l'initiative de faire vendre, au prétexte qu'elle n'était pas utilisable, une machine que ce salarié n'avait pas entretenue, et encore le fait de rejeter sur ses collaborateurs les conséquences de son impéritie, d'autant que l'intéressé n'avait pas réfuté ce grief et que la Cour ne pouvait écarter l'offre d'en faire la preuve par une enquête susceptible de modifier la solution du litige ; alors, d'autre part, qu'ayant constaté la gravité des fautes reprochées, la cour d'appel ne pouvait, sans contradiction ni manque de base légale, accorder les indemnités de rupture réclamées ; qu'en outre, la cour d'appel ne pouvait justifier sa décision en invoquant la carence, qu'elle n'avait pas caractérisée de l'employeur et qui n'avait pas été invoquée par le salarié, de sorte que la Cour a dénaturé les termes du litige ; qu'enfin, la cour d'appel s'est contredite en déclai-

rant que rien n'avait été reproché au salarié jusqu'à l'époque de son licenciement, après avoir reconnu que de multiples critiques avaient été constamment formulées contre lui depuis trois ans et demi ;

Mais attendu que la cour d'appel relève essentiellement, d'une part, que trois des griefs invoqués par la société devaient être écartés, deux d'entre eux n'étant pas établis et les derniers, dont la société offrait de faire la preuve par voie d'enquête, étant bien antérieurs à la date du licenciement ;

Attendu, d'autre part, que les juges d'appel observent que les six autres griefs mettant en cause la compétence de Maillard dans le fonctionnement du service tricotage n'étaient pas davantage fondés ; que Maillard avait, dans son rapport du 21 septembre 1970, signalé que le nouveau mode de fabrication adopté depuis un an nécessitait un personnel hautement qualifié ou spécialisé, ce qui laissait entendre qu'il n'existait pas et qu'il n'apparaissait pas que la direction eût tenu compte de cet avis ; que la cour d'appel relève enfin, que, bien que ce cadre eût toujours manqué d'initiative et d'autorité, la société, qui connaissait l'insuffisance de ses capacités techniques, l'avait maintenu pendant trois et demi dans des fonctions qui le dépassaient, que de ce fait les fautes reprochées à Maillard, si elles constituaient des motifs réels et sérieux de licenciement, n'étaient pas suffisamment graves pour priver un vieil employé, ayant vingt-sept ans de services, des indemnités légales de rupture ; que ces motifs, abstraction faite de tous autres surabondants, suffisent à justifier la décision attaquée ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu, le 27 novembre 1974, par la cour d'appel de Reims.

102. Soc. 28 octobre 1981

M. Sanchis c. Mlle Gaulard

(Bull. civ. V, n° 836 ; Dr. ouvr. 1982. 195)

ARRÊT

Sur les deux moyens réunis, pris de la violation des articles 1134, 1582, 1583, 1585, 1586, 2279 et 1382 du Code civil, 379 et 386 du Code pénal, L. 122-14-3 du Code du travail, 455 du Code de procédure civile, défaut de motifs et manque de base légale :

Attendu que Mlle Gaulard qui, depuis le 12 avril 1972 était au service de M. Sanchis à l'hôtel Foch à Besançon en qualité d'employée « toutes mains », a, début septembre 1975, pris quelques pots de confitures et quelques plaquettes de beurre laissés par des clients sur les plateaux des petits déjeuners pour les remettre à un autre employé de l'hôtel ; que le 26 novembre suivant elle a été licenciée ;

Attendu que M. Sanchis fait grief à l'arrêt attaqué, d'une part, d'avoir déclaré que ces faits ne sauraient constituer un motif réel et sérieux de licenciement et, d'autre part, de l'avoir condamné à verser à Mlle Gaulard des dommages-intérêts pour licenciement abusif, alors que, d'une part, le contrat de restauration ne recouvre pas une vente en bloc des denrées alimentaires servies au client, mais une vente à l'abonnement, pour un prix forfaitaire de ces vivres, à concurrence de ce que le client consomme effectivement, le reliquat restant la propriété du restaurateur, et que la soustraction frauduleuse de ce reliquat s'analyse en un vol, alors que, d'autre part, il appartenait aux juges du fond d'établir que le motif de

licenciement invoqué par l'employeur était fallacieux et que le témoignage de l'employée constituait en réalité la cause de ce licenciement ;

Mais attendu qu'appréciant la valeur et la portée des éléments de la cause, les juges du fond ont estimé qu'il était impossible d'admettre que le « larcin » constaté au début du mois de septembre soit la cause réelle du licenciement intervenu le 26 novembre suivant, et que le véritable motif en était le témoignage effectué par Mlle Gaulard dans le courant du mois de novembre au cours de la procédure de divorce de son employeur ; que la cour d'appel en a déduit — abstraction faite d'autres motifs qui, fussent-ils erronés, sont surabondants — que le motif invoqué par l'employeur pour justifier le licenciement était inexact, ce qui justifiait l'allocation de dommages-intérêts ;

D'où il suit qu'aucun des deux moyens ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 6 mars 1979 par la cour d'appel de Besançon.

103. Soc. 29 novembre 1990

Mme Fertray c. Établissements R. Wagner

(*Bull. civ.* V, n° 597 ; *D.* 1991. 190, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 1992. 38, étude F. Gaudu, p. 32)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

Attendu qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ;

Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué (Versailles 30 oct. 1986), que Mme Fertray a été engagée, le 6 mars 1978, en qualité de secrétaire comptable par l'entreprise de construction mécanique Wagner, dans laquelle son mari était déjà employé comme cadre ; que celui-ci, après son licenciement intervenu le 9 décembre 1980 pour motif économique, a fait assigner la société Wagner, le 6 janvier 1982, pour obtenir le paiement des indemnités qui lui étaient dues ; que Mme Fertray a été licenciée, à son tour, par lettre du 22 janvier 1982, avec dispense d'exécution du préavis, pour le motif suivant énoncé à la demande de la salariée : « il y a incompatibilité entre vos fonctions de secrétaire exercées dans les secrets de la vie de la société Wagner et le fait d'être l'épouse d'un ancien salarié qui nous attaque devant les tribunaux » ; qu'elle a, alors, attiré la société devant la juridiction prud'homale, pour lui réclamer une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande, l'arrêt retient qu'à partir du jour où, pour obtenir le paiement de ses indemnités, M. Fertray a assigné la société Wagner en liquidation de biens, au risque d'entraîner la disparition de celle-ci, l'employeur était fondé à ne plus accorder sa confiance à l'épouse de son adversaire ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 octobre 1986, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles.

OBSERVATIONS

En subordonnant le droit de licencier à l'existence d'une cause réelle et sérieuse, le législateur a réalisé, le 13 juillet 1973, une des réformes les plus importantes de ces quarante-cinq dernières années. La Cour de cassation a apporté une contribution non négligeable à cette réforme en précisant le sens et la portée des dispositions légales.

Elle a rapidement jugé que l'exigence d'une cause réelle et sérieuse concernait tous les licenciements (Soc. 20 oct. 1976, *Cottreau c. Dame Baloché*, *Bull. civ.* V, n° 500 ; *Dr. ouvr.* 1976. 431) alors que la question était controversée (voir *GA* 2^e éd., p. 367 et s.). Elle décide que les dispositions de l'article L. 122-14-3 « sont applicables à tous les licenciements, quelle que soit, notamment, l'importance numérique du personnel de l'entreprise dont fait partie le salarié licencié ». L'employeur ne peut donc, en toutes circonstances, licencier un travailleur que s'il existe une cause réelle et sérieuse : peu importe le caractère économique ou personnel du licenciement, l'ancienneté du salarié dans l'entreprise ou l'importance des effectifs de celle-ci (en ce sens, Soc. 15 nov. 1978, *D.* 1979. IR. 228, *Bull. civ.* V, n° 769). Chaque fois qu'un licenciement est prononcé, il doit être motivé par une cause réelle et sérieuse. Les nouveaux articles L. 1232-1 et L. 1233-2 consacrent expressément cette solution.

Elle a aussi précisé les règles de la preuve de la cause réelle et sérieuse telles qu'elles sont établies par l'article L. 122-14-3. Alors que la question du risque de la preuve est nettement réglée par le texte légal (« si un doute subsiste, il profite au salarié »), la répartition de la charge de la preuve entre les parties au procès et le juge saisi laissait place à interprétation. La Cour de cassation a décidé que l'absence de cause réelle et sérieuse était établie dès lors qu'une lettre de licenciement n'avait pas été notifiée au salarié ou que celle-ci ne mentionnait pas un motif précis de licenciement (arrêt n° 100 et obs. sous arrêts n°s 98-100). Elle a par ailleurs jugé, à plusieurs reprises, que les moyens de preuve obtenus par l'employeur à l'insu du salarié étaient illicites et ne pouvaient donc pas être pris en considération par le juge du fond (Soc. 20 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n° 519, *D.* 1992. 73, concl. Y. Chauvy : enregistrement des comportements des salariés à l'aide de moyens audiovisuels ; Soc. 15 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 167 et Soc. 26 nov. 2002, *Bull. civ.* V, n° 352, *D.* 2003. 1858, note J.-M. Bruguière, *Dr. soc.* 2003. 225, *RJS* 2/03, n° 149 et p. 104, avis J. Duplat : compte rendu de filature).

L'apport essentiel de la Cour de cassation concerne la notion même de cause réelle et sérieuse. En effet, la loi donne au juge la mission d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur sans préciser ce qu'il faut entendre par ces termes « réel » et

« sérieux ». Progressivement, sans éviter des revirements de jurisprudence, la Cour de cassation donne tous les éléments qui permettent de cerner la notion de cause réelle (I) et sérieuse (II).

I. — La cause réelle de licenciement

Après des années de tâtonnement, la Cour de cassation décide que la cause d'un licenciement n'est réelle que si elle est objective, existante et exacte.

A. — Une cause objective

Au cours des débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi du 13 juillet 1973, le ministre du Travail avait pris soin d'indiquer ce qu'il fallait entendre par cause réelle. La cause est réelle, avait déclaré le ministre, « si elle présente un caractère d'objectivité qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. La cause réelle peut être par exemple une faute, une inaptitude professionnelle ou une réorganisation de l'entreprise ». La cause réelle est d'abord « une cause objective ».

Malgré la netteté du propos, la Cour de cassation n'en a pas tenu compte dans un premier temps. Elle a jugé à plusieurs reprises que la perte de confiance vis-à-vis d'un salarié était une cause réelle et sérieuse de licenciement, alors même qu'aucun fait précis n'était reproché à ce salarié. Ainsi une salariée est-elle licenciée, à juste titre selon la Cour de cassation, au motif que l'employeur a des rapports tendus avec le mari de celle-ci (Soc. 26 juin 1980, *dame Voisin*, *Bull. civ. V*, n° 573 ; Soc. 6 juill. 1983, *Goupil*, *Bull. civ. V*, n° 395). La Cour de cassation juge également que la mésentente entre le gérant d'une société et un salarié constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement alors qu'aucune faute ou insuffisance professionnelle n'est alléguée à l'encontre du salarié (Soc. 22 oct. 1981, *Bull. civ. V*, n° 817). Bien que totalement subjective, la cause de licenciement est considérée comme une cause réelle.

Il faut attendre 1990 pour que la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et affirme dans l'arrêt *Fertray* (arrêt n° 103) « qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ». Cette interprétation est reprise dans de nombreuses décisions (Soc. 9 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 1, *Dr. soc.* 1992. 32, note F. Gaudu ; Soc. 25 juin 1991, *RJS* 10/91, n° 1081 ; Soc. 14 janv. 1998, *Bull. civ.*

V, n° 14 ; Soc. 6 oct. 1999, *RJS* 11/99, n° 1355). Dans un arrêt du 29 mai 2001 (*Bull. civ.* V, n° 183, *D.* 2002. 921, note A. Gardin), la chambre sociale de la Cour de cassation précise que « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; seuls ces éléments objectifs peuvent constituer une cause de licenciement ».

De ce caractère objectif de la cause de licenciement, inhérente à la personne du salarié, il résulte d'abord que seuls des faits commis par le salarié lui-même peuvent justifier le licenciement. Le comportement du mari de la salariée (arrêt n° 103), du concubin de celle-ci (Soc. 27 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 283, *RJS* 10/98, n° 1185), du fils du salarié (Soc. 12 janv. 1993, *Dr. soc.* 1993. 187) ou de la sœur de la salariée ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc. 21 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 113, *Dr. soc.* 2000. 565, note J. Savatier, *RJS* 5/00, n° 509).

Et lorsqu'il s'agit d'événements ou d'une situation concernant le salarié lui-même, encore faut-il que des éléments précis et vérifiables soient allégués par l'employeur et constatés par le juge pour que le licenciement soit justifié. Ainsi de simples soupçons que l'employeur peut avoir quant à des actes répréhensibles du salarié ne constituent pas une cause réelle de licenciement (Soc. 25 juin 1991, *RJS* 10/91, n° 1081 ; Soc. 16 mai 1991, *RJS* 7/91, n° 825 ; Soc. 12 mars 1991, *Dr. soc.* 1991. 626, *JCP E* 1991. II. 176. Voir cependant Soc. 14 janv. 1992, *RJS* 1992, n° 149 ; Soc. 12 mars 1991, *Bull. civ.* V, n° 120, *Dr. soc.* 1991. 626, note J. Savatier).

De même, la mésentente entre salariés ou entre le salarié et l'employeur (Soc. 5 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 50 ; *RJS* 4/02, n° 409 ; Soc. 27 nov. 2001, *Bull. civ.* V, n° 360 ; *RJS* 2/02, n° 4893), l'incompatibilité d'humeur (Soc. 2 avr. 2003, *RJS* 6/03, n° 719 ; Soc. 17 janv. 2001, *Bull. civ.* V, n° 13 ; *RJS* 3/01, n° 297), les difficultés relationnelles (Soc. 25 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 13) ne constituent pas, en elle-même, une cause de licenciement. L'employeur qui se contente de mentionner dans la lettre de licenciement « incompatibilité d'humeur » ou « mésentente » sans autre précision est condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (arrêts précités). Pour que la mésentente puisse justifier un licenciement, il faut qu'elle « repose objectivement sur des faits imputables au salarié concerné » (Soc. 27 nov. 2001, préc. : le juge qui constate qu'aucun fait dans le comportement du salarié n'est propre à justifier le comportement du personnel à son égard doit décider que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse).

B. — Cause existante et exacte

La réalité de la cause implique également que la cause alléguée par l'employeur soit à la fois existante et exacte.

La condition relative à « l'existence » semble évidente et banale. Lorsque la cause, alléguée par l'employeur pour justifier le licenciement, n'existe pas, il est incontestable que la cause alléguée n'est pas réelle. Cette exigence n'a pas été pourtant sans conséquence sur l'évolution de la jurisprudence. Les juges avaient, en effet, naturellement tendance à penser que c'était l'employeur, et non pas eux-mêmes, qui pouvait apprécier la qualité de la prestation professionnelle fournie par le salarié. Aussi décidaient-ils que l'insuffisance professionnelle du salarié, invoquée par l'employeur pour justifier le licenciement, constituait une cause réelle de licenciement, sans même vérifier en quoi consistait cette insuffisance professionnelle (Soc. 7 janv. 1976, *D.* 1976. IR. 41 ; Soc. 31 mars 1977, *JS UIMM* 1977. 348). Prenant conscience que la loi leur confiait la mission d'apprécier le caractère réel des motifs invoqués par l'employeur, les juges se mirent à exiger de l'employeur que celui-ci fasse état des manifestations précises de l'insuffisance professionnelle alléguée (Soc. 10 nov. 1981, *Dr. ouvr.* 1982. 198 ; Soc. 1^{er} juill. 1981, *Dr. ouvr.* 1982. 180) et à constater l'existence de celles-ci (Soc. 5 nov. 1981, *Dr. ouvr.* 1982. 180 ; Soc. 23 sept. 1981, *Dr. ouvr.* 1982. 189).

La condition relative à l'exactitude de la cause alléguée par l'employeur est plus originale. Elle ne se limite pas à la constatation que la cause alléguée par l'employeur n'existe pas et est donc, par la force des choses, inexacte. Elle permet de déclarer le licenciement irrégulier, alors même que le motif allégué par l'employeur existe, si les juges constatent, à la demande du salarié, que le véritable motif du licenciement est un autre motif dont l'employeur n'a pas fait état dans la lettre de licenciement. Ainsi sera jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement motivé officiellement par un vol mineur (qui a bien eu lieu), qui résulte en réalité du témoignage de la salariée, défavorable à l'employeur, dans un procès de divorce (Soc. 28 oct. 1981, arrêt n° 102). Cette situation se rencontre assez fréquemment lorsque le véritable motif de licenciement est un motif inavouable : participation à une grève, activité syndicale, action en justice pour faire respecter ses droits, demande d'exécution d'une promesse faite par l'employeur, motifs liés à la vie personnelle du salarié (Soc. 28 avr. 1994, *Dr. soc.* 1994. 719 ; Soc. 23 févr. 1977, *D.* 1977. IR. 161). Elle se rencontre également lorsque l'employeur veut dissimuler un licenciement pour motif économique en alléguant des fautes commises par le salarié. Les juges du fond qui déclarent le licenciement justifié en relevant que les fautes alléguées par l'employeur sont établies voient leur décision

cassée au motif qu'ils n'ont pas vérifié si, comme le prétendait le salarié, la cause exacte du licenciement était la fermeture de l'agence où travaillait ce dernier (Soc. 26 mai 1998, *RJS* 7/98, n° 840).

Ce contrôle de la réalité de la cause de licenciement a été, dans de nombreux litiges, le seul contrôle exercé par les juges. La cause, parce que réelle, était considérée par les juges comme une cause réelle et sérieuse. Ainsi lorsque l'insuffisance professionnelle ou les mauvais résultats du salarié étaient établis, les juges ne recherchaient pas si cette insuffisance professionnelle rendait impossible la continuation du contrat de travail (Soc. 7 févr. 1980, *Bull. civ. V*, n° 117 ; Soc. 11 févr. 1982, *Bull. civ. V*, n° 114 ; Soc. 15 juin 1983, *Bull. civ. V*, n° 325) ou si les mauvais résultats étaient imputables au salarié (Soc. 5 oct. 1983, *Bull. civ. V*, n° 472 ; Soc. 7 janv. 1981, *Jur. soc.* mars 1981, F. 27). Ils jugeaient que le licenciement était justifié.

De la même façon, lorsqu'une convention collective prévoyait expressément qu'un fait ou une situation déterminés pouvait entraîner le licenciement, les juges se contentaient de vérifier que la cause de licenciement, visée dans l'accord collectif, existait dans l'affaire qui leur était soumise ; ils ne recherchaient pas si cette cause réelle de licenciement était également une cause sérieuse (Soc. 11 janv. 1984, *Bull. civ. V*, n° 10 : le fait de ne pas avoir adressé un certificat médical en cas d'absence pour maladie dans le délai prévu par la convention collective est une cause réelle et sérieuse ; Soc. 17 oct. 1983, *Bull. civ. V*, n° 496 : le licenciement à l'expiration du délai de protection prévue par la convention collective a une cause réelle et sérieuse ; Soc. 14 mars 1985, *Dr. ouvr.* 1985. 472 : la mise à la retraite — à une époque où la mise à la retraite n'était pas encore un mode original de rupture du contrat de travail — est un licenciement justifié lorsque le salarié a atteint l'âge prévu par la convention collective sans que les juges recherchent si cet âge rendait impossible la continuation du contrat de travail).

Un grand pas a été franchi dans la protection des salariés lorsque les juges ont décidé de vérifier que la cause du licenciement présentait non seulement un caractère réel mais aussi un caractère sérieux. Ces deux caractères sont en effet nettement distincts et doivent, aux termes de la loi, être constatés l'un et l'autre par le juge pour que le licenciement soit déclaré justifié.

II. — Cause sérieuse

La cause réelle alléguée par l'employeur n'est une cause sérieuse que si elle est en relation avec la vie professionnelle et si elle rend impossible la continuation du contrat de travail.

A. — La cause pour être sérieuse doit être en relation avec la vie professionnelle

Que la cause alléguée par l'employeur soit une faute commise par le salarié ou un comportement non fautif, celle-ci ne peut pas être considérée comme une cause sérieuse de licenciement dès lors qu'elle concerne la vie personnelle du salarié. Le fait pour une salariée d'une concession automobile Renault d'acheter une voiture Peugeot ne constitue pas une cause sérieuse de licenciement ; dans sa vie personnelle, le salarié est libre d'acheter les biens de son choix (Soc. 22 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n° 30, *Dr. soc.* 1992. 329, note J. Savatier). De même, l'homosexualité d'un sacristain n'est pas une cause sérieuse de licenciement (Soc. 17 avr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 201, *Dr. soc.* 1991. 485, note J. Savatier, *JCP G*, 1991. II. 21724, note A. Seriaux, *CSB* 1991, A 33). Lorsque le comportement du salarié est fautif, et même pénalement répréhensible, il ne constitue pas une cause sérieuse de licenciement s'il est constaté en dehors du temps et du lieu de travail (Soc. 16 déc. 1997, *Bull. civ.* V, n° 441, *JCP E* 1999. 1247, note M.-C. Escande-Vargniol, *RJS* 2/98, n° 141; Soc. 26 sept. 2001, *RJS* 12/01, n° 1413 : « le fait imputé au salarié, qui s'était déroulé en dehors du temps de travail, relevait de sa vie personnelle et ne pouvait constituer une faute »).

Ce principe connaît cependant une atténuation et une exception. Une atténuation car les juges décident que des faits relevant de la vie personnelle peuvent « se rattacher à la vie professionnelle » et constituer à ce titre une cause sérieuse de licenciement. Ainsi l'agression physique commise par un salarié à son domicile en dehors de son temps de travail a pu être considérée comme une cause sérieuse de licenciement au motif qu'elle était exercée sur un salarié de l'entreprise qui venait récupérer un véhicule appartenant à celle-ci (Soc. 6 févr. 2002, *RJS* 4/02, n° 410).

Dans d'autres cas, il s'agit d'une véritable dérogation au principe car le comportement du salarié ne se rattache pas à la vie professionnelle. La Cour de cassation décide que « si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière » (Soc. 20 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n° 512 ; *Dr. soc.* 1992. 79, *RJS* 1/92, n° 3 : le vol commis par un agent de surveillance en dehors du temps de travail et du lieu où il exerçait son activité est retenu comme une cause sérieuse de licenciement). La dérogation au principe suppose, selon l'arrêt, la réunion de trois conditions ; l'une est relative à la finalité de l'entreprise (ici, le gardiennage d'entreprise), la deuxième relative

aux fonctions du salarié (agent de surveillance), la troisième concernant le trouble caractérisé au sein de l'entreprise, causé par le fait du salarié. À défaut d'un de ces trois éléments, le fait du salarié ne peut pas être retenu comme une cause sérieuse de licenciement.

Pour justifier cette dérogation, les arrêts plus récents font référence à une obligation particulière de loyauté qui pèserait sur le salarié en raison de ses fonctions dans l'entreprise. Ainsi une salariée d'une caisse d'allocations familiales, chargée de vérifier la véracité des déclarations des allocataires, est assujettie à une obligation particulière de loyauté et de probité. Elle viole celle-ci lorsque, en sa qualité d'allocataire, elle fait, auprès d'une autre caisse d'allocations familiales, une fausse déclaration ; une faute dans la vie personnelle devient ainsi une faute professionnelle justifiant le licenciement (Soc. 25 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 66, *Dr. soc.* 2003. 625, note J. Savatier, *RJS* 5/03, n° 581).

De toute façon, la cause rattachée à la vie professionnelle du salarié ne peut être une cause sérieuse de licenciement que si elle rend impossible la continuation du contrat de travail.

B. — La cause est sérieuse lorsqu'elle rend impossible la continuation du contrat de travail

La Cour de cassation a précisé la portée de cette condition en posant trois règles essentielles.

1. La première concerne le moment auquel il convient de se placer pour apprécier la réalité et le sérieux de la cause du licenciement : « la réalité et le sérieux du motif du licenciement s'apprécient au jour où la décision de rompre le contrat de travail est prise par l'employeur » (Soc. 5 janv. 1999, *RJS* 2/99, n° 166; Soc. 21 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 574). Il en résulte que les absences prolongées du salarié ne peuvent pas constituer une cause sérieuse de licenciement lorsque la décision de licencier est prise alors que le salarié a repris son travail (Soc. 5 janv. 1999, préc.). De même, les difficultés professionnelles avec le supérieur hiérarchique ne constituent pas une cause sérieuse dès lors que le supérieur hiérarchique n'est plus salarié de l'entreprise au jour du congédiement (Soc. 20 juill. 1989, *SA Ipem Hom c. Lluch*).

2. La seconde concerne le contenu de la notion de cause sérieuse. La Cour suprême a précisé les caractères que devait revêtir la faute commise par le salarié pour être qualifiée « cause sérieuse ». Il n'est pas nécessaire que cette faute soit grave, mais une faute légère ne saurait être une cause sérieuse de licenciement.

L'arrêt *Société Savoure c. Maillard* (Soc. 10 juin 1976, arrêt n° 101)

écarte l'assimilation, qui avait été préconisée par certains auteurs, entre la faute grave et la cause sérieuse. « Les fautes reprochées à Maillard, si elles constituaient des motifs réels et sérieux de licenciement, n'étaient pas suffisamment graves pour priver un vieil employé, ayant vingt-sept ans de services, des indemnités légales de rupture ». La Cour de cassation confirme ainsi l'interprétation qui avait été donnée par les cours d'appel et décide qu'il y a une graduation des fautes : la faute « sérieuse » rend nécessaire la rupture du contrat de travail et justifie le licenciement ; la faute grave implique une rupture immédiate du contrat de travail et fait perdre au salarié le droit au préavis et à l'indemnité de licenciement.

Cette distinction entre faute « sérieuse » et faute « grave » permet aux juges d'adopter des solutions nuancées ; lorsqu'un salarié commet une faute caractérisée, le juge peut affirmer le droit pour l'employeur de rompre le contrat, tout en maintenant au profit du travailleur le bénéfice du préavis et de l'indemnité de licenciement ; ce n'est que dans les cas où les agissements du salarié sont particulièrement graves que celui-ci perd le droit au préavis et à l'indemnité de licenciement. Cette solution est bien adaptée aux situations concrètes auxquelles donnent naissance les relations de travail. On comprend aisément que l'on ne puisse pas imposer à un employeur le maintien en poste d'un salarié qui commet des erreurs entraînant un mauvais fonctionnement d'un service, d'un atelier ou de l'entreprise. Il est donc nécessaire de qualifier cette faute « cause sérieuse » pour reconnaître à l'employeur le droit de licencier. Mais les erreurs du salarié ne sont pas obligatoirement d'une nature telle qu'elles doivent entraîner des « sanctions » complémentaires.

S'il n'est pas nécessaire qu'une faute soit grave pour constituer une cause sérieuse de licenciement, une faute légère ne saurait être un motif sérieux. Dans un arrêt *Namri* (Soc. 1^{er} déc. 1976, *Lég. soc.* n° 44, p. 21), la Cour de cassation rappelle que la cause du licenciement doit être à la fois réelle et sérieuse. Ce n'est point parce que la faute reprochée au salarié est réelle que le licenciement est justifié. En la circonstance, un chauffeur avait été congédié pour être arrivé en retard à son travail quatre fois en onze mois ; les retards avaient effectivement eu lieu, et la réalité de la faute n'était point contestée. La Cour de cassation approuve cependant les juges du fond d'avoir déclaré ce licenciement irrégulier, car, si la faute était réelle, elle ne constituait pas une cause sérieuse de licenciement. La loi du 13 juillet 1973 entraîne donc un changement important par rapport à la jurisprudence du licenciement abusif ; alors que les licenciements prononcés à la suite d'une faute légère n'étaient point déclarés abusifs (Soc. 13 déc. 1967, *Bull. civ.* V, n° 781, p. 663 ; Soc. 29 janv. 1969, *Bull. civ.* V, n° 53, p. 43), ils sont désormais irréguliers. Les juges ont ainsi exercé

un contrôle de proportionnalité entre la mesure prise (le licenciement) et la faute commise par le travailleur, annonçant ainsi le contrôle de proportionnalité que la loi allait imposer, en 1982, en matière disciplinaire.

3. La troisième règle concerne l'autorité ayant compétence pour apprécier si la cause alléguée par l'employeur a un caractère sérieux. L'article L. 122-14-3 (actuellement art. L. 1235-1) prévoit qu'il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur. La Cour de cassation en déduit qu'une convention collective ou que le contrat de travail ne peut pas imposer la qualification cause sérieuse en présence d'un fait déterminé (Soc. 2 mars 2005, *RJS* 2005 n°490 ; Soc. 14 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 367 : le juge n'est pas lié par la clause contractuelle prévoyant que la non-réalisation de l'objectif à concurrence de 20 % de l'objectif annuel constitue une cause de licenciement ; Soc. 6 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 229 ; *RJS* 6/98, n° 720 : la clause conventionnelle prévoyant que le contrat de travail peut être rompu lorsque le salarié malade n'envoie pas immédiatement à l'employeur le certificat médical d'arrêt de travail n'oblige pas le juge à retenir la cause sérieuse lorsque le salarié n'a pas adressé ce certificat). En revanche, le contrat de travail ou la convention collective peuvent limiter à des causes énumérées dans le contrat ou la convention les causes susceptibles de justifier un licenciement. Le juge est lié par ces clauses et ne peut pas décider qu'il existe une cause sérieuse en dehors des prévisions contractuelles ou conventionnelles (Soc. 14 oct. 1997, *Bull. civ. V*, n° 310, *Dr. soc.* 1997. 1100, note J. Savatier ; 10 juill. 2002, *Bull. civ. V*, n° 236 ; 3 déc. 2002, *Bull. civ. V*, n° 362, *Dr. soc.* 2003. 325, note J. Savatier).

En l'absence de clauses liant, dans un sens favorable au salarié, le juge dans l'appréciation de la cause sérieuse de licenciement, celui-ci apprécie souverainement le caractère sérieux ou non sérieux de la cause alléguée par l'employeur. La Cour de cassation a, en effet, décidé de ne plus exercer son contrôle sur la qualification « cause réelle et sérieuse » (Soc. 10 déc. 1985, *Blaze*, *Dr. soc.* 1986. 210 ; Soc. 11 déc. 1985, *Dr. soc.* 1986. 211 ; Soc. 18 déc. 1986, *Dr. soc.* 1987. 91, concl. G. Picca ; Soc. 21 janv. 1987, *Dr. soc.* 1987. 361 ; sur cet abandon par la Cour de cassation du contrôle de la qualification, voir le compte rendu de la table ronde organisée par le Parquet général de la Cour de cassation, publié à *Dr. soc.* 1986. 174 et s.). Elle se borne à vérifier la motivation de la décision du juge du fond et ne cassera celle-ci que pour défaut ou insuffisance de motif.

Ce contrôle de la motivation oblige les juges du fond à préciser en quoi la cause réelle est une cause sérieuse. Ainsi les juges du fond ne peuvent pas se contenter de relever une insuffisance des résultats

pour retenir une cause sérieuse de licenciement : « la seule insuffisance de résultats ne peut, en soi, constituer une cause de licenciement » (Soc. 30 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 143 ; *RJS* 5/99, n° 641). Les juges du fond doivent vérifier que les objectifs définis étaient raisonnables et compatibles avec le marché (Soc. 30 mars 1999, préc.). Lorsque les objectifs sont très difficiles à atteindre en raison des conditions d'exploitation du magasin (Soc. 3 févr. 1999, *Bull. civ.* V, n° 56 ; *RJS* 3/99, n° 351) ou d'une conjoncture difficile (Soc. 4 avr. 2001, *RJS* 6/01, n° 729), les juges du fond peuvent, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, décider que le licenciement ne procède pas d'une cause sérieuse.

En cas d'incapacité du salarié à tenir son emploi, les juges donnent une large portée à l'obligation de reclassement prévue aux articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail (actuellement art. L. 1226-2 et L. 1226-10) en recherchant si l'incapacité invoquée a un caractère sérieux. Il est jugé qu'il n'y a impossibilité de maintenir le contrat de travail que s'il est impossible de reclasser le salarié non seulement dans l'entreprise où il travaillait mais dans une des entreprises du groupe auquel appartient cette entreprise dès lors que les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la mutation du personnel d'une entreprise à l'autre (Soc. 18 avr. 2000, *RJS* 6/00, n° 660).

SANCTIONS DES LICENCIEMENTS NULS OU INJUSTIFIÉS

104. Soc. 30 avril 2003

Mme Velmon c. Association Groupe Promotrans

(*Bull. civ. V*, n° 152 ; *RJS* 7/03, n° 869, avis J. Duplat, p. 557 et s.)

ARRÊT

Attendu que Mme Velmon a été engagée le 10 octobre 1992 par l'association Promotrans, en qualité d'intervenant, pour assurer une mission d'enseignement par quatre contrats successifs à durée déterminée, portant sur la période du 10 octobre 1992 au 31 juillet 1996 ; que l'employeur a informé la salariée, début septembre 1996, de son intention de transformer les contrats en vigueur en contrat à durée indéterminée ; que, le 9 septembre 1996, elle a informé l'employeur de son état de grossesse ; que, le 16 octobre 1996, la salariée a refusé les nouvelles conditions de rémunération formulées par l'employeur dans le cadre d'une relation contractuelle à durée indéterminée ; que le 23 novembre 1996, en cours de procédure de licenciement, elle a envoyé à l'employeur un certificat médical de grossesse ; que la salariée a été licenciée le 26 novembre 1996 en raison du constat de désaccord sur la rémunération, avec un préavis d'un mois ; que la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande aux titres notamment de la requalification de ses contrats de travail en durée indéterminée, de la violation des dispositions légales relatives au temps partiel, de son licenciement nul pour être intervenu en violation des dispositions relatives à la protection de la maternité, ainsi que d'une demande de réintégration ; [...]

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 122-25-2 du Code du travail ;

Attendu que pour rejeter la demande de réintégration formée par la salariée, la cour d'appel, après avoir retenu que la salariée était en droit de bénéficier de la protection prévue à l'article L. 122-25-2 du Code du travail et qu'en conséquence le licenciement de Mme Velmon devait être déclaré nul, a énoncé qu'aucune obligation de réintégration par l'employeur n'est attachée à un licenciement nul, qu'en l'espèce le désaccord des parties sur le montant de la rémunération ne permet pas de l'ordonner ;

Attendu, cependant, que lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent ; qu'il en résulte qu'en cas de licenciement d'une salariée en état de grossesse, nul en application de l'article L. 122-25-2 du Code du travail, sa réintégration doit être ordonnée si elle le demande ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du premier moyen :

Casse et annule, mais seulement en ses dispositions ayant débouté la salariée de sa demande en réintégration au titre de son licenciement nul et en ses dispositions qui en sont la suite logique et nécessaire, l'arrêt rendu le 8 juin 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles (...).

OBSERVATIONS

Les sanctions, encourues par l'employeur qui a licencié un salarié sans en avoir le droit, sont diverses. Les licenciements nuls et les licenciements sans cause réelle et sérieuse génèrent des sanctions très différentes. Dans le premier cas, le licenciement, ne devant produire aucun effet, ouvre normalement la voie à une réintégration du salarié licencié. Dans le second, le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse n'a, en principe, droit qu'à des dommages-intérêts. L'opposition entre ces deux types de sanctions connaît cependant des atténuations d'autant que les sanctions frappant les licenciements sans cause réelle et sérieuse d'une part (I) comme celles qui frappent les licenciements nuls d'autre part (II) ne sont pas uniformes.

I. — Sanctions des licenciements sans cause réelle et sérieuse

Les articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du Code du travail (L. 1235-3 à L. 1235-5 recod) prévoient des sanctions différentes selon l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et les effectifs de celle-ci.

A. — Les sanctions spécifiques prévues à l'article L. 122-14-4 (L. 1235-3) ont soulevé un problème d'interprétation et un problème de conformité aux normes internationales

1. L'arrêt *Polyclinique Ducuing* (arrêt n° 83) règle le problème d'interprétation. Aux termes de l'article L. 122-14-4 (L. 1235-3), si un licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle ou qui n'est pas sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité. Cette indemnité ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Une partie de la doctrine donnait à ce texte une interprétation litté-

rale et estimait que le licenciement sans cause réelle et sérieuse était sanctionné de façon différente selon que le tribunal avait ou n'avait pas proposé la réintégration du travailleur irrégulièrement congédié. Si le tribunal avait proposé la réintégration et si celle-ci était refusée par l'une ou l'autre des parties, l'employeur devait être condamné à une indemnité au moins égale à six mois de salaires. Si, au contraire, le tribunal n'avait pas proposé la réintégration (ce qui était en son pouvoir puisque la loi prévoit que le juge « peut » proposer la réintégration), l'employeur et le salarié n'avaient pas la possibilité de refuser cette réintégration. Le texte légal prévoyant l'octroi d'une indemnité au moins égale à six mois de salaires « en cas de refus » de réintégration, le salarié, en l'absence d'un tel refus, ne pouvait prétendre utilement à cette indemnité.

L'arrêt n° 83 écarte cette interprétation et affirme au contraire de façon catégorique « que la disposition fixant un minimum de réparation ne peut être entendue comme limitée au seul cas d'appréciation par le juge d'une possibilité de réintégration effective ; qu'en l'absence de toute autre mesure d'indemnisation instituée par la loi, et compte tenu de l'intention du législateur, ladite disposition doit être considérée comme ayant une portée générale, applicable chaque fois que le licenciement a été effectué sans cause réelle et sérieuse, et qu'il n'y a pas réintégration ». Le droit à l'indemnité spéciale bénéficie donc à tous les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, qui peuvent invoquer les dispositions de l'article L. 122-14-4 (L. 1235-3) du Code du travail, et qui n'ont pas été réintégrés dans leur emploi. La chambre sociale de la Cour de cassation a eu postérieurement l'occasion de préciser que le montant minimum de la réparation instituée par cet article était dû en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, peu important que la procédure requise eût été ou non observée (Soc. 4 oct. 1978, *Guéguen*, D. 1979. IR. 227).

Le choix effectué par la Cour de cassation est heureux. L'interprétation littérale conduisait, en effet, à des distinctions dont il était impossible de découvrir la raison. Dans tous les cas, l'irrégularité commise par l'employeur est la même : le licenciement a été prononcé sans cause réelle et sérieuse. Dans tous les cas, le préjudice subi par le salarié est le même : il a perdu son emploi puisqu'il a été licencié et n'a pas été réintégré. On ne peut même pas avancer que l'indemnité spéciale est une sanction du refus de réintégration puisque le salarié, auteur d'un tel refus, a droit à cette indemnité.

2. La troisième sanction mentionnée à l'article L. 122-14-4 (maintenant à l'article L. 1235-4) a été à l'origine d'un contentieux de non-conformité de la norme nationale à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il a été soutenu que la condamnation

de l'employeur fautif à rembourser à l'Assedic les indemnités de chômage payées au salarié licencié violait d'une part les dispositions de l'article 6 paragraphe 1 de cette convention prévoyant que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial... » et d'autre part les dispositions de l'article 14 de ladite convention interdisant les discriminations.

Dans une série d'arrêts rendus le 18 janvier 1989 (*Bull. civ. V*, n^{os} 47 et 48 ; *RJS* 3/89, n^o 220 ; *D.* 1989. 320, note A. Jeammaud), la Cour de cassation a rejeté ces prétentions. L'employeur ne peut pas prétendre qu'il est condamné en l'absence de procès équitable ; l'Assedic est, par l'effet de la loi, partie au litige qui oppose l'employeur au salarié et ce litige fait l'objet d'un débat contradictoire sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse dont dépend la condamnation de l'employeur à rembourser les allocations chômage. Les droits de l'employeur sont d'autant plus garantis que l'article R. 1235-7 du Code du travail donne la possibilité à celui-ci de saisir le juge d'instance pour faire échec à une procédure en recouvrement par l'Assedic des remboursements ordonnés par le juge du fond. La contestation tirée d'une prétendue discrimination est également écartée puisque le Code du travail subordonne le remboursement des allocations de chômage « à un double critère objectif tenant à l'importance de l'entreprise et à l'ancienneté du travailleur licencié ».

B. — Le champ d'application de ces sanctions spécifiques a également fait problème, spécialement après l'adoption de la loi du 18 janvier 1991 autorisant les salariés à se faire assister par un conseiller extérieur à l'entreprise, lorsque celle-ci ne comportait pas d'institutions représentatives du personnel.

Pour sanctionner le droit des salariés à cette assistance, le législateur a prévu qu'« à l'exception des dispositions... relatives à l'assistance d'un salarié par un conseiller, les dispositions de l'article L. 122-14-4 ne sont pas applicables aux licenciements des salariés qui ont moins de deux années d'ancienneté dans l'entreprise et aux licenciements opérés par les employeurs qui occupent habituellement moins de onze salariés ».

Deux lectures de ce texte ont été proposées. Selon une première lecture, ce texte renvoyait à l'article L. 122-14-4 seulement en ce qui concernait la sanction des irrégularités procédurales. Les salariés qui avaient été licenciés sans avoir été avertis qu'ils pouvaient se faire assister par un conseiller extérieur à l'entreprise pouvaient obtenir une indemnité qui ne pouvait pas être supérieure à un mois de salaire ; en revanche, si ce licenciement, irrégulier sur le plan formel, n'avait

pas de cause réelle et sérieuse, le salarié n'avait pas droit à l'indemnité minimale de six mois de salaires. L'autre lecture conduisait à appliquer l'ensemble des dispositions de l'article L. 122-14-4 au profit des salariés qui n'avaient pas été informés de leur droit à se faire assister par un conseiller extérieur à l'entreprise ; si le licenciement n'avait pas de cause réelle et sérieuse, ils avaient droit à une indemnité minimale de six mois de salaires.

La Cour de cassation a opté pour la seconde lecture dans un arrêt du 19 juillet 1995 (Soc. 19 juill. 1995, *Dr. soc.* 1995. 934, obs. J. Savatier), puis dans un arrêt du 13 novembre 1996 (Soc. 13 nov. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1096, obs. Ph. Waquet). D'autres arrêts ont suivi, affirmant toujours que les sanctions de l'article L. 122-14-4 étaient applicables « qu'il s'agisse de la sanction de l'irrégularité de la procédure ou de celle résultant de l'absence de cause réelle et sérieuse » (voir notamment l'arrêt du 26 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 233, qui condamne l'employeur à rembourser les indemnités de chômage versées par l'Assedic). Pour justifier cette solution, il était écrit que la Cour tirait « les conséquences inévitables d'un texte qui s'imposait à elle » (*Dr. soc.* 1996. 1097).

La Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Elle adopte désormais la première lecture du texte. L'irrégularité de procédure est, par application de l'article L. 122-14-4, sanctionnée par une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire, mais l'absence de cause réelle et sérieuse est sanctionnée par une indemnité versée en application de l'article L. 122-14-5 alinéa 2 (Soc. 5 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 41 ; *RJS* 4/03, n° 440).

Cette interprétation est assez surprenante. Elle ne respecte pas le principe selon lequel « où la loi ne distingue pas, il ne faut pas distinguer ». Ici l'article L. 122-14-5 précise que les dispositions de l'article L. 122-14-4 s'appliquent, de façon exceptionnelle, aux salariés qui n'ont pas deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou qui travaillent dans une entreprise employant moins de onze salariés, sans faire de distinction entre les différentes sanctions prévues à cet article. L'application normale de la loi conduit à appliquer aussi bien les sanctions de l'absence de cause réelle et sérieuse que celles d'une irrégularité de procédure. Par ailleurs, cette interprétation ne permet pas d'atteindre le but poursuivi par le législateur qui était de sanctionner de façon originale et particulièrement rigoureuse la violation par l'employeur du droit pour le salarié de se faire assister par une personne extérieure à l'entreprise, en l'absence de représentation du personnel. L'interprétation retenue conduit en effet à fixer un montant maximal à l'indemnisation due au salarié lorsque l'irrégularité concerne l'assistance par un conseiller de son choix (un mois de salaire) alors que le juge est libre de fixer le montant de l'indemnité en fonction du préjudice subi dans les autres cas d'irrégularité formelle.

Désavantagé, lorsque c'est seulement l'irrégularité formelle qui est sanctionnée, ce salarié licencié n'a plus l'avantage d'obtenir une indemnité plus importante que celle allouée aux autres salariés lorsque le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse.

La recodification (à droit constant ?) a consacré cette évolution jurisprudentielle. L'article L. 1235-5 du nouveau Code du travail rend applicables les dispositions de l'article L. 1235-2 relatives aux sanctions des irrégularités de procédure en cas de méconnaissance des dispositions concernant l'assistance du salarié par un conseiller. Il prévoit, en revanche, que les dispositions relatives à l'absence de cause réelle et sérieuse prévues à l'article L. 1235-3 ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés sans prévoir d'exception concernant la méconnaissance des dispositions concernant l'assistance du salarié par un conseiller.

II. — Sanctions des licenciements nuls

Le droit de licencier est, de façon générale, subordonné au respect de certaines conditions de forme et de fond. Mais dans certaines situations, normalement prévues par le législateur, l'employeur ne peut procéder à un licenciement qu'après avoir obtenu une autorisation administrative (licenciement des représentants du personnel ou des syndicats, conseillers prud'hommes...) ou, de façon encore plus radicale, n'a pas le droit de licencier. Les textes interdisant à l'employeur de licencier visent d'assez nombreuses situations dont on peut donner quelques exemples : aucun salarié ne peut être licencié en raison d'un des motifs discriminatoires mentionnés à l'article L. 122-45 (actuellement L. 1132-1 et L. 1132-4) du Code du travail, en raison de l'exercice normal du droit de grève (art. L. 1132-2), pendant la période de suspension du contrat résultant d'un accident du travail, d'une maladie professionnelle (art. L. 1226-9 lorsque le salarié n'a pas commis de faute grave et quand il n'est pas impossible de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie), d'une maternité (art. L. 1225-4 en dehors des cas de faute grave non liée à l'état de grossesse ou de l'impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accouchement)).

Dans les cas où un licenciement a été prononcé alors que l'employeur n'avait pas le droit de licencier, les juges déclarent le licenciement nul. Mais la nullité n'entraîne pas toujours les mêmes effets.

Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation a jugé que la nullité du licenciement n'entraînait pas la réintégration effective du

salarié dans son emploi. Il était avancé que l'obligation de réintégrer est une obligation de faire et qu'en application de l'article 1142 du Code civil, toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution du débiteur. Il a fallu attendre l'arrêt *RevetSol* (arrêt n° 154), rendu le 14 juin 1972, pour que la victime d'un licenciement nul puisse obtenir l'exécution en nature de l'obligation de réintégration. Depuis cet arrêt, la réintégration des salariés dans leur emploi après un licenciement nul s'est généralisée. Initialement reconnue au profit des salariés protégés, elle peut être obtenue par les salariés dits ordinaires (A). Mais la réintégration n'est pas toujours souhaitée par le salarié licencié. La nullité est alors sanctionnée par l'attribution de dommages-intérêts (B).

A. — La réintégration

L'arrêt n° 104, rendu à propos du licenciement d'une femme en état de grossesse, utilise pour la première fois une formulation très générale : « lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent ; il en résulte qu'en cas de licenciement d'une salariée en état de grossesse, nul en application de l'article L. 122-25-2 du Code du travail, sa réintégration doit être ordonnée si elle le demande ».

1. Il est intéressant de relever que la solution adoptée pour le licenciement illicite d'une femme en état de grossesse est présentée comme l'application d'un principe général. Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi.

Peu importe la rédaction du texte légal affirmant la nullité du licenciement. Il n'est point nécessaire que le législateur ait expressément prévu la poursuite du contrat de travail en cas de nullité, comme il le fait pour les licenciements annulés à la suite de l'annulation d'une procédure de licenciement collectif (art. L. 1235-10 nouv. C. trav.) ou pour les licenciements consécutifs à une action en justice en matière de discrimination (art. L. 1132-4 nouv. C. trav.) ou d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (art. L. 1144-3 nouv. C. trav.).

Par ailleurs, la prévision légale selon laquelle le licenciement nul peut donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts (qui est prévue à l'article 1225-71 nouv. C. trav.) n'écarter pas le droit à la réintégration. La sanction pécuniaire envisagée par le législateur n'a pas un caractère exclusif. Elle n'a même pas un caractère principal. Le licenciement nul, comme tout acte nul, ne doit produire aucun effet. Tout se passe comme si le licenciement n'avait jamais eu lieu : le contrat de travail continue à produire ses effets. L'employeur a l'obligation

de maintenir le salarié dans son emploi et de lui verser les salaires convenus. La sanction pécuniaire n'est que subsidiaire ou complémentaire. Elle est subsidiaire dans les hypothèses où le salarié ne demande pas sa réintégration. Elle joue un rôle complémentaire lorsque la réintégration ne répare pas l'intégralité du préjudice causé par le licenciement nul.

2. En dehors des cas où une ordonnance de référé ordonne le maintien du contrat de travail alors que le salarié licencié est en cours de préavis, la réintégration du salarié dans son emploi ne fait pas disparaître l'intégralité du préjudice subi par le salarié. Celui-ci a été privé de salaires pendant la période comprise entre la date où le licenciement est effectif et celle de sa réintégration. Les juges condamnent en conséquence l'employeur au paiement d'une « somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé » (Soc. 3 juill. 2003, *Herbaux*, *Bull. civ. V*, n° 214, *RJS* 10/03, n° 1141). Si le salarié a, au cours de cette période, perçu un salaire en travaillant pour le compte d'une autre entreprise ou reçu un revenu de remplacement versé par un organisme social (Assedic ou caisse de sécurité sociale), ces sommes sont déduites du montant de la réparation du préjudice subi. (Soc. 3 juill. 2003, *préc.*).

L'allocation aux salariés d'une somme égale au montant des salaires dont ils ont été privés répare, selon la Cour de cassation, le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement. Il n'y a pas lieu de leur attribuer une indemnité supplémentaire (Soc. 3 juill. 2003, *préc.*). Ceci ne signifie pas que les salariés victimes d'un licenciement nul ne pourront jamais obtenir une indemnisation d'un montant supérieur à la perte de salaires ; la condamnation de l'employeur au versement d'une indemnité supplémentaire reste possible mais elle est subordonnée à l'existence d'un préjudice distinct de celui résultant du caractère illicite du licenciement, dont le salarié doit rapporter la preuve.

B. — L'indemnisation en l'absence de réintégration

Le salarié, qui a désormais toujours le droit de demander la réintégration dans son emploi lorsque le licenciement est nul, peut préférer ne pas exercer ce droit et demander seulement l'attribution de dommages-intérêts. Il a alors droit d'une part aux indemnités de rupture du contrat de travail (indemnité de préavis, indemnité légale ou conventionnelle de licenciement quel que soit le motif de la rupture), d'autre part à une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant

tant du caractère illicite du licenciement, dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond dès lors qu'il est au moins égal à celui prévu par l'article L. 1235-3 (ancien L. 122-14-4) du Code du travail (Soc. 17 déc. 2002, *Bull. civ.* V, n° 390 ; *RJS* 3/03, n° 337 ; Soc. 12 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 219 ; Soc. 27 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 250). Cette indemnité d'un montant minimal de six mois est due quelle que soit l'ancienneté du salarié dans l'entreprise ou la taille de celle-ci (Soc. 21 sept. 2005, *Bull. civ.* V, n° 262).

L'ABUS DU DROIT DE ROMPRE

105. Civ. 5 février 1872

Chemins de fer de Lyon c. Falcoz

(DP 1873. I. 63)

ARRÊT

La Cour ; — Vu l'article 1382 du Code civil ; — Attendu que nul n'est en faute et passible de dommages-intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit ; — Attendu qu'il est de principe que le louage de services, sans détermination de durée, peut toujours cesser par la libre volonté de l'un ou de l'autre des contractants, en observant toutefois les délais de congé commandés par l'usage, ainsi que les autres conditions expresses ou tacites de l'engagement ; — Attendu que le jugement attaqué (du tribunal de commerce de Chambéry, du 17 juill. 1869), sans constater de la part de la Compagnie demanderesse aucune infraction à ces conditions, ni aucune faute, l'a néanmoins condamnée à payer une indemnité à l'employé Falcoz, se fondant uniquement sur ce qu'il ne peut être facultatif à une compagnie de chemins de fer de renvoyer ses employés sans indemnité et sans motifs légitimes, et sur ce qu'il n'était pas établi que Falcoz eût encouru, à l'époque de sa révocation, une mesure aussi sévère ; qu'en statuant ainsi, ledit jugement a faussement appliqué et par suite violé l'article 1382 du Code civil ;

Par ces motifs : Casse et annule...

OBSERVATIONS

L'arrêt du 5 février 1872, *Chemin de fer de Lyon c. Falcoz* traduit les choix qui ont été faits par les juges et qui ont été maintenus jusqu'à la réforme législative du 13 juillet 1973. Au début de la seconde moitié du XIX^e siècle, plusieurs juridictions d'appel, faisant œuvre créatrice, décidaient qu'un salarié licencié avait droit à réparation lorsque la rupture du contrat avait lieu sans justes motifs (Paris 12 févr. et 16 mars 1958, DP 1858. 2. 215 ; Rouen 9 févr. 1859, DP 1861. 2. 52 ; Paris 16 févr. 1863, DP 1863. 2. 127). Dans l'arrêt n° 105, tout en admettant que le salarié peut obtenir des dommages-intérêts à l'occasion d'un licenciement, la Cour de cassation décide que l'absence de motifs légitimes ne justifie pas, par elle-même, l'attribution d'une

indemnité ; l'arrêt vise l'article 1382 du Code civil et décide que l'employeur ne peut être condamné à payer une indemnité que s'il a commis une faute. C'est tout à la fois écarter l'exigence de motifs légitimes pour qu'un licenciement soit régulier et admettre que le licenciement peut être abusif.

I. — L'employeur a le droit de licencier un salarié en l'absence de motif légitime

Cette affirmation très nette de l'arrêt du 5 février 1872 était toujours exacte un siècle plus tard. Les réformes législatives du 27 décembre 1890, puis du 19 juillet 1928, n'entraînèrent aucun revirement de jurisprudence. Une partie de la doctrine avait crû, spécialement, après la loi du 19 juillet 1928, que l'employeur ne pouvait plus licencier un salarié, sans justifier sa décision par l'existence d'un motif légitime ; la nouvelle loi ne précisait-elle pas : « le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat » ? Ne fallait-il pas en conclure que l'auteur de la rupture ne pouvait valablement rompre le contrat que s'il existait un motif légitime ?

La Cour de cassation rejeta cette interprétation ; l'employeur avait certes l'obligation d'alléguer en justice un motif de licenciement, mais il n'avait point à en établir l'existence. Alléguait-il un motif invérifiable, il respectait la disposition légale et ne pouvait être condamné. Ainsi un employeur pouvait-il licencier très régulièrement un salarié en alléguant que celui-ci avait été surpris en train d'écouter à la porte du directeur ; les juges du fond qui avaient décidé que le grief était incontrôlable, et que le renvoi était par conséquent abusif, voient leur décision cassée (Soc. 19 janv. 1961, *JCP* 1961. IV. 30). Le motif allégué était-il vérifiable, les juges du fond n'avaient pas pour autant mission d'en contrôler, en toutes circonstances, l'exactitude. L'employeur étant maître et responsable de l'organisation de son entreprise, les juges du fond ne devaient point, décidait la Cour de cassation, vérifier la réalité de l'insuffisance professionnelle du salarié ou de la réorganisation de l'entreprise ; s'ils se hasardaient à condamner un employeur qui ne précisait pas ce qu'il entendait par insuffisance professionnelle, leur décision était cassée au motif que « l'employeur demeure juge des raisons d'ordre technique qui peuvent le déterminer à se priver du concours d'un employé qu'il estime insuffisant » (Soc. 22 avr. 1964, *JCP* 1964. II. 13732 ; dans le même sens, Soc. 13 mars 1963, *Bull. civ.* IV, p. 198 ; 5 déc. 1963, *ibid.* IV, p. 709 ; Soc. 5 nov. 1970, *ibid.* V, n° 592, p. 485) ; de la même façon, s'ils condamnaient un employeur qui, licenciant plusieurs directeurs, avait seulement

allégué son droit de choisir ses collaborateurs, leur décision était cassée ; ils ne pouvaient pas exiger que cet employeur établisse un motif autre que son bon plaisir (Soc. 18 déc. 1972, *Bull. civ. V*, p. 637).

II. — Si l'employeur avait le droit de licencier sans rapporter la preuve de l'existence d'un motif légitime, il ne devait pas commettre de faute en exerçant son droit de résiliation unilatérale

En visant l'article 1382 du Code civil et en relevant qu'aucune faute de l'employeur n'avait été constatée, l'arrêt *Chemin de fer de Lyon* consacrait déjà le principe selon lequel l'employeur ne devait pas abuser de son droit de licencier. De 1872 à 1973, la jurisprudence nuance ses positions et améliora la protection des salariés contre le licenciement, mais les principes restèrent les mêmes tout au long de cette période.

A. — Le salarié ne pouvait obtenir de dommages-intérêts pour licenciement abusif que si l'employeur s'était rendu coupable d'un fait précis constitutif d'abus

La notion de faute fut certes entendue de plus en plus largement ; la légèreté blâmable pouvait, au même titre que l'intention de nuire, entraîner une condamnation de l'employeur. Mais, en toutes circonstances, la faute reprochée à l'auteur du licenciement devait être caractérisée : les juges du fond ne pouvaient pas, en 1972 comme dans les années antérieures, condamner un employeur pour licenciement abusif en l'absence de « fait précis constitutif d'abus » (Soc. 18 déc. 1972, *Bull. civ. V*, p. 637). La faute de l'employeur pouvait être une atteinte aux libertés publiques ou à la vie privée d'un salarié ; ainsi a-t-il été jugé que le licenciement d'un salarié pour des raisons politiques (Soc. 26 janv. 1966, *Bull. civ. IV*, p. 89) ou syndicales (Soc. 22 mai 1964, *Bull. civ. IV*, p. 341 ; Soc. 30 janv. 1963, *Bull. civ. IV*, p. 86) était abusif ; de même, était abusif, le licenciement d'un travailleur au motif qu'il s'était remarié (Ch. mixte 17 oct. 1975, *D.* 1976. 511 ; en sens contraire, Ass. plén. 19 mai 1978, *D.* 1978. 546) ou qu'il refusait de quitter sa femme (Soc. 8 juill. 1960, *D.* 1960, *Somm.* 95) ou qu'il ne voulait point épouser une personne déterminée (Paris 1^{er} juin 1900, *DP* 1904. 1. 299).

La faute de l'employeur pouvait également tenir à son attitude au moment du licenciement ; l'employeur qui insultait le salarié ou se rendait coupable, de violences à son égard (Soc. 18 juin 1959, *D.*

1960, *Somm.* 15 ; *Soc.* 24 oct. 1973, *D.* 1973, *IR.* 228), qui notifiât le licenciement à un travailleur, dans des conditions humiliantes (*Soc.* 20 janv. 1966, *Bull. civ.* IV, n° 97 ; *Soc.* 6 mars 1969, *D.* 1969, *Somm.* 92) ou qui laissait entendre, par son comportement, que le salarié avait commis des fautes graves (*Soc.* 18 févr. 1955, *ICE* 1955. 413), était condamné pour licenciement abusif.

Le caractère brusque de la rupture pouvait aussi, en l'absence de faute grave du salarié, constituer un abus. Si la brusque rupture était normalement sanctionnée de façon autonome par le versement d'une indemnité de préavis, elle pouvait également, lorsqu'elle revêtait un caractère injurieux, constituer un licenciement abusif (licenciement en cours de travail : *Soc.* 4 nov. 1961, *D.* 1962, *Somm.* 28 ; licenciement d'un ingénieur qui trouve son laboratoire fermé en arrivant à l'usine et qui est prié de quitter les lieux, la notification écrite du congédiement n'intervenant que le lendemain : *Soc.* 6 mai 1955, *Dr. soc.* 1955. 437).

Enfin, en l'absence même de comportements fautifs au moment de la rupture ou d'atteintes à des droits du salarié, l'employeur pouvait se voir reprocher sa « légèreté ». Il y a certaines obligations qui lient les employeurs, soit parce qu'ils ont pris des engagements vis-à-vis de tel ou tel salarié en promettant par exemple une certaine stabilité dans l'emploi, soit parce que certaines pratiques professionnelles sont habituellement suivies. Ainsi, un employeur commettait-il une faute en licenciant, peu de temps après l'embauche, un salarié à qui il avait laissé espérer une stabilité de l'emploi (*Soc.* 11 févr. 1960, *Bull. civ.* IV, p. 134 ; *Soc.* 24 févr. 1955, *Bull. civ.* IV, n° 172, p. 127 ; *Soc.* 17 nov. 1966, *D.* 1967. 66 ; *Soc.* 12 févr. 1970, *D.* 1970, *Somm.* 90) ou en licenciant, pour le seul motif de son âge, un salarié qui était très ancien dans l'entreprise et qui n'avait pas encore atteint l'âge de la retraite (*Soc.* 20 oct. 1971, *Bull. civ.* V, n° 570 ; *Soc.* 9 mai 1972, *D.* 1972, *Somm.* 122). En définitive, la jurisprudence ne faisait rien d'autre qu'appliquer la méthode retenue dans le droit de la responsabilité pour savoir si une personne commet une faute : elle comparait la conduite de l'employeur à la conduite d'un employeur normalement diligent.

B. — La preuve de l'abus

De la même façon, au regard de la charge de la preuve, la jurisprudence a maintenu tout au long de cette période, allant de 1872 à 1973, le principe selon lequel la preuve de l'abus devait être rapportée par le salarié.

Ce principe n'est, là encore, qu'une application de droit commun : la charge de la preuve incombe à celui qui invoque un droit ; le salarié

étant demandeur doit, pour obtenir réparation du préjudice subi, établir d'existence de ce préjudice et celle de la faute commise par l'employeur.

Même après le vote des lois du 27 décembre 1890 et du 19 juillet 1928 relatives à la rupture abusive du contrat de travail, la Cour de cassation maintint sa position (Civ. 18 mars 1930, *DP* 1930. 1. 71, et très nombreux arrêts ultérieurs).

La jurisprudence améliora cependant la protection des travailleurs, en particulier dans les hypothèses où ceux-ci arrivaient à établir que le motif avancé par l'employeur était inexact. L'inexactitude du motif allégué n'établissait pas, par elle-même, la faute de l'employeur (Soc. 24 juin 1954, *D.* 1954. 699) ; l'employeur pouvait toujours alléguer un nouveau motif et éviter ainsi une condamnation (Soc. 20 févr. 1969, *Bull. civ.* V, n° 124) ; il pouvait même changer plusieurs fois de motifs sans que la succession de motifs inexacts constitue un abus (Soc. 8 déc. 1960, *Bull. civ.* IV, n° 147). Mais la preuve de l'inexactitude du motif allégué pouvait entraîner la condamnation de l'employeur lorsque l'allégation mensongère avait porté atteinte à l'honorabilité du salarié : en jetant à tort la suspicion sur la probité d'un salarié, l'employeur commettait une faute dont il devait réparation (Soc. 22 janv. 1948, *Bull. civ.* III, n° 91 ; Soc. 19 oct. 1960, *D.* 1961, *Somm.* 20 ; Soc. 30 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 263) ; en alléguant à tort une négligence du salarié, l'employeur qui mettait injustement en cause la conscience professionnelle du salarié commettait une faute et devait indemniser le travailleur à qui il avait porté préjudice (Soc. 19 mai 1958, *Bull. civ.* IV, n° 611 ; Soc. 1^{er} juill. 1965, *Dr. soc.* 1966. 103).

En dehors même de ces cas où le mensonge de l'employeur emportait directement un préjudice pour le salarié, la jurisprudence admettait que l'inexactitude du motif allégué pouvait établir la faute de l'employeur si celui-ci n'avait aucun autre motif. L'inexactitude du motif ne constituait pas un abus, mais elle donnait au silence de l'employeur un caractère fautif. Les juridictions décidaient qu'en prononçant un licenciement sous un « fallacieux prétexte », l'employeur agissait avec une légèreté blâmable et devait réparation au travailleur congédié (Soc. 15 mars 1957, *Bull. civ.* IV, n° 1062 ; Soc. 20 févr. 1959, *Bull. civ.* IV, n° 268 ; Soc. 11 mai 1964, *JCP* 1964. 11. 13768).

III. — La loi du 13 juillet 1973 allait-elle mettre fin à cette jurisprudence du licenciement abusif ?

Dans la mesure où le droit de licencier devient un « droit causé », le licenciement sans cause réelle et sérieuse est un licenciement injustifié ; ce n'est pas un licenciement abusif.

Pour qu'il y ait abus du droit, il faut qu'il existe un droit. En l'absence de cause réelle et sérieuse, l'employeur n'a pas le droit de licencier ; s'il licencie sans en avoir le droit, l'employeur viole la règle de droit. Cette violation sera sanctionnée, mais la technique de l'abus du droit n'a, en principe, plus aucun rôle à jouer.

Il ne faudrait cependant pas en conclure que les licenciements abusifs n'existent plus en droit positif.

Le législateur a lui-même utilisé malencontreusement l'expression « licenciement abusif » dans l'article L. 122-14-5 (actuellement art. L. 1235-5) pour caractériser les licenciements intervenus irrégulièrement, pour irrégularité de procédure ou pour absence de cause réelle et sérieuse, lorsque les salariés licenciés ont moins de deux années d'ancienneté dans l'entreprise ou lorsqu'ils sont employés par une entreprise qui occupe habituellement moins de onze salariés. Pour bien marquer que l'usage de l'expression « licenciement abusif » ne correspond pas à la signification habituelle de l'abus du droit, les juridictions qui sont amenées à faire application de cet article précisent que le licenciement « est abusif au sens de l'article L. 122-14-5 du Code du travail » (Soc. 9 mars 1993, *Dr. soc.* 1993. 338 ; Soc. 30 mai 1990, *D.* 1990. 539).

En dehors même de ces licenciements abusifs d'un type original, on peut rencontrer des situations où l'employeur a le droit de licencier (il existe une cause réelle et sérieuse) et où il abuse de son droit. Ceci se produit lorsque l'employeur rompt le contrat en portant atteinte à la réputation ou à l'honorabilité du salarié (Soc. 22 juill. 1981, *Dr. ouvr.* 1982. 188 ; Soc. 13 mai 1980, *Bull. civ.* V, n° 320).

La Cour de cassation admet également qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse soit également considéré comme un licenciement abusif ; le salarié licencié dans ces conditions percevra une indemnité minimale de six mois et une autre indemnité en réparation du préjudice résultant du caractère abusif du licenciement. Ceci se produira lorsque le salarié est licencié dans des conditions vexatoires (Soc. 12 mars 1987, *Bull. civ.* V, n° 147, *Dr. ouvr.* 1987. 393 ; Soc. 5 déc. 1995, *CSB* 1996. 35, *Bull. civ.* V, n° 35) ou lorsque l'employeur a fait preuve d'une légèreté blâmable (Soc. 15 déc. 1999, *RJS* 2/00, n° 161). Si la dualité des fautes commises par l'employeur et des préjudices subis par le salarié peut expliquer le cumul des indemnités, il serait préférable de ne pas faire état d'un licenciement « abusif » dans cette dernière situation ; l'employeur, n'ayant pas le droit de licencier en raison de l'absence de cause réelle et sérieuse, ne peut pas abuser de ce droit. Il est l'auteur d'un licenciement irrégulier et d'une autre faute contractuelle.

HUITIÈME PARTIE

LES LICENCIEMENTS POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Les licenciements pour motif économique obéissent à des règles originales de procédure (n^{os} 108 à 111) et sont prononcés en fonction d'un ordre établi entre tous les salariés de l'entreprise (n^{os} 112 et 113). Comme les licenciements pour motif personnel, ils doivent être justifiés par une cause réelle et sérieuse. Le contrôle de l'existence d'une cause économique, réelle et sérieuse, est à l'origine d'une jurisprudence qui assure aux salariés une véritable protection contre les licenciements économiques (n^{os} 114 à 116). Pour déterminer si l'ensemble de ces règles propres aux licenciements pour motif économique est applicable, il faut, en premier lieu, donner une qualification au licenciement (n^{os} 106 et 107).

106-107

QUALIFICATION « LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE »

106. Soc. 10 octobre 1990 — 107. Soc. 13 avril 1999

106. Soc. 10 octobre 1990

Mme Méchin c. Saille et autres

(Bull. civ. V, n° 442)

ARRÊT

Sur les deux moyens réunis :

Attendu selon les énonciations des juges du fond, que Mme Méchin, employée d'immeuble au service de la copropriété « Résidence Mirabeau », a été licenciée par lettre du 27 décembre 1984 pour des motifs tant personnels qu'économiques ;

Attendu que Mme Méchin fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Angers 22 sept. 1987) de l'avoir déboutée de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, d'une part, que le licenciement prononcé pour cause disciplinaire faisait obligation à l'employeur d'indiquer dans la lettre de licenciement les motifs ayant entraîné celui-ci, de sorte que les articles L. 122-40 et L. 122-41 du Code du travail ont été violés, et alors, d'autre part, que la cour d'appel a décidé à tort que les particuliers occupant des employés de maison étaient exclus du champ d'application de la procédure de licenciement pour motif économique, de sorte qu'en refusant de considérer qu'une copropriété peut constituer une entreprise visée par l'article L. 321-7 du Code du travail, la cour d'appel l'a violé ;

Mais attendu, d'une part, qu'en cas de coexistence d'un motif personnel et d'un motif économique à l'appui d'un licenciement, il convient de s'attacher à celui qui en a été la cause première et déterminante ; que la cour d'appel ayant constaté que le motif économique était en l'espèce prépondérant, la décision attaquée échappe aux critiques du premier moyen ; Attendu, d'autre part, qu'un syndicat de copropriétaires n'étant pas en soi une entreprise au sens de l'article L. 321-3, alors en vigueur, du Code du travail, le second moyen n'est pas plus fondé que le précédent ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

107. Soc. 13 avril 1999**Sté SGS Qualitest c. Kebouchi et autres***(Bull. civ. V, n° 171 ; RJS 5/99, n° 711)***ARRÊT**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris 12 sept. 1996) que M. Kebouchi a été licencié pour motif économique le 22 septembre 1993 par la société SGS Qualitest ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir alloué des dommages-intérêts à M. Kebouchi et d'avoir condamné la société SGS Qualitest au remboursement des allocations de chômage dans la limite de quatre mois, alors, selon le moyen, qu'il y a licenciement pour motif économique chaque fois que le nombre d'emplois de la catégorie de celui occupé par le salarié licencié, en raison de l'ordre des licenciements, a été réduit et que l'employeur, tenant compte des postes disponibles a proposé à l'intéressé un emploi, même de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle du contrat de travail ; qu'en l'espèce, la société faisait valoir, dans ses conclusions d'appel, que le poste de M. Kebouchi avait été supprimé, suite à une réduction de l'effectif du service des Biens d'équipement industriel (BEI), de 63 à 23 collaborateurs entre 1993 et 1994, et que ce dernier avait refusé une affectation à la division des affaires économiques, comme ne permettant pas une exploitation de ses compétences linguistiques et de son expérience professionnelle d'enseignant ; qu'en niant la suppression de poste de M. Kebouchi et en ne tenant pas compte du refus opposé par ce dernier à la proposition de poste, fût-ce à un niveau inférieur, qui lui avait été faite, la cour d'appel a violé l'article L. 321-1 du Code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel qui a répondu aux conclusions, a fait ressortir que les emplois de la même catégorie que celui occupé par M. Kebouchi existaient dans l'entreprise, et que l'employeur ne justifiait d'aucune recherche de reclassement dans le groupe auquel appartient la société ; que le moyen qui tend à remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation des faits par les juges du fond, ne peut être accueilli ;

Et sur le second moyen :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société SGS Qualitest à payer à M. Kebouchi la somme de 25 000 francs à titre d'indemnité pour non-respect de la priorité de réembauchage ; alors, selon le moyen, que les dispositions relatives à la priorité de réembauchage ne sont applicables qu'au seul licenciement prononcé pour motif économique ; que, par conséquent, la cour d'appel, qui, bien qu'ayant décidé que le licenciement, pour motif économique de M. Kebouchi n'était pas fondé sur un motif réel et sérieux, a tout de même alloué à l'intéressé une indemnité pour non-respect des règles relatives à la priorité de réembauchage, a violé l'article L. 321-1 du Code du travail ;

Mais attendu que le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement n'enlève pas à celui-ci sa nature juridique de licenciement pour motif économique ; que la cour d'appel a dès lors décidé à bon droit que l'employeur était tenu de la priorité de réembauchage ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Les licenciements économiques sont soumis à de nombreuses règles originales tant au regard de la procédure de licenciement que des droits reconnus aux salariés menacés de licenciement ou licenciés. Il est donc indispensable de déterminer avec précision quels sont les licenciements qui doivent être classés dans la catégorie « licenciement économique » et qui, par voie de conséquence, seront soumis à ce régime spécial.

Depuis la loi du 2 août 1989, le Code du travail donne une définition du licenciement pour motif économique, qui a été légèrement modifiée par une loi du 18 janvier 2005 (art. 73) : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques » (art. L. 1233-3 nouv. C. trav.; ancien art. L. 321-1 C. trav.). La directive européenne concernant le rapprochement des législations des États membres relative aux licenciements collectifs donne une définition plus simple puisqu'elle fait seulement référence à l'existence d'un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs (art. 1).

En voulant donner une définition plus complète, le législateur français a adopté une formulation qui engendre souvent une confusion entre la cause qui permet de distinguer le licenciement pour motif économique du licenciement pour motif personnel d'une part et la cause qui permet de justifier un licenciement pour motif économique lorsque celui-ci est prononcé d'autre part. L'arrêt n° 107 (*Société SGS Qualitest*) indique clairement que ces deux causes, l'une qualificative, l'autre justificative, ont des contenus très différents, mais cette nécessaire distinction n'apparaît pas dans la formulation de tous les arrêts de la Cour de cassation (A). D'autres hésitations relatives à la qualification « licenciements économiques » tiennent à l'existence de la diversité des causes qui sont à l'origine du licenciement lorsque les unes sont d'ordre personnel et les autres d'ordre économique (B).

I. — La cause économique qualificative et la cause économique justificative

Avant d'affirmer la distinction entre les deux acceptions de l'expression « cause économique », la Cour de cassation les a confondues.

A. — La confusion jurisprudentielle entre la cause qualificative et la cause justificative

Au cours des dix années qui ont suivi l'insertion de l'article L. 321-1 dans le Code du travail, la Cour de cassation a confondu, dans ses arrêts, la cause qui permet de classer un licenciement dans la catégorie juridique « licenciement pour motif économique » avec la cause qui permet de justifier le licenciement.

Dès 1990, la confusion apparaît. Dans une affaire où le salarié avait été licencié parce qu'il coûtait, selon l'employeur, trop cher, les juges du fond avaient décidé que le grief allégué ne constituait pas un motif licite de licenciement en l'état des profits considérables de l'entreprise. La Cour de cassation juge que « le fait que ce salarié coûtait trop cher ne saurait constituer dans une entreprise un motif de rupture » et « que la cour d'appel a, à bon droit, décidé que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique » (Soc. 24 avr. 1990, *Bull. civ. V*, n° 182). En réalité, le motif invoqué par l'employeur était bien un motif économique (et le licenciement était un licenciement pour motif économique), mais ce motif économique n'était pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Cette confusion se retrouve dans les arrêts rendus au cours des années suivantes. En 1998, elle apparaît encore dans plusieurs arrêts (Soc. 17 févr. 1998, *Bull. civ. V*, n° 86 ; Soc. 31 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 188). L'attendu d'un arrêt du 12 mai 1998 (*Société Webtec*, *Bull. civ. V*, n° 245 ; *RJS* 6/98, n° 712) est particulièrement illustratif de cette confusion : « attendu que la cour d'appel, à laquelle il appartient d'apprécier le caractère sérieux du motif économique de licenciement invoqué, a estimé que les difficultés économiques dont l'employeur faisait état ne justifiaient pas la suppression de l'emploi du salarié ; qu'elle a, par ce seul motif, pu décider que le licenciement n'avait pas de cause économique ». L'expression est malheureuse parce que de toute évidence le licenciement a bien une cause économique : le licenciement est prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié ; il résulte d'une suppression d'emploi, consécutive à des difficultés économiques. Mais la cause économique alléguée par l'employeur n'est pas réelle et sérieuse puisque les difficultés économiques alléguées n'existaient pas. Il s'agit d'un licenciement économique sans cause réelle et sérieuse.

B. — La distinction entre la cause économique qualificative et la cause économique justificative

1. L'arrêt *Société SGS Qualitest* (n° 107) fait enfin la distinction entre la cause qualificative et la cause justificative. Il affirme claire-

ment que ce n'est pas parce que la cause économique alléguée n'est pas une cause réelle et sérieuse que le licenciement perd sa nature juridique de licenciement pour motif économique : « le défaut de cause réelle et sérieuse de licenciement n'enlève pas à celui-ci sa nature juridique de licenciement pour motif économique ».

Cette solution est reprise dans plusieurs décisions. Dans l'arrêt *Charels*, la Cour de cassation, après avoir relevé que les juges du fond avaient constaté que la modification du contrat de travail s'inscrivait dans le cadre de la fermeture de l'agence, en déduit « que le licenciement avait la nature juridique d'un licenciement pour motif économique, peu important que la réorganisation ne soit justifiée, ni par les difficultés économiques, ni par la sauvegarde de compétitivité de l'entreprise » (Soc. 29 janv. 2003, *Charels c. Sté Citibank*, Bull. civ. V, n° 29). Même si certains arrêts de la Cour de cassation contiennent encore une formulation malheureuse entraînant la confusion entre les deux acceptions de l'expression « cause économique » (par ex., Soc. 16 janv. 2001, *Société Le Royal Printemps*, Bull. civ. V, n° 10), la solution de l'arrêt *Société SGS Qualitest* doit servir de guide.

Cette solution a le mérite de souligner que les deux acceptions de l'expression « cause économique » sont totalement indépendantes l'une de l'autre. L'une peut exister sans l'autre. Ce n'est pas parce que la cause alléguée par l'employeur n'existe pas que le licenciement doit changer de qualification. On n'a jamais soutenu que le licenciement pour cause de vol n'était pas un licenciement pour motif personnel au motif que le vol imputé au salarié licencié ne pouvait pas être établi à son encontre. Le licenciement est dans ce cas un licenciement pour motif personnel sans cause réelle et sérieuse. Le même raisonnement doit être tenu lorsque le licenciement est un licenciement pour motif économique. Le licenciement d'un salarié entre dans la catégorie des licenciements pour motif économique lorsqu'il est prononcé en raison de la suppression de l'emploi de ce salarié, consécutive à des difficultés économiques. Si le juge constate que l'entreprise ne connaissait pas de difficultés économiques, il décidera que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse. On se trouve devant un licenciement économique qui n'a pas de cause réelle et sérieuse comme on se trouvait précédemment devant un licenciement pour motif personnel sans cause réelle et sérieuse.

2. Cette solution emporte des conséquences importantes. Puisque le licenciement reste un licenciement pour motif économique bien qu'il soit injustifié, le salarié peut exiger que les droits attachés au licenciement pour motif économique lui soient reconnus. Ainsi l'arrêt *Sté SGS Qualitest* décide-t-il « que la cour d'appel a décidé à bon droit que l'employeur était tenu de la priorité de réembauchage ». De même,

dans l'arrêt *Charels*, est-il jugé que le salarié ne saurait être débouté de sa demande tendant à l'application des clauses de la convention collective favorables aux salariés licenciés pour motif économique alors même que le motif économique invoqué ne constituait pas une cause économique réelle et sérieuse.

Il arrive cependant que la contestation par le salarié de la cause économique alléguée par l'employeur fasse perdre au licenciement son caractère économique. Ceci se produit lorsque le salarié, licencié pour motif économique, soutient devant le juge que le motif du licenciement est en réalité un motif personnel. Le juge qui a pour mission de rechercher quelle est la cause exacte du licenciement (*supra* obs. sous arrêt n° 102) peut estimer que la cause du licenciement est la cause avancée par le salarié et non la cause économique alléguée par l'employeur. Il requalifie, dans ce cas, le licenciement pour motif économique en licenciement pour motif personnel et en déduit logiquement que le salarié ne peut pas prétendre aux droits attachés au licenciement pour motif économique (Soc. 14 mai 1996, *Bull. civ. V*, n° 188).

La différence de solution se comprend aisément. Dans un cas, une seule cause de licenciement est avancée pour justifier le licenciement ; si cette cause est de nature économique, le licenciement entre dans la catégorie des licenciements pour motif économique et conserve la nature juridique de licenciement pour motif économique même lorsque cette cause n'est pas réelle et sérieuse. Dans le second cas, il y a pluralité de causes alléguées par les parties au procès. Lorsque ces causes sont de nature différente, personnelle et économique, le juge, en retenant une de ces causes comme la cause exacte du licenciement, donne au licenciement la nature juridique correspondant à cette cause. S'il retient la cause personnelle, il qualifie le licenciement « licenciement pour motif personnel » et applique les règles propres à ce licenciement. Cette jurisprudence est une illustration des difficultés engendrées par la pluralité des causes de licenciement.

II. — La qualification en cas de pluralité de causes de licenciement

La cause alléguée par l'employeur dans la lettre de licenciement (personnelle ou économique) peut ne pas être fallacieuse, tout en coexistant avec une autre cause. Faut-il décider que l'employeur est totalement libre d'invoquer la cause de son choix ? Peut-il invoquer plusieurs causes de nature différente ? Quelle qualification juridique donner au licenciement ?

A. — *Solution de principe*

Dans l'arrêt *Madame Méchin* (arrêt n° 106), la Cour de cassation décide « qu'en cas de coexistence d'un motif personnel et d'un motif économique à l'appui d'un licenciement, il convient de s'attacher à celui qui en a été la cause première et déterminante ». Dans un arrêt du 3 avril 2002, la chambre sociale reprend, à quelques mots près, la même formule : « en cas de coexistence d'un motif économique et d'un motif personnel à l'appui d'un licenciement, il appartient au juge de rechercher celui qui a été la cause première et déterminante du licenciement et d'apprécier le bien-fondé du licenciement au regard de cette seule cause » (Soc. 3 avr. 2002, *RJS* 6/02, n° 697).

Ces arrêts donnent une solution au problème posé par le concours de causes, mais ils concernent l'un et l'autre la justification du licenciement (le licenciement a une cause réelle et sérieuse si la cause première et déterminante est réelle et sérieuse) ; ils ne statuent pas directement sur la qualification juridique du licenciement. Ils permettent cependant d'apporter une réponse au problème de qualification puisque celle-ci est déterminée par la cause qui est, en définitive, retenue comme cause du licenciement. On peut donc dire qu'un licenciement sera qualifié licenciement pour motif économique lorsque la cause première et déterminante de celui-ci est un motif économique.

B. — *Exception au principe*

Cette affirmation doit cependant être nuancée car, selon la Cour de cassation, le licenciement ne peut pas être prononcé pour un motif économique (alors que celui-ci existe) lorsque le salarié a été déclaré, par le médecin du travail, inapte à tenir son emploi après un accident du travail. Dans ce cas, le licenciement doit nécessairement être prononcé pour inaptitude (Soc. 14 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 103). Il n'y a pas lieu de rechercher quelle est de l'inaptitude du salarié ou du motif économique la cause déterminante du licenciement.

Cette exception à la règle générale s'explique par la volonté de donner tout leur effet aux dispositions des articles L. 1226-12 et L. 1226-14 nouv. C. trav. (anciens art. L. 122-32-5 et L. 122-32-6 C. trav.) qui assurent une protection particulière aux salariés menacés de licenciement ou licenciés, en raison d'une inaptitude résultant d'un accident du travail.

En dehors de cette hypothèse (et d'hypothèses similaires où il existerait un texte légal d'ordre public assurant aux salariés une protection particulière plus complète que celle résultant des lois sur le licenciement pour motif économique), quelle est la liberté laissée à l'employeur lorsqu'il existe plusieurs motifs de licenciement ?

C. — Application du principe

1. Lorsque les différents motifs de licenciement sont totalement indépendants les uns des autres, l'employeur peut certainement ne retenir qu'un motif, personnel ou économique, pour justifier sa décision. Le licenciement aura la qualification juridique correspondant à ce motif et sera soumis, selon le cas, soit aux règles du licenciement pour motif personnel soit aux règles du licenciement pour motif économique. Si, après le licenciement, le salarié ne prétend pas que le motif du licenciement est autre que celui mentionné dans la lettre de licenciement, le licenciement conservera la nature juridique qui lui a été attribuée initialement par l'employeur. C'est uniquement si le salarié licencié prétend que le motif du licenciement est un autre motif que les juges devront rechercher quel est l'exact motif de celui-ci et donner au licenciement la qualification qui correspond à ce motif.

Mais l'employeur peut être tenté, en cas de pluralité de causes indépendantes les unes des autres, de mentionner ces différentes causes dans la lettre de licenciement. Tel était le cas dans l'affaire *Méchin* (arrêt n° 106) ou dans l'affaire *Matéo* ayant donné lieu à l'arrêt précité du 3 avril 2002 (cause économique et cause personnelle). Dans ces deux affaires, le droit de mentionner dans la lettre de licenciement un motif économique et un motif personnel n'a pas été discuté. La Cour de cassation décide seulement que le juge du fond doit rechercher quelle est, parmi les causes alléguées, celle qui est déterminante et retenir uniquement celle-ci comme cause du licenciement.

Il n'est pourtant pas indifférent de savoir si l'employeur a ou n'a pas la possibilité d'alléguer dans la lettre de licenciement plusieurs motifs. Si ce droit lui est reconnu, les juges devront examiner toutes les causes de licenciement. Si ce droit lui est refusé, ils décideront que la pluralité de motifs équivaut à priver la lettre de tout motif. Et si l'employeur, pour éviter cette décision, n'allègue qu'un motif, seul ce motif pourra être pris en considération ; il ne pourra pas, en cours de procès, établir l'existence et la pertinence d'un autre motif.

Lorsque différents motifs de rupture inhérents à la personne du salarié coexistent, la Cour de cassation juge que l'employeur peut invoquer dans la lettre de licenciement plusieurs motifs dès lors qu'ils procèdent de faits distincts (Soc. 23 sept. 2003, *Bull. civ.* V, n° 242, faute disciplinaire et inaptitude). Selon l'avis de l'avocat général, cette solution ne peut concerner que la coexistence de deux motifs inhérents à la personne ; elle serait inapplicable à la coexistence d'un motif personnel et d'un motif économique (avis J. Duplat, *RJS* 11/03, p. 863).

L'avis est peut-être trop tranché. La pluralité de motifs soulève certes de réelles difficultés au regard des règles de procédure puisque la procédure du licenciement pour motif personnel et la procédure du

licenciement pour motif économique sont différentes, mais on observera que la procédure de licenciement pour faute disciplinaire et la procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle ou inaptitude sont également distinctes. Il est, par ailleurs, excessif d'affirmer que « le motif personnel et le motif économique sont incompatibles dans la mesure où ils sont contradictoires et exclusifs l'un de l'autre ». Il s'agit, en effet, de deux motifs, découlant de faits totalement indépendants : une faute professionnelle d'un côté, la restructuration de l'entreprise de l'autre. La faute professionnelle n'exclut pas la restructuration pas plus que la restructuration n'exclut l'existence d'une faute professionnelle. Il n'existe aucune raison de logique juridique pour interdire à un employeur de mentionner dans la lettre de licenciement un motif d'ordre personnel et un motif d'ordre économique.

2. L'incompatibilité d'un motif économique et d'un motif personnel existe, en revanche, lorsque les deux motifs sont étroitement dépendants l'un de l'autre ; le salarié est devenu inapte à tenir son emploi (motif personnel) parce que son emploi a été modifié à la suite d'une restructuration de l'entreprise (motif économique). Un seul fait entraîne des conséquences en chaîne : d'abord transformation de l'emploi, ensuite inaptitude du salarié à occuper l'emploi modifié. Dans ces cas, un seul motif peut être retenu. La question est de savoir si l'on privilégie la cause première (chronologiquement première et à l'origine d'une autre cause) ou la cause dernière.

La Cour de cassation retient habituellement la cause première comme cause du licenciement. Si la cause première est une modification du matériel ou de l'organisation de l'entreprise, le licenciement sera qualifié licenciement pour motif économique bien que la dernière cause soit l'inaptitude du salarié à tenir son emploi (Soc. 24 juin 1970, *Bull. civ.* V, n° 433 ; Crim. 5 juill. 1983, *JS UIMM* 1983. 420 ; CE 18 mai 1983, *JS UIMM* 1983. 421 ; Soc. 15 oct. 1992, *CSB* 1992. 271). Si la cause première de la réorganisation du service est l'absence prolongée de la salariée, le licenciement de cette salariée qui ne peut pas occuper le poste modifié sera un licenciement pour motif personnel (Soc. 21 juill. 1986, *Jur. soc.* 861. 25).

Exceptionnellement, la qualification du licenciement peut être rattachée à la dernière cause et non à la cause originelle lorsqu'un événement interrompt la chaîne des causes. Par exemple, lorsque la modification de l'emploi, résultant d'une réorganisation du service, a été acceptée par le salarié, le salarié qui ne peut pas accomplir les tâches correspondant à ce nouvel emploi peut être licencié pour motif personnel (Soc. 14 nov. 2000, *RJS* 1/01, n° 24). L'acceptation du salarié, entraînant la modification du contrat de travail, rompt la chaîne des causes. Lorsqu'il s'agit d'apprécier la rupture du nouveau contrat, il peut être fait référence à l'incompétence du salarié.

Cette solution est cependant discutable. L'insuffisance professionnelle du salarié peut en effet résulter du fait que l'employeur ne s'est pas acquitté de l'obligation, qui lui est imposée par l'article L. 1233-4 nouv. C. trav., de réaliser tous les efforts de formation et d'adaptation. Si tel est le cas, l'employeur doit, pour respecter son obligation de reclassement, soit proposer une formation ou des mesures d'adaptation pour que le salarié puisse occuper utilement son nouvel emploi soit proposer un autre poste de reclassement. Si, au lieu de procéder de la sorte, il préfère licencier le salarié, le licenciement, qui a pour cause l'inexécution par l'employeur de ses obligations dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, doit logiquement être qualifié « licenciement pour motif économique ». Cette solution serait en accord avec celle qui est retenue lorsqu'un salarié, déclaré inapte par le médecin du travail à tenir son emploi, accepte un emploi de reclassement et ne donne pas satisfaction dans son nouvel emploi. La Cour de cassation juge, dans ce cas, que l'employeur doit, avant de procéder à un licenciement en invoquant l'insuffisance professionnelle du salarié, rechercher s'il existe un autre poste de reclassement dans l'entreprise (Soc. 22 janv. 1991, *Langlois*, *Bull. civ.* V, n° 31, *RJS* 3/91 n° 320). Dans un cas comme dans l'autre, l'obligation de reclassement ne disparaît pas toujours du fait d'un reclassement. Si le reclassement proposé par l'employeur et accepté par le salarié ne correspond pas aux capacités du salarié, la solution ne doit pas être recherchée dans le licenciement du salarié mais dans la recherche d'un nouvel emploi de reclassement.

108-111

PROCÉDURE DES LICENCIEMENTS COLLECTIFS ET PLAN DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

108. Soc. 17 mai 1995 — 109. Soc. 3 décembre 1996 —
110. Soc. 13 février 1997 — 111. Soc. 17 juin 1997

108. Soc. 17 mai 1995

Comité central d'entreprise de la SA Everite c. SA Everite

(*Bull. civ.* V, n° 159 ; *Dr. soc.* 1995, 574, concl. P. Lyon-Caen ; *D.* 1995, 436, note G. Couturier ; *RJS* 6/95, n° 632 ; *JCP G*, 1996, 13899, n° 16, obs. Ph. Coursier ; *JCP E* 1996, I, 710, note Y. Saint-Jours.)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Everite, filiale du groupe Saint-Gobain, qui produit et commercialise des matériaux de construction dans ses deux établissements de Dammarie-les-Lys et Descartes, envisageant diverses mesures de réorganisation dont la plus importante était la fermeture du premier de ces deux établissements, a présenté, le 23 juillet 1993, un plan de restructuration au comité central d'entreprise ; que ce plan prévoyait le licenciement de cent cinquante-quatre salariés et était accompagné d'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan social ; que le comité central d'entreprise, contestant la régularité de la consultation et la conformité du plan à la loi du 27 janvier 1993, a saisi le tribunal de grande instance ; que la cour d'appel l'a débouté de l'ensemble de ses prétentions ;

Sur le premier moyen : (sans intérêt) ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 321-4-1 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que « le plan social » doit comporter des mesures précises pour faciliter le reclassement du personnel et éviter ainsi des licenciements ou en limiter le nombre ;

Attendu que, pour décider que le « Plan de restructuration et mesures sociales » ainsi que les mesures de reclassement qu'il contient étaient conformes aux dispositions de l'article L. 321-4-1 susvisé, l'arrêt, infirmatif de ce chef, retient que l'analyse de ce document révèle que le cas d'un reclassement interne et externe ainsi qu'un départ en préretraite FNE y sont successivement étudiés ; qu'à propos du reclassement interne, le plan précise que, dans cette hypothèse, la société Everite proposera, au sein du groupe, aux salariés des emplois de

même catégorie ou de catégorie inférieure et que, dans cette éventualité, compte tenu de la modification ainsi apportée à leur contrat de travail, elle leur versera, à titre de compensation salariale, une contribution financière dont toutes les modalités sont indiquées avec précision ; que, du fait de la fermeture du site de Dammarie-les-Lys, une aide pécuniaire destinée à faciliter la mobilité de ce personnel est également prévue : prime de réinstallation d'un montant fixe déterminé, augmentée selon le nombre d'enfants à charge, remboursement des frais de déménagement ainsi que ceux de voyage et de séjour pour la reconnaissance des lieux par l'employé et son conjoint ; que, toujours dans le cadre de cette mobilité, le plan comporte une aide « pratique » à la famille du préposé pour la recherche d'un logement, d'un emploi pour son conjoint et pour la scolarisation des enfants qu'il a à charge ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que « le plan social », en ce qui concerne le reclassement interne des salariés, ne comportait aucune indication sur le nombre et la nature des emplois qui pouvaient leur être proposés à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la dernière branche du second moyen :

Casse et annule, mais seulement en ses dispositions ayant déclaré que le plan de restructuration et mesures sociales présenté par la société Everite était conforme aux dispositions de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, l'arrêt rendu le 30 novembre 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Paris.

109. Soc. 3 décembre 1996

Société Framatome connectors France c. Comité central d'entreprise de la société Framatome connectors France

(*Bull. civ.* V, n° 441 ; *RJS* 1/97, n° 24, concl. P. Lyon-Caen, p. 12 et 13 ; *JCP E* 1997. II. 916, note J. Barthélemy ; *Dr. soc.* 1997. 24, rapport de Ph. Waquet, p. 18 et s.)

ARRÊT

Attendu qu'en 1994, la société Framatome connectors France a décidé une restructuration de ses services consistant, d'une part, à réunir la division « Optiques » à la division « Produits standards et systèmes », d'autre part, à déplacer de Versailles à Champagne, où l'activité serait recentrée, le personnel concerné (soit 21 personnes de la division « Optiques » et 5 personnes d'un bureau d'études de la division « Produits standards et systèmes ») ; qu'elle a, alors, consulté le comité central d'entreprise et le comité d'établissement de Versailles-Paray dans le cadre des dispositions des articles L. 432-1 et suivants du Code du travail, mais s'est refusée, par contre, à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 321-3, alinéa 2, du Code du travail, au motif qu'en définitive et compte tenu des accords intervenus avec plusieurs des salariés concernés, seuls 9 licenciements devaient être prononcés ; que le comité central d'entreprise et le comité d'établissement de Versailles-Paray ont saisi le juge des référés qui, par ordonnance du 20 décembre 1994, a enjoint à la société et au président de comité central d'entreprise d'établir un plan social pour l'ensemble des salariés présents dans l'entreprise et visés par la restructuration de la division « Optiques » et a suspendu toute mesure individuelle prise pour ces salariés, jusqu'à l'issue du plan

social ; que la société et le président du comité central d'entreprise ont relevé appel de cette ordonnance ; que, statuant sur une nouvelle assignation du comité central d'entreprise et du comité d'établissement, le juge des référés, par une ordonnance du 6 février 1995, a enjoint à la société d'étendre le plan social aux salariés présents dans l'entreprise et visés par la restructuration du bureau d'études de la division « Produits standards et systèmes », les mesures individuelles étant également suspendues en ce qui les concerne ; que cette ordonnance a été également frappée d'appel ; que, joignant les 2 appels, la cour d'appel a confirmé les 2 ordonnances ;

Sur le premier moyen : (sans intérêt) ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que l'employeur reproche aussi à l'arrêt d'avoir enjoint à la société Framatome d'établir un plan social pour l'ensemble des salariés présents dans l'entreprise et visés par la restructuration de la division « Optiques » et de la division « Produits standards et systèmes », alors, selon le moyen, qu'en l'absence de constat de carence dressé par l'administration du Travail, dûment avisée de la procédure de réorganisation décidée par l'employeur, le juge judiciaire n'est pas compétent pour enjoindre à ce dernier de mettre en œuvre un plan social ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 321-7 du Code du travail et le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ;

Mais attendu que le juge judiciaire est seul compétent pour se prononcer sur l'obligation pour l'employeur d'établir un plan social ainsi que pour en apprécier la réalité et la régularité et ceci que l'autorité administrative, en application de l'article L. 321-7 du même Code, ait ou non, en cas d'absence de plan social, constaté la carence de l'employeur ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que l'employeur fait enfin grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait, alors que, selon le moyen, l'employeur n'est pas tenu de mettre en œuvre un plan social lorsque la réorganisation qu'il envisage ne tend pas à la suppression d'un ou plusieurs des emplois occupés par les salariés concernés par cette mesure, mais uniquement à la modification substantielle de leur contrat de travail ; qu'en l'espèce, la réorganisation envisagée par la société Framatome connectors France tendait non pas à supprimer un ou plusieurs des emplois des salariés concernés, mais uniquement au transfert de l'ensemble de la division « Fibres optiques » et d'un bureau de la division « Produits standards et systèmes » sur le site de Champagne ; qu'en jugeant que le plan social s'imposait en l'espèce dès l'instant où les faits à l'origine de la restructuration pouvaient être « générateurs de licenciement potentiels » pour plus de 10 salariés et dans une même période de 30 jours, tout en constatant que la mesure de restructuration engagée avait conduit à n'envisager le licenciement que de 9 salariés seulement, la cour d'appel a violé l'article L. 321-4-1 du Code du travail ;

Mais attendu que, dans les entreprises ou professions visées à l'article L. 321-2 du Code du travail et où sont occupés habituellement au moins 50 salariés, les employeurs, qui projettent d'y effectuer un licenciement pour motif économique, sont tenus, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à 10 dans une même période de 30 jours, non seulement de réunir et de consulter le comité d'entreprise mais d'établir et mettre en œuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ; qu'en outre, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 321-1 du Code du travail, ces dispositions sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique ;

Et attendu qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté que la restructuration décidée par la société Framatome conduisait à proposer à 24 salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail et par conséquent à envisa-

ger le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique ;

D'où il suit qu'en décidant que l'employeur était tenu d'établir et de mettre en œuvre un plan social, la cour d'appel a exactement appliqué les dispositions des articles L. 321-1-2, L. 321-1-3, L. 321-2, L. 321-4 et L. 321-4-1 du Code du travail ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

110. Soc. 13 février 1997

Société des grands magasins La Samaritaine c. Mmes Benoist et Guiglielmi

(*Bull. civ.* V, n° 64 ; *D.* 1997. J. 172, note A. Lyon-Caen ; *RJS* 3/97, n° 269, chr. P.-H. Antonmattéi ; *Dr. soc.* 1997. 255, concl. Ph. de Caigny, p. 249 et note de G. Couturier, p. 256 et s. ; *JCP* 1997, n° 19-20, p. 230, note F. Gaudu ; *Dr. ouvr.* 1997. 91, note P. Moussy)

ARRÊT

Sur le moyen unique commun aux deux pourvois :

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris 23 févr. 1996), statuant en référé, que Mmes Benoist et Guiglielmi, salariées de la société des Grands Magasins de la Samaritaine (la société) ont adhéré respectivement les 29 septembre et 7 octobre 1993 à une convention de conversion dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique portant sur 121 emplois et accompagnée d'un plan social ; que la cour d'appel de Paris ayant décidé, par arrêt du 9 mai 1995 devenu définitif à la suite du rejet, par l'arrêt de la Cour de cassation de ce jour, du pourvoi formé par la société, que le plan social présenté aux représentants du personnel ainsi que les mesures de reclassement qui l'accompagnaient n'étaient pas conformes aux dispositions de l'article L. 321-4-1 du Code du travail et déclaré nulle et de nul effet la procédure de licenciement collectif, les 2 salariées ont saisi en référé la juridiction prud'homale afin d'obtenir leur réintégration et la poursuite de leur contrat de travail ;

Attendu que la société fait grief à l'arrêt d'avoir fait droit à ces demandes, alors, selon le moyen, que l'annulation de la procédure de licenciement collectif n'affecte pas la validité des licenciements notifiés aux salariés antérieurement à son prononcé ; qu'en décidant du contraire la cour d'appel a violé les articles L. 122-14-4, L. 321-2, L. 321-4-1, alinéa 2, L. 321-6 et L. 321-7 du Code du travail ensemble le principe « pas de nullité sans texte » ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 321-4-1, alinéa 2, du Code du travail la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés ; qu'il en résulte que la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 susmentionné, sont eux-mêmes nuls ;

D'où il suit que la cour d'appel, ayant constaté que la procédure de licenciement collectif avait été déclarée nulle, a pu décider que les ruptures prononcées

constituaient un trouble manifestement illicite et ordonner, pour le faire cesser, la poursuite des contrats de travail illégalement rompus ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette les pourvois.

111. Soc. 17 juin 1997

Société des Grands Magasins de l'Ouest c. Comité d'établissement des Galeries Lafayette

(*Bull. civ.* V, n° 223 ; *RJS* 8-9/1997, n° 990, rapport J.-Y. Frouin ; *Dr. soc.* 1997. 742)

ARRÊT

Attendu que la direction de la société des Grands Magasins de l'Ouest, qui exploite au Mans deux magasins à l'enseigne « Les Galeries Lafayette » de part et d'autre de la rue des Minimes (magasins A et B), a annoncé, lors d'une réunion extraordinaire du comité d'établissement en date du 8 mars 1995, un projet de licenciement économique de quarante-quatre personnes ainsi que la fermeture de l'un de ses magasins ; qu'un expert-comptable a alors été désigné par le comité d'établissement ; qu'une deuxième réunion s'est tenue le 29 mars 1995 au cours de laquelle le comité d'établissement a pris connaissance du rapport de l'expert-comptable et a été informé et consulté sur le projet de licenciement économique et sur le plan social ; que le calendrier prévisionnel de la direction avait fixé au 12 avril 1995 la date de la troisième réunion du comité d'établissement ; que, par acte du 10 avril 1995, le comité d'établissement des Galeries Lafayette a fait assigner la société des Grands Magasins de l'Ouest à l'effet d'obtenir que soit ordonnée la suspension de la fermeture du magasin B jusqu'à ce que la direction des Galeries Lafayette ait organisé la consultation préalable du comité d'établissement, que soit déclarée nulle et de nul effet la procédure de licenciement collectif pour cause économique engagée par la direction des Galeries Lafayette avec les réunions des 8 et 29 mars 1995, et qu'il soit décidé que la société des Galeries Lafayette ne pourra le cas échéant engager une nouvelle procédure de licenciement collectif qu'à l'issue d'une consultation préalable du comité d'établissement sur les modifications de la structure de production liée au projet de fermeture du magasin B ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société des Grands Magasins de l'Ouest fait grief à l'arrêt attaqué (Angers 29 juin 1995), d'avoir admis la compétence du juge des référés pour déclarer irrégulière la procédure de consultation du comité d'établissement des Galeries Lafayette du Mans sur le projet de licenciement collectif pour motif économique de quarante-quatre salariés et d'avoir invité la société des Grands Magasins de l'Ouest à initier une nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique alors, selon le moyen, que viole les articles R. 516-30 et R. 516-31 du Code du travail la juridiction de référé qui, non seulement constate l'irrégularité d'une procédure de consultation du comité d'établissement sur un projet de licenciement collectif pour motif économique mais invite l'employeur à initier une nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique, ce qui implique l'annulation de la procédure qui avait été engagée ;

Mais attendu que la cour d'appel a pu décider qu'un trouble manifestement illicite résultait de l'irrégularité de la procédure de consultation du comité d'établissement sur le projet de licenciement collectif pour motif économique consécu-

tive à l'absence d'information et de consultation de ce même comité sur la décision de l'employeur, en date du 9 février 1995, de fermer le magasin B, et ordonner la mesure de remise en état qui s'imposait pour faire cesser ce trouble ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société des Grands Magasins de l'Ouest fait encore grief à l'arrêt d'avoir confirmé l'ordonnance de référé du 12 avril 1995 du président du tribunal de grande instance du Mans en ce qu'elle avait constaté que la procédure de consultation du comité d'établissement des Galeries Lafayette du Mans sur le projet de licenciement collectif pour motif économique de quarante-quatre salariés était irrégulière et d'avoir, en outre, invité la société des Grands Magasins de l'Ouest à initier une nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique alors, selon le moyen, d'une part, qu'aucun texte ne prévoit que lorsque l'une des situations visées à l'article L. 432-1 du Code du travail est liée à un licenciement collectif pour motif économique, l'employeur devrait opérer, de façon distincte, la consultation des représentants du personnel prévue par ce texte et celle visée aux articles L. 321-2 et suivants du même Code, que pour l'avoir admis l'arrêt attaqué a violé ces différents textes ; alors, d'autre part, que viole l'article L. 432-1 du Code du travail, l'arrêt attaqué qui déclare sanctionner la méconnaissance de ce texte par l'annulation de la procédure de licenciement collectif pour motif économique engagée par la société des Grands Magasins de l'Ouest, en déclarant cette procédure irrégulière et en invitant ladite société à initier une nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique, une telle sanction, dans une telle hypothèse, n'étant prévue par aucun texte ; alors, en outre, que la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique n'est prévue par l'article L. 321-141 du Code du travail qu'au cas où « un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés », que n'ayant pas constaté que, dans le cadre du licenciement collectif pour motif économique litigieux, un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan social n'aurait pas été présenté aux représentants du personnel réunis, informés et consultés, l'arrêt attaqué n'a pas légalement justifié, au regard du texte précité, sa solution consacrant la nullité de la procédure de licenciement collectif en déclarant cette procédure irrégulière et en invitant la société des Grands Magasins de l'Ouest à initier une nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique ; et alors, enfin et subsidiairement, que se contredit dans ses explications et viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt attaqué qui déclare que la société des Grands Magasins de l'Ouest avait délibérément dissimulé au comité d'entreprise la vente d'un magasin, tout en notant que ledit comité avait été consulté le 8 mars 1995 sur « le projet de fermeture du magasin B » et le 29 mars 1995 sur « les mesures envisagées : réduction de surface » ;

Mais attendu, d'abord, qu'il résulte de la combinaison des articles L. 432-1 et L. 321-3 du Code du travail que la consultation du comité d'entreprise sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs prévue par le premier article, et la consultation du même comité sur un projet de licenciement collectif pour motif économique prévue par le second, constituent deux procédures distinctes, qui doivent être respectées l'une et l'autre ;

Attendu, ensuite, que si ces deux procédures peuvent être conduites de manière concomitante, sous réserve du respect des délais les plus favorables, la consultation simultanée du comité d'entreprise sur un projet de fermeture d'établissement et de licenciement collectif pour motif économique est nulle si la décision de fermeture d'un établissement avait été préalablement arrêtée par l'employeur ;

D'où il suit que c'est à bon droit, et sans encourir les griefs du moyen, que la cour d'appel, qui a relevé que la décision de l'employeur d'aliéner le magasin B avait été prise le 9 février 1995 et que, dès lors, la consultation du comité d'entreprise le 8 et le 29 mars 1995 était devenue sans objet, a décidé que la procédure de consultation sur le projet de licenciement collectif pour motif économique était nulle et devait être recommencée ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Pendant onze années, de 1975 à 1986, tous les licenciements pour motif économique, qu'il s'agisse de licenciements individuels ou de licenciements collectifs, étaient subordonnés à une même règle essentielle. Ils ne pouvaient être prononcés qu'avec l'autorisation préalable du directeur départemental du travail. Ce système de l'autorisation administrative était l'élément central des procédures de licenciement pour motif économique.

Les lois du 3 juillet et du 30 décembre 1986 ont supprimé la nécessité de cette autorisation pour tous les licenciements économiques. Cette suppression a modifié radicalement la procédure de ces licenciements.

Il n'y a plus un seul élément de procédure, commun à tous les licenciements économiques. Les licenciements individuels ne sont pas, sauf exception, soumis à la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel, qui ne concerne que les licenciements collectifs. Ils ne donnent pas lieu à une information de l'autorité administrative avant la notification du licenciement. Quant aux licenciements collectifs, ils obéissent à des règles de procédure différentes selon le nombre de personnes dont le licenciement est envisagé et selon les effectifs de l'entreprise.

Par ailleurs, la suppression de l'autorisation administrative a fait basculer le contentieux des licenciements économiques du contentieux administratif au contentieux judiciaire. Les juges judiciaires sont désormais compétents pour statuer sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique comme sur les irrégularités de procédure et sur la nullité des licenciements qu'elles peuvent entraîner.

La pièce maîtresse de la procédure des licenciements collectifs est désormais l'information et la consultation des représentants du personnel, spécialement dans les licenciements d'au moins dix personnes dans une même période de trente jours qui interviennent dans une entreprise employant au moins cinquante salariés. La Cour de cassation a été amenée à faire œuvre créatrice en posant plusieurs règles concernant

le champ d'application de la procédure prévue au livre II, t. III, ch. III, première partie du nouv. C. trav. (I), la coordination de cette procédure avec la procédure d'information et de consultation prévue au livre III de la deuxième partie du nouv. C. trav. (II), le contrôle du plan social qui est devenu le plan de sauvegarde de l'emploi (III).

I. — Champ d'application de la procédure prévue au livre II, t. III, ch. III de la 1^{re} partie du nouv. C. trav. (ancien Livre III C. trav.)

Les hésitations concernant le champ d'application de la procédure d'information et de consultation de l'ancien Livre III se sont surtout manifestées à propos des modifications de contrat de travail.

A. — Licenciement individuel ou licenciement collectif ?

Chronologiquement, la première difficulté est apparue à propos des refus par les salariés des modifications substantielles du contrat de travail, décidées par l'employeur. La Cour de cassation avait relevé que les modifications substantielles des contrats de travail avaient été imposées par l'employeur pour un motif non inhérent à la personne des salariés et que les ruptures des contrats constituaient des licenciements pour motif économique. Mais elle avait ajouté que « chacun des licenciements prononcés à la suite du refus du salarié, conservait un caractère individuel » et que « la procédure des licenciements collectifs n'était pas applicable » dès lors qu'il n'existait pas de fraude de l'employeur et que celui-ci ne souhaitait pas supprimer des emplois (Soc. 9 oct. 1991, *Barbier c. SA Petit Bateau Valton*, *Bull. civ.* V, n° 399, *RJS* 11/91, n° 1195).

Cette interprétation était discutable. Il était en effet contradictoire de se référer à la cause de la modification du contrat pour donner la qualification « licenciement économique » et de se référer au refus du salarié pour donner la qualification « licenciement individuel ». Le licenciement n'a dans ces situations qu'une seule cause. Ou bien on retient la cause première de celui-ci : les difficultés économiques imposant la modification substantielle des contrats. Il en résulte que les licenciements en cas de refus des salariés sont des licenciements économiques d'une part, des licenciements collectifs d'autre part (tous ces licenciements sont prononcés pour la même cause économique). Ou bien on retient la cause dernière dans la chaîne de la causalité : le refus du salarié d'accepter la modification. La cause est alors personnelle puisqu'elle résulte de la volonté de chaque salarié ; les licenciements

ments sont alors des licenciements pour motif personnel et constituent une pluralité de licenciements individuels.

L'interprétation de la Cour de cassation a été rapidement désapprouvée par le législateur. En juillet 1992, celui-ci a décidé que les licenciements de plusieurs salariés, ayant refusé une modification substantielle pour un motif économique de leur contrat de travail, étaient soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique (art. L. 1233-25 nouv. C. trav. ; ancien art. L. 321-1-3 C. trav.). La Cour de cassation applique évidemment ce nouveau texte (Soc. 22 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 102).

B. — Modifications du contrat proposées par l'employeur

L'autre difficulté est relative à la distinction entre les modifications de contrat proposées par l'employeur et les modifications refusées par les salariés. Les employeurs soutenaient que la procédure des licenciements collectifs et notamment l'élaboration d'un plan social ne s'imposaient à eux qu'à partir du moment où les salariés avaient refusé les modifications du contrat. En d'autres termes, lorsque le chef d'entreprise décidait une restructuration en regroupant plusieurs activités et en changeant le site de travail, il n'avait pas, selon la thèse patronale, à mettre en œuvre un plan social puisque la réorganisation envisagée ne tendait pas à la suppression d'un ou plusieurs des emplois occupés par les salariés concernés par cette mesure, mais seulement à la modification substantielle de leurs contrats de travail. Dans l'affaire qui est à l'origine de l'arrêt *Framatome* (arrêt n° 109), l'employeur faisait valoir que seuls neuf salariés avaient refusé la mutation décidée par l'employeur et qu'il n'y avait donc pas lieu d'appliquer l'article L. 321-4-1 (art. L. 1233-61 nouv. C. trav.). Cet article n'impose, en effet, un plan social que « lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours ».

La chambre sociale de la Cour de cassation a écarté cette thèse dans deux arrêts rendus le 3 décembre 1996, l'arrêt *Framatome* ci-avant rapporté et l'arrêt *Majorette* (*Dr. soc.* 1997. 23). « La restructuration décidée par la société Framatome conduisait à proposer à vingt-quatre salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail et par conséquent à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique. En décidant que l'employeur était tenu d'établir et de mettre en œuvre un plan social, la cour d'appel a exactement appliqué les dispositions des articles L. 321-1-2, L. 321-1-3, L. 321-2, L. 321-4 et L. 321-4-1 du Code du travail ».

La solution retenue par la Cour de cassation est conforme à une

interprétation littérale du texte de la loi et respecte la finalité poursuivie par le législateur. Comme le relève la Cour dans l'arrêt *Framatome*, l'article L. 321-2 du Code du travail prévoit que les employeurs qui envisagent de procéder à un licenciement pour motif économique doivent respecter telle ou telle procédure selon le nombre de licenciements envisagés. C'est le licenciement envisagé et non pas le licenciement décidé qui doit être pris en considération. L'employeur qui décide de modifier les emplois des salariés sait que cette modification n'est possible qu'avec l'accord du salarié et que le refus de celui-ci entraînera son licenciement. La réponse des salariés concernés étant incertaine, l'employeur envisage obligatoirement des licenciements et doit prendre en compte tous les licenciements envisageables.

Par ailleurs, la finalité du plan social imposait la conclusion retenue par la Cour de cassation. Le plan social (l'actuel plan de sauvegarde de l'emploi) doit en effet être établi « pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité ». Cette précision indique clairement que le plan social doit être présenté au comité d'entreprise avant que les licenciements ne soient décidés puisqu'il a justement pour but de les éviter ou d'en limiter le nombre. L'existence du plan social, au moment où les salariés doivent prendre leur décision d'acceptation ou de refus de la modification de leur contrat, présente, au demeurant, un intérêt essentiel. Elle permet à ceux-ci de prendre leur décision en connaissance de cause puisque le plan indique les mesures dont ils pourront bénéficier s'ils refusent la modification proposée par l'employeur.

La solution retenue par les arrêts *Framatome* et *Majorette* a été reprise dans les arrêts postérieurs (Soc. 10 juill. 2001, *Bull. civ. V*, n° 256 ; *RJS* 11/01, n° 1278 ; Soc. 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003. 1024, note Ph. Waquet). Elle a le mérite de soumettre au même régime procédural les suppressions d'emplois, les transformations d'emplois et les modifications du contrat de travail qui sont des éléments interchangeables de la définition du licenciement économique. Que le risque de licenciement collectif résulte d'une suppression d'emploi, d'une transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat, l'employeur est soumis aux mêmes obligations procédurales et en particulier à la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi lorsqu'au moins dix licenciements sont envisagés dans une période de trente jours dans une entreprise employant au moins cinquante salariés.

Cette jurisprudence *Framatome Majorette* a cependant été condamnée par la loi du 18 janvier 2005. Aux termes de l'article L. 1233-25 nouv. C. trav. (ancien art. L. 321-1-3), les dispositions concernant les licenciements collectifs ne sont impératives que lorsque dix salariés au moins ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur

contrat de travail, proposée par leur employeur pour un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3. Il faut désormais attendre que dix salariés aient refusé la proposition de modification du contrat, faite par l'employeur, pour que celui-ci soit obligé d'engager la procédure de licenciement collectif avec plan de sauvegarde de l'emploi.

Il faut donc distinguer désormais les modifications des contrats de travail qui n'imposent plus à l'employeur la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, des suppressions ou des modifications d'emploi qui rendent nécessaire la présentation d'un tel plan. Les discussions subtiles concernant la différence entre la modification d'emploi et la modification du contrat de travail font leur réapparition ; les difficultés à maîtriser les règles procédurales des licenciements pour motif économique sont, de ce fait, encore aggravées.

II. — Coordination des procédures d'information et de consultation des parties I et II nouv. C. trav. (des Livres III et IV de l'ancien Code du travail)

En 1996, quelques mois avant de statuer dans l'affaire *Framatome*, la Cour de cassation avait dû répondre à une délicate question concernant la combinaison des procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise, prévues par le Code du travail au Livre IV et au Livre III.

Le Livre IV du Code du travail (Partie 2 nouv. C. trav.) contient les dispositions concernant la mise en place, le fonctionnement et les attributions du comité d'entreprise. L'article L. 432-1 (art. L. 2223-6 nouv. C. trav.) prévoit que « dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume et la structure des effectifs... ».

De son côté, le Livre III du Code (Partie I, Livre II, Titre III nouv. C. trav.) prévoit une procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement collectif, en fixant le nombre de réunions et les délais à respecter.

Une société qui entend fermer un établissement et licencier 43 salariés de cet établissement doit-elle engager deux procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise, l'une en application de l'ancien article L. 432-1, en raison de la fermeture d'établissement et une autre en application de l'ancien article L. 321-3, en raison du licenciement collectif ? La direction de la société Sietam estimait qu'en saisissant le comité d'entreprise d'un projet de licenciement collectif en application des articles L. 321-3 et L. 327-1, elle remplissait toutes

ses obligations ; le projet global de fermeture d'établissement et de licenciement collectif consécutif ne devait, selon elle, faire l'objet que d'une consultation dans le cadre des dispositions légales relatives aux licenciements pour motif économique. La Cour de cassation a rejeté cette prétention, en affirmant que les deux procédures d'information et de consultation avaient des objets distincts, étaient soumises à des délais différents et qu'elles devaient être respectées l'une et l'autre (Soc. 16 avr. 1996, *Sté Sietam industries*, *Bull. civ.* V, n° 165, *RJS* 5/96, n° 560, concl. R. Kessous, p. 311 ; *Dr. soc.* 1996. 489, obs. A. Lyon-Caen).

Dans l'arrêt *Société des Grands magasins de l'ouest* (arrêt n° 111), la Cour de cassation confirme et précise la solution retenue dans l'arrêt *Siétam*.

Elle la confirme sur deux points essentiels. Elle rappelle que « la consultation du comité d'entreprise sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs prévue par l'article L. 432-1 et la consultation du même comité sur un projet de licenciement économique prévue par l'article L. 321-3 constituent deux procédures distinctes, qui doivent être respectées l'une et l'autre ». Elle rappelle également la compétence du juge des référés qui, en raison du trouble manifestement illicite résultant de l'irrégularité de la procédure de consultation du comité sur le projet de licenciement collectif consécutive à l'absence d'information et de consultation de ce comité sur la décision de l'employeur de fermer le magasin, peut ordonner la mesure de remise en état pour faire cesser ce trouble.

Elle apporte par ailleurs deux précisions importantes. Elle décide que les deux procédures distinctes du Livre IV et du Livre III « peuvent être conduites de façon concomitante, sous réserve du respect des délais les plus favorables ». Il n'est donc pas nécessaire que la procédure d'information et de consultation du Livre IV soit achevée pour que le chef d'entreprise puisse ouvrir la procédure d'information et de consultation du Livre III. Dès que la procédure prévue au Livre IV est engagée, le chef d'entreprise peut déclencher la procédure prévue au Livre III. Les deux procédures peuvent être conduites concurremment. La loi du 18 janvier 2005 a précisé les règles de coordination de ces deux procédures. L'article L. 1233-30 nouv. C. trav. prévoit que la procédure de consultation concernant le licenciement collectif peut être menée concomitamment à la mise en oeuvre de la procédure de consultation prévue dans la deuxième partie du Code. Les deux procédures restent différenciées ; elles donnent lieu à des informations et à des débats distincts, mais elles peuvent être menées au cours des mêmes réunions.

L'arrêt *Société des grands magasins de l'Ouest* apporte une autre précision concernant la sanction des irrégularités de procédure. L'article

L. 321-4-1 du Code du travail (art. L. 1235-10 nouv. C. trav.) prévoit la nullité de la procédure de licenciement lorsqu'un plan de reclassement s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel. Fallait-il, par un argument *a contrario*, décider que les autres irrégularités de procédure n'étaient pas sanctionnées par la nullité ? La Cour de cassation, dans cet arrêt **n° 111**, rejette cette interprétation. Elle décide que même les irrégularités commises dans la procédure de consultation du Livre IV devaient entraîner la nullité de la procédure de consultation sur le projet de licenciement collectif. La procédure du Livre III est nulle et doit être recommencée du fait que la procédure du Livre IV n'a pas été conduite régulièrement. Postérieurement, la Cour de cassation a adopté une position plus nuancée. Elle affirme désormais que « seule l'absence d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou la nullité de celui-ci entraîne la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique ; que l'irrégularité de la procédure consultative permet seulement d'obtenir la suspension de la procédure de licenciement tant qu'elle n'est pas achevée par la notification des licenciements ou, à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre dans les termes de l'article L. 122-14-4 du Code du travail » (Soc. 11 janv. 2007, *RJS* 3/07 n° 323). Elle admet cependant quelques exceptions à cette règle. Ainsi la nullité de la procédure de licenciement collectif est-elle retenue lorsque l'employeur a poursuivi la procédure de licenciement jusqu'aux licenciements alors que l'irrégularité de la procédure avait été soulevée avant la fin de la procédure de licenciement, à un moment où la consultation pouvait être reprise ou suspendue (Soc. 14 janv. 2003, *Bull. civ. V*, n° 5 ; *RJS* 3/03, n° 334). La nullité de la procédure de licenciement est également déclarée lorsque, malgré l'annulation d'une précédente procédure de licenciement, l'employeur a présenté un nouveau plan social au comité d'entreprise au stade qu'avait atteint la procédure annulée. « Faute pour l'employeur d'avoir entièrement repris la procédure de consultation sur le nouveau plan social qu'il était tenu de présenter aux représentants du personnel, la procédure de licenciement était nulle et de nul effet » (Soc. 10 févr. 2004, *Bull. civ. V*, n° 45).

La conséquence pratique de cette jurisprudence est d'inciter les chefs d'entreprise à respecter scrupuleusement toutes les modalités des procédures de consultation des Livres IV et III (des parties I et II du nouv. C. trav.) pour éviter l'éventuelle nullité de ces procédures et des licenciements qui seraient prononcés à leur issue. La Cour de cassation juge en effet que la nullité de la procédure des licenciements collectifs entraîne la nullité des licenciements prononcés à l'issue d'une procédure nulle.

III. — Le contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi

La Cour de cassation, en interprétant l'article L. 321-4-1 du Code du travail, a été amenée à déterminer quel devait être le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et quelles étaient les conséquences de l'absence ou de l'insuffisance de ce plan.

A. — Contrôle du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi

Les dispositions légales ne semblent pas très contraignantes.

Aux termes de l'article L. 321-4-1 (art. L. 1233-62 nouv. C. trav.), le plan de sauvegarde de l'emploi doit prévoir des mesures telles que par exemple des actions en vue du reclassement interne des salariés, des créations d'activités nouvelles, des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, des actions de soutien à la création d'activités nouvelles, des actions de formation, des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail. La formulation « des mesures telles que par exemple » peut laisser entendre que le chef d'entreprise a le choix entre différentes formules qui permettent de supprimer ou de limiter le nombre des licenciements ou qui permettent de faciliter le reclassement des salariés licenciés. Elle peut aussi faire supposer qu'en choisissant une formule, le chef d'entreprise est libre de l'aménager à sa convenance à condition de la soumettre pour avis aux représentants du personnel.

L'arrêt *Everite*, rendu le 17 mai 1995 (arrêt n° 108), écarte une interprétation de la loi qui laisserait une trop grande liberté au chef d'entreprise. Dans cet arrêt, la Cour de cassation manifeste d'abord sa volonté de garder le contrôle du contenu du plan social en censurant la décision des juges du fond qui avaient décidé que le plan social présenté par la direction de l'entreprise était conforme aux exigences de l'article L. 321-4-1. Les juges du fond ne peuvent pas apprécier souverainement la validité du plan social. Leur décision est soumise au contrôle de la Cour de cassation qui vérifie elle-même si les mesures prévues par le plan permettent d'atteindre les objectifs fixés par le législateur.

La Cour de cassation indique ensuite que le plan ne doit pas seulement contenir des mesures « abstraites » de reclassements éventuels (en ce sens, concl. de l'avocat général P. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 1995. 572). Les mesures proposées doivent être des mesures effectives qui permettent réellement de diminuer le nombre de licenciements ou tout au moins d'assurer le reclassement d'un certain nombre de salariés. En l'espèce, le plan social prévoyait de nombreuses mesures accompagnant les reclassements qui pourraient avoir lieu : compensation sala-

riale en cas de perte de rémunération entre l'ancien et le nouvel emploi, prime de réinstallation chiffrée, remboursement des frais de déménagement, aide pour la recherche de logement, d'emploi pour le conjoint. Mais le plan « ne comportait aucune indication sur le nombre et la nature des emplois qui pouvaient être proposés (aux salariés) à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». La Cour de cassation en conclut que le plan n'est pas conforme aux dispositions de l'article L. 321-4-1 du Code du travail.

Cette approche est confirmée dans les arrêts postérieurs. Dans un des arrêts *La Samaritaine*, rendus le 13 février 1997, la Cour de cassation jugeait à nouveau que le plan social « doit comporter un plan de reclassement comprenant des mesures précises et concrètes de nature à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre » et approuvait les juges du fond d'avoir annulé un plan social qui « ne permettait pas, faute de précisions sur les catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement collectif, de déterminer si les postes offerts étaient de nature à permettre un reclassement efficace » (Soc. 13 févr. 1997, 1^{re} esp., *Dr. soc.* 1997. 254).

La Cour de cassation a également précisé qu'un plan social était insuffisant bien qu'il contienne des mesures précises et concrètes dès lors que le chef d'entreprise pouvait proposer d'autres mesures permettant de limiter le nombre de licenciements. Dans son arrêt *Sté Lasnon* rendu le 28 mars 2000, elle casse un arrêt énonçant « que la loi, lorsqu'elle cite à titre d'exemple les mesures à prendre dans le plan social, n'impose pas à l'employeur de les prendre toutes dès lors qu'une seule par son efficacité est de nature à assurer le maintien dans l'emploi ». En la circonstance, le plan social proposait trente postes de reclassement aux quatorze salariés concernés par le projet de licenciement, avec le bénéfice d'une aide financière. La Cour de cassation affirme au contraire qu'en application de l'article L. 321-4-1, l'employeur doit mettre en œuvre toutes les mesures possibles, appréciées en fonction des moyens dont dispose l'entreprise pour maintenir les emplois ou faciliter les reclassements (Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 131, *RJS* 5/2000, n° 520). Elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si, en dehors des reclassements proposés, l'employeur ne pouvait pas prendre, comme le soutenait le comité d'entreprise, d'autres mesures telles que la réduction du temps de travail, le passage au temps partiel et le développement d'activités nouvelles. Cette interprétation, confirmée dans un arrêt du 23 janvier 2002 (Soc. 23 janv. 2002, *Bull. civ. V*, n° 29, *Dr. soc.* 2002. 670), fait désormais l'objet d'une disposition légale. La loi du 17 janvier 2002 a en effet ajouté un dernier alinéa à l'article L. 321-4-1 du Code du

travail (art. L. 1235-10 nouv. C. trav.) aux termes duquel « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe ».

B. — Conséquences de la nullité de la procédure

L'absence de plan de sauvegarde de l'emploi entraîne, selon l'article L. 1235-10 nouv. C. trav. (ancien art. 321-4-1) la nullité de la procédure de licenciement. Les auteurs ont proposé des interprétations différentes de ce texte. Pour les uns, ce texte ne prévoyait comme sanction de l'absence de plan social que la nullité de la procédure elle-même, les licenciements prononcés au terme de cette procédure ne pouvant pas eux-mêmes être annulés ; ceux-ci devaient seulement être considérés comme entachés d'une irrégularité formelle ouvrant droit à des dommages et intérêts. Pour d'autres auteurs, la nullité de la procédure de licenciement entraînait la nullité des licenciements prononcés au terme de cette procédure.

L'arrêt *La Samaritaine* (arrêt n° 110) a retenu la seconde interprétation. La nullité qui affecte le plan social et la procédure de licenciement « s'étend à tous les actes subséquents » et en particulier aux licenciements prononcés par l'employeur. La solution est conforme à la finalité du plan social. La présentation du plan social a pour but d'éviter les licenciements ou du moins d'en limiter le nombre. Le seul moyen de remédier au défaut ou à l'insuffisance du plan social est de déclarer nuls les licenciements qui auraient pu être évités si l'obligation de présenter un plan social avait été respectée. Il n'est pas illogique de décider que les licenciements prononcés sont nuls lorsque l'acte qui pouvait permettre de les éviter n'a pas été accompli. D'un point de vue plus technique, on peut relever que le plan social prend place dans le processus de formation des actes de rupture. Il les conditionne ; il en est une condition de validité. « Si le plan social est nul, les licenciements prononcés sont logiquement atteints de la même infirmité. La nullité n'est-elle pas la sanction normale de la violation des règles de formation d'un acte juridique » (Antoine Lyon-Caen, *D.* 1997. 174).

Cette solution, réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation, a été consacrée par le législateur. La loi du 17 janvier 2002 a complété l'alinéa 1^{er} de l'article L. 122-14-4 : « Lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1, il prononce la nullité du licenciement et ordonne, à la demande du salarié, la poursuite du

contrat de travail ». La loi du 18 janvier 2005 (art. 77) a légèrement modifié le texte de l'article L. 122-14-4 du Code du travail (actuel art. L. 1235-11). Celui-ci dispose désormais, dans son premier alinéa, que, lorsque la procédure de licenciement est nulle, le juge peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié, sauf si cette réintégration est devenue impossible. Cette nouvelle formulation qui donne au juge la possibilité de prononcer la nullité sans lui en faire une obligation est complétée par une autre disposition qui semble au contraire imposer au juge de prononcer la nullité du licenciement lorsqu'elle est demandée. Le second alinéa précise en effet que lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail, le juge octroie au salarié une indemnité — ce qui laisse entendre que si le salarié demande la poursuite de son contrat, il doit l'obtenir. Le Conseil constitutionnel interprète effectivement le nouveau texte de loi comme imposant au juge le prononcé de la nullité du licenciement lorsque la procédure est elle-même annulée. Dans sa décision du 13 janvier 2005, il affirme qu'il résulte du nouveau texte « qu'il appartiendra au juge, saisi d'une demande en ce sens, s'il constate la nullité de la procédure de licenciement... d'ordonner la réintégration du salarié sauf si cette réintégration est devenue impossible » (Conseil const. décision n° 2004-509 DC, *Dr. soc.* 2005. 409)

La nullité des licenciements a vu son champ d'application s'étendre dans la mesure où la Cour de cassation a décidé que les représentants des salariés n'étaient pas les seuls à pouvoir invoquer en justice la nullité de la procédure des licenciements collectifs. Les salariés licenciés ont un droit propre à faire valoir la nullité de leur licenciement en invoquant la nullité de la procédure collective (Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 132 ; Soc. 20 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 145 ; Soc. 2 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 145). Le contentieux est alors un contentieux prud'homal puisque le litige concerne la rupture du contrat de travail alors que les litiges sont portés devant le tribunal de grande instance lorsque la demande de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi émane du comité d'entreprise. Cependant seuls les salariés déjà licenciés peuvent valablement solliciter l'annulation du plan social. La Cour de cassation juge, en effet, de façon assez surprenante, que les salariés qui n'ont pas encore fait l'objet d'une mesure de licenciement économique sont sans intérêt à agir en nullité de la procédure de licenciement collectif en cours (Soc. 15 janv. 2003, *Bull. civ. V*, n° 8, *RJS* 3/03, n° 333). Si la jurisprudence de la Cour de cassation a étendu le champ d'application de la nullité des licenciements économiques, la loi a limité les délais de recours contentieux. Alors que la validité du licenciement pouvait être contestée pendant cinq ans, l'article L. 1235-7 nouv. C. trav. (loi du 18 janvier 2005) dispose désormais que « toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licen-

ciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise » lorsque la contestation émane des représentants du personnel. Une même prescription de douze mois est également prévue lorsque la contestation émane d'un salarié licencié, le délai de douze mois commençant, dans ce cas, à courir à compter de la notification du licenciement.

Lorsque les licenciements sont déclarés nuls, les salariés peuvent soit demander leur réintégration dans leur emploi soit demander seulement une indemnisation.

Quand le salarié sollicite sa réintégration, il recouvre son emploi ou un emploi équivalent ; il a, en outre, droit « au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé » (Soc. 3 juill. 2003, *RJS* 10/03, n° 1141). Si, pendant cette période, le salarié a perçu des salaires en travaillant pour le compte d'un autre employeur ou des indemnités de chômage, ces sommes seront déduites du montant des salaires qu'il aurait perçus s'il n'avait pas été licencié (même arrêt). La loi du 18 janvier 2005 a précisé que, lorsque la réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois (art. L. 1235-11 alinéa 2 nouv. C. trav.).

Lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration, il a droit d'une part aux indemnités de rupture, d'autre part à une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond dès lors qu'il est au moins égal aux salaires des douze derniers mois (art. L. 1235-11 second alinéa nouv. C. trav.)

112-113

L'ORDRE DES LICENCIEMENTS

112. Soc. 24 mars 1993 — 113. Soc. 14 janvier 1997

112. Soc. 24 mars 1993

Clément c. Sté Vuillemin Services Sonocor

(*Bull. civ. V*, n° 97 ; *RJS* 5/93, n° 500)

ARRÊT

Sur le second moyen pris en sa deuxième branche :

Vu l'article L. 321-1 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Mme Clément, employée en qualité de secrétaire sténo-dactylo au service des achats par la société Soconor, a été licenciée pour motif économique après autorisation de l'inspecteur du travail, le 17 janvier 1985, à la suite de la suppression du service après-vente et du service des achats, que cette société exploitait pour le compte de la société Vuillemin dont elle constituait un service décentralisé ;

Attendu que, pour débouter Mme Clément des demandes qu'elle avait présentées en invoquant la violation des critères relatifs à l'ordre des licenciements, l'arrêt énonce qu'eu égard à la suppression des deux services et du licenciement de l'ensemble du personnel qui y était affecté, l'employeur n'avait pas à comparer la situation des salariés de ces services à celle des autres salariés de l'entreprise ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les critères relatifs à l'ordre des licenciements fixés en accord avec le comité d'entreprise s'appliquaient à l'ensemble du personnel, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen et sur la première branche du second moyen ;

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 décembre 1989, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar.

113. Soc. 14 janvier 1997

Société parisienne générale de nettoyage c. Belkacem

(*Bull. civ. V*, n° 16 ; *Dr. soc.* 1997. 159, concl. P. Lyon-Caen et note J. Savatier ; *RJS* 2/97, n° 131 et *RJS* 12/97. 811, chr. P.-Y. Verkindt ; *D.* 1997. IR. 37)

ARRÊT

Attendu que MM. Hamdani, Elazzouzi, Herrama, Allou, et Saidi ont été engagés par la société C'Clean, en qualité d'agents de nettoyage, sur le site des usines

Chausson à Montataire ; que leur contrat de travail a été poursuivi, à compter du 1^{er} février 1990, par la Société parisienne générale de nettoyage (SPGN) devenue titulaire du marché ; que la société Chausson ayant exigé une réduction du montant des prestations fournies par la société parisienne générale de nettoyage, cette dernière a procédé, par lettres du 20 février 1991, au licenciement des cinq salariés pour motif économique ; que les salariés ont saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen commun à tous les pourvois :

Attendu que l'employeur fait grief aux arrêts attaqués (Douai 10 juill. 1995 et 15 janv. 1996), rendus sur renvoi après cassation, de l'avoir condamné à payer aux salariés des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à rembourser à l'ASEDIC des indemnités de chômage, alors, selon le moyen, qu'en l'absence de dispositions spéciales énoncées par la convention collective applicable, l'employeur peut retenir un seul des critères énumérés par l'article L. 321-1-1 du Code du travail ; qu'en décidant que le licenciement des salariés est sans cause réelle et sérieuse, puisque la société SPGN, après consultation du comité d'entreprise, n'a retenu que le seul critère de la productivité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; alors, en outre, que l'employeur doit communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix ; que la société SPGN a versé aux débats des attestations aux termes desquelles les salariés visés par le licenciement collectif, « bavardaient beaucoup, ce qui affectait nécessairement leur productivité par rapport aux autres salariés » ; qu'en énonçant, sans aucune justification, qu'il ne s'agit pas d'un élément objectif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 321-1 et L. 321-1-1 du Code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que si, en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, l'employeur définit, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, il doit retenir, sans que cette liste soit limitative, la totalité des critères légaux et ne peut privilégier l'un d'entre eux qu'à la condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères ; que, dès lors, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que l'employeur ne pouvait pas retenir le seul critère tiré de la productivité des salariés sans prendre en compte les autres critères légaux ;

Et attendu, ensuite, qu'il appartient à l'employeur de communiquer au juge, en cas de contestation, les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix ; que la cour d'appel, qui a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'employeur n'apportait aucun fait précis et objectif expliquant son choix, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, ne peut être accueilli ;

Sur le second moyen commun à tous les pourvois :

Vu les articles L. 122-14-3, L. 122-14-4, L. 321-1 et L. 321-1-1 du Code du travail ;

Attendu que, pour condamner l'employeur à payer aux salariés une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi qu'à rembourser à l'ASEDIC les indemnités de chômage, la cour d'appel énonce que l'inobservation de l'ordre des licenciements rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse et qu'en l'absence de texte spécifique, sanctionnant cette irrégularité, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 122-14-4 qui a une portée générale pour sanctionner tout licenciement suspect ;

Attendu, cependant, que l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique prévues à l'article L. 321-1-1 du Code du travail n'est pas soumise aux sanctions énoncées à l'article L. 122-14-4 du Code du travail ; qu'elle constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne pour celui-ci un

préjudice, pouvait aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lesquels doit être intégralement réparé, selon son étendue, par les juges du fond ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en leurs dispositions ordonnant la réintégration et condamnant l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts en vertu de l'article L. 122-14-4 et à rembourser à l'ASSEDIC des indemnités de chômage, les arrêts rendus les 10 juillet 1995 et 15 janvier 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Douai.

OBSERVATIONS

Ce n'est pas parce que le licenciement économique est un licenciement prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié que les caractéristiques personnelles du salarié (ancienneté, qualités professionnelles, situation familiale...) ne jouent pas un rôle dans le prononcé du licenciement. Lorsque la situation économique de l'entreprise impose la suppression ou la modification d'un ou plusieurs emplois, le chef d'entreprise doit choisir parmi tous les salariés qui occupent ces emplois celui ou ceux qui seront licenciés s'il n'existe aucune possibilité de reclassement.

La convention collective applicable dans l'entreprise définit, en principe, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements. À défaut de dispositions conventionnelles, la loi prévoit que le chef d'entreprise doit notamment prendre en compte « les charges de famille et en particulier celles de parents isolés, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés, les qualités professionnelles appréciées par catégorie » (art. L. 1233-5 nouv. C. trav. ; ancien art. L. 321-1-1).

Dans l'interprétation qu'elle donne à ce texte, la Cour de cassation favorise l'application de règles objectives, limitant ainsi les risques de partialité de l'employeur. Elle limite, en revanche, l'effectivité de ces règles en ne sanctionnant pas de façon suffisamment rigoureuse leur violation.

I. — Contrôle de l'objectivité des choix de l'employeur

À l'occasion d'un licenciement pour motif économique, l'employeur a naturellement tendance à se séparer des salariés les moins performants et les plus contestataires. Pour limiter l'arbitraire patronal, la Cour de cassation a dégagé trois règles que le texte de la loi n'imposait pas.

Première règle : L'employeur est obligé de tenir compte de tous les critères énumérés par la loi ou par la convention collective (arrêt n° 113). L'employeur qui se borne à prendre en considération l'âge de salariés et les sanctions antérieurement prononcées contre eux ne respecte pas l'ordre des licenciements (Soc. 3 déc. 1992, *RJS* 1/93, n° 28). De même, celui qui se fonde sur le seul niveau des diplômes obtenus par les salariés pour effectuer un choix entre eux viole les dispositions de l'article L. 321-1-1 (art. L. 1233-5 nouv. C. trav.) (Soc. 17 mars 1993, *RJS* 5/93, n° 501). Mais, dans la mesure où l'employeur tient compte de tous les critères légaux ou de tous les critères conventionnels, il est autorisé à donner plus d'importance à l'un de ces critères (arrêt n° 113 ; Soc. 8 avr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 259 ; Soc. 20 janv. 1993, *Bull. civ. V*, n° 18). Cette solution qui permet à l'employeur de valoriser le critère « qualités professionnelles » n'autorise pas pour autant l'arbitraire patronal.

Une deuxième règle exclut en effet l'appréciation souveraine des qualités professionnelles par l'employeur. Le juge peut demander à l'employeur « les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix » et décider que l'ordre des licenciements n'a pas été respecté si l'employeur n'a apporté aucun fait précis et objectif expliquant son choix (arrêt n° 113 ; Soc. 15 juin 1994, *Dr. soc.* 1994. 809 ; Soc. 3 avr. 2002, *RJS* 7/02, n° 797).

Enfin une troisième règle a pour effet d'assurer un traitement égalitaire à tous les salariés de l'entreprise, appartenant à la même catégorie professionnelle. Selon cette règle, les critères relatifs à l'ordre des licenciements s'appliquent à l'ensemble du personnel de l'entreprise même si les suppressions d'emplois ne concernent qu'un établissement ou un service de l'entreprise (arrêt n° 112 ; Soc. 5 mars 1997, *SNAT* ; Soc. 19 mai 1999, *Loquais*). Lorsqu'un service de l'entreprise ou un établissement est supprimé, les salariés de ce service ou de cet établissement ne sont pas nécessairement licenciés. Ils ne doivent pas l'être si des salariés travaillant dans d'autres services ou d'autres établissements appartiennent à la même catégorie professionnelle et sont moins bien placés dans l'ordre des licenciements. Cette solution a le mérite de ne pas pénaliser des salariés qui, plus mobiles que d'autres, ont accepté de changer de service ou d'établissement et qui, à la suite d'une mutation, travaillent dans l'unité qui est supprimée. En raison de leurs qualités professionnelles, de leur ancienneté et de leurs charges familiales, ils pourront être mutés sur un nouveau poste alors que des salariés, travaillant dans un service ou un établissement non directement touché par la restructuration, seront licenciés (Soc. 29 juin 1994, *RJS* 8-9/94, n° 970).

La notion de « catégorie professionnelle » jouant, en la matière, un rôle essentiel, il convenait de la définir. Pour la Cour de cassation,

« la notion de catégories professionnelles, qui sert de base à l'établissement de l'ordre des licenciements, concerne l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune » (Soc. 13 févr. 1997, *Société des Grands magasins La Samaritaine c. Comité d'entreprise et syndicat CGT Samaritaine*, Dr. soc. 1997. 254).

II. — Sanction de la violation des règles d'ordre de licenciement

L'arrêt n° 113 refuse d'assimiler la violation des règles d'ordre de licenciement à l'absence de cause réelle et sérieuse. Il affirme très clairement que « l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique, prévues à l'article L. 321-1-1 du Code du travail, n'est pas soumise aux sanctions énoncées à l'article L. 122-14-4 du Code du travail ». Il reprend ainsi une solution qui avait été déjà plusieurs fois retenue, mais qui avait semblé mise en cause et qui est discutable.

A. — Une solution maintenue, malgré des hésitations

Déjà, dans un arrêt du 7 février 1990 (Soc. 7 févr. 1990, *Buisson ès qualités*, Bull. civ. V, n° 51, RJS 3/90, n° 191), la Cour de cassation affirmait que « la circonstance que l'employeur, dans le cadre d'un licenciement économique collectif, n'ait pas respecté les critères reconnus... pour fixer l'ordre des licenciements, ouvre droit, non à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais à des dommages et intérêts pour violation de l'article L. 321-2 du Code du travail alors applicable ».

Mais cette interprétation avait été, semble-t-il, mise en cause par un arrêt du 23 janvier 1996 concernant le défaut de réponse de l'employeur à la demande du salarié de lui indiquer les critères qu'il avait retenus pour fixer l'ordre de licenciement. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait jugé que l'absence de réponse de l'employeur « laisse le salarié dans l'ignorance du motif réel de son licenciement, lequel est, dès lors, dépourvu de cause réelle et sérieuse » (Soc. 23 janv. 1996, Bull. civ. V, n° 23 ; RJS 3/96, n° 263). Si l'ignorance des critères d'ordre par le salarié permet d'affirmer que le licenciement est sans cause réelle, *a fortiori* l'inobservation de ces critères permet de constater l'absence de cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale de la Cour de cassation, statuant en formation plénière, a refusé, dans l'arrêt n° 113 de poser cette nouvelle règle. Elle réaffirme très fermement que la violation des critères d'ordre ne

prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse (dans le même sens, Soc. 2 févr. 2006 *Bull. civ.* V, n° 57). Et elle en tire les conséquences. Dans un arrêt du 20 janvier 1998, elle abandonne la solution qu'elle avait adoptée le 23 janvier 1996 dans les cas où l'employeur refusait de répondre à la demande du salarié qui voulait connaître les critères qui avaient été retenus. Elle décide désormais que l'absence de réponse de l'employeur n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (Soc. 20 janv. 1998, *Bull. civ.* V, n° 20 ; *D.* 1999. 376, note V. Bonnin ; *RJS* 3/98, n° 296, 1^{re} esp. ; Soc. 2 févr. 2006, *Bull. civ.* V, n° 57).

B. — Une solution discutable

La violation des règles relatives aux critères d'ordre n'est pas, à la différence de l'absence de réponse à la demande du salarié désireux de connaître les critères qui ont été retenus, une simple irrégularité formelle. Elle constitue, comme le précise l'arrêt n° 113, « une illégalité ». Cette illégalité « entraîne (pour le salarié) un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue » (arrêt n° 113).

La solution peut sembler bien adaptée à la situation. Le salarié qui, par l'effet de la violation des règles relatives à l'ordre des licenciements, se voit injustement privé de son emploi a droit à la réparation de l'intégralité du préjudice subi. Si tel n'est pas le cas, le préjudice est moins grave et les dommages-intérêts moins élevés.

Malgré les apparences, cette solution ne semble pas correspondre à la réalité des situations et pénalise les salariés licenciés « illégalement ».

Elle ne correspond pas à la réalité des situations car elle sous-entend que le salarié peut subir un préjudice autre que la perte de son emploi. Or on voit mal comment cette hypothèse pourrait se rencontrer. En effet, deux cas de figure peuvent se présenter. Dans le premier cas, l'employeur a appliqué de façon incorrecte les critères d'ordre, mais cette mauvaise application n'emporte aucune conséquence vis-à-vis du salarié licencié ; celui-ci aurait été de la même façon sur la liste des personnes à licencier si les critères d'ordre avaient été correctement appliqués. Il ne subit donc aucun préjudice et ne peut pas logiquement obtenir une réparation. Dans l'autre cas, la mauvaise application des critères d'ordre a placé le salarié licencié sur la liste des salariés licenciables alors que son nom n'aurait pas dû figurer sur cette liste. Le préjudice est alors toujours une perte injustifiée de son emploi.

La graduation dans l'évaluation du préjudice subi par le salarié licencié ne peut donc concerner que les salariés injustement licenciés. Si

cette graduation est concevable pour eux, elle devrait toujours comporter un minimum qui est celui prévu à l'article L. 1235-3 nouv. C. trav. (ancien art. L. 122-14-4). En effet, lorsqu'un travailleur est licencié pour une cause économique, on ne peut pas se contenter d'affirmer qu'il existe une cause économique justifiant la suppression d'un certain nombre d'emplois pour conclure que le licenciement de ce salarié a une cause réelle et sérieuse. Le licenciement de ce salarié n'a une cause réelle et sérieuse que si la suppression d'emploi, elle-même justifiée, impose le licenciement de ce salarié. La jurisprudence applique cette règle lorsqu'un reclassement aurait pu éviter le licenciement du salarié dont l'emploi est supprimé (voir la cause économique justifiant le licenciement). Pourquoi ne pas l'appliquer lorsqu'il apparaît que la suppression d'emploi ne pouvait pas justifier le licenciement d'un salarié qui ne devait pas, avec une application correcte des critères d'ordre de licenciement, se trouver sur la liste des salariés à licencier ? Le licenciement d'un salarié, qui est licencié à la place d'un autre, n'a pas de cause réelle et sérieuse. La victime de ce licenciement injustifié devrait avoir droit à une indemnité au moins égale aux salaires des six derniers mois. Ce droit à une indemnité minimale serait apprécié par les salariés particulièrement dynamiques qui retrouvent rapidement un emploi après leur licenciement injustifié. Il permettrait par ailleurs de toujours sanctionner, comme l'a voulu le législateur du 13 juillet 1973, les employeurs qui licencient illégalement un salarié.

114-116

LA CAUSE ÉCONOMIQUE JUSTIFIANT LE LICENCIEMENT

**114. Soc. 5 avril 1995 — 115. Ass. plén. 8 décembre 2000 —
116. Soc. 11 janvier 2006**

114. Soc. 5 avril 1995

Société Thomson Tubes et Displays (ex Vidéocolor)

(*Bull. civ.* V, n° 123 ; *Dr. soc.* 1995. 487, chr. G. Lyon-Caen, p. 489,
comm. Ph. Waquet, p. 482 ; *D.* 1995. 503, note M. Keller et Somm. 367,
obs. I. de Launay-Gallot ; *RJS* 5/95, n° 497)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 321-1 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

Attendu que constitue un licenciement pour motif économique le licenciement résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutives notamment à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à une réorganisation ; que, si la réalité de la suppression ou transformation d'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail est examinée au niveau de l'entreprise, les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée ; que lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité ; qu'enfin, les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ;

Attendu que la société Vidéocolor, devenue la société Thomson Tubes et Displays, qui se consacre à l'étude, la fabrication et la commercialisation de tubes-images et de leurs composants destinés à l'équipement des téléviseurs couleurs, exerçait son activité sur deux sites à Genlis et à Lyon ; que, pour maintenir sa production et demeurer concurrentielle, elle a décidé de réduire le prix de revient des canons électroniques en procédant à une réorganisation de l'entreprise ; qu'entre plusieurs solutions, a été retenue celle consistant à fermer l'établissement de Lyon, dont une partie des activités a été rattachée à l'établissement de

Genlis, tandis que l'autre a été transférée à l'usine de Belo Horizonte au Brésil appartenant à une autre société du groupe Thomson ; qu'un plan social a prévu des modalités de reclassement dont le succès a été relatif, plusieurs salariés ayant même refusé leur mutation à Genlis ; que la société a alors procédé à un licenciement collectif ;

Attendu que, pour décider que les licenciements des salariés non protégés, parties au litige, étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse et leur allouer des dommages-intérêts à ce titre, la cour d'appel, après avoir relevé que l'établissement de Lyon avait été fermé et que la réorganisation de l'entreprise avait été décidée dans l'intérêt du groupe Thomson, énonce que les licenciements ne peuvent pas pour autant être considérés comme reposant sur une cause économique réelle et sérieuse, dans la mesure où les emplois des salariés de l'établissement de Lyon n'ont pas été supprimés mais transférés vers d'autres sites, la fabrication des produits réalisés dans cet établissement, loin d'avoir cessé, ayant été reprise dans les usines de Genlis et de Belo Horizonte ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'établissement de Lyon de la société Thomson Tubes et Displays avait été fermé et que l'activité s'exerçait sur d'autres sites, notamment à l'étranger, dans un milieu différent, ce dont il résultait que les emplois y avaient été supprimés, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

Casse et annule, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives aux salariés protégés, l'arrêt rendu le 11 mai 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

115. Ass. plén. 8 décembre 2000

SAT c. Coudière

(*Bull. Ass. plén.* n° 11 ; *D.* 2001. 1125, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2001. 126, concl.

P. de Caigny et note A. Cristau ; p. 417, note A. Jeammaud et M. Le Friant ;

RJS 2001. 95, note P.H. Antonmattéi et p. 567, chr. Ph. Waquet ; *JCP E* 2001. 426, note F. Duquesne)

ARRÊT

La Cour : — Sur le moyen relevé d'office, après avertissement donné aux parties : Vu les articles L. 321-1 et L. 122-14-3 du Code du travail ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Silec, aux droits de laquelle s'est trouvée la société SAT, possédait des établissements sur les sites de Riom et de Montereau ; qu'en 1994, elle a soumis à la consultation de son comité central d'entreprise un projet de licenciement économique collectif concernant 318 salariés et résultant de la fermeture du site de Riom ; que le comité d'entreprise a désigné un expert-comptable qui, dans son rapport, a indiqué que l'entreprise avait envisagé initialement trois hypothèses : 1° le maintien de la situation existante avec des réductions d'effectifs (86 licenciements), 2° le maintien du site de Riom mais avec spécialisation sur certains produits (213 licenciements), 3° la suppression du site de Riom et le regroupement des activités à Montereau (318 licenciements) ; que l'expert a conclu que seule la dernière hypothèse permettait à l'entreprise d'atteindre les objectifs qu'elle s'était fixée ; que M. Coudière et treize autres salariés, licenciés

en 1995, ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que pour décider que les licenciements étaient dépourvus de cause économique réelle et sérieuse, la cour d'appel a retenu que la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité étant assurés dans les trois hypothèses envisagées de réorganisation, l'entreprise en choisissant la solution du regroupement d'activités à Montereau et de la fermeture du site de Riom n'a pas intégré dans ses calculs, comme elle en avait cependant l'obligation, le concept de préservation de l'emploi et a donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise ;

Attendu, cependant, que les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emploi, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ; Qu'en statuant comme elle a fait, alors, d'une part, qu'elle reconnaissait que cette condition était remplie dans les trois hypothèses de réorganisation envisagées initialement par l'employeur, alors, d'autre part, qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse [...] renvoie devant la cour d'appel de Lyon.

116. Soc. 11 janvier 2006

Société Pages jaunes c. Delporte

(*Bull. civ.* V, n° 10 ; *D.* 2006.J.1013 note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2006. 138, obs. J.E. Ray)

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 122-14-3 et L. 321-1 du Code du travail ;

Attendu que la société Pages Jaunes, membre du groupe France Télécom, a mis en place, en novembre 2001, un projet de réorganisation commerciale, afin d'assurer la transition entre les produits traditionnels (annuaire papier et minitel) et ceux liés aux nouvelles technologies de l'information (Internet, mobile, site) qu'elle jugeait indispensable à la sauvegarde de compétitivité de l'entreprise compte tenu des conséquences prévisibles de l'évolution technologique et de son environnement concurrentiel ; que le projet soumis au comité d'entreprise prévoyait la modification du contrat de travail des 930 conseillers commerciaux portant sur leur condition de rémunération et l'intégration de nouveaux produits dans leur portefeuille, la suppression de 9 postes et un objectif de création de 42 nouveaux emplois ; que M. Delporte a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant notamment au paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que pour allouer au salarié une somme à ce titre, l'arrêt infirmatif, retient essentiellement que l'employeur ne peut prétendre que sa compétitivité était menacée au point de risquer la survie de l'entreprise alors qu'il est présenté, non pas une baisse du chiffre d'affaires, mais une modification de sa structure, qu'en 2003 sa situation était largement bénéficiaire, et qu'il résulte du plan de réorganisation commerciale qu'il avait pour objet d'améliorer l'activité de sites déficitaires, de développer la valeur moyenne de chacun des clients et de développer des offres publicitaires nouvelles à un rythme plus élevé, ce dont il résulte que cette réorganisation avait pour objet unique d'améliorer la compétitivité de

l'entreprise et de faire des bénéfices plus élevés, dans un contexte concurrentiel nullement menaçant ;

Attendu, cependant, que la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, et que répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ; que la modification des contrats de travail résultant de cette réorganisation ont eux-mêmes une cause économique ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que le licenciement de M. Delporte avait une cause économique réelle et sérieuse la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'en application de l'article L. 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la Cour de Cassation est en mesure en cassant sans renvoi de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a alloué à M. Delporte des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné la société aux remboursements des indemnités de chômage éventuellement payées à celui-ci, l'arrêt rendu le 15 décembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Confirme le jugement rendu le 3 mai 2004 par le conseil de prud'hommes de Béziers.

OBSERVATIONS

Le contrôle de la cause réelle et sérieuse des licenciements pour motif économique place les juges devant une redoutable difficulté. Le contrôle doit être effectif sinon les licenciements pour motif économique deviendraient arbitraires ; mais le contrôle ne peut pas être strict au point de retirer aux chefs d'entreprise le droit de choisir entre plusieurs décisions celle qui est la mieux adaptée à la santé économique de l'entreprise.

La Cour de cassation s'est efforcée d'élaborer un système de contrôle permettant de sanctionner les licenciements économiques arbitraires sans mettre en péril le pouvoir de direction des chefs d'entreprise. Elle l'a fait en évitant d'utiliser des formules abstraites et générales, privilégiant la pluralité de contrôles approfondis sur des points précis.

Partant de la définition des licenciements pour motif économique (art. L. 1233-3 nouv. C. trav. ; ancien art. L. 321-1 C. trav.), la Cour de cassation exige que trois conditions soient réunies pour que l'existence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique soit retenue.

Les juges doivent en premier lieu vérifier qu'il existe effectivement

une suppression ou une transformation d'emploi ou une modification du contrat de travail (I). Ils doivent ensuite rechercher si celle-ci résulte de difficultés économiques ou d'une autre cause économique pouvant justifier un licenciement (II). Enfin, ils doivent examiner si la suppression d'emploi, la modification d'emploi ou la modification du contrat ne laissait pas place à un reclassement permettant d'éviter le licenciement (III).

I. — L'existence d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail

Dans l'arrêt *Société Thomson Tubes* (arrêt n° 114), la Cour de cassation précise que la réalité de la suppression ou de la transformation d'emploi ou de la modification du contrat de travail « est examinée au niveau de l'entreprise » alors que l'existence des difficultés économiques est appréciée au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise. Mais la notion d'entreprise vise ici aussi bien l'entreprise *stricto sensu* que l'établissement. Ainsi les juges du fond ne peuvent-ils pas juger que les emplois existant dans un établissement situé à Lyon ne sont pas supprimés au motif qu'après la fermeture de cet établissement, ces emplois ont été transférés vers d'autres sites. La Cour de cassation affirme clairement que lorsque l'activité d'un établissement est poursuivie sur d'autres sites, notamment à l'étranger, dans un milieu différent, les emplois de l'établissement fermé sont supprimés.

En se situant à l'intérieur de l'entreprise, les juges doivent rechercher si l'emploi du salarié licencié a effectivement été supprimé. S'il apparaît que le salarié a été remplacé dans son emploi par un salarié embauché avec un contrat à durée déterminée, il est jugé qu'il n'y a pas suppression d'emploi et que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Soc. 12 févr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 58). De même, il a été jugé que l'emploi n'avait pas été supprimé alors même que le salarié remplaçant le travailleur licencié ne travaillait qu'à temps partiel (Soc. 2 oct. 1991, pourvoi n° 90-44505). En revanche, il y a suppression d'emploi lorsque la tâche du salarié licencié est répartie entre plusieurs personnes qui travaillaient déjà dans l'entreprise (Soc. 29 janv. 1992, *Bull. civ. V*, n° 51, *RJS* 1992, n° 264) ou lorsqu'elle est confiée à un collaborateur bénévole (Soc. 7 oct. 1992, *Bull. civ. V*, n° 502, *Dr. soc.* 1992. 923). L'existence de la suppression de l'emploi d'un salarié peut exceptionnellement être retenue bien que ce salarié soit remplacé dans son emploi par un salarié rémunéré, exerçant exactement les tâches qu'il accomplissait précédemment. Ceci se produit lorsque, à l'occasion d'une ou plusieurs suppressions d'emplois,

il faut effectuer un choix entre les salariés travaillant sur ces emplois. Un emploi est dans ce cas supprimé et cette suppression peut justifier le licenciement d'un salarié, en application des critères d'ordre (v. *supra*), même si le poste occupé par ce dernier n'a pas été supprimé (Soc. 29 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 216).

Lorsqu'il s'agit d'une modification du contrat de travail, les difficultés et les contrôles se manifestent souvent sur deux terrains. L'un est relatif à l'existence même d'une modification du contrat, la rupture du contrat ne pouvant pas être qualifiée « licenciement pour motif économique » s'il n'y a pas modification du contrat ; lorsque la décision de l'employeur ne constitue qu'un changement des conditions de travail, le licenciement qui intervient à la suite du refus du salarié sera un licenciement pour motif personnel et plus précisément un licenciement pour faute. Lorsqu'il est avéré qu'il y a modification du contrat, les juges exerceront un second contrôle sur la cause de cette modification. Le licenciement n'aura une cause réelle et sérieuse que si la cause économique alléguée par l'employeur est recevable.

II. — Difficultés économiques et autres causes économiques

Le licenciement pour motif économique n'a une cause réelle et sérieuse que si la suppression ou la transformation d'emploi ou la modification du contrat de travail est consécutive « notamment à des difficultés économiques ou des mutations technologiques ».

A. — Le contrôle des difficultés économiques

La Cour de cassation impose aux juges du fond un contrôle rigoureux de l'existence des difficultés économiques. Cette exigence est nécessaire pour que le contrôle soit effectif, mais la jurisprudence de la Cour de cassation impose aux employeurs des contraintes qui peuvent sembler excessives en raison du domaine qu'elle retient pour apprécier l'existence de ces difficultés.

1. La Cour de cassation a abandonné le principe selon lequel l'employeur était seul juge. Désormais, ce n'est pas l'employeur, mais le juge qui apprécie s'il existe ou non des difficultés économiques. Les juges du fond doivent apprécier la réalité et le sérieux des difficultés économiques (Soc. 12 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 245 ; *RJS* 6/98, n° 712).

Sans donner une définition précise des « difficultés économiques », la Cour indique clairement ce qui ne constitue pas des difficultés éco-

nomiques. La baisse du chiffre d'affaires ou la réduction des bénéfices ne suffisent pas à caractériser la réalité des difficultés économiques alléguées par l'employeur (Soc. 6 juill. 1999, *Bull. civ. V*, n° 327, *RJS* 10/99, n° 1236). L'objectif de réduire les coûts salariaux pour augmenter les profits n'est pas assimilable à des difficultés économiques : les licenciements qui seraient prononcés à la suite d'un refus de la diminution des salaires sont des licenciements sans cause réelle et sérieuse (Soc. 15 déc. 1998, *RJS* 2/99, n° 177). Il en est ainsi même lorsque la rémunération du salarié est particulièrement élevée dès lors que la situation financière de l'entreprise permet d'en assurer la charge (Soc. 24 avr. 1990, *Bull. civ. V*, n° 182, *RJS* 1990, n° 481 ; Soc. 16 mars 1994, *Bull. civ. V*, n° 95 ; Soc. 7 oct. 1998, *Bull. civ. V*, n° 405).

À supposer que les difficultés économiques existent, elles ne seront pas toujours considérées comme une cause sérieuse de licenciement.

Bien que le juge se place habituellement au jour du licenciement pour apprécier les droits du salarié, le licenciement, prononcé en raison de difficultés économiques existant au jour du licenciement, est déclaré sans cause réelle et sérieuse lorsque de telles difficultés existaient déjà au moment où le salarié a été embauché ; « l'employeur qui connaissait la situation obérée de l'entreprise au moment de l'engagement du salarié a fait preuve de légèreté blâmable » (Soc. 26 févr. 1992, *RJS* 4/92, n° 422). La légèreté blâmable est retenue comme la véritable cause du licenciement et celui-ci est logiquement jugé sans cause réelle et sérieuse.

De la même façon, l'existence de difficultés économiques au moment du licenciement ne justifiera pas celui-ci lorsque l'employeur les a organisées délibérément. L'employeur qui se laisse dépouiller par pure complaisance d'une partie importante de son patrimoine contribue en connaissance de cause à la situation économique qu'il invoque ultérieurement pour justifier les licenciements. Ceux-ci sont en réalité la conséquence de l'organisation par l'employeur de son insolvabilité, donc d'une faute de celui-ci et non pas de difficultés économiques pourtant existantes. Les licenciements sont des licenciements sans cause réelle et sérieuse (Soc. 9 oct. 1991, *Bull. civ. V*, n° 402, *Dr. soc.* 1991. 791, *RJS* 11/91, n° 1194). Cette recherche des causes qui sont à l'origine des difficultés économiques existant au jour du licenciement est importante ; il n'est pas exceptionnel, en effet, qu'une société transfère à une autre société, située dans un autre pays où la main d'œuvre est moins coûteuse, une partie de ses marchés, créant ainsi pour elle-même une situation financière difficile (Aix 29 oct. 1991, *RJS* 4/92, n° 436). Il est logique que le détournement de pouvoir commis par l'employeur soit sanctionné et que les salariés licenciés obtiennent réparation du préjudice qui leur a été injustement causé.

L'existence d'un contrôle judiciaire approfondi sur l'existence des

difficultés économiques et sur le rôle causal de celles-ci au regard des suppressions ou modifications d'emploi ou des modifications du contrat de travail est doublement justifiée. Elle l'est parce qu'elle est la condition indispensable pour écarter l'arbitraire patronal. Elle l'est également parce qu'elle ne porte pas atteinte au pouvoir de direction. Si les difficultés économiques existent réellement et si l'employeur ne s'est pas rendu coupable de légèreté blâmable ou de détournement de pouvoir, celui-ci peut prononcer les licenciements nécessaires au rétablissement de la santé économique de l'entreprise.

2. En revanche, la Cour de cassation pose une autre règle, à propos des difficultés économiques, qui est discutable. Cette règle concerne le champ d'appréciation de ces difficultés.

Il est décidé que les difficultés économiques ne sont pas appréciées par rapport au seul lieu où travaillait le salarié licencié. Ainsi les mauvais résultats d'un point de vente ne peuvent-ils pas justifier le licenciement d'un salarié travaillant dans ce point de vente quand il existe d'autres magasins exploités dans la même ville par le même employeur ; « la réalité des difficultés économiques invoquées doit être appréciée en fonction de l'ensemble des magasins exploités » (Soc. 17 juin 1992, *Bull. civ. V*, n° 403, *Dr. soc.* 1992. 710 ; *RJS* 8-9/92, n° 980). Des pertes importantes n'autorisent pas un employeur à fermer un établissement et à licencier le personnel y travaillant lorsque l'entreprise, dans son ensemble, réalise des profits (Soc. 15 oct. 1997, *RJS* 12/97, n° 1349).

Allant plus loin, la Cour de cassation décide que les difficultés économiques, existant au sein d'une société, ne justifient pas les suppressions ou les modifications d'emploi lorsque cette société fait partie d'un groupe, ne connaissant pas lui-même de difficultés économiques dans le secteur d'activité dont relève la société qui a licencié (arrêt n° 114 : « les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée » ; déjà en ce sens, Soc. 25 juin 1992, Chevalier, *Bull. civ. V*, n° 420, *RJS* 8-9/92, n° 980).

Ces solutions protègent évidemment les salariés contre les licenciements, mais elles portent une grave atteinte au pouvoir de direction du chef d'entreprise. Il est excessivement rigoureux d'interdire à un chef d'entreprise de fermer un établissement qui engendre chaque année des pertes importantes au motif que l'entreprise dans son ensemble ou le secteur d'activité du groupe réalise des profits. L'interdiction est trop contraire aux lois élémentaires de l'économie pour qu'elle puisse être respectée. Les chefs d'entreprise ferment l'établissement et paient des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou concluent des transactions avec les salariés. On peut s'inter-

roger sur l'opportunité d'une règle que la loi ne pose pas et qui impose curieusement à un chef d'entreprise de maintenir en activité un établissement qui engendre chaque année des pertes.

B. — Les autres causes économiques

L'article L. 1233-3 nouv. C. trav. (ancien art. L. 321-1 C. trav.) ne fait pas des difficultés économiques la cause exclusive des licenciements pour motif économique. Il vise également comme cause de ces licenciements les mutations technologiques et surtout il présente les difficultés économiques et les mutations technologiques comme des situations qui, parmi d'autres, peuvent causer un licenciement pour motif économique. Il qualifie, en effet, « licenciement économique » les suppressions ou les modifications d'emploi ou les modifications du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

Dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation retient la réorganisation de l'entreprise comme cause économique justifiant un licenciement (Soc. 1^{er} avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 223 ; 7 déc. 1993, *Bull. civ.* V, n° 306 ; 5 avril 1995, arrêt n° 114 ; et de nombreux arrêts postérieurs). Mais la Cour de cassation précise que cette réorganisation ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement que si « elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient » (arrêt n° 115 et, avec des rédactions voisines, arrêts n°s 114 et n° 116). En d'autres termes, la réorganisation de l'entreprise n'est une cause sérieuse de licenciement que si la compétitivité de l'entreprise est en péril. Dans les arrêts *Pages jaunes* rendus le 11 janvier 2006 (un des deux arrêts est reproduit sous le n° 116), la Cour de cassation précise les conditions dans lesquelles la sauvegarde de la compétitivité peut être invoquée. Il faut tout d'abord que la réorganisation de l'entreprise soit « mise en oeuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir ». La Cour de cassation souligne que la réorganisation de l'entreprise n'a pas à être « subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ». Si les difficultés économiques existent au moment où la procédure de licenciement est engagée, l'employeur motivera les licenciements en invoquant l'existence de difficultés économiques. Ce n'est que dans les cas où ces difficultés n'existent pas encore que l'employeur avancera un autre motif de licenciement, notamment la réorganisation d'entreprise pour sauvegarder la compétitivité de celle-ci. Il faut ensuite que ces difficultés à venir soient « liées à des évolutions technologiques ». Cette condition limite considérablement les possibilités de retenir cette cause économique de licenciement.

La baisse du chiffre d'affaires ou la menace d'une forte baisse de celui-ci ne peut pas, à elle seule, justifier un licenciement pour motif économique. De même la décision de supprimer certains emplois, qui sont en surnombre à la suite d'un transfert d'entreprise ne peut pas être justifiée par une réorganisation en vue de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Il y a un surcoût des rémunérations mais, en supposant même que ce surcoût conduise à envisager de futures difficultés économiques, celles-ci ne sont pas, en principe, liées à des évolutions technologiques. Enfin, aux termes de l'arrêt *Pages jaunes*, la réorganisation de l'entreprise ne répond au critère de la sauvegarde de compétitivité que si elle est mise en oeuvre pour prévenir les conséquences sur l'emploi des difficultés économiques prévisibles. En d'autres termes, la sauvegarde de compétitivité doit être aussi une sauvegarde de l'emploi (dans le même sens, Soc. 21 nov. 2006, *Dunlop*, *Bull. civ.* V, n° 349).

Assez curieusement, la Cour de cassation décide cependant que les juges du fond n'ont pas à rechercher si les licenciements prononcés étaient tous causés par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. À partir du moment où ils constatent qu'une réorganisation de l'entreprise était nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de celle-ci, ils n'ont pas le pouvoir, selon l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (arrêt n° 115), de vérifier que le choix exercé par l'employeur entre plusieurs solutions possibles était celui qui assurait la meilleure protection de l'emploi. En l'espèce, il avait été établi, après expertise, que trois solutions permettaient de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. La première entraînait 86 licenciements, la seconde 213, la troisième 318. Les juges du fond avaient décidé que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse au motif que le maintien de la compétitivité était assuré dans les trois hypothèses envisagées de réorganisation et qu'en retenant la solution qui entraînait le plus grand nombre de licenciements, « l'entreprise n'avait pas intégré dans ses calculs, comme elle en avait l'obligation, le concept de préservation de l'emploi et qu'elle avait donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise ». Leur arrêt est cassé. En statuant ainsi, la Cour de cassation n'interdit pas au juge, comme elle semble l'affirmer, de substituer ses choix de gestion à ceux de l'employeur. Elle interdit, en réalité, au juge de vérifier que les licenciements ont bien une cause réelle et sérieuse puisqu'elle le censure quand il recherche si la nécessaire réorganisation de l'entreprise est, telle qu'elle est opérée, de nature à justifier tous les licenciements prononcés.

Dans un arrêt *Morvant*, rendu le 16 janvier 2001, la Cour de cassation dégage une autre cause économique pouvant justifier les licenciements : la cessation d'activité de l'employeur (Soc. 16 janv. 2001,

Bull. civ. V, n° 10 ; *Dr. soc.* 2001. 413, note J. Savatier, *RJS* 3/01, n° 294). Mais la Cour prend soin de préciser que la cessation d'activité de l'employeur n'est une cause réelle et sérieuse de licenciement que si elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable. Des arrêts postérieurs n'ont pas eu l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par « faute de l'employeur » ou par « légèreté blâmable ». Il est cependant raisonnable de penser que la Cour de cassation donnera à ces expressions le sens qui leur est attribué lorsque, en présence de difficultés économiques, elle écarte l'existence d'une cause réelle et sérieuse en raison de la faute ou de la légèreté blâmable de l'employeur (*supra* II A). Toutes les fautes commises par l'employeur, et en particulier toutes ses fautes de gestion, ne seront pas retenues pour déclarer les licenciements sans cause réelle et sérieuse. De façon générale, le juge prud'homal n'a pas à statuer sur la cause de cessation d'activité de l'employeur (Soc. 1^{er} mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 81, *RJS* 6/00, n° 648). Seules les fautes particulièrement grossières, traduisant une attitude frauduleuse de l'employeur, permettent, en principe, d'écarter la cause économique alléguée par l'employeur (Soc. 13 janv. 1993, *Bull. civ. V*, n° 9 ; Soc. 12 janv. 1994, *RJS* 2/94, n° 134 ; Soc. 9 oct. 1991, *Bull. civ. V*, n° 462, *Dr. soc.* 1991. 791, *RJS* 11/91, n° 1194).

III. — Exécution de l'obligation de reclassement

En précisant que « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque... le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent, ou à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise, ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient » (art. L. 321-1 dernier alinéa C. trav. ; art. L. 1233-4 nouv. C. trav.), la loi du 17 janvier 2002 a consacré une exigence dégagée par la jurisprudence.

Très tôt, la Cour de cassation a jugé que « le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible » (Soc. 1^{er} avr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 228, *RJS* 5/92, n° 598). Puis il a été précisé que cette obligation de reclasser avant de procéder à un licenciement ne concernait pas seulement les suppressions d'emploi, mais également les transformations d'emploi (Soc. 8 avr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 258, *JCP E* 1992. II. 360, note J. Savatier, *Dr. soc.* 1992. 626, *RJS* 5/92, n° 598) et les modifications substantielles du contrat de travail (Soc. 30 sept. 1997, *Bull. civ. V*, n° 290, *RJS* 11/97, n° 1222 :

lorsque le salarié refuse la modification du contrat décidée par l'employeur, celui-ci doit rechercher s'il existe un autre emploi que celui qu'il a proposé et qui pourrait être tenu par le salarié).

Cette obligation, qui a ainsi une étendue recouvrant toutes les hypothèses qui peuvent conduire à un licenciement économique, est entendue de façon très stricte par les juges.

L'employeur ne peut pas se contenter de rechercher s'il existe un poste de reclassement dans l'établissement ou dans l'entreprise. Si l'entreprise est membre d'un groupe, l'employeur doit rechercher s'il existe un emploi de reclassement dans toutes sociétés du groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (Soc. 5 avr. 1995, arrêt n° 114 ; Soc. 27 oct. 1999, *RJS* 12/99, n° 1449 ; Soc. 5 oct. 1999, *Bull. civ.* V, n° 368, *Dr. soc.* 1999. 1112, obs. G. Couturier). Cette obligation existe même au regard des sociétés situées à l'étranger dès lors que la législation applicable localement n'interdit pas l'emploi de salariés étrangers (Soc. 7 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 407, *D.* 1999. 310, note J.-P. Adom ; Soc. 30 mars 1999, *RJS* 5/99, n° 644). La loi a encore étendu l'obligation pesant sur l'employeur puisqu'elle impose une recherche de reclassement dans l'ensemble du groupe alors que la jurisprudence n'imposait cette recherche que dans certaines sociétés du groupe (*supra* Soc. 5 avril 1995).

Par ailleurs, cette obligation de reclassement suppose une recherche active de la part de l'employeur. Celui-ci ne s'acquitte pas de son obligation en se bornant à interroger les sociétés du groupe sur les possibilités de reclassement des salariés menacés de licenciement sans prendre la peine de répondre aux demandes de précision émanant de ces sociétés (Chambéry 17 févr. 2000, *Éts Charles Maire*).

Non seulement l'employeur doit rechercher activement si des emplois de remplacement sont disponibles, mais il doit proposer individuellement à chaque salarié le ou les postes que celui-ci pourrait occuper. Il doit évidemment proposer en priorité des emplois relevant de la même catégorie que celui que salarié occupe ; à défaut, il doit proposer des emplois équivalents ou même des emplois de catégorie inférieure. Le salarié est libre de refuser ces propositions, mais le licenciement est sans cause réelle et sérieuse si ces propositions n'ont pas été faites. Dans le souci de protéger l'emploi du salarié les juges imposent même à l'employeur de proposer au salarié un emploi vacant qu'il est incapable de tenir dans l'immédiat mais qu'il pourra occuper après avoir suivi une formation. C'est la consécration d'une obligation particulière de formation afin d'éviter le licenciement. Dans l'arrêt *Sté Expovit*, la Cour de cassation affirme très clairement que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi » (Soc. 25 févr.

1992, *Bull. civ.* V, n° 122). Le terme « adaptation » indiquait que l'obligation pesant sur l'employeur consistait à donner une formation assez simple, permettant de compléter les compétences déjà acquises par le salarié (Soc. 17 févr. 1998, *Bull. civ.* V, n° 86, *RJS* 4/98, n° 434) pour qu'il puisse tenir un « emploi compatible avec ses capacités » (Soc. 25 févr. 1992, précit.). L'employeur n'avait pas, en revanche, l'obligation de donner au salarié une formation, lui donnant la possibilité d'accéder à des emplois exigeant une qualification entièrement différente de celle qu'il possède (Soc. 4 févr. 1998, *Macary c. Sté Piano de France*, *RJS* 4/98, n° 434, 2^e esp.). Par exemple, un vendeur de produits informatiques ne pouvait pas reprocher à l'employeur de ne pas lui avoir donné une formation qui lui aurait permis d'exercer une activité de programmation informatique (Soc. 16 déc. 1997, *RJS* 2/98, n° 155). Cette distinction entre l'obligation d'adaptation et l'obligation de formation n'apparaît plus dans le texte légal ; aux termes de l'article L. 1233-4 nouv. C. trav., « le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés ».

Cette obligation de proposer individuellement à chaque salarié menacé de licenciement un ou plusieurs postes de reclassement entraîne comme conséquence que l'employeur ne peut pas se borner à informer le personnel par voie d'affichage des possibilités de reclassement existant dans les sociétés du groupe dont les adresses étaient indiquées (Soc. 12 mars 2003, *RJS* 5/03, n° 585). Il en résulte également que cette obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur ne saurait être confondue avec l'obligation de présenter un plan de reclassement intégré dans le plan de sauvegarde de l'emploi (Soc. 16 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 560, *Dr. soc.* 1999. 196, obs. F. Gaudu). « Dans le cadre de son obligation de reclassement de tout salarié dont le licenciement pour motif économique est envisagé, il appartient à l'employeur, même quand un plan social a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non dans le plan social, et de proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé des emplois disponibles. En se bornant à constater que l'employeur avait recensé dans le cadre du plan social les emplois disponibles au sein de la société et dans les entreprises du groupe, sans vérifier si l'employeur avait effectivement recherché des possibilités de reclassement de la salariée, prévues ou non dans le plan social, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Soc. 26 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 106, *RJS* 6/02, n° 669). Le Code du travail prévoyant maintenant que les offres de reclassement individuel doivent être écrites et précises, la Cour de cassation juge que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il n'y a pas eu de proposition précise et écrite d'emploi de reclassement ; en établissant qu'il avait fait des

propositions verbales de reclassement, l'employeur n'échappera pas à une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 20 sept. 2006, *Bull. civ. V*, n° 276 ; *RDT* 2006. 315, obs. Ph. Waquet).

Le respect par l'employeur de cette obligation de reclassement joue un rôle décisif dans la recherche d'une cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique. En atteste la règle dégagée par la Cour de cassation selon laquelle la question relative au reclassement du salarié est nécessairement dans le débat concernant la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique (Soc. 26 nov. 1996, *RJS* 1/97, n° 18 ; Soc. 6 déc. 2000, *RJS* 2/01, n° 179). Même si le salarié n'a pas évoqué l'absence de reclassement dans sa demande d'indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse, les juges doivent d'office soulever cette question. Après avoir constaté qu'il y avait effectivement suppression d'emploi et que cette suppression était consécutive à des difficultés économiques, ils doivent condamner l'employeur pour licenciement pour motif économique sans cause réelle et sérieuse s'ils constatent que celui-ci ne s'est pas acquitté de son obligation de reclassement (Soc. 24 oct. 2000, *Bull. civ. V*, n° 344, *RJS* 12/00, n° 1249).

NEUVIÈME PARTIE

SUITES DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

La rupture du contrat à durée indéterminée s'accompagne d'un préavis (délai-congé) non seulement lorsqu'elle résulte d'un licenciement, mais également lorsqu'elle résulte d'une démission, d'une mise à la retraite ou d'un départ à la retraite. Le régime juridique du préavis a d'abord été élaboré par la jurisprudence avant d'être confirmé par le législateur (n^{os} 117 et 118).

La rupture du contrat à durée indéterminée engendre, par ailleurs, un règlement des comptes qui se traduit par le versement des salaires dus et non encore réglés, d'une indemnité compensatrice de congés payés lorsque le salarié n'a pas utilisé tous les congés auxquels il avait droit, d'une indemnité compensatrice de préavis lorsque celui-ci n'est pas travaillé et par le versement d'une indemnité de licenciement ou d'une indemnité de mise à la retraite ou d'une indemnité de départ à la retraite lorsque la rupture du contrat résulte d'un de ces trois modes de rupture. Ce règlement des comptes s'accompagne habituellement de la signature par le salarié d'un reçu pour solde de tout compte. La jurisprudence attachait à ce document un effet probatoire mais aussi un effet libératoire. Il était jugé que la mention « pour solde de tous comptes » signifiait que le salarié reconnaissait avoir reçu tout ce qui lui était dû par l'employeur ; il ne pouvait donc plus, après avoir signé un tel reçu, attirer en justice l'employeur pour obtenir paiement d'une somme en exécution du contrat de travail ou

en raison de sa rupture. La portée de cet effet libératoire a donné lieu à un abondant contentieux. Nous n'en ferons cependant pas état car une loi du 17 janvier 2002 a profondément modifié l'article L. 122-17 du Code du travail en précisant que le reçu pour solde de tout compte « n'a que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent ». L'intérêt essentiel du reçu, qui était son effet libératoire, semblait avoir vécu. Un projet de loi portant modernisation du marché du travail restitue au reçu pour solde de tout compte son effet libératoire (art. 4 du projet adopté par l'Assemblée nationale le 29 avril 2008) et donnera très probablement naissance à un nouveau contentieux.

Pour éviter les contentieux postérieurs à la rupture du contrat à durée indéterminée, reste la possibilité pour les cocontractants de conclure une transaction. La pratique de ces transactions s'est considérablement développée ces dernières années, si bien que la Cour de cassation a estimé nécessaire de soumettre la validité de celles-ci à des conditions strictes (n^{os} 119 à 121).

117-118

LE PRÉAVIS

117. Soc. 29 octobre 1942 — 118. Civ. 2^e 25 février 1966

117. Soc. 29 octobre 1942

Charbonnier c. Ducos

(Dr. soc. 1942. 270)

ARRÊT

La Cour : — Sur le deuxième moyen ;

Attendu qu'engagé, le 7 octobre 1940, comme voyageur de commerce par Ducos, industriel à Agen, Charbonnier s'est démis de ses fonctions le 4 mars 1941, en se mettant à la disposition de son employeur jusqu'à la fin du délai congé ;

Attendu que Ducos, ayant refusé de donner suite à cette proposition et ayant accepté, purement et simplement, la démission de son employé, Charbonnier l'a assigné en paiement d'une indemnité pour inobservation du délai de préavis et d'une indemnité de clientèle ;

Attendu que le pourvoi reproche au jugement attaqué d'avoir rejeté la seconde de ces deux demandes, alors que Ducos était en faute pour n'avoir pas conservé Charbonnier à son service pendant toute la durée du délai-congé ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 29 o du livre 1^{er} du Code du travail, le droit à une indemnité de clientèle n'est ouvert au profit du voyageur de commerce que dans le cas où le contrat est rompu par le fait de l'employeur ; qu'il s'ensuit que, Charbonnier ayant démissionné, le jugement attaqué, qui fonde sa décision sur ce que son départ a été volontaire, se trouve légalement justifié ;

Par ces motifs, rejette le deuxième moyen ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 23 du livre 1^{er} du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte de cet article que dans le cas où un contrat de louage de services vient à être résilié, le délai-congé fixe la date à laquelle il doit prendre fin, lorsqu'il a été conclu, originellement, sans limitation de durée ; qu'il s'ensuit que ce contrat subsistant et continuant à produire tous ses effets jusqu'à cette date, la partie qui subit la rupture demeure liée, pendant toute la durée du délai de préavis, auquel elle a, comme l'auteur de la résiliation, l'obligation de se conformer ;

Attendu que, pour rejeter la demande de Charbonnier, en tant qu'elle avait pour objet l'allocation d'une indemnité pour inobservation du délai-congé, le jugement attaqué se fonde sur ce motif de droit que l'obligation de respecter ce délai n'in-

combe qu'à la partie qui rompt le contrat de travail ; qu'il en conclut que Ducos, qui n'était pas l'auteur de la résiliation, mais qui la subissait, n'était pas tenu de garder Charbonnier à son service jusqu'à l'expiration du délai-congé ;

En quoi il a violé l'article de loi ci-dessus visé ;

Par ces motifs, casse mais seulement du chef qui a débouté Charbonnier de sa demande en paiement de la somme de 1 500 francs à titre d'indemnité de délai-congé.

118. Civ. 2^e 25 février 1966

Société Roclaine c. Levasseur

(*Bull. civ. II*, n° 273 ; *JCP* 1966. II. 14679, 4e esp.)

ARRÊT

La Cour : — Sur le moyen unique : Attendu que le pourvoi reproche au jugement attaqué d'avoir débouté la Société Roclaine de sa demande d'annulation de l'élection de Levasseur en qualité de délégué du personnel de son usine de Saint-Étienne-de-Rouvray intervenue le 20 novembre 1964, alors que ce salarié avait été avisé verbalement de son congédiement le 29 octobre précédent et que l'employeur lui ayant fait connaître, par une lettre recommandée confirmative du congédiement reçue le 31 octobre, qu'il le dispensait de travailler pendant le délai-congé, le jugement n'aurait pu considérer que par une dénaturation des termes de ladite lettre que l'intéressé continuait à faire partie de l'entreprise à la date de son élection ; — Mais attendu que le fait par l'employeur de dispenser un salarié de continuer à exécuter le contrat de travail pendant le délai-congé n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle ce contrat prendra fin ; — Que le jugement, après avoir constaté que Levasseur avait droit à un préavis d'un mois venant à expiration postérieurement à la date de l'élection litigieuse, énonce qu'à cette date le susnommé continuait à faire partie de l'entreprise et pouvait être candidat ; — Qu'ainsi, hors de toute dénaturation, il a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi formé contre le jugement rendu le 3 décembre 1964, par le tribunal d'instance de Rouen.

OBSERVATIONS

L'arrêt *Charbonnier* (n° 117) et l'arrêt *Société Roclaine* (n° 118) posent une même règle : le contrat de travail est maintenu pendant toute la période du préavis ; mais, alors que le premier pose une règle générale, le second a la particularité de supprimer l'exception que la jurisprudence avait d'abord apportée au principe.

I. — Le maintien du contrat de travail pendant le préavis

Dans l'arrêt *Charbonnier*, la Cour de cassation prend nettement position : « le délai-congé fixe la date à laquelle (le contrat) doit prendre

fin, lorsqu'il a été conclu originairement, sans limitation de durée » ; le contrat « subsiste et continue à produire tous ses effets jusqu'à cette date ». Il en tire une conclusion importante : « la partie qui subit la rupture demeure liée pendant toute la durée du délai de préavis auquel elle a, comme l'auteur de la résiliation, l'obligation de se conformer ».

A. — Le contrat continue de produire ses effets habituels

Le principe est simple ; le congé donné par l'employeur ou par le salarié ne rompt pas immédiatement le contrat. Il n'en modifie pas non plus la nature, comme cela avait été admis au début du siècle, où la jurisprudence décidait que le congé transformait le contrat à durée indéterminée en un contrat à durée déterminée (Civ. 7 déc. 1909, *DP* 1910. 1. 65). Le congé a pour seul effet d'informer une partie de la volonté de l'autre contractant d'exercer son droit de résiliation unilatérale et de fixer la date de la rupture effective.

Pendant toute la durée du préavis, le contrat continue donc de produire ses effets habituels ; l'employeur ne doit pas modifier les attributions et la rémunération du salarié ; le salarié doit accomplir sa tâche avec la même diligence que par le passé. Si l'un ou l'autre manque à ses obligations, il engage sa responsabilité. L'employeur qui met un terme au contrat avant l'expiration du préavis doit au salarié une indemnité compensatrice égale aux salaires et autres avantages que celui-ci aurait acquis au cours du délai-congé. De la même façon, le salarié qui décide unilatéralement de cesser le travail avant la fin du délai-congé devient débiteur d'une indemnité correspondant aux salaires qu'il aurait perçus pendant toute la durée où il aurait dû travailler et où il ne l'a pas fait (Soc. 22 janv. 1992, *JS UIMM* 1992. 325).

L'employeur, sans s'opposer à la poursuite des relations de travail, entend-il assigner une nouvelle tâche ou modifier la rémunération du travailleur pendant le préavis, le salarié, qui n'a pas d'autres obligations à respecter que celles qu'il a initialement souscrites, peut refuser ces changements ; il aura droit à son salaire habituel pendant tout le délai-congé, bien qu'il ne fournisse aucune prestation de travail. C'est en effet l'employeur qui, en imposant au salarié un travail différent ou une rémunération inférieure, rend impossible l'exécution du contrat de travail durant le délai-congé ; c'est lui qui sera condamné du fait de cette inexécution (Soc. 3 janv. 1974, *Bull. civ.* V, n° 3 ; Soc. 5 oct. 1999, *RJS* 11/99, n° 1370 ; Ass. plén. 18 nov. 1994, *Bull. Ass. plén.*, n° 6). De la même manière, si le salarié, tout en restant à la disposition de l'employeur pendant le délai-congé, exécute mal ses obligations, l'employeur peut rompre le contrat sans attendre l'expiration du préavis ; la faute commise par le salarié doit cependant être grave pour justifier une rupture immédiate du contrat.

B. — La réciprocité du préavis

L'arrêt *Charbonnnier* (n° 117) déduit de ce principe une conséquence particulière ; le contrat subsistant jusqu'à l'expiration du délai-congé, la victime de la rupture est tenue, au même titre que l'auteur de celle-ci, de respecter le préavis. Cette décision opère un revirement de jurisprudence, car la Cour de cassation affirmait jusqu'alors que l'obligation d'observer le délai-congé résultant des usages n'incombait qu'à la partie qui rompait un contrat de travail (Civ. 11 déc. 1933, *Gaz. Pal.* 1934. 1. 495). Elle faisait ainsi du délai-congé un mécanisme institué dans le seul intérêt de la partie qui subissait la résiliation du contrat. Le travailleur licencié pouvait invoquer le droit à préavis, mais il pouvait, s'il le souhaitait, y renoncer ; le salarié démissionnaire devait un préavis à l'employeur, mais ce dernier pouvait, s'il le préférait prendre immédiatement acte de la rupture. L'arrêt *Charbonnier* étend ce que l'on a appelé la « réciprocité » du préavis : non seulement l'auteur de la rupture doit respecter un préavis, qu'il soit employeur ou travailleur, mais encore, à l'occasion d'un préavis déterminé, l'employeur et le travailleur, l'auteur et la victime de la rupture, ont exactement l'un à l'égard de l'autre les mêmes obligations. En l'espèce, le salarié était démissionnaire et se mettait à la disposition de l'employeur jusqu'à la fin du délai-congé. L'employeur avait cru pouvoir accepter purement et simplement la démission sans donner suite à la proposition d'accomplir le préavis ; il est condamné pour avoir refusé d'exécuter le contrat jusqu'à l'expiration du délai-congé. La Cour de cassation a, depuis, décidé, par application du même principe, que le salarié licencié ne pouvait pas cesser le travail en cours de préavis au motif qu'il avait trouvé un emploi (Soc. 11 mai 1964, *Bull. civ.* IV, n° 390, p. 321 ; Soc. 28 févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 188). En l'absence de disposition conventionnelle contraire, le salarié licencié est débiteur autant que créancier du préavis.

L'arrêt *Charbonnier* apporte une utile précision. Ce n'est pas parce qu'un contractant ne respecte pas le préavis qu'il devient du même coup l'auteur de la rupture. L'employeur qui prend acte de la démission non équivoque du salarié (ce qu'il ne peut plus faire actuellement, voir *supra* n° 87), en refusant de maintenir les relations contractuelles jusqu'à l'expiration du délai-congé, viole les règles du préavis et doit une indemnité pour inobservation du délai-congé ; il ne « licencie » pas pour autant le salarié qui a pris l'initiative de la rupture et il ne peut pas être condamné au paiement d'une indemnité de clientèle, due seulement aux voyageurs de commerce dont le contrat est rompu du fait de l'employeur. La Cour de cassation a réaffirmé cette solution à propos du paiement d'une indemnité de licenciement. Une cour d'appel avait condamné un employeur à payer une indemnité de licenciement

à une salariée qui avait été renvoyée brusquement, deux jours après que celle-ci eut donné sa démission. L'arrêt est cassé, car la salariée avait, avant la brusque rupture, manifesté sa volonté unilatérale de rompre son contrat de travail (Soc. 11 mars 1976, *Gaz. Pal.* 14-15 mai 1976) : il y avait donc démission et non pas licenciement.

Si cette solution semble bien établie, il est indispensable d'en préciser la portée pour éviter une confusion. La non-exécution du préavis ne modifie pas, par elle-même, la rupture du contrat. Lorsque le salarié a démissionné, la non-exécution du préavis par l'employeur ne transforme pas la démission en licenciement. Lorsque l'employeur a licencié le salarié, la non-exécution du préavis par le salarié ne transforme pas le licenciement en démission.

Mais, jusqu'à ces dernières années, il fallait ajouter que la notification de la démission ne faisait pas obstacle, au cours du préavis, à un licenciement, pas plus que la notification d'un licenciement ne faisait obstacle, au cours de la même période, à une démission. Le congé ne rompant pas le contrat de travail et n'en modifiant pas la nature, les parties conservaient le droit de résiliation unilatérale reconnu à toute personne liée par un contrat à durée indéterminée. Cette affirmation avait trouvé son illustration, en jurisprudence, dans un arrêt rendu à propos d'une indemnité compensatrice de congés payés. Une salariée avait démissionné, puis, peu de temps après, avait souffleté son chef d'atelier ; l'employeur avait alors mis fin à la relation de travail. La salariée prétendait avoir droit à l'indemnité compensatrice de congés payés au motif que la résiliation du contrat provenait de sa démission et que cette indemnité était due dès lors que la résiliation du contrat de travail n'avait pas été provoquée par la faute lourde du salarié (ancien art. 54 f). Les juges du fond l'avaient suivie dans son raisonnement, mais leur décision avait été cassée. La Cour de cassation rappelait que la démission n'avait pas pour effet de mettre fin au contrat de travail, mais seulement d'en fixer la date d'expiration ; elle décidait donc que le contrat avait été en la circonstance rompu par l'employeur pour faute lourde commise en cours de préavis ; le contrat étant résilié pour faute lourde de la salariée, celle-ci ne pouvait avoir droit à l'indemnité compensatrice de congés payés (Soc. 12 nov. 1964, *Bull. civ.* IV, n° 747). En d'autres termes, le fait pour la salariée d'avoir exprimé sa volonté de rompre le contrat n'empêchait pas l'employeur de prendre lui-même la décision de rompre unilatéralement le contrat ; le contrat continuant à produire ses effets habituels pendant le préavis, rien ne s'opposait à ce qu'une partie exerce les droits qui lui sont attribués dans le cadre des contrats à durée indéterminée.

Cette interprétation a été abandonnée. La Cour de cassation juge désormais que la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin par l'envoi de la

lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant le licenciement (Ass. plén. 28 janv. 2005, *Bull. Ass. plén.*, n° 1, Rapport annuel 2005 p. 264 ; Soc. 26 sept. 2006 n°05-44.670 et 05-43.841 ; Soc. 7 nov. 2006 n° 05-42.323). Certes, la relation d'emploi ne cesse effectivement qu'à l'expiration du délai de préavis, mais la rupture du contrat étant déjà intervenue, une autre rupture ne peut plus produire effet. Ainsi une demande de résiliation judiciaire présentée par le salarié après une notification de licenciement est nécessairement sans objet (Soc. 20 déc. 2006 pourvoi n° 05-42.539).

II. — La dispense d'exécuter le contrat pendant le préavis

L'arrêt *Roclaine* (n° 118) décide que « le fait pour l'employeur de dispenser le salarié de continuer à exécuter le contrat de travail pendant le délai-congé n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin ».

Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation avait décidé au contraire qu'il y avait rupture du contrat au moment même où le salarié cessait de fournir sa prestation de travail lorsque l'employeur, en dispensant le salarié d'exécuter ses obligations pendant le délai-congé, lui versait une indemnité compensatrice de préavis. Il en résultait par exemple que le temps de préavis non effectué n'était pas pris en compte pour calculer l'ancienneté du salarié bénéficiaire de l'indemnité de licenciement (Soc. 10 avr. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 293) ou que, les parties « étant immédiatement déliées de leurs obligations réciproques », le salarié pouvait conclure un nouveau contrat de travail avant l'expiration du préavis (Soc. 22 mai 1964, *Bull. civ. IV*, n° 418). Il y avait alors deux situations qui étaient soumises à des régimes juridiques distincts en cas de rupture de contrat. En principe, le préavis ne mettait pas fin aux relations contractuelles qui étaient maintenues jusqu'à l'expiration de celui-ci. Exceptionnellement, le congé rompait immédiatement le contrat lorsque l'employeur dispensait le salarié de fournir sa prestation de travail pendant le préavis en lui payant les salaires dus pour cette période.

L'arrêt *Roclaine*, à la suite de trois arrêts rendus, le 5 et 6 novembre 1964 et le 17 mars 1965, uniformise les solutions. Qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas dispense d'exécution du préavis, le contrat ne prend fin qu'à l'expiration du délai-congé. Même s'il ne fournit aucune prestation de travail (avec l'accord de l'employeur), le salarié est censé faire partie du personnel jusqu'au terme du préavis ; il a droit pendant toute cette période aux mêmes salaires, accessoires de salaire et avantages, qu'il travaille ou qu'il soit dispensé de travailler. Ainsi dans l'affaire *Roclaine*, est-il jugé que le salarié dispensé d'exécuter son préavis

continue à faire partie de l'entreprise et peut être candidat à des élections de délégués du personnel tant que le délai-congé n'est pas expiré ; ainsi, dans les arrêts *Société Burroughs c. Casse* (Soc. 17 mars 1965) et *CANCAVA c. Ferreux* (Soc. 6 nov. 1964), la Cour de cassation décide-t-elle que le salarié a droit à des gratifications de fin d'année dont l'attribution suppose un lien de droit entre le travailleur et l'employeur, bien que, au 31 décembre, ce salarié ne fournisse aucun travail à l'employeur en raison de la dispense qui lui a été accordée. Ainsi encore, dans l'arrêt *SNECMA c. Faure* (Soc. 5 nov. 1964), est-il jugé que, pendant le délai-congé, le salarié « a droit à tous les bénéfices attachés à son contrat, notamment en ce qui concerne son ancienneté dans l'entreprise, dans les mêmes conditions qu'avant réception de la lettre lui notifiant son licenciement », ceci alors même que le salarié avait été dispensé d'exécuter son préavis. On doit donc prendre en compte toute la durée du préavis non travaillé pour calculer l'ancienneté et évaluer le montant de l'indemnité de licenciement.

La loi du 13 juillet 1973 a consacré les solutions que la jurisprudence avait dégagées. L'article L. 122-8 du Code du travail qui en est issu (art. L. 1234 nouv. C. trav.) prévoit que « l'inobservation du délai-congé n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin » ; il précise que « la dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant le délai-congé ne doit entraîner jusqu'à l'expiration de ce délai, aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail ».

Prenant appui sur ce texte législatif, la Cour de cassation pouvait renforcer l'assimilation du préavis non travaillé au préavis travaillé. Il existait en effet quelques différences résultant de textes spéciaux, comme l'article du Code du travail subordonnant l'acquisition du droit à congés payés à un temps de travail effectif. La Cour de cassation, faisant application de l'article 54 g du Livre II du Code du travail, jugeait, avant la réforme du 13 juillet 1973, que les salariés n'acquerraient pas droit à des congés payés pendant la période de préavis non travaillé (Soc. 12 juin 1968, *Bull. civ. V*, n° 239 ; Soc. 15 mars 1972, *Bull. civ. V*, n° 195). Il devenait possible, en appliquant le nouvel article L. 122-8, alinéa 3, de rechercher quels auraient été les avantages du salarié qui aurait travaillé jusqu'à l'expiration du préavis et de les attribuer au salarié dispensé d'exécuter son préavis. Le salarié travaillant jusqu'à l'expiration du préavis acquérant plusieurs jours de congés payés par mois travaillé, le salarié, dispensé d'exécuter le préavis, ayant les mêmes avantages que ce dernier, devait se voir reconnaître le même nombre de jours de congés payés. La Cour de cassation n'a pourtant pas retenu cette interprétation et a maintenu la solution qu'elle avait adoptée avant la réforme (Soc. 29 avr. 1976, *Bull. civ. V*, n° 244 ; Soc. 5 juill. 1978, *Bull. civ. V*, n° 570 ; Soc. 12 oct. 1978, *D.* 1979.

IR. 229). Il a fallu une nouvelle intervention du législateur (loi du 3 janv. 1985 portant diverses dispositions d'ordre social) pour que les salariés dispensés d'exécuter le préavis aient, en matière de congés payés, comme dans les autres domaines, les mêmes droits que les salariés ayant travaillé pendant la période de préavis.

Après cette précision législative, on pouvait penser que les droits du salarié en cours de préavis étaient exactement les mêmes, que le préavis soit travaillé ou qu'il ne le soit pas à la suite d'une dispense de l'employeur. En réalité, on constate actuellement que le salarié dispensé d'exécuter le préavis peut avoir des droits plus étendus que celui qui travaille pendant cette période. En effet, la Cour de cassation juge « que si la découverte ou la commission au cours du préavis d'une faute grave peut entraîner l'interruption de l'exécution de ce préavis, il en est autrement si le salarié a été dispensé de l'exécuter ; qu'en cas de dispense, l'indemnisation du préavis lui est acquise » (Soc. 9 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 171 ; *RJS* 6/00, n° 650). En d'autres termes, le salarié, qui travaille pendant la durée du préavis et qui commet une faute grave au cours de cette période, perd son droit à préavis en raison de cette faute et à compter de cette faute. Pendant les semaines qui restent à courir après la commission de la faute grave jusqu'à l'expiration prévue du délai-congé, le salarié n'a plus le droit de travailler et ne percevra donc aucun salaire (également en ce sens, Soc. 12 déc. 2001, *RJS* 2/02, n° 169). Au contraire, le salarié dispensé de travailler pendant la période de préavis acquiert définitivement l'indemnité compensatrice de préavis au jour où la dispense lui est accordée ; les faits dont il peut être l'auteur pendant la période de préavis sont sans effet sur l'indemnisation du préavis. Cette solution est retenue quelle que soit la gravité de la faute commise par le salarié. Elle est applicable même lorsque le salarié a commis une faute lourde au cours du préavis de l'exécution duquel il a été dispensé (Soc. 22 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 173, *RJS* 8-9/02, n° 968).

119-121

TRANSACTIONS

**119. Soc. 27 mars 1996 — 120. Soc. 29 mai 1996 —
121. Ass. plén. 4 juillet 1997**

119. Soc. 27 mars 1996

Sté Interlac c. Bernard

(*Bull. civ.* V, n° 124 ; *JCP* 1996. 402, note F. Taquet ; *RJS* 5/96, n° 541)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon 10 déc. 1991), que M. Bernard a été engagé le 8 février 1971 comme directeur technique par la société La Bobine aux droits de laquelle se trouve aujourd'hui la société Interlac ; que le 15 décembre 1988, il a été licencié pour faute grave consistant en un manque de compétence ; que le lendemain 16 décembre, était signée par les parties une transaction aux termes de laquelle l'employeur acceptait de verser un salaire jusqu'au 15 décembre 1988, une indemnité de préavis et une indemnité compensatrice de congés payés, le salarié renonçant en contrepartie à toute autre prétention ; qu'après avoir perçu les sommes prévues à cet acte, celui-ci a engagé une action prud'homale en nullité de la transaction ainsi qu'en paiement d'une indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que la société Interlac fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse et non sur une faute grave et d'avoir en conséquence, déclaré nulle la transaction et condamné la société au paiement d'une indemnité conventionnelle de licenciement, alors, d'une part, que constitue une transaction valable l'accord comportant des concessions réciproques quelle que soit leur importance relative ; que la renonciation de l'employeur à se prévaloir de la faute grave et l'octroi d'une indemnité compensatrice de préavis en contrepartie de l'abandon par le salarié de toute contestation ultérieure ayant pour origine le contrat de travail constitue une transaction valable quelle que soit l'importance relative de ces concessions ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 2044 du Code civil ; alors, d'autre part, que constitue une transaction au sens de cet article un acte par lequel chacune des parties renonce à un avantage au moins éventuel, l'erreur de droit commise par l'une d'elles sur la qualification à donner aux motifs de la rupture ou l'absence d'un tel accord étant sans influence sur son existence et sa validité ; que dès lors,

la cour d'appel, qui a annulé la transaction destinée à mettre fin à toute contestation en considérant que le licenciement ne reposait que sur une cause réelle et sérieuse, a violé l'article 2052 du Code civil ; alors, enfin, que la cour d'appel, qui, sans constater l'existence d'un vice du consentement ou d'une absence de consentement, a annulé la transaction, a violé l'article 1108 du Code civil ;

Mais attendu que l'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte ; que s'il en résulte que le juge ne peut, pour se prononcer sur la validité d'une transaction, rechercher, en se livrant à l'examen des preuves, si ces prétentions étaient justifiées, il peut néanmoins se fonder sur les faits invoqués lors de la signature de l'acte, indépendamment de la qualification juridique qui leur a été donnée ;

Qu'ayant constaté que, pour justifier la qualification de faute grave qu'elle donnait aux faits invoqués à l'appui du licenciement, la société ne faisait état, dans la lettre de licenciement, que d'un manque de compétence du salarié dans l'exercice de ses fonctions de directeur technique, fait qui ne pouvait être constitutif d'une faute grave privative de l'indemnité de préavis, la cour d'appel a justifié sa décision, abstraction faite de motifs surabondants justement critiqués ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

120. Soc. 29 mai 1996

Michel Purier c. Sté Séduca

(*Bull. civ.* V, n° 215 ; *Dr. soc.* 1996. 689, note J. Savatier ; *CSB* 1996, A 48, obs. A. Philbert ; *D.* 1997. 49, note J.-P. Chazal ; *RJS* 7/96, n° 789)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 122-14 et L. 122-14-7 du Code du travail ;

Attendu que, selon l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent, par leur consentement mutuel, mettre fin à leur convention ; que, selon l'article 2044 du même Code, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; qu'il en résulte que si les parties à un contrat de travail décident, d'un commun accord, d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture ; qu'il s'ensuit que la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Purier, engagé en 1964 par la société Seduca en qualité d'employé de bureau, est devenu, en dernier lieu, directeur de gestion ; qu'après avoir, dans un premier temps, manifesté l'intention de démissionner, il a, par lettre du 4 mars 1991, déclaré accepter le « licenciement » pour faute grave, reconnu qu'aucune indemnité ne lui était due et renoncé à toute action contre l'employeur ; que, le 8 mars 1991, l'employeur lui a adressé une lettre de licenciement ; qu'en soutenant avoir été licencié sans cause réelle et sérieuse et sans qu'ait été respectée la procédure de licenciement, le salarié a

alors saisi le conseil de prud'hommes de demandes en paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts ;

Attendu que, pour rejeter ces demandes, la cour d'appel a énoncé que la transaction intervenue entre les parties et aux termes de laquelle le salarié renonçait à formuler toute action à l'encontre de l'employeur à raison de son licenciement pour faute grave rendait ces demandes irrecevables ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'accord signé par les parties qui n'était pas destiné à mettre fin au contrat de travail, mais à régler les conséquences d'un licenciement, avait été conclu avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 septembre 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Riom...

121. Ass. plén. 4 juillet 1997

Gaudinat c. SA Hydexco

(*Bull. Ass. plén.* n° 10 ; *D.* 1998. 101, note D. Boulmier ; *Dr. soc.* 1997. 978, obs. G. Couturier ; *JCP* 1997. II 22952, note D. Corrigan-Carsin ; *RJS* 10/97, n° 1090 ; *RTD civ.* 1998. 134, obs. P.-Y. Gautier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt 17 déc. 1992), statuant sur renvoi, que M. Gaudinat, licencié par la société Ermeto et sa filiale, la société Hydexco, dont il était le directeur commercial, a cessé ses fonctions le 28 février 1986 ; qu'il a introduit contre ces sociétés une instance en paiement d'une indemnité de dédit de la clause de non-concurrence, à laquelle il a été mis fin par un procès-verbal du 8 juillet 1986 comportant la signature par les parties d'un accord aux termes duquel les sociétés se sont engagées à lui verser la somme de 135 000 francs ; que, par la suite, invoquant un contrat d'intéressement du personnel du 17 avril 1986, modifié par un avenant du 28 mai 1986, il a saisi à nouveau la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement d'une somme de 6 412,77 francs au titre de la prime d'intéressement ;

Attendu que M. Gaudinat fait grief au jugement de l'avoir débouté de ses demandes, alors, selon le moyen, que la transaction ne pouvait porter que sur le dédit de la clause de non-concurrence, et n'était relative qu'au seul différend judiciaire qu'elle réglait, et que le conseil de prud'hommes a ainsi violé les articles 2048 et 2049 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'aux termes de la transaction « forfaitaire et définitive » constatée par le procès-verbal du 8 juillet 1986, « la partie demanderesse renonce à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de la partie défenderesse relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail », le conseil de prud'hommes a fait l'exacte application tant des textes susvisés que de l'article 2044 du Code civil ;

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

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Le Code du travail ne contient aucune disposition relative à la transaction. Celle-ci fait en revanche l'objet de plusieurs articles du Code civil (art. 2044 à 2058). Le contrat de travail étant « soumis aux règles de droit commun » (art. L. 1221-1 nouv. C. trav.), la transaction a un rôle à jouer dans les litiges nés à l'occasion du contrat de travail. Mais l'importance de ce rôle fait difficultés. Doit-il se manifester seulement à l'occasion des litiges relatifs à l'exécution des obligations contractuelles ou peut-il également s'exprimer lors de la rupture du contrat de travail ? La question se posait parce que le législateur avait pris soin de réglementer de façon très précise le reçu pour solde de tout compte (art. L. 122-17 C. trav.) qui est l'acte juridique habituellement établi lors de la rupture ou de l'échéance d'un contrat de travail. Cette réglementation qui n'a été que récemment modifiée (loi du 17 janv. 2002) avait pour but de protéger le salarié contre les engagements que l'employeur pouvait l'inciter à prendre lors de la cessation des relations contractuelles. Il était en effet prévu non seulement que la validité de ce reçu était subordonnée à de nombreuses et strictes conditions mais surtout que le salarié pouvait priver ce reçu de sa force libératoire en le dénonçant dans un délai de deux mois. Puisque le législateur avait voulu protéger le salarié contre lui-même et l'empêcher de renoncer trop rapidement à des droits qu'il ne connaît pas toujours bien, il aurait été logique de conclure à l'illicéité des transactions, établies dès la rupture du contrat, par lesquelles le salarié renonce définitivement à réclamer en justice le respect de ses droits conventionnels et légaux.

Ce n'est pas cependant la solution qui a été adoptée par la Cour de cassation. Dès 1953, elle affirmait que « si l'idée de transaction peut être à la base d'un accord conclu pour solde de tout compte, ce dernier ne supprime pas pour autant la possibilité entre employeur et salarié d'une transaction » (Soc. 18 mai 1953, *Bull. civ.* IV, n° 280, *Dr. soc.* 1953. 602). Le principe de la licéité des transactions lors de la cessation des relations de travail était posé.

Encore fallait-il préciser comment il convenait d'appliquer les articles du Code civil au regard de la validité (I) et des effets de ces transactions (II).

I. — Validité des transactions conclues à l'occasion de la cessation des relations de travail

Dans un premier temps, la Cour de cassation a admis très facilement la validité de ces transactions. Elles sont déclarées licites alors même

qu'elles sont conclues avant que le contrat ait cessé de produire tous ses effets, en cours de préavis par exemple (Soc. 26 mai 1971, *Bull. civ.* V, n° 400 ; Soc. 5 janv. 1984, *Bull. civ.* V, nos 3 et 6). Elles sont également licites si elles sont conclues avant que le licenciement n'ait été notifié (Soc. 29 nov. 1979, *Jur. soc.* 1980, F. 21). Elles sont encore licites lorsqu'elles sont signées avant qu'une procédure de licenciement n'ait été engagée (Soc. 17 nov. 1982, *Bull. civ.* V, n° 627). Licéité surprenante dans la mesure où un reçu de solde pour tout compte, entraînant des effets moins préjudiciables pour le salarié, était déclaré nul lorsqu'il était établi alors que le salarié était encore sous la dépendance de l'employeur.

Sur un autre terrain, la Cour de cassation faisait également preuve de bienveillance pour admettre la validité de ces transactions. Alors que la transaction suppose l'existence de concessions réciproques, les juges n'exerçaient qu'un contrôle limité sur l'existence réelle de ces concessions, allant même jusqu'à valider une transaction en l'absence de toute concession de l'employeur (Soc. 14 janv. 1988, *Dr. soc.* 1988. 437, note H. Blaise).

Par les deux arrêts rapportés du 27 mars et du 29 mai 1996 (nos 119 et 120), la Cour de cassation réalisait un changement de cap. Dans ces décisions et dans de nombreuses autres qui ont suivi, les conditions de validité des transactions conclues à l'occasion de la rupture ou de la cessation du contrat de travail sont appréciées de façon beaucoup plus rigoureuse.

A. — La date de conclusion

Dans l'arrêt *Purier* (n° 120), la chambre sociale de la Cour de cassation affirme pour la première fois que « la transaction ayant pour effet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive ». Cette solution était réaffirmée dans des termes identiques quelques mois plus tard dans l'arrêt *Manzanares* (Soc. 19 nov. 1996, *Bull. civ.* V, n° 394, *RJS* 1997, n° 35) et dans des termes voisins dans l'arrêt *Rigal* (Soc. 15 janv. 1997, *Dr. soc.* 1997. 419, obs. J. Pélissier). Il a été ensuite précisé que la transaction ne pouvait être valablement conclue « qu'après la notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception » (Soc. 18 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 61, *Dr. soc.* 2003. 546, obs. G. Couturier, *RJS* 5/03, n° 604 ; dans le même sens Soc. 12 nov. 1997, *Bull. civ.* V, n° 396 ; 6 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 236 ; 21 mars 2000, *RJS* 5/00, n° 528). Franchissant un pas de plus en ce qui concerne la date de conclusion de la transaction, la Cour de cassation juge désormais qu'il ne suffit pas que la date

de la transaction soit postérieure à la date de la première présentation de la lettre de licenciement ; elle doit être postérieure à la date à laquelle le salarié a pris connaissance du contenu de cette lettre (Soc. 14 juin 2006 n° 04-43.123 *Sté Novoferm France c. Choulier* : tant que la lettre recommandée notifiant le licenciement n'a pas été retirée, une transaction ne peut pas être valablement conclue)

1. Cette condition de validité concernant la date de conclusion ne résulte pas des règles posées par le Code civil dans les articles 2044 et suivants. Elle est une application de l'article L. 122-14-7 du Code du travail (art. L. 1231-4 nouv. C. trav.) qui est visé dans l'arrêt *Purier* et dans les autres arrêts de cassation rendus sur ce sujet. Selon cet article, les parties au contrat de travail ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles légales en matière de licenciement. Ne pouvant pas renoncer par avance à ses droits, le salarié ne peut transiger et renoncer à une partie de ses droits résultant du licenciement que lorsque ceux-ci sont nés c'est-à-dire lorsque le licenciement a été notifié.

2. La mise en œuvre de cette condition est subordonnée au sens qu'il convient de donner à l'expression « rupture intervenue et définitive ».

La rupture n'est intervenue que lorsque l'employeur a pris la décision de licencier. Les juges ne se contentent pas cependant de cette seule prise de décision. Ils décident que la rupture n'est intervenue et définitive que lorsque la décision de l'employeur a été notifiée au salarié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (Soc. 18 févr. 2003, préc.). La méfiance à l'égard des transactions entraîne ainsi une dualité de règles relatives à la notification du licenciement. D'une part, il est jugé que le licenciement n'est pas entaché d'une irrégularité formelle lorsque la rupture a été notifiée par lettre simple (Soc. 15 déc. 1999, *RJS* 3/00, n° 264 : la notification par lettre recommandée avec avis de réception n'est qu'un moyen légal de prévenir toute difficulté sur la date de notification du licenciement). D'autre part, la notification du licenciement par lettre simple ou par lettre remise en mains propres ne permet pas à l'employeur et au salarié licencié de conclure valablement une transaction ; la lettre recommandée devient une formalité substantielle au regard de la transaction.

L'exigence d'une notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ne répond pas à toutes questions. La rupture doit-elle être considérée comme définitive dès que la lettre de licenciement est expédiée ou faut-il attendre que cette lettre ait été reçue par le salarié ? Dans son arrêt du 19 novembre 1996 (préc.), la Cour de cassation a clairement jugé que la transaction ne pouvait pas valablement être conclue avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement. Et l'arrêt *Dang Van Nhan* réaffirme qu'« une transac-

tion ayant pour objet de régler les conséquences pécuniaires de la rupture du contrat de travail ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture devenue définitive par la réception, par le salarié de la lettre de licenciement... » (Soc. 21 mars 2000, *RJS* 5/00, n° 528 ; dans le même sens, Soc. 14 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 215 ; *RDT* 2006.172, obs. B. Lardy-Pélissier).

Une autre question se pose immédiatement : la transaction peut-elle être valablement conclue dès que la lettre notifiant le licenciement a été reçue par le salarié ou faut-il attendre l'expiration du préavis ? L'application littérale de l'expression « rupture intervenue et définitive » conduit à décider que la transaction peut être conclue dès que le salarié a reçu la notification de son licenciement par lettre recommandée. La rupture intervient et elle est définitive dès que l'employeur a fait connaître au salarié sa décision de le licencier. Pendant le préavis, le contrat de travail continue à produire ses effets, mais la décision de rompre a été prise et elle est définitive. Il demeure que, pendant le préavis, le salarié est toujours en état de subordination vis-à-vis de l'employeur, tout au moins lorsque le préavis est travaillé. Dans la mesure où il est indispensable que le salarié soit totalement libre au moment où il renonce à faire valoir une partie de ses droits, il conviendrait de ne valider que les transactions conclues après l'expiration du préavis lorsque celui-ci est travaillé. Dans la matière voisine du reçu pour solde de tout compte, les juges décidaient, alors que, selon la loi, le reçu pour solde de tout compte était délivré lors de la résiliation du contrat, que ce reçu ne pouvait être délivré que lorsque le salarié ne se trouvait plus sous la dépendance de l'employeur (Soc. 23 juin 1988, *Dr. soc.* 1989. 829, note J. Savatier). L'interprétation qui était donnée pour le reçu pour solde de tout compte afin d'assurer la protection des salariés qui sont encore en état de subordination s'impose pour les mêmes raisons lorsqu'il s'agit d'une transaction qui peut emporter pour le salarié des conséquences encore plus préjudiciables que celles d'un reçu pour solde de tout compte. Pour lever toute ambiguïté, les juges pourraient décider qu'une transaction ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture « intervenue et effective » au lieu de mentionner une rupture « intervenue et définitive ».

3. La sanction de cette exigence relative à la date de conclusion de la transaction est-elle une nullité relative ou une nullité absolue ? La Cour de cassation a d'abord décidé que la nullité était, dans ces cas, une nullité absolue ; l'employeur comme le salarié peut invoquer la nullité et obtenir son prononcé (Soc. 24 oct. 2000, *Bull. civ.* V, n° 344, *Dr. soc.* 2001. 23, note G. Couturier ; *RJS* 12/00, n° 1249). Puis, dans un arrêt rendu le 28 mai 2002, elle décide au contraire que « la nullité d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notifica-

tion du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié et qui ne peut, dès lors, être invoquée par l'employeur » (Soc. 28 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 182 ; *D.* 2002. 3116, obs. A. Pousson, *JCP E* 2002. 1469, note D. Corrigan-Carsin, *RJS* 8-9/02, n° 970). La nullité étant relative, l'action en nullité est, par application de l'article 1304 du Code civil, prescrite après cinq ans (Soc. 14 janv. 2003, *RJS* 3/03, n° 343).

Exceptionnellement, la nullité de la transaction est une nullité d'ordre public lorsqu'elle est conclue avec un salarié investi de fonctions représentatives. « La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun de ces salariés a été instituée non dans leur seul intérêt, mais dans celui de l'ensemble des salariés ; il en résulte qu'est atteinte d'une nullité absolue d'ordre public la transaction conclue avec l'employeur avant la notification du licenciement, lequel ne peut avoir lieu qu'après obtention de l'autorisation administrative » (Soc. 16 mars 2005, *BCV* n° 98).

B. — Des concessions réciproques

L'arrêt *Société Interlac* (n° 119) rappelle que « l'existence de concessions réciproques qui conditionne la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte ». Puis il précise comment les juges doivent exercer leur contrôle sur l'existence de ces concessions. Ils ne peuvent pas « rechercher, en se livrant à l'examen des preuves, si ces prétentions étaient justifiées », mais ils peuvent « se fonder sur les faits invoqués lors de la signature de l'acte, indépendamment de la qualification juridique qui leur a été donnée ».

1. En affirmant que l'existence de concessions réciproques est une condition de validité de la transaction, l'arrêt *Société Interlac* ne fait que confirmer la solution retenue dans plusieurs arrêts rendus après la décision du 14 janvier 1988 (Soc. 14 janv. 1988, *Dr. soc.* 1988. 437) selon laquelle la transaction entre un employeur et un salarié était valable en l'absence de toute concession de l'employeur. Les arrêts du 18 octobre 1989 (*Bull. civ. V*, n° 604), du 3 avril 1990 (*D.* 1990. IR. 120), du 8 juillet 1992 (*RJS* 10/92, n° 1099) et du 20 juin 1995 (*Bull. civ. V*, n° 201) avaient déjà décidé, contrairement à l'arrêt du 14 janvier 1988, qu'il convenait d'appliquer à la transaction, conclue à l'occasion de la rupture du contrat de travail, la règle appliquée aux autres transactions, selon laquelle la transaction implique l'existence de concessions réciproques.

La formulation de l'arrêt est protectrice des intérêts des salariés. En

effet, l'exigence de concessions réciproques des parties au contrat est un élément de qualification du contrat plus qu'une condition de validité de celui-ci. Pour qu'un accord des parties mérite la qualification « transactions », il est nécessaire que les parties contractantes décident de mettre fin à un litige né ou à naître en faisant des concessions réciproques. Lorsqu'un de ces éléments fait défaut, l'accord des parties ne peut pas être qualifié « transaction » ce qui ne veut pas dire qu'il soit nul. En d'autres termes, les parties au contrat ne pourront pas invoquer les effets de la transaction et, en particulier, l'autorité de la chose jugée, puisque l'accord conclu n'est pas une transaction. Mais, en l'absence d'une des causes habituelles de nullité d'une convention, relatives au consentement, à la capacité, à l'objet, à la cause ou à une formalité obligatoire, la convention ne devrait pas être frappée de nullité. En décidant que la convention est nulle au lieu de simplement lui retirer la qualification « transaction », la Cour de cassation facilite sans conteste la tâche du salarié qui est automatiquement délié de toutes les obligations qu'il a pu contracter.

2. Elle protège également les parties à la transaction (en pratique, essentiellement le salarié) contre les effets radicaux de cet acte en décidant que les juges ne sont pas liés par l'affirmation des cocontractants selon laquelle ils ont fait des concessions réciproques.

Les juges doivent vérifier si les prétendues concessions sont des concessions réelles et ils n'admettront la licéité de l'acte que s'ils constatent eux-mêmes la réalité de ces concessions. Pour être réelle la concession de l'employeur notamment ne doit pas seulement être une amélioration de la proposition initiale faite par celui-ci ; le fait pour l'employeur de proposer une indemnité transactionnelle de 3 000 euros après avoir proposé initialement des indemnités d'un montant global de 2 000 euros ne constitue pas nécessairement une concession. Il n'y a concession que si la somme allouée au salarié est supérieure à celle qui lui est due par application des règles légales et conventionnelles.

Pour opérer cette recherche, le juge saisi ne peut évidemment pas analyser la situation de fait pour déterminer quels sont les droits du salarié. L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction y fait obstacle. L'arrêt Société Interlac est, à cet égard, sans ambiguïté : « le juge ne peut, pour se prononcer sur la validité d'une transaction, rechercher, en se livrant à l'examen des preuves, si ces prétentions étaient justifiées ». Ainsi lorsque la transaction intervient après un vol commis par le salarié, les juges du fond ne peuvent pas rechercher si un licenciement pour faute grave était justifié. Il ne leur appartient pas de relever que le vol était minime, que le salarié n'avait pas antérieurement reçu d'autres reproches pour en déduire d'abord que

celui-ci n'avait pas commis de faute grave, ensuite que, en l'absence de faute grave, les sommes allouées par l'employeur étaient inférieures à ce qui était légalement dû et qu'en définitive l'employeur n'avait fait aucune concession (Soc. 21 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 124, *Dr. soc.* 1997. 745, obs. G. Couturier). La transaction a pour but de mettre fin au litige ; elle serait privée de toute utilité si, sous le couvert d'une discussion sur sa licéité, les juges étaient amenés à trancher le litige que les parties ont voulu soustraire à sa compétence.

En revanche, l'arrêt n° 119 donne le pouvoir aux juges du fond de se fonder sur les faits invoqués lors de la signature de l'acte, de leur donner leur exacte qualification juridique et d'en tirer les conséquences concernant les droits des salariés. Ainsi, dans le litige à l'origine de cet arrêt, la transaction mentionnait que le salarié avait été licencié pour faute grave consistant en un manque de compétence ; l'employeur acceptait de verser une indemnité de préavis et une indemnité compensatrice de congés payés, le salarié renonçant en contrepartie à toute autre prétention. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir relevé qu'un manque de compétence ne pouvait pas être constitutif d'une faute grave privative de préavis et que, en versant l'indemnité de préavis, l'employeur n'avait fait aucune concession. La transaction était donc nulle.

D'assez nombreux arrêts font application de ce pouvoir de contrôle reconnu aux juges du fond. La lettre de licenciement ayant informé le salarié que le préavis à exécuter était de trois mois et le salarié ayant effectivement travaillé dans l'entreprise pendant ces trois mois, les juges du fond peuvent déduire de ces faits que la cause du licenciement n'était pas une faute grave ; celle-ci se définit en effet comme la faute rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (encore en ce sens, Soc. 27 sept. 2007, *RD* 2007.650 obs. G. Auzero). De l'absence de faute grave du salarié, il résulte que l'employeur devait au salarié une indemnité de licenciement. En accordant au salarié une indemnité représentant la moitié de l'indemnité légale de licenciement, l'employeur n'avait consenti aucune concession. La transaction est nulle faute de concessions réciproques ; la demande du salarié tendant à des indemnités complémentaires est donc recevable (Soc. 25 févr. 1997, *RJS* 4/1997, n° 411). De même lorsque la lettre de licenciement ne mentionne pas les motifs de celui-ci, ce licenciement est réputé être sans cause réelle et sérieuse ; employeur et salarié peuvent transiger sur les conséquences de cette rupture, mais il n'y aura transaction que s'il y a des concessions réciproques. Et il n'y aura concession de l'employeur que si celui-ci verse une indemnité prenant en compte les dommages intérêts dus pour absence de cause réelle et sérieuse ; dans le cas contraire, l'acte ne peut pas être qualifié transaction (Soc. 27 févr. 1996, *CSB* 1996. 175, A 40).

Tirant les conséquences de cette jurisprudence, la Cour de cassation décide qu'une transaction portant sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail est nulle (Soc. 16 juill. 1997, *Dr. soc.* 1997. 977, obs G. Couturier). La solution est logique. Pour savoir si la transaction est valable, il faut d'abord déterminer quels sont les droits des parties à l'acte afin de vérifier si les parties ont fait des concessions par rapport à leurs droits. Ces droits découlant de l'imputabilité de la rupture, il est impossible de les déterminer lorsque celle-ci n'est pas définie. L'acte juridique que les parties entendent présenter comme une transaction ne peut pas recevoir cette qualification (est nul, selon les arrêts) puisqu'il est impossible de vérifier l'existence de concessions réciproques.

Cette nullité des transactions portant sur l'imputabilité de la rupture constitue une limite importante à la pratique des transactions à l'occasion des ruptures de contrat de travail. Il n'est pas rare en effet que les litiges portent d'abord sur la qualification de celle-ci, l'employeur considérant que le salarié est démissionnaire, le salarié estimant que la rupture est un licenciement. L'éventualité de ces litiges est devenue de plus en plus fréquente depuis que la distinction entre la modification du contrat et le changement des conditions de travail entraîne des qualifications opposées de la rupture en cas de refus du salarié. Ne pouvant pas transiger, les parties seront peut-être incitées à conclure des accords de rupture dont la licéité est admise (*supra* les accords de rupture).

3. Le souci de protéger les salariés contre les effets de transactions se manifeste aussi depuis quelques années dans l'appréciation des concessions acceptées par chacune des parties.

Traditionnellement, la Cour de cassation décidait que si la réciprocité des concessions était une condition de validité de la transaction, il n'était point nécessaire que ces concessions soient de même importance. Les concessions sont réciproques « quelle que soit leur importance relative » (Soc. 17 mars 1982, *Jur. soc.* 1982, n° 48, F. 40 ; Soc. 13 mai 1992, *D.* 1992. IR. 171 ; Soc. 5 janv. 1994). Il était seulement admis que, lorsque la contrepartie offerte par un des cocontractants était très faible, les juges pouvaient la considérer comme inexistante et décider qu'il n'y avait pas transaction (Civ. 4 mai 1976, *Bull. civ.* I, n° 157).

Sans remettre en cause cette règle, la chambre sociale de la Cour de cassation en atténue la portée. Elle décide en effet dans un arrêt rendu le 19 février 1997 (*Bull. civ.* V, n° 74, *RJS* 4/97, n° 410) que les juges du fond peuvent annuler une transaction faute d'une concession « appréciable ». En l'espèce, l'employeur avait fait une concession au salarié puisqu'il avait accepté de verser une indemnité transactionnelle de 15 000 francs alors que l'indemnité due s'élevait à 12 496 francs.

L'annulation de la transaction semble donc plus facile à obtenir puisqu'il n'est plus nécessaire que la concession de l'autre partie soit dérisoire ; il suffit que les juges décident que la concession n'est pas appréciable.

II. — Effets des transactions

« Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (art. 2052 C. civ.). L'objet de la transaction ne peut plus être soumis au juge. Les demandes en justice qui seraient présentées par l'une ou l'autre des parties à la transaction sont déclarées irrecevables.

Cette irrecevabilité des demandes en justice n'a cependant pas un caractère général. Elle est limitée à la portée de la transaction. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'employeur et le salarié signent une transaction lors de la rupture du contrat de travail qu'ils ne peuvent, en aucun cas, saisir ultérieurement le juge pour statuer sur un litige relatif aux suites du contrat de travail. Les demandes en justice sont recevables si la question soulevée n'a pas fait explicitement ou implicitement l'objet de la transaction (Soc. 30 janv. 1996, *RJS* 3/96, n° 277).

Les juges sont donc conduits à interpréter le contenu de la transaction. Deux articles du Code civil doivent les guider dans ce travail d'interprétation. L'article 2048 précise que « les transactions se réfèrent dans leur objet ; la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ». L'article 2049 prévoit que « les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé ». Ces deux instructions, apparemment complémentaires, peuvent cependant conduire, dans certaines situations, à des résultats contradictoires.

L'article 2048 invite l'interprète à tenir compte uniquement du différend qui a donné naissance à la transaction. Dans l'affaire à l'origine de l'arrêt n° 121, les parties avaient conclu une transaction pour régler une difficulté concernant une indemnité de dédit de la clause de non-concurrence. Le « différend ayant donné lieu » à la transaction ne concernant que la clause de non-concurrence, la chambre sociale de la Cour de cassation en avait déduit que celle-ci ne rendait pas irrecevable une demande en justice formée par le salarié afin d'obtenir une prime d'intéressement.

La juridiction de renvoi avait refusé de se soumettre à cette interprétation ; elle avait relevé qu'aux termes de la transaction « forfaitaire

et définitive », la partie demanderesse avait renoncé « à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de la partie défenderesse relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail ». La juridiction de renvoi faisait prévaloir les dispositions de l'article 2049 sur celles de l'article 2048 du Code civil. Les parties avaient manifesté leur intention par une expression générale de régler tous les conflits qui pouvaient naître à l'occasion de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail. Cette intention devait être respectée et entraînait l'irrecevabilité de la demande présentée par le salarié, même si celle-ci n'avait aucun rapport avec le litige qui avait été à l'origine de la transaction.

C'est cette interprétation qu'approuve la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière. Ce n'est pas le litige qui est à l'origine de la transaction qui détermine la portée de celle-ci. Ce sont tous les litiges éventuels, évoqués dans la transaction, qui fixent sa portée. Les termes utilisés dans l'acte transactionnel jouent donc un rôle décisif.

Depuis cet arrêt rendu en Assemblée plénière, la chambre sociale a eu l'occasion de prendre à nouveau position. Dans un arrêt du 6 mai 1998 (*Bull. civ. V*, n° 228, *D.* 1999, *Somm.* 43, *obs.* S. Frossard), elle juge « que les clauses contractuelles destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail ne sont pas, sauf dispositions expresses, affectées par la transaction intervenue entre les parties pour régler les conséquences d'un licenciement ». En l'espèce, la cour d'appel avait constaté qu'il résultait de l'exposé préliminaire de l'acte transactionnel comme de son texte lui-même que les parties n'avaient pris en considération que leurs divergences sur la rupture et les indemnités y afférentes, sans faire la moindre référence à la clause de non-concurrence et à sa contrepartie. La chambre sociale de la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir déduit de ces constatations que la clause de non-concurrence n'entrait pas dans l'objet de la transaction. Tout en respectant la solution adoptée en Assemblée plénière, la chambre sociale s'efforce d'en limiter la portée (dans le même sens, *Soc.* 12 oct. 1999, *Bull. civ. V*, n° 377, *Dr. soc.* 1999, 1108, *obs.* J. Mouly). Elle n'a pu le faire que parce que les parties à la transaction n'avaient ni tacitement ni expressément visé les litiges concernant la clause de non-concurrence.

En l'état actuel du droit, on constate que la chambre sociale s'efforce de protéger dans la mesure du possible les salariés contre les effets radicaux des transactions soit en ouvrant la voie aux annulations de celles-ci soit en en limitant la portée. Il reste qu'en prenant soin de respecter scrupuleusement les conditions de validité et en exprimant clairement dans l'acte transactionnel la volonté de mettre fin à l'ensemble des litiges — y compris ceux qui sont relatifs à l'application d'une clause de non-concurrence — les parties à l'acte peuvent faire échec à toute demande en justice postérieure.

DIXIÈME PARTIE

DROIT SYNDICAL

La terminologie française est originale. Ailleurs le droit syndical est souvent un double du droit collectif, du droit des relations professionnelles dans toute sa généralité. En France, le droit syndical ne regroupe que les règles ayant trait à une forme particulière d'organisation, le syndicat. Forme socialement essentielle, le syndicat est une forme juridique depuis la loi du 21 mars 1884.

Le syndicat de la loi de 1884 n'est pas une forme d'organisation réservée aux travailleurs subordonnés. Elle est accessible à tous ceux qui entendent étudier et défendre leurs intérêts professionnels. S'applique donc une règle de spécialité qui, de temps à autre, force à revenir sur la notion de syndicat (n^{os} 122 et 123). C'est cette règle de spécialité qui a permis, en 1884, avant la reconnaissance de la liberté d'association, de proclamer la liberté syndicale, droit fondamental s'il en est, car élevé au rang de droit constitutionnellement garanti et de liberté fondamentale au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950. Cette liberté syndicale (n^{os} 124 à 126) a une portée complexe.

L'octroi aux syndicats de divers droits et prérogatives est venu plus tard. Le droit d'agir en justice a d'abord été attribué de façon indifférenciée aux syndicats de salariés et aux syndicats d'entrepreneurs. Par la suite des règles propres à l'action en justice des premiers sont apparues (v. supra n^{os} 33-34). Ce sont d'autres prérogatives qui sont à l'origine du développement d'une notion centrale de droit du travail, la notion de représentativité (n^{os} 127 à 129).

Ce n'est que tardivement que s'est formé un droit syndical des travailleurs dans l'entreprise (sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, v. les arrêts n^{os} 132, 134, 135 et 141).

122-123

NOTION DE SYNDICAT

122. Soc. 9 mai 1968 — 123. Ch. mixte 10 avril 1998

122. Soc. 9 mai 1968

CFDT c. CFTC

(*Dr. soc.* 1969. 285, obs. J.-M. Verdier, *D.* 1968. 681,
note J. Brethe de la Gressaye, *JCP* 1968. II. 15623, *Dr. ouvr.* 1968. 445)

ARRÊT

— Sur le premier moyen : (recevabilité)...;

Sur le quatrième moyen ; — Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué (Paris 21 juin 1966) d'avoir annulé la deuxième résolution du congrès extraordinaire des 6 et 7 novembre 1964 de la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens (CFTC), aux motifs que, portant suppression de la référence à la morale sociale chrétienne et abandon dans le titre du terme « chrétien », elle portait atteinte au but et à la qualité substantielle de la confédération et n'aurait pu être adoptée qu'à l'unanimité, — alors que l'article 18 des statuts prévoit que les décisions du congrès peuvent être prises à la majorité des voix représentées sauf en ce qui concerne la dissolution, ce qui n'est pas le cas, — alors qu'au surplus, en affirmant que, par la suppression de la référence à la morale chrétienne, le congrès avait méconnu la raison d'être de la CFTC et altéré profondément sa substance, l'arrêt attaqué a méconnu les statuts qui se réfèrent également à la tradition du mouvement ouvrier et font appel au concours des forces intellectuelles, morales et religieuses sans exclusive ; qu'en tout cas, en ne tenant pas compte de ces éléments, non plus que de l'évolution antérieure pour apprécier la portée de modifications qui ne faisaient qu'adapter le texte des statuts aux réalités actuelles du mouvement, comme l'avaient relevé les premiers juges dans des motifs soulignés par les conclusions, l'arrêt attaqué n'a pas donné de base légale à sa décision ; — Mais attendu que *les juges du fond, interprétant sans les dénaturer les statuts litigieux, ont estimé qu'il en ressortait l'importance primordiale attachée par eux à la morale sociale chrétienne, ce qui faisait l'originalité de ce groupement et le distinguait des autres syndicats, quels que fussent les changements qui étaient intervenus depuis sa constitution ; que les modifications apportées par la deuxième résolution du congrès de 1964, méconnaissant sa raison d'être, altérant profondément sa substance et touchant aux raisons déterminantes des adhésions de ses membres, requéraient en principe l'unanimité des votants ; que s'il résultait du texte de l'article 17, alinéa 2, des statuts, le pouvoir du congrès de*

réviser les statuts, ce texte, qui se borne à prévoir des règles de procédure, était trop imprécis pour qu'à défaut de clause expresse il pût être étendu à une transformation aussi radicale ; qu'en déduisant de ces interprétations et constatations de fait que de telles modifications ne pouvaient être décidées qu'à l'unanimité, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision ;

Par ces motifs, rejette les premier et quatrième moyens ;

Mais sur le deuxième moyen : — Vu l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ; — Attendu qu'après avoir relevé que si les modifications de statuts votées à la majorité par le congrès extraordinaire de 1964 de la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens avaient excédé les pouvoirs de celui-ci, il n'en résultait pas que la confédération à la dénomination modifiée constituait un organisme de fait, détaché de la confédération ancienne dont elle n'avait pas cherché à sortir, l'arrêt attaqué décide que l'annulation des résolutions du congrès ayant pour effet de restituer à la CFTC les caractères qui étaient les siens avant le congrès, la confédération modifiée était sans droit sur le patrimoine, sur le titre et sur le sigle de la CFTC dont elle ne saurait interdire l'usage ; qu'en statuant ainsi, par des motifs qui se contredisent, en retenant à la fois la continuation de la personne morale et l'absence de droits de celle-ci sur le patrimoine, le titre et le sigle de la confédération ancienne, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

Et sur le troisième moyen : — Vu les articles 1134 du Code civil et 7 de la loi du 20 avril 1810 ; — Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir constaté que le congrès avait pouvoir de réviser à la majorité, les statuts quant aux stipulations non primordiales de ceux-ci, a cependant annulé la première des résolutions votées le 6 novembre 1964 par le congrès extraordinaire de la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens fixant aux deux tiers la majorité requise pour la révision des statuts, au motif qu'un vote majoritaire, ne suffisait pas et que l'unanimité des voix était requise pour une modification de cette nature ; qu'en statuant ainsi, alors que la résolution litigieuse s'était bornée à substituer à l'ancien article 18 des statuts selon lequel les décisions du congrès sont, sauf en ce qui concerne la dissolution, prises à la majorité des voix représentées, l'exigence d'une majorité des deux tiers des suffrages exprimés pour le vote de décision relatives au titre de la confédération, au préambule et à l'article 1^{er}, et qu'une telle modification, quoique comportant révision des statuts est en principe régulière, dès lors qu'elle est décidée dans les conditions et à la majorité prévues par ceux-ci, sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte à une stipulation primordiale affectant le but essentiel et les qualités substantielles de la personne morale, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, casse..., mais seulement des chefs critiqués par les deuxième et troisième moyens.

123. Ch. mixte 10 avril 1998

Syndicat le Front national de la police

c. Syndicat national des policiers en tenue et autres

(*Bull. ch. mixte* n° 2, D. 1998. 389, note A. Jeammaud ; *Dr. soc.* 1998. 565, rapport J. Merlin, JCP E 1998. 1259, note J. Menjucq, CSB 1998. 177, A 37, note A. Philbert)

ARRÊT

Attendu que, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Paris 17 juin 1997), a été déclaré le 6 novembre 1995 un groupement se prévalant de la qualité de syndicat profes-

sionnel et qui a pris la dénomination de Front national de la Police (FNP) ; qu'estimant qu'il n'était qu'une émanation d'un parti politique dont il reprenait le nom et qu'il s'appropriait une dénomination identique à celle des policiers membres du Comité national de la Résistance, le Syndicat national des policiers en tenue (SNPT), la Confédération générale du travail (CGT) et la Fédération autonome des syndicats de Police (FASP) l'ont assigné aux fins de lui voir interdire de se prévaloir de la qualité de syndicat et d'utiliser la dénomination de Front national de la Police ; que la Fédération générale des syndicats de Police nationale CGT, la Fédération nationale des syndicats CFDT des personnels du ministère de l'Intérieur, des collectivités locales et de leurs services publics ou privés, du ministère des Relations extérieures, du ministère des Affaires sociales (INTERCO-CFDT) et le syndicat CFDT Police Ile-de-France sont intervenus volontairement dans l'instance ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que le FNP fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le moyen, que, d'une part, l'interdiction qui lui a été faite de bénéficier des droits réservés aux syndicats professionnels et de se prévaloir, en toutes circonstances et par tout moyen d'expression, de la qualité de syndicat professionnel, pour un syndicat légalement constitué et déclaré, équivalait à prononcer la dissolution dudit syndicat dont l'existence même se trouve déniée et que seul le procureur de la République était compétent pour solliciter une telle dissolution ; alors que, d'autre part, les interdictions ordonnées à l'encontre du FNP légalement déclaré constituant une violation de l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 2 de la Convention internationale du travail n° 87 du 9 juillet 1948 et de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'arrêt a violé le principe de la liberté syndicale et les textes précités ;

Mais attendu que *si, en vertu du principe de la liberté syndicale consacré par l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 2 de la Convention internationale du travail n° 87, les syndicats peuvent se constituer librement, ce principe ne fait pas obstacle à ce qu'indépendamment du droit pour le procureur de la République de demander la dissolution d'un syndicat dans les conditions prévues par l'article L. 481-1 du Code du travail en cas d'infractions commises par ses dirigeants ou administrateurs, toute personne justifiant d'un intérêt à agir soit recevable à contester la qualité de syndicat professionnel d'un groupement dont l'objet ne satisfait pas aux exigences des articles L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail ;*

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que les syndicats avaient un intérêt légitime à agir, a décidé, à bon droit, que leur action était recevable ;

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

Sur le second moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que le FNP fait encore grief à l'arrêt d'en avoir ainsi décidé, alors, selon le moyen, que la cour d'appel ne pouvait déduire du fait qu'il ait adopté pour partie la même dénomination qu'un parti politique, le Front national, ce que nul texte ne prohibe, que l'activité du FNP n'ait pas été rigoureusement conforme à l'objet figurant à ses statuts, à savoir l'étude et la défense des droits de ses adhérents syndiqués et qu'un tel motif consacre une fausse application de l'article L. 411-1 du Code du travail ; alors que rien, ni dans les statuts du FNP, ni dans son action, ni dans les déclarations de ses dirigeants ne révélant que l'action du FNP ait été subordonnée à des objectifs politiques, rien ne lui interdisait la poursuite des buts professionnels de ses adhérents par référence aux tendances et options d'un parti politique, la cour d'appel ne pouvait justifier sa décision par

seule référence à ces tendances et à ces options, motif inopérant, sans rechercher si le FNP n'avait pas un objet et n'exerçait pas une activité strictement conforme à la définition que donne du syndicat professionnel l'article L. 411-1 du Code du travail ; alors, enfin, que la cour d'appel ne pouvait se contenter d'affirmer sans la moindre motivation et sans la moindre justification que le FNP tendait à « promouvoir la doctrine du Front national sous la dépendance duquel il se trouve » ou qu'il avait été « conçu et créé comme vecteur » de ce parti dans le milieu professionnel de la Police, et que son arrêt se trouve entaché de ce fait d'insuffisance de motifs en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que, *par application combinée des articles 1131 du Code civil, L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail, un syndicat professionnel ne peut pas être fondé sur une cause ou en vue d'un objet illicite ; qu'il en résulte qu'il ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie ;*

Et attendu que l'arrêt attaqué, par motifs propres et adoptés, retient souverainement que le FNP n'est que l'instrument d'un parti politique qui est à l'origine de sa création et dont il sert exclusivement les intérêts et les objectifs en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ; qu'en l'état de ces énonciations, le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

I. — Groupement privé doté de la personnalité juridique

Avec un objet professionnel (v. *infra* II), un syndicat peut être librement constitué. Il acquiert la personnalité juridique par simple déclaration résultant du dépôt des statuts. Ce cadre juridique, issu de la loi du 21 mars 1884, a, en général, été accepté par les syndicats qui, en France à la différence de nombre de leurs homologues étrangers, ont la personnalité juridique et sont donc responsables des fautes commises par leurs dirigeants (v. arrêts **n°s 210 et s.**). Leurs biens, cependant, sont en partie insaisissables (art. L.2132-4 nouv. C. trav. se substituant à l'art. L. 411-12, al. 2).

Mais en l'absence de dépôt des statuts, quelle est la situation ? Simple groupement de fait, le syndicat ne saurait ester en justice (Soc. 21 janv. 1988, *Bull. civ.* V, n° 69), ni constituer une section syndicale (Soc. 7 mai 1987, *Bull. civ.* V, n° 293), ni désigner valablement un délégué syndical (Crim. 28 juin 1988, *Bull. crim.* n° 295, *D.* 1989, *Somm.* 208, obs. Y. Mayaud, *Dr. soc.* 1989. 304, note J. Savatier : le délégué n'est pas protégé). De l'absence de dépôt des statuts, il faut cependant distinguer l'absence de dépôt des délibérations portant modification des statuts. Cette dernière absence n'affecte pas l'existence légale du syndicat (Soc. 7 mai 2002, *Dr. soc.* 2002. 790, obs.

F. Duquesne). Quant aux unions de syndicats, l'absence de dépôt de la liste du nom et du siège des syndicats qui les composent n'affecte pas leur existence juridique (v. Soc. 28 févr. 2007, *Bull. civ.* V. n° 39).

Les rapports internes du syndicat, c'est-à-dire avant tout, ceux que la direction établit avec les adhérents, relèvent, en principe des statuts, loi des parties. La tendance des juges a donc longtemps été d'écarter tout recours contre les décisions prises sur le fondement d'une clause statutaire, telle la clause qui subordonne l'adhésion à un agrément (Civ. 27 oct. 1924, *D.* 1926. 1. 104) ou de restreindre le contrôle au respect de la légalité, notamment en cas d'exclusion (Civ. 16 nov. 1914, *S.* 1917. I. 81 ; Soc. 16 déc. 1976, *D.* 1977. IR. 40). Faute d'arrêts récents, il est difficile de prédire le destin actuel et futur de cette tendance. Il faut juste observer que le droit de critique devant un juge est aujourd'hui admis avec la plus grande générosité et que la légalité que les organes des syndicats doivent respecter s'est sans doute beaucoup enrichie, notamment sous l'effet du mouvement de promotion de l'égalité (v. n°s 71-73).

La désignation des dirigeants a lieu également en conformité avec les statuts. À la différence d'autres systèmes juridiques, le droit français n'impose que quelques conditions pour l'accès aux fonctions d'administration d'un syndicat (v. art. L. 2131-5 nouv. C. trav. remplaçant l'art. L. 411-4).

En fin de compte, la démocratie syndicale se résout, de la façon la plus générale, dans la liberté d'organisation et de fonctionnement du syndicat.

Cependant, le syndicat n'est pas un groupement comme les autres. Il a son originalité, ce qu'atteste la jurisprudence relative à la « *scission* » syndicale. L'arrêt n° 122, qui a trait à la « *scission* » intervenue au sein de la CFTC éclaire en effet la complexité du syndicat, comme personne juridique.

Dans une collectivité organisée dotée d'une expression propre, les tensions internes sont, en dernier ressort, réglées par la loi de la majorité. Mais l'expérience prouve que la cohabitation n'est pas toujours supportée : la minorité peut se rebeller contre la majorité qui entend imposer une transformation du syndicat. La loi connaît la démission individuelle, la dissolution du syndicat, mais elle ne mentionne pas la paralysie, à la demande de la minorité, d'une décision majoritaire.

Face aux multiples situations soumises aux tribunaux lors de la « *scission* » entre FO et la CGT, la Cour de cassation n'avait pas voulu élaborer une règle propre et ses arrêts (Soc. 28-29 mai 1959, 10 arrêts, *D.* 1960. 145, *Dr. soc.* 1960. 17, *JCP* 1959. II. 11243 ; *adde* Soc. 3 oct. 1962, *Dr. ouvr.* 1963. 169) font apparaître une considération prioritaire pour les statuts, les circonstances et le niveau où sont intervenues les ruptures (union départementale, fédération, confédération).

La dévolution des biens et l'usage de la dénomination et du sigle ont, en fin de compte, fait l'objet d'arrangements. Le problème demeurerait entier de savoir si un changement d'affiliation et, donc, d'orientation d'une organisation syndicale pouvait résulter d'un vote majoritaire.

Dans l'arrêt n° 122, était en question la validité des résolutions adoptées lors du congrès extraordinaire de la Confédération française des travailleurs chrétiens et tendant à une modification des statuts (en bref, la transformation de la CFTC en CFDT). Les premiers juges avaient estimé que les décisions alors prises n'apportaient pas de changements substantiels aux statuts et n'étaient que la suite d'une longue évolution interne de la confédération ; ils en avaient déduit que la dénomination et le sigle appartenaient à la CFDT, qui continuait la CFTC. Ceux qui prétendaient, contre la décision majoritaire, la poursuivre étaient sans droit sur la dénomination, le sigle et le patrimoine (TGI Seine, 7 juill. 1965, *Dr. soc.* 1965. 550, *D.* 1966. 214, *JCP* 1966. II. 14505). La cour d'appel avait en revanche annulé les résolutions du congrès, la référence chrétienne ne pouvant être supprimée qu'à l'unanimité ; elle avait ainsi fait droit aux demandes de la minorité qui devenait la CFTC continuée (Paris 21 juin 1966, *D.* 1967. 321, *Dr. soc.* 1967. 28). Entre la souveraineté de la majorité (qui évoque une conception institutionnelle du groupement) et l'exigence d'unanimité (qui évoque une conception contractuelle), l'arrêt du 9 mai 1968 trace une voie plus subtile. Une assemblée ou un congrès pourraient sans doute réviser les statuts à la majorité. Mais ce pouvoir a une limite : une majorité ne peut altérer ce qui fait « *l'originalité du groupement* » telle que définie par les statuts (en l'occurrence la référence à la morale sociale chrétienne), ce qui constitue « *sa raison d'être* », sa « *substance* », la « *raison déterminante des adhésions* ». Il faut alors une unanimité.

Au demeurant, en accueillant un moyen, le troisième, la chambre sociale précise encore que l'unanimité aurait été requise s'il y avait eu « *atteinte à une stipulation primordiale affectant le but essentiel, et les qualités substantielles de la personne morale* ». La censure n'en est donc pas moins prononcée.

Après cet arrêt, qui a ouvert la voie à un règlement amiable, des ombres demeuraient : en particulier, un syndicat peut-il changer d'affiliation fédérale ou confédérale par décision majoritaire ? Les arrêts rendus lors de la scission FO et CGT tendaient vers une réponse affirmative et ont inspiré le règlement de certains litiges plus récents relatifs à la FEN et FSU.

Ces scissions ont engendré de nombreux différends en chaîne, notamment sur la dénomination (v. par ex. Civ 2°, 17 janv. 1968, *Dr. soc.* 1968. 665), sur l'attribution des sièges dans les instances consultatives ou les organes d'administration sociale (v. Civ 2°, 10 févr. 1967, *Dr. soc.* 1967. 584 ; Soc. 21 nov. 1984, *D.* 1985. IR. 438).

II. — Groupement à objet professionnel

L'arrêt n° 123 est l'un des deux arrêts rendus en chambre mixte par la Cour de cassation le 10 avril 1998, dans les contentieux nés à la suite de la constitution d'organisations, sous la forme de syndicat, par un parti politique — le Front national. Ils condamnent tout d'abord l'interprétation rigide que certains avaient pensé pouvoir donner de l'article L. 481-1 du Code du travail. Ce texte d'incrimination prévoit l'éventuelle dissolution du syndicat sur requête du parquet. Dans ses arrêts du 10 avril 1998, la Cour de cassation refuse d'inférer de cette disposition un quelconque monopole du ministère public et admet que toute personne, qui justifie d'un intérêt à agir (et donc l'employeur appelé à en rencontrer les représentants ou les syndicats), peut contester en justice la qualité de syndicat professionnel d'une organisation.

Le principal intérêt de l'arrêt n° 123 réside cependant dans son rappel à l'ordre républicain. Ce rappel à l'ordre n'apparaît pas immédiatement dans la proposition générale du motif de droit qui justifie le rejet du pourvoi : « *par application combinée des articles 1131 du Code civil, L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail, un syndicat professionnel ne peut être fondé sur une cause ou en vue d'un objet illicite* ». La liberté de constitution du syndicat ne dispense pas du respect de la légalité. Mais quelle est sa consistance ?

La proposition générale emporte deux conséquences. La première n'est rien d'autre que la formulation actualisée de la règle de **spécialité** : un syndicat « *ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques* ». Dans la loi du 21 mars 1884, l'article qui exprimait avec rigueur la règle de spécialité usait d'une langue datée : les syndicats « *ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles* ». Nul ne s'y trompait pourtant. Ce texte était à l'origine destiné à circonscrire l'activité des syndicats à l'espace d'où l'État était supposé être absent : l'espace professionnel. Pendant près d'un siècle, cette règle a été invoquée une fois pour mettre directement en cause une confédération, la CGT (v. sa dissolution prononcée pour « *interventions dans le domaine politique* » par T. civ. Seine, 13 janv. 1921, *Gaz. Pal.* 1921. 1. 87) ; plus fréquemment pour tenter de limiter, soit directement, soit indirectement par des sanctions, l'affichage syndical (v. par ex. Soc. 6 nov. 1974, *Dr. soc.* 1975. 124, note J. Savatier ; 12 févr. 1975, *Bull. civ.* V, n° 62), la diffusion des tracts syndicaux (v. par ex. Crim. 25 nov. 1980, *Bull. crim.* n° 316) ou encore les réunions organisées par des syndicats ou des comités d'entreprise (v. par ex. Soc. 22 nov. 1979, *Bull. civ.* V, n° 899 ; 4 juin 1980, *Bull. civ.* V, n° 481).

Dans son principe même, la séparation entre deux mondes, deux espaces, le politique et le professionnel, prête à discussion. Séparation

trompeuse ? Distinction illusoire ? Césure impraticable ? La controverse est aussi ancienne que la reconnaissance même de la liberté syndicale. Les juges, quant à eux, peuvent difficilement ignorer qu'elle est inscrite dans la loi. Leur contribution à l'histoire critique de la distinction revêt surtout les traits de formulation de frontières.

Or, entre 1884 et l'arrêt de 1998, la définition législative de l'objet syndical a été modifiée par la loi du 28 octobre 1982 : dorénavant, selon l'article L. 411-1 du Code du travail (art. L. 2131-1 nouv. C. trav.), « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que les intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts* ». Avec sa rédaction plus ouverte, ce texte marque-t-il la fin de la règle de spécialité ? À lire la formule utilisée par la Cour de cassation, la règle demeure, mais avec un sens défini de manière libérale. N'encourt en effet la disqualification que l'organisation constituée sous la forme d'un syndicat qui poursuit des objectifs essentiellement politiques. D'autre part, se servant, comme l'y invite la loi, de la seule référence aux objectifs de l'organisation, la Cour de cassation, se garde bien de toute allusion aux moyens d'action. Ce n'est pas dire que tous les moyens sont permis aux syndicats, mais leur qualification ou disqualification n'est pas tributaire des moyens qu'ils mettent en œuvre.

La proposition générale a une seconde conséquence : un syndicat ne peut « *agir contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie* ». C'est une conception du syndicat insérée dans l'ordre républicain que la Cour de cassation consacre dans cette formule, conception qui transparaît dans l'un des critères légaux de la représentativité syndicale, « *l'attitude patriotique pendant l'occupation* ». Ce critère, il est courant aujourd'hui d'en signaler l'obsolescence. L'arrêt a le grand mérite d'en montrer la signification profonde et lui confère une expression plus adaptée à la longue période, et donc à l'actualité. Mais ce faisant, il tire d'un critère de représentativité, un élément de la notion légale de syndicat, un critère de son authenticité (v. A. Jeammaud, *Fraus omnia corrumpit*, D. 1997, chr. 19, spéc. p. 22).

L'interdiction des discriminations et l'ouverture aux autres qu'elle traduit et impose, constituent une règle essentielle du droit syndical. La liste des sources juridiques de la prohibition en suggère l'autorité. Et avec le plein aval de la Cour de cassation, c'est elle dont les juges du fond avaient fait application pour mettre hors la loi une organisation guidée par un souci prononcé des distinctions fondées sur la couleur, l'origine, la nationalité, bref un racisme manifeste.

Dans une autre perspective, la liaison que l'arrêt établit entre l'ar-

ticle 1131 du Code civil, l'article L. 122-45 du Code du travail (art. L 1132-1 nouv. C. trav.) et les principes de non-discrimination livre un enseignement utile au droit privé général : dans le droit des contrats, le dessein discriminatoire, et raciste en particulier, constitue une cause ou un objet illicite.

124-126

LIBERTÉ SYNDICALE

**124. Civ. 22 juin 1892 — 125. Soc. 3 janvier 1958 —
126. Ass. plén. 30 juin 1995**

124. Civ. 22 juin 1892

Joost c. Syndicat de Jallieu

(D. 1892. 1. 449, concl. Ronjat)

ARRÊT

— Sur le moyen unique du pourvoi : — Vu les articles 7 de la loi du 21 mars 1884 et 1382 du Code civil ; — Attendu que l'article 7 susvisé donne à tout membre d'un syndicat professionnel le droit absolu de se retirer de l'association, quand bon lui semble ; — Que si, depuis l'abrogation de l'article 416 du Code pénal, les menaces de grève adressées, sans violence ni manœuvres frauduleuses, par un syndicat à un patron, à la suite d'un concert entre ses membres, sont licites quand elles ont pour objet la défense des intérêts professionnels, elles ne le sont pas, lorsqu'elles ont pour but d'imposer au patron le renvoi d'un ouvrier, parce qu'il s'est retiré de l'association et qu'il refuse d'y rentrer ; — Que, dans ce cas, il y a une atteinte au droit d'autrui, qui, si ces menaces sont suivies d'effet, rend le syndicat passible de dommages-intérêts envers l'ouvrier congédié ; — Attendu, en fait, que Joost a maintenu, tant en appel qu'en première instance, qu'il avait donné, en mars 1889, sa démission de membre du syndicat des ouvriers imprimeurs sur étoffes de Jallieu-Bourgoin, et que le syndicat l'avait refusée ; — Qu'il a également articulé, avec offre de preuve, qu'en exécution d'une délibération prise, en août suivant, par le même syndicat, dans une réunion où son exclusion avait été prononcée à la suite de son refus persistant de continuer de faire partie de l'association, deux des défenseurs s'étaient rendus près de Brunet-Lecomte, dans les ateliers de qui il travaillait, pour exiger son renvoi sous menace d'une grève immédiate, et que celui-ci avait cédé à cette menace ; — Attendu que si l'arrêt attaqué a admis Joost à prouver les faits énoncés dans la première de ces articulations, il a refusé de l'appointer à faire preuve des autres ; — Qu'en statuant ainsi, il a dès lors violé les articles de loi ci-dessus visés ; — Par ces motifs ; — Casse.

125. Soc. 3 janvier 1958**Comptoir national de la pharmacie française c. Antoine**

(D. 1958. 119)

ARRÊT

— Sur le moyen unique, pris de la violation et fausse application de l'article 23, livre 1^{er} du Code du travail et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale : — Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué (T. civ. Seine 4 avr. 1955) d'avoir alloué à Antoine une indemnité pour rupture abusive, au motif qu'il existait une relation entre le congédiement d'Antoine et son action syndicale, alors que le chef d'entreprise demeure seul juge des raisons d'ordre technique ou pécuniaire qui peuvent le déterminer à se priver des services d'un salarié, que la qualité de syndicaliste ne confère pas à l'ouvrier une situation privilégiée, et qu'en l'espèce le licenciement était justifié par l'insuffisance professionnelle de l'employé, qui avait été établie ; — Mais attendu que le jugement attaqué constate qu'il y a une relation de cause à effet entre l'action syndicale d'Antoine et son licenciement effectué peu après la fin d'une grève, en même temps que celui d'un autre militant ; — Attendu qu'aux termes du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » ; d'où il suit qu'en condamnant le Comptoir national de pharmacie française à réparer le préjudice résultant du licenciement effectué en raison de son action syndicale les juges du fond ont donné une base légale à leur décision ;

Par ces motifs, rejette.

126. Ass. plén. 30 juin 1995**Grintzesco c. GIE Paris-Mutuel hippodrome**

(Bull. Ass. plén. n°5, JCP 1975. II. 22481, concl. M. Jeol,
JCP E 1995. II. 741, note Y. Saint-Jours)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en ses première et troisième branches :

Vu les articles L. 411-23 et L. 433-1 du Code du travail ;

Attendu que, *sauf stipulation contraire de ses statuts, une union de syndicats, à laquelle la loi a reconnu la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes, peut exercer les droits conférés à ceux-ci, et notamment celui de désigner un représentant au comité d'entreprise ;*

Attendu, selon le jugement attaqué, rendu sur renvoi après cassation, que M. Grintzesco a été désigné le 24 mai 1991 par la Fédération des employés et des cadres Force ouvrière en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise du groupement d'intérêt économique Pari-Mutuel hippodrome ; que la validité de cette désignation a été contestée par le groupement d'intérêt économique ;

Attendu que pour annuler la désignation émanant de la Fédération des employés et des cadres Force ouvrière, le jugement retient que la désignation

de représentants syndicaux au comité d'entreprise n'est pas comprise dans les compétences conférées par le Code du travail aux unions de syndicats, auxquelles sont assimilées les fédérations syndicales, dès lors que le chapitre III du titre III du livre IV de ce Code, où est inclus l'article L. 433-1, relatif à cette désignation, n'est pas visé expressément par l'article L. 411-23 du même Code conférant aux unions de syndicats les mêmes droits que ceux des syndicats, quant à leur capacité civile ; qu'il retient, en outre, que, selon les statuts de la Fédération, le rôle de celle-ci est de concertation et de coopération, mais non pas de substitution par rapport aux syndicats ; qu'il en déduit que la Fédération FO n'avait pas la capacité de désigner un représentant syndical dans un comité d'entreprise ;

Attendu qu'en statuant ainsi, le tribunal a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il y a lieu, conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a annulé le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise, conféré à M. Grintzesco le 24 mai 1991, le jugement rendu le 22 décembre 1992, entre les parties, par le tribunal d'instance du 17^e arrondissement de Paris.

OBSERVATIONS

I. — Liberté individuelle

Dans la conception française de la liberté syndicale, coexistent, assorties l'une comme l'autre de protections, deux libertés, l'une positive, l'autre négative.

A. — Liberté positive

L'arrêt *Antoine* (n° 125) recèle toutes les questions importantes de la liberté syndicale positive et de sa protection.

1. Le litige originaire concernait le licenciement, après une grève, d'un salarié en raison de son action syndicale. Si l'action syndicale est protégée au titre de la liberté positive, l'arrêt ne donne aucune raison de restreindre cette dernière à l'action syndicale. Par la citation du Préambule de la Constitution de 1946, il invite, bien sûr, à tenir l'adhésion au syndicat de son choix comme une autre composante essentielle de la liberté syndicale.

L'arrêt ne restreint pas non plus au seul licenciement les initiatives de l'employeur susceptibles d'être contestées au nom de la liberté syndicale. Il est vrai qu'à l'époque — les faits remontent avant 1955 — n'existait pas encore cette floraison de textes destinés à pourchasser les ingérences dans la jouissance de la liberté syndicale. Aujourd'hui

trois textes principaux répondent à cette fin. L'article L. 412-2 du Code du travail (art. L. 2141-5 nouv. C. trav.), issu de la loi du 27 avril 1956, et revu en 1982, interdit la prise en considération par tout employeur de l'appartenance syndicale ou de l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions, dont le texte ne fournit qu'une liste supposée illustrative. L'interdiction est assortie d'une sanction pénale (art. L. 2146-2 nouv. C. trav. qui remplace l'art. L. 481-3.).

Le Code pénal comporte, d'autre part, des dispositions qui incriminent les discriminations, notamment lorsqu'elles sont fondées sur l'appartenance syndicale. Les initiatives passibles de sanction sont énumérées (art. L. 225-1 et L. 225-2 C. pén.). Mais dorénavant le texte le plus ambitieux est l'article L. 122-45 du Code du travail (art. L. 1132-1 nouv. C. trav.), dans la version qui résulte de la loi du 16 novembre 2001. Il interdit les discriminations, directes et indirectes, fondées sur les activités syndicales ; retient une conception très large des mesures susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction ; et prévoit la nullité des actes contraires (dorénavant art. L. 1132-4 nouv. C. trav.).

2. Dans l'arrêt *Antoine* (n° 125), la chambre sociale considère comme justifié le raisonnement des juges du fond, qui avaient sanctionné l'employeur, en se référant à l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946. Voilà donc un exemple frappant, dès avant la Constitution de 1958, et *a fortiori*, avant la découverte par le Conseil constitutionnel du Préambule de la Constitution de 1946, d'applicabilité directe d'une disposition du Préambule de 1946. Voilà donc affirmée, de la façon la plus nette, la valeur constitutionnelle de la liberté syndicale qui, telle qu'elle est proclamée, est une liberté positive.

La liberté syndicale bénéficie aujourd'hui d'une reconnaissance internationale (Convention OIT n° 87), européenne (art. 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) et communautaire (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Elle constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-1 du Code de la justice administrative (v. CE 31 mai 2007, *JCP S* 2007.1638, obs. B. Gauriau).

3. À lire l'arrêt, il faut, semble-t-il, que soit établie une relation de cause à effet entre l'activité syndicale et la mesure prise par l'employeur, pour que ce dernier soit sanctionné. Et à l'époque de l'arrêt, c'était au salarié qui se plaignait d'un licenciement abusif qu'il appartenait de démontrer le dit abus.

Depuis l'arrêt *Antoine*, deux changements importants se sont produits. Le premier concerne la charge de la preuve, et il provient du droit du licenciement (v. nos 98-100) comme des règles nouvelles relatives aux discriminations (v. nos 71-73). L'autre changement intéresse

le lien causal entre l'appartenance à l'activité syndicale et la mesure patronale. L'exigence d'un tel lien causal a perdu sa force avec l'évolution qu'a connue la notion de discrimination, qui, pour être condamnable, n'a plus besoin d'être directe et intentionnelle, et peut n'être qu'indirecte et, donc, objective. Cette évolution entérinée par la loi (v. nos 71-73) revêt une particulière importance lorsqu'il s'agit par exemple d'apprécier la carrière d'un délégué syndical ou d'un militant : l'un ou l'autre peut faire l'objet de discrimination par simple application d'un système d'évaluation ou de notation, ou de règles de calcul de primes, exempts de toute intention discriminatoire.

4. L'arrêt *Antoine* met enfin en relief la précarité de la protection assurée, à l'époque, à la liberté syndicale : il n'évoque que la réparation par équivalent du préjudice résultant du licenciement discriminatoire.

Aujourd'hui la nullité du licenciement serait encourue, au moins par l'application de l'article L. 1132-4 nouv. C. trav. prenant la suite ici de l'art L. 122-45.

B. — La liberté négative

La liberté syndicale négative, celle de ne pas adhérer à un syndicat, ou de s'en retirer, est l'objet d'attentions juridiques particulières. L'arrêt *Joost* (n° 124) témoigne de leur ancienneté. Un syndicat avait menacé de grève un employeur parce qu'il refusait de renvoyer un salarié, qui avait démissionné du syndicat, puis en avait été exclu. Cédant à la menace, l'employeur avait congédié le salarié. Ce renvoi est estimé illicite, mais l'arrêt ne prend pas parti sur la détermination du responsable : est-ce l'employeur qui a cédé à la menace ? Ou le syndicat qui a procédé à une mise à l'index illicite ? Ou les deux solidairement ? Dans un litige qui a connu, en son temps, la célébrité, car affectant le secteur sensible des imprimeries de presse, la responsabilité retenue a été celle de l'employeur : le licenciement d'un salarié qui refusait d'adhérer au syndicat a valu à l'employeur, qui avait accepté d'obtempérer à une injonction syndicale, sanction pénale (T. pol. Paris 26 sept. 1963, *JCP* 1964. II. 13665, note J.-M. Verdier ; Paris 11 janv. 1965, *Gaz. Pal.* 1965. 1. 152) et sanction civile (Paris 9 mai 1971, *D.* 1972. 11, concl. J. Cabannes).

Les limites qui, au nom de la liberté syndicale négative, sont imposées aux syndicats, aux employeurs et à la négociation collective ne sont pas toujours faciles à tracer. L'engagement conventionnel souscrit par un employeur de réserver l'embauche aux adhérents d'un syndicat signataire a été condamné en droit français (CE 7 juill. 1938, *Dr. soc.*

1939. 377 ; 9 mars 1938, *Dr. soc.* 1938. 185 ; art. L. 2134-2 al. 2 nouv. C. trav. prenant la suite de l'art. L. 413-2, al. 2.), malgré d'anciens arrêts en sens contraire (Civ. 24 oct. 1916, *S.* 1920. 1. 17). De même une clause contractuelle qui contrevient à la faculté de se retirer à tout moment d'un syndicat est nulle (Soc. 23 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 394, *D.* 1989. Somm. 205, obs. J. Frossard). Après des arrêts de formulation plus prudente, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que la liberté négative et la liberté positive requerraient une protection similaire et, dans cette perspective a condamné, au nom de l'article 11 de la Convention européenne, des clauses de monopole syndicale (CEDH, 11 janv. 2006, *Sorensenet Rasmussant, Danemark*, *Dr. soc.* 2006.1022, note de J.-P. Marguenaud et J. Mouly).

Mais les certitudes cessent vite : une convention collective peut-elle prévoir le prélèvement par l'employeur de la cotisation syndicale ? Ou l'attribution d'un chèque syndical que chaque salarié peut remettre au syndicat de son choix ? Ces interrogations sont actuelles car à trop vouloir exalter la liberté négative, on en vient, sans nul doute, à affaiblir dangereusement le syndicalisme. D'aucuns l'ont compris et s'efforcent de fortifier, par accord collectif, les syndicats.

II. — Liberté d'organisation

L'arrêt *Grintzesco* de l'Assemblée plénière offre un exemple d'une conciliation heureuse entre l'exercice de prérogatives définies par la loi et la liberté d'organisation syndicale. Au centre du différend se trouvait l'aptitude d'une fédération syndicale, considérée comme une union de syndicats, de procéder à la désignation dans une entreprise d'un représentant syndical au comité d'entreprise. Le texte qui institue cette prérogative, l'article L. 2342-1 du nouveau Code du travail (précédemment art. L. 433-1), use, pour désigner le titulaire du pouvoir de désignation, d'une expression équivoque : il appartient à « *chaque organisation syndicale de travailleurs représentative dans l'entreprise* ».

L'accent peut être mis soit sur le terme d'organisation syndicale, le plus compréhensif qui soit, susceptible donc d'englober les unités primaires comme les regroupements (unions, fédérations, confédérations) soit sur l'exigence de présence dans l'entreprise, qui évoque plutôt des unités primaires. À vrai dire, les autres textes qui ont trait à des prérogatives réservées par la loi aux syndicats représentatifs (sur cette notion, v. *infra* n°s 127-129) n'ont aucune unité rédactionnelle dans la façon de désigner leurs titulaires (v. par ex. : art. L. 2141-9, L. 2143-3 nouv. C. trav.).

Pour annuler la désignation émanant d'une fédération, le tribunal

d'instance avait principalement usé d'un autre argument de texte : selon son jugement, l'article L. 433-1 du Code du travail (art. L. 2342-1 nouv. C. trav.) relatif à la composition du comité d'entreprise ne prend pas place parmi les textes visés par l'article L. 411-23 (art. L. 2133-3 nouv. C. trav.), qui confère aux unions de syndicats et aux syndicats les mêmes droits. L'Assemblée plénière ne se laisse pas arrêter par cet argument de texte : comme la loi, énonce son arrêt du 30 juin 1995 (**n° 126**), a reconnu à l'union de syndicats la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes, il peut exercer les droits conférés à ceux-ci. L'union comme le syndicat, doit être représentatif pour procéder à cette désignation (v. Soc 4 avr. 2007, *RDT* 2007.599, obs. H.Tissandier)

L'intérêt de l'arrêt est double. Il révèle d'abord, de la part de la Cour de cassation, une véritable sensibilité historique. Les textes relatifs aux unions de syndicats sont anciens et laconiques. Leur imperfection s'est accentuée à mesure que le droit des relations professionnelles s'est développé. L'Assemblée plénière les interprète donc à la lumière de cette histoire. L'arrêt, d'autre part, traduit un souci, celui de limiter le plus possible l'intervention de la loi et des juges dans le fonctionnement interne des organisations syndicales. Ce sont elles qui sont le mieux placées pour déterminer, en leur sein, qui exerce les prérogatives qui leur sont légalement reconnues. Et si une répartition des compétences doit être établie, elle ne peut résulter que de leurs statuts, ce que mentionne expressément l'arrêt.

À vrai dire, si les juges tentaient de fixer eux-mêmes les titulaires de prérogatives légales, ils s'exposeraient à bien des déboires. En effet, même s'il existe un modèle classique d'organisation, au sein des syndicats confédérés, les structures varient. Dégager des règles qui s'imposeraient aux syndicats, ce serait ignorer ces variétés ; ce serait prendre le risque de règles inappropriées ; ce serait surtout méconnaître, sans justification, la liberté syndicale, qui est aussi une liberté d'organisation.

127-129

REPRÉSENTATIVITÉ

**127. CE 22 juin 1951 — 128. CE Ass. 17 avril 1970 —
129. Soc. 3 décembre 2002**

127. CE 22 juin 1951

CGT

(Dr. soc. 1951. 472, concl. Odent)

ARRÊT

Vu le Code du travail et la loi du 11 février 1950 ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 ;

Considérant que le décret attaqué, en date du 15 avril 1950, modifiant la composition de la Commission supérieure des conventions collectives a augmenté d'une unité le nombre des représentants de la Confédération générale du Travail-Force ouvrière au sein de cette commission, afin de permettre à cette confédération d'y déléguer un représentant au titre des travailleurs de l'agriculture ; que, pour demander l'annulation de ce décret, la Confédération générale du Travail fait valoir, d'une part, que le nombre total des représentants de la Confédération générale du Travail-Force ouvrière, ainsi porté de 3 à 4, était hors de proportion avec ses effectifs ; que, d'autre part, celle-ci n'avait pas qualité pour représenter les travailleurs de l'agriculture ; qu'enfin ledit décret est entaché de détournement de pouvoir ;

En ce qui concerne le nombre total des représentants de la CGT-FO : — Considérant qu'aux termes de l'article 31 w du livre 1^{er} du Code du travail, modifié par la loi du 11 février 1950, la Commission supérieure des conventions collectives comprend notamment « 15 représentants des travailleurs répartis obligatoirement par un décret entre toutes les organisations syndicales nationales les plus représentatives » ; qu'il n'est pas contesté que la Confédération générale du Travail-Force ouvrière est l'une des organisations syndicales de travailleurs les plus représentatives sur le plan national et qu'elle doit ainsi être appelée à participer aux désignations prévues à l'article 31 w ; que ledit article n'a fixé, en ce qui concerne la répartition numérique des 15 sièges entre les différentes organisations qualifiées, aucune règle impérative ; qu'ainsi, le premier moyen de la requête ne soulève qu'une question d'opportunité, dont l'examen échappe à la compétence du juge de l'excès de pouvoir ;

En ce concerne la désignation d'un représentant des travailleurs agricoles par la CGT-FO : — Considérant que, si le dernier alinéa de l'article 31 w susvisé

institue au sein de la Commission supérieure des conventions collectives une section spécialisée chargée de l'étude préalable des questions agricoles et comprenant notamment des « représentants des organisations agricoles de salariés », ce texte ne contient aucune disposition définissant les organisations agricoles dont s'agit ; que, dans ces conditions et compte tenu du faible effectif des travailleurs agricoles syndiqués, rien ne s'opposait à ce que chacune des confédérations reconnues comme les plus représentatives de l'ensemble des travailleurs des différentes professions fût, à ce titre, habilitée à désigner, pour la composition de ladite section, un représentant choisi au sein de ses propres organisations agricoles ; qu'ainsi la requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en attribuant un siège agricole à la Confédération générale du Travail-Force ouvrière en raison de la Fédération agricole qui lui est affiliée, le gouvernement a méconnu les dispositions de la loi du 11 février 1950 ;

Sur le moyen tiré d'un prétendu détournement de pouvoir : — Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en fixant, comme il a été dit ci-dessus, le mode de désignation des 15 représentants des travailleurs au sein de la Commission supérieure des conventions collectives le gouvernement ait usé de ses pouvoirs pour un but étranger à l'objet même de la loi... (Rejet).

128. CE Ass. 17 avril 1970

CFDT et CGSI

(*Dr. soc.* 1970. 368, obs. J. Savatier ; *D.* 1972. 484, note J. Etesse)

ARRÊT

— Considérant que les deux requêtes susvisées sont dirigées contre le même décret et présentent à juger la même question ; qu'il y a lieu de les joindre pour y être statué par une seule décision ;

Sur le moyen tiré par la CFDT de ce que le décret attaqué serait intervenu sur une procédure irrégulière : — Considérant que, si, à l'appui de sa requête, la CFDT soutient que le décret attaqué serait intervenu sur une procédure irrégulière, « l'avis des organismes consultatifs n'ayant pas été recueilli », aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit la consultation de tels organismes préalablement à la désignation des organisations représentées à la Commission supérieure des conventions collectives ;

Sur le moyen tiré par la CFDT de ce que la confédération s'intitulant « Confédération française des travailleurs chrétiens » n'aurait pas d'existence légale : — Considérant que les organisations syndicales peuvent se constituer librement, ainsi que le prévoit l'article 2, livre III du Code du travail ; que l'organisation s'intitulant « Confédération française des travailleurs chrétiens » avait, avant la date du décret attaqué, déposé à la préfecture de la Seine ses statuts, la liste de ses dirigeants et la liste des syndicats la composant ; qu'ainsi elle avait une existence légale ; que ni à cette date, ni postérieurement, aucune décision de l'autorité judiciaire passée en force de chose jugée n'a constaté la nullité, ni prononcé la dissolution de ce groupement ;

Sur le moyen tiré de ce que la confédération s'intitulant « Confédération française des travailleurs chrétiens » ne serait pas l'une des organisations syndicales nationales les plus représentatives : — Considérant que, d'après l'article 31 w, livre I^{er} du Code du travail, la Commission supérieure des conventions collectives comprend notamment des « représentants des travailleurs répartis obligatoire-

ment par un décret entre toutes les organisations syndicales nationales les plus représentatives » et qu'aux termes de l'article 31 f du même code, les critères qui déterminent le caractère représentatif des organisations syndicales sont « les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'occupation » ; *qu'il résulte des pièces versées au dossier que, compte tenu de l'ensemble des éléments caractéristiques des organisations les plus représentatives, la confédération s'intitulant « Confédération française des travailleurs chrétiens » doit être regardée comme l'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national* ; que le gouvernement a fait, par suite, une exacte application des dispositions sus-rappelées en lui attribuant un siège à la Commission supérieure des conventions collectives ;

Sur le moyen tiré du détournement de pouvoir : — Considérant que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi ; — Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre des Affaires sociales à la requête de la Confédération générale des syndicats indépendants, que les confédérations requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le décret attaqué serait entaché d'excès de pouvoir ;

Art. 1^{er}. — Les requêtes susvisées de la CFDT et de la Confédération générale des syndicats indépendants sont rejetées.

129. Soc. 3 décembre 2002

Syndicat Sud des Caisses d'Épargne

(*Bull. civ. V, n° 364, Dr. soc. 2003. 298, note J.-M. Verdier*)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que la caisse d'épargne et de prévoyance d'Alsace fait grief au jugement attaqué d'avoir dit que le Syndicat Sud Caisses d'épargne était représentatif au sein de la caisse d'épargne d'Alsace et d'avoir, en conséquence, rejeté la contestation de la désignation de M. Meyer en qualité de délégué syndical de ce syndicat, intervenue le 20 avril 2001, alors, selon le pourvoi :

1° qu'en l'absence totale de critères aussi essentiels que l'ancienneté et l'expérience, un syndicat ne peut être déclaré représentatif en fait dans une entreprise ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations du jugement que le syndicat Sud Caisses d'épargne, dont les statuts ont été déposés en préfecture au mois de novembre 2000, ne s'est implanté officiellement au sein de la Caisse d'épargne et de prévoyance d'Alsace que le 24 janvier 2001 et qu'il a procédé, le 20 avril suivant (soit trois mois plus tard) à la désignation d'un délégué syndical en la personne de M. Meyer ; qu'en raison de sa création très récente, ce syndicat, dont le juge d'instance constate qu'il ne pouvait se prévaloir de l'expérience acquise par ses membres fondateurs issus de la CFDT, s'avérait ainsi dépourvu à la fois d'ancienneté et d'expérience à la date de la désignation contestée ; qu'en considérant que l'absence de ces deux critères essentiels de représentativité pouvait néanmoins être compensée par la présence d'autres critères permettant de déclarer le syndicat représentatif, le jugement n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé les articles L. 133-2 et L. 412-11 du Code du travail ;

2° qu'en tout état de cause, ne peut être reconnu représentatif dans une entreprise un syndicat de création récente et dénué d'expérience, qui compte, à la

date de la désignation contestée, un effectif peu élevé de cinquante adhérents sur mil quarante-neuf salariés (soit un taux de 5 %) dont les cotisations ne lui procurent que des ressources limitées (d'un montant de 5 636 francs) et dont l'activité dans l'entreprise se résume, depuis son apparition, à la tenue de réunions de son bureau, à la distribution de tracts dont quatre tracts à caractère local, les autres concernant le secteur des caisses d'épargne en général et de deux missives auprès des directions des ressources humaines de Strasbourg et de Mulhouse les 5 et 9 février 2001 ; qu'en déclarant néanmoins ce syndicat représentatif dans l'entreprise, en l'absence d'expérience, d'ancienneté et d'effectif suffisant, le jugement, qui n'a au surplus nullement caractérisé l'exercice d'une véritable activité revendicative révélant l'influence du nouveau syndicat auprès du personnel, a violé les articles L. 133-2 et L. 412-11 du Code du travail ;

3° que l'activité déployée suppose l'exercice d'une action syndicale organisée et non d'un simple « activisme syndical » ; qu'en l'espèce, le Syndicat Sud s'était arrogé la possibilité d'utiliser le réseau Internet et les boîtes e-mail des salariés pour diffuser à tout moment des messages syndicaux à l'ensemble du personnel de l'entreprise ; que le juge d'instance estime cependant qu'à la supposer illicite, l'utilisation par Sud du réseau Internet et des boîtes e-mail de l'ensemble du personnel, à une fréquence telle qu'elle avait entraîné la saisine du juge des référés par la caisse d'épargne, révélait à tout le moins « un activisme syndical incontestable » de la part du nouveau syndicat de nature à compenser la défaillance des autres critères ; qu'en statuant ainsi, quand les agissements de ce nouveau syndicat dénotaient au contraire un comportement incompatible avec la reconnaissance de sa représentativité de fait, le tribunal a privé son jugement de base légale au regard des articles L. 133-2 et L. 412-11 du Code du travail ;

Mais attendu que, *dès lors qu'il constate l'indépendance et caractérise l'influence du syndicat au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité ;*

Et attendu que le jugement, qui a fait ressortir que l'indépendance du syndicat n'était pas contestée et que son influence était réelle, échappe aux critiques du moyen :

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

À la différence de nombre de leurs homologues étrangers, les syndicats français n'assurent pas la représentation des intérêts de leurs seuls adhérents. La loi (art. L. 2131-1 nouv. C. trav. qui reprend, en le corrigeant, l'art. L. 411-1 C. trav.) leur reconnaît une représentation plus large, la représentation des intérêts « *des personnes mentionnées dans leurs statuts* », autrement dit des personnes qui ont vocation à adhérer, même si cette vocation reste platonique. Contrairement à une opinion courante, ce n'est pas la représentativité syndicale qui constitue l'aptitude à représenter un groupe, une collectivité, au-delà des adhérents ; cette aptitude, tous les syndicats en sont dotés par la loi et ils n'ont pas besoin, pour en jouir, d'être représentatifs.

La représentativité exprime autre chose. Pour saisir ce qu'elle est, il faut se souvenir que, progressivement, la loi a conféré des attributions, des prérogatives, des moyens d'action aux syndicats ; participa-

tion à certains organismes, tels la Commission nationale de la négociation collective, le Conseil économique et social, le Conseil supérieur de la fonction publique, la Conférence internationale du travail, les conseils des organismes de sécurité sociale, négociation et conclusion des conventions et accords collectifs au sens de la loi, mais aussi exercice du droit d'opposition (v. *infra* sous n^{os} 158-160), préavis de grève dans les services publics, constitution d'une section syndicale dans l'entreprise et désignation d'un délégué syndical, présentation des candidatures au premier tour des élections professionnelles (prérogative qui devrait bientôt être reconnue à tous les syndicats), exercice d'actions individuelles en justice... Mais ces attributions, prérogatives, moyens d'action, destinés à promouvoir les syndicats, sont réservées à certains d'entre eux, les syndicats représentatifs. La représentativité, *brevitatis causa*, désigne donc une qualité — sociale — donnant l'accès à une capacité spéciale. Comment donc cette qualité est-elle définie et attribuée ?

I. — Représentativité et liberté syndicale

Conférer à certains syndicats, représentatifs, des attributions, des prérogatives, des moyens d'action, c'est, qu'on le dise ou non, procéder à une sélection parmi les organisations syndicales. N'y a-t-il pas là une atteinte à la liberté syndicale de valeur constitutionnelle ? L'État ne rompt-il pas l'égalité de traitement entre les syndicats, égalité à laquelle il est tenu au nom de la liberté syndicale ? N'altère-t-il pas la liberté de chacun d'adhérer au syndicat de son choix ?

Dans sa généralité, cette question de principe n'a pas en France provoqué les controverses juridiques qu'elle a pu susciter ailleurs. Sans doute est-ce en partie dû aux options qu'ont très vite prises les Hautes juridictions administrative et judiciaire en faveur d'une conception de la représentativité compatible avec le pluralisme syndical, et disons-le sans ambages, protectrice d'un pluralisme très vivace.

Pourtant nombre de dispositions instituant une prérogative et la réservant aux organisations représentatives usent d'une expression qui, de prime abord, invite à l'exigence et, sinon de ne retenir qu'une seule organisation, suggère d'en sélectionner très peu : ainsi, à titre d'exemple, l'article L. 136-1 du Code du travail (L. 2272-1 nouv. C. trav. a fait disparaître le superlatif) relatif à la composition de la Commission nationale de la négociation collective prévoit la participation des représentants des organisations syndicales de salariés (et d'employeurs) les plus représentatives.

Or, ce superlatif a vite été compris comme porteur de relativisme. Après une brève percée en 1936, l'idée d'une représentativité comprise

comme une exigence de majorité a été délaissée pour laisser place à ce qui constitue aujourd'hui l'idée commune : la représentativité est pluraliste. Dans ses arrêts du 4 février 1949 (*S.* 1950. 3. 57, concl. Barbet) rendus à propos de l'attribution des sièges au conseil d'administration des Charbonnages de France, le Conseil d'État a consacré cette conception pluraliste de la représentativité en admettant une répartition des sièges entre la CGT et la CFTC, alors que son commissaire du gouvernement avait suggéré que cette dernière confédération n'atteignait pas le seuil minimum d'effectifs en deçà duquel la représentativité n'était pas établie. La voie était donc ouverte à une « *minorité représentative* ». Autrement dit, une organisation syndicale peut être minoritaire, sinon même très minoritaire, et être néanmoins représentative. Ces arrêts annoncent bien la tendance générale du droit prétorien de la représentativité qui consiste à en retenir une conception aussi protectrice que possible du pluralisme syndical.

Cette orientation a deux prolongements pratiques. D'abord le droit français n'accorde pas de poids particulier à l'évaluation quantitative de la représentativité. En d'autres termes, bien que les effectifs constituent un des critères légaux de la représentativité (v. *infra* III), bien que certains arrêts l'aient même qualifié de « *critère essentiel* », la représentativité peut être reconnue en dépit de la faiblesse des effectifs (v. par ex. Soc. 16 déc. 1998, *RJS* 2/99, n° 229 ou CE 17 janv. 1997, *SN CER-FEN, Lebon*, p. 23). Une hypothèse peut dès lors être émise : la conception française de la représentativité ne contribue-t-elle pas à entretenir l'asthénie de la syndicalisation ?

L'autre prolongement est plus troublant encore même s'il n'est pas sûr qu'il soit toujours actuel : il est l'œuvre du Conseil d'État dans son arrêt du 22 juin 1951 (n° 127). Appelé à se prononcer sur la légalité du décret répartissant entre la CGT et la CFTC les sièges à la Commission supérieure des conventions collectives, ancêtre de la Commission nationale de la négociation collective, il a estimé que faute de règle légale impérative, la répartition était une « *question d'opportunité* » ne relevant pas de son contrôle (v. pour la répartition des sièges au Conseil économique et social : CE 11 avr. 1986, *Lebon*, p. 92, *D.* 1988. Somm. 81, obs. D. Chelle et X. Pretot). Difficile de cultiver davantage le relativisme.

La conjugaison de la liberté syndicale et de la représentativité est, sans doute, appelée à prendre des traits nouveaux. La question est dorénavant moins de savoir si la sélection de certains syndicats dits représentatifs est compatible avec la liberté syndicale, mais de savoir si des différences peuvent être faites entre syndicats représentatifs. Cette question, qui pourrait se révéler essentielle dans l'évolution du droit syndical et du droit de la négociation collective a été abordée dans le contentieux né d'un accord interprofessionnel conclu dans l'artisanat

qui prévoit une répartition inégalitaire, entre syndicats représentatifs, de la contribution des entreprises au financement du dialogue social. La Cour de cassation a considéré que cette répartition était compatible avec la liberté syndicale, à la condition toutefois qu'aucun syndicat représentatif n'en sorte exclu (Soc. 10 oct. 2007, *Dr. soc.* 2008. 106, note G. Borenfreund, *RJS* 12/07, n°1306, *RDT* 2007.623). La distribution peut être fonction de l'influence de chaque syndicat représentatif dans le champ de l'accord. Moduler les moyens en considération de l'influence de chacun, est-ce peser sur la liberté d'adhésion de chaque salarié ? Est-ce s'écarter de la seule conception qui vaille de l'égalité entre syndicats (représentatifs) ? La Cour de cassation n'a trouvé dans cette modulation aucun vice. Il est vrai que lorsque des ressources publiques sont attribuées aux syndicats, il est tenu compte de leur influence. Il est vrai aussi que l'égalité proportionnelle, qui ici n'est pas complète, puisque tous les syndicats représentatifs reçoivent une part minimum des fonds collectés, paraît constituer une habile combinaison entre la participation de tous et la reconnaissance de différences avérées dans la capacité de représenter les intérêts collectifs.

II. — Modes de reconnaissance de la représentativité

Il est commode d'affirmer que la reconnaissance de la représentativité obéit à une règle dite de concordance. En vérité, si cette règle est en effet consacrée, elle subit la concurrence d'une règle autre, dite selon les cas, règle de la représentativité par affiliation ou règle de la représentation présumée, qui occupe une place telle qu'il est trompeur de regarder la première comme un principe, et la seconde comme une exception. La règle de concordance devrait toutefois retrouver sa prééminence et la représentation présumée rester, au moins, temporairement, une véritable présomption simple avec la consécration législative des dispositions de la position commune du 9 avril 2008 paraphées par le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT.

A. — Règle de concordance

1. La représentativité s'apprécie dans le cadre — spatial et professionnel — où s'exerce la prérogative pour laquelle elle est exigée. C'est la règle, dégagée par la jurisprudence, de la concordance entre le cadre d'appréciation de la représentativité et le cadre d'exercice de la prérogative qui requiert cette qualité : « *la représentativité, énonce un arrêt, ne peut être appréciée indépendamment de la prérogative invoquée* » (Soc. 7 déc. 1995, *Bull. civ.* V, n° 341, *Dr. soc.* 1996. 434, obs. G. Borenfreund).

La règle ne suscite pas de difficulté lorsqu'il en va de l'application des dispositions ayant une portée nationale et interprofessionnelle. Tel est le cas de la répartition des sièges dans des organismes qui ont la compétence spatiale et professionnelle la plus générale. Lorsque les sièges dans les conseils d'administration des organismes de sécurité sociale étaient pourvus par désignation, la règle de concordance a conduit à écarter des organisations représentatives dans une seule branche d'activité (CE 6 nov. 1970, *FEN*, *JCP* 1970. II. 16566 ; à rapp. à propos de législation réservant le bénéfice de ses dispositions aux syndicats de caractère interprofessionnel et national, CE 2 nov. 1973, *Dr. soc.* 1974. 469 ou encore de la négociation d'accords nationaux interprofessionnels, CE 2 mars 1962, *Dr. soc.* 1962. 544, *D.* 1962. 740). Le Conseil d'État paraît aujourd'hui encore particulièrement sensible à l'amplitude réelle de l'assise du syndicat pour lui reconnaître une représentativité nationale interprofessionnelle (v. CE 25 nov. 2004, *UNSA*, *Dr. soc.* 2004. 1098, concl. Stahl).

L'hésitation est cependant possible lorsqu'à l'intérieur d'un dispositif légal appelé à fonctionner dans un cadre national interprofessionnel, une représentation propre est réservée à un secteur professionnel, comme le secteur agricole. La représentativité doit-elle cesser alors d'être considérée dans le cadre interprofessionnel pour être mesurée dans le cadre plus restreint des activités agricoles ? La question se posait dans l'arrêt **n° 127**. La Confédération FO, représentative au niveau interprofessionnel avait en effet désigné un représentant au titre des travailleurs agricoles, alors que son implantation y était très faible. Contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement, le Conseil d'État a jugé que « *compte tenu du faible effectif des travailleurs agricoles syndiqués, rien ne s'opposait à ce que chacune des confédérations reconnues comme les plus représentatives de l'ensemble des travailleurs des différentes professions, fût, à ce titre, habilitée à désigner pour la composition de ladite section (celle des activités agricoles) un représentant choisi au sein de ses propres organisations agricoles* ». La formule est prudente. On peut y voir une première application de la représentativité par affiliation (v. *infra* B). Mais il ne faut sans doute pas oublier l'accent mis sur le contexte, c'est-à-dire la faible syndicalisation des travailleurs agricoles. Cet accent incite à restreindre la portée de l'arrêt.

Lorsqu'il s'agit d'attributions ou de prérogatives exercées dans l'entreprise ou dans l'établissement, les juges veillent à ce que l'espace d'appréciation de la représentativité coïncide avec l'espace d'exercice des attributions et prérogatives. Ainsi la représentativité dans l'entreprise n'implique pas nécessairement la représentativité dans l'un de ses établissements (Soc. 9 mars 1972, *Dr. ouvr.* 1972. 194). Si une unité économique et sociale a été reconnue pour l'organisation des

élections, elle devient du même coup cadre d'appréciation de la représentativité requise pour présenter des listes de candidats au premier tour (Soc. 23 avr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 336). Le découpage doit être parfois plus fin encore, ainsi lorsqu'il y a lieu de déterminer si un syndicat peut présenter des candidats au premier tour des élections, ce qui demande une mesure de représentativité par collège (v. Soc. 8 nov. 1988, *Bull. civ.* V, n° 576). Le collège perd toutefois sa pertinence lorsqu'est contestée l'aptitude d'un syndicat à désigner un délégué syndical central, dans une entreprise qui comporte donc plusieurs établissements : le cadre d'appréciation est alors l'entreprise dans son ensemble (Soc. 14 févr. 1989, *D.* 1990, Somm. 174 ; 25 janv. 2006, *Bull. civ.* V, n° 35 ; rapp. Soc. 24 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 194).

2. À la source de certains différends, se trouvent des syndicats catégoriels, en particulier les syndicats ayant vocation à regrouper les cadres. Rien à dire si la prérogative discutée ne concerne que la catégorie professionnelle qu'ils représentent (v. un ex. dans Soc. 17 déc. 1986, *Bull. civ.* V, n° 603). Mais que décider si un syndicat catégoriel, représentatif dans le cadre professionnel où il s'est constitué, prétend exercer une prérogative dans un autre cadre ? Un syndicat catégoriel, affilié à la CFE-CGC, peut-il par exemple présenter des candidats dans un collège autre que celui des ingénieurs et cadres ? Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a reconnu à de tels syndicats qu'une représentativité limitée au collège des cadres (v. Soc. 20 juill. 1977, *D.* 1978. 241 ; 26 mai 1982, *D.* 1982. 509, *Bull. civ.* V, n° 352 ; 22 juill. 1982, *Bull. civ.* V, n° 514). Puis elle a admis que si un tel syndicat démontrait sa représentativité dans un collège autre que celui des cadres, il pouvait y présenter des candidats (Ass. plén. 15 mars 1985, *D.* 1985. 573, concl. Cabannes, note J.-M. Verdier, *D.* 1986. IR. 382, obs. J. Froissard ; Soc. 12 déc. 1990, *Bull. civ.* V, n° 662). Cette solution a pu être critiquée, car la confédération CGC, aujourd'hui CFE-CGC gagne par là une place semblable à celle des confédérations dites ouvrières, qui sont statutairement intercatégorielles.

Dans ce mouvement favorable au syndicalisme des cadres, un pas de plus a été franchi. Lorsque, dans une entreprise, les élections ont lieu au sein d'un collège unique (par application de l'art. L. 2314-9 nouv. C. trav. qui remplace l'art. L. 423-6 C. trav.), un syndicat affilié à la CFE-CGC, représentatif par l'effet de cette affiliation (v. *infra* B), est réputé représentatif au sein du collège unique (Soc. 26 sept. 2002, *Bull. civ.* V, n° 299). Ce mouvement connaît cependant une limite : ne représentant pas, en principe, les intérêts de tous les travailleurs, un syndicat affilié à la CFE-CGC ne peut valablement conduire un accord collectif applicable à tout le personnel (Soc. 7 nov. 1990,

Bull. civ. V, n° 525, *D.* 1990. IR. 292, *Dr. soc.* 1991. 292, note M. Despax ; 24 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 346).

3. Entre la règle de concordance et la procédure de reconnaissance de la représentativité, existe un lien structurel. Ce lien est parfois vu plus amplement. Ainsi, il est jugé que le syndicat qui exerce sans contestation une prérogative réservée aux syndicats représentatifs a cette dernière qualité (v. Soc. 3 mai 2007, *RJS* 07/07, n°867, *JS UIMM*, n°723, p. 365). Comme la concordance implique que la représentativité soit dans l'ombre portée par une prérogative légale, son appréciation revient à l'autorité chargée de régler l'exercice de cette prérogative. Il n'existe donc pas en France de procédure spéciale de reconnaissance de la représentativité, dite parfois procédure d'accréditation.

Ainsi lorsqu'il appartient au ministre chargé du Travail de nommer les membres d'un organe public de compétence nationale, c'est lui qui reconnaît la représentativité à ce niveau, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, comme en fournit une illustration l'arrêt n° 127 (v. avant-guerre, CE 3 mars 1938, *Lebon*, p. 420 ; 3 mars 1939, *Lebon*, p. 140 ; 24 mars 1939, *Lebon*, p. 211). Mais l'acte administratif qui par l'effet de la jurisprudence a acquis une autorité exceptionnelle est l'arrêté du 31 mars 1966 (*JO* 2 avr.) — modifiant une décision gouvernementale du 8 avril 1948 (*JO* 9 avr.) — qui énumère les organisations syndicales dont les fédérations de branche sont habilitées à négocier et conclure des conventions et accords susceptibles d'extension. La liste ne comporte que des organisations ayant la forme de confédération ; quatre d'entre elles sont intercatégorielles (CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC), l'une est catégorielle (CFE-CGC). Cette énumération est en effet tenue par la Cour de cassation comme valant détermination des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel (Soc. 9 déc. 1982, *Bull. civ.* V, n° 700, *D.* 1984. IR. 255, obs. J.-M. Verdier ; 19 nov. 1986, *Bull. civ.* V, n° 546). Le Conseil d'État a admis la possible contestation de la légalité de l'arrêté et maintenu l'actuelle limitation à cinq des organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel (CE 25 nov. 2004, *UNSA*, *préc.*).

L'établissement de l'aptitude générale à négocier et conclure des conventions et accords de branche ne relève pas de la compétence d'un ministre (CE 24 mai 1974, *Dr. ouvr.* 1975. 289, *Dr. soc.* 1975. 126). Si contestation il y a sur la qualité représentative d'un syndicat revendiquant sa participation à la négociation, son règlement entre dans la compétence des juges de la régularité de la négociation et de la validité d'un accord collectif, soit le tribunal de grande instance.

Parmi les juridictions de l'ordre judiciaire, c'est fréquemment le juge d'instance qui est appelé à trancher les querelles de représentativité.

Il est en effet compétent pour régler l'exercice de nombreuses prérogatives qui supposent une qualité représentative : la négociation et la conclusion de l'accord préélectoral, la présentation de la liste des candidats au premier tour des élections professionnelles, la désignation d'un délégué syndical... L'appréciation de la représentativité n'appartient donc ni à l'employeur (v. Soc. 15 juin 1977, *Bull. civ.* V, n° 397) ni à l'administration du travail. Ce qui est en revanche plus difficile à préciser, c'est le contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond (v. *infra*).

Dès lors que le droit français ignore toute procédure spéciale de reconnaissance de la représentativité, dès lors que cette dernière s'opère en relation avec des prérogatives légales, c'est à la date où cette prérogative s'exerce que l'appréciation doit avoir lieu. Elle obéit donc à une exigence d'actualité. Aussi la représentativité peut se perdre (CE 26 oct. 1973, *Dr. soc.* 1975. 40, note F. Moderne) ; la chose jugée lors d'élections professionnelles ne lie pas le juge saisi lors d'élections ultérieures (Soc. 26 juin 1985, *Bull. civ.* V, n° 361).

La règle de concordance et ses corollaires relatifs à la procédure de reconnaissance, conçus et appliqués par les juges judiciaires et les juges administratifs (v. une illustration avec quatre arrêts, CE 18 juin 1997, *Sud PTT*, *Dr. soc.* 1998. 94, obs. D. Garbar) sont totalement écartés lorsque joue un autre mode de reconnaissance, bâti autour de l'affiliation confédérale.

B. — La représentativité issue de l'affiliation confédérale

La règle de concordance a été conçue et est appliquée dans le contexte d'une représentativité qui doit être prouvée, « *ici et maintenant* » pour reprendre le mot d'un commissaire du gouvernement. Avec l'essor de la représentativité dérivant de l'affiliation et là où ce mode d'attribution joue, la représentativité n'a plus besoin d'être prouvée.

Ce mode de reconnaissance de la représentativité est l'œuvre de la loi. Mais la jurisprudence a contribué à en fixer le sens pratique et politique. Son essor commence en 1968. La loi du 27 décembre 1968 confère l'usage des moyens d'action qu'elle institue aux syndicats représentatifs, cette qualité pouvant découler de la démonstration apportée d'une représentativité dans l'entreprise concernée ou de l'affiliation du syndicat à une organisation représentative sur le plan national. Ce double mode d'attribution de la représentativité — par démonstration ou par affiliation — est ensuite consacré, par la loi du 13 juillet 1971, pour la négociation et la conclusion des conventions et accords collectifs. Et la loi du 28 octobre 1982 retient à son tour cette double voie pour définir les organisations aptes à négocier le protocole préélectoral

et habilitées à présenter des listes de candidats au premier tour des élections professionnelles (v. pour les délégués du personnel, art. L. 2314-11 et L. 2314-24 nouv. C. trav.).

Alors que les textes ne font mention que « *d'organisation représentative sur le plan national* », la jurisprudence entend cette formule de façon étroite : elle ne vise que des organisations de nature confédérale. L'affiliation à une fédération ou un syndicat représentatif sur le plan national n'a donc aucun effet sur l'organisation affiliée (v. pour la FEN, Soc. 19 nov. 1986, *Bull. civ. V*, n° 546 ; pour le SNJ, Soc. 4 mai 1994, *RJS* 6/94, n° 721 ; pour l'UNSA, Soc. 8 nov. 2006, *Bull. civ. V*, n° 335, *Dr. soc.* 2007. 19, note J. Savatier, *RJS* 02/07, n° 242).

La contribution la plus importante de la jurisprudence vient de l'autorité qu'elle a conférée à la règle d'emprunt de représentativité par l'affiliation. Alors que les textes usent d'expressions qui, souvent, ont signification de présomptions, la jurisprudence y a vu une règle substantielle, d'abord dans le droit syndical (Soc. 5 juill. 1977, *Bull. civ. V*, n° 457), puis dans le droit des élections professionnelles (Soc. 26 juin 1983, *Bull. civ. V*, n° 359 ; 7 juill. 1983, *Dr. soc.* 1984. 86, note J. Savatier) et il ne fait guère de doute que cette interprétation vaut aussi dans le droit de la négociation collective.

Autrement dit, la représentativité peut être reconnue à un syndicat en raison de son affiliation à une organisation confédérale représentative au plan national (la représentativité disparaît avec la cessation de l'affiliation : Soc. 26 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 228 ; 15 déc. 2004, *Bull. civ. V*, n° 342, *Dr. soc.* 2005.348, note J. Savatier), sans égard pour son implantation et son activité dans la branche, le groupe, l'entreprise ou l'établissement concerné. L'observation ne doit pas surprendre, car ce mode de reconnaissance de la représentativité est clairement destiné à encourager l'implantation des syndicats confédérés et, par là, un certain ordre dans les relations professionnelles. Nombreux sont pourtant ceux qui estiment qu'utile et justifiée ici (par ex. pour l'accès aux moyens d'action dans l'entreprise), la représentativité par affiliation est nocive ailleurs. La négociation collective est le cœur des réflexions critiques. Combinée, en effet, avec la règle de l'unicité de signature (v. obs. sous n°s 158-160) qui, il est vrai, est appelée à être fortement corrigée, la représentativité par affiliation permet la conclusion d'accords collectifs qui engagent toute une collectivité, alors qu'elle peut ne pas se reconnaître dans la ou les partie(s) signataire(s).

III. — Critères de représentativité

Si la représentativité est une qualité sociale qui justifie l'attribution de certaines prérogatives légales particulières, les critères de représentativité ont pour fonction de définir et identifier cette qualité.

Aujourd'hui, plus de quatre-vingts ans après la première utilisation de la notion, et avant une révision annoncée par la position commune arrêtée le 9 avril 2008 par plusieurs organisations représentatives des salariés et des employeurs voici, condensée dans l'arrêt *Syndicat SUD des Caisses d'épargne* du 3 décembre 2002 (n° 129), la façon dont la chambre sociale conçoit l'appréciation de la représentativité, en l'occurrence requise pour la désignation d'un délégué syndical : « *dès qu'il constate l'indépendance du syndicat et qu'il caractérise son influence dans l'entreprise au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement sa représentativité* ». Nouveau, sans l'être vraiment, ce motif, régulièrement repris (v. par ex. Soc. 12 mars 2003, *RJS* 05/03, n°630 ; 12 oct. 2005, *JCP S* 2006 1007, obs. J. M. Olivier), montre la modestie dont fait preuve la Cour de cassation : elle se refuse à être trop directive dans la configuration du système syndical, alors que l'appréciation de la représentativité lui en donnait la possibilité.

A. — « Dès lors qu'il constate l'indépendance du syndicat... »

L'arrêt *Syndicat SUD des Caisses d'épargne* cite ici l'un des critères énumérés par la loi dans l'article L. 133-2 du Code du travail, texte d'ambition restreinte, puisqu'il définit les conditions requises des organisations appelées à négocier les conventions et accords susceptibles d'extension, mais texte dont l'énumération a très tôt été regardée comme dotée d'une valeur générale. La nouvelle codification entérine cette interprétation. Le nouvel article L. 2121-1 énumère, en toute généralité, les critères de la représentativité (faisant d'ailleurs disparaître le critère de l'attitude patriotique pendant l'occupation). L'arrêt *CFDT et CGSI* (n° 128) se réfère à l'indépendance, en 1970, pour l'appréciation des organisations syndicales susceptibles de siéger à la Commission supérieure des conventions collectives.

L'indépendance, critère cité dans l'énumération légale, au premier rang dans la formule synthétique de la chambre sociale, qualifie certains rapports : il s'agit ici des rapports avec l(es) employeur(s).

L'importance de ce critère apparaît avec le contentieux — judiciaire — provoqué par des syndicats qui, au sein de certaines entreprises, se disent indépendants, pour souligner avant tout leur opposition aux autres organisations syndicales ou aux traditions du syndicalisme. Lorsqu'ils concluent à leur absence de véritable indépendance — à l'égard de l'employeur — les juges tiennent par exemple compte du concours qui leur a été apporté par l'employeur (Soc. 31 janv. 1973, *Bull. civ.* V, n°s 50 et 51), des responsabilités exercées dans l'entreprise par les adhérents du syndicat (Soc. 28 févr. 1975, *D.* 1975. IR. 72) ou encore

des efforts déployés pour affaiblir les autres syndicats (Soc. 11 janv. 1979, *Bull. civ.* V, n° 31, *D.* 1979. IR. 326, obs. Ph. Langlois ; 23 févr. 1973, *GA* 2^e éd., n° 46, *Dr. soc.* 1973. 589, note J. Savatier, *D.* 1973. 326, note J.-M. Verdier ; Soc. 23 mars 1977, *Bull. civ.* V, n° 220). L'absence d'indépendance peut être dissimulée derrière le problème des cotisations : des adhérents non cotisants, le faible montant des cotisations, le défaut de régularité de leur versement traduisent une possible dépendance financière envers l'employeur (v. Soc. 10 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 455).

Si elle n'était citée comme critère de représentativité, l'indépendance devrait plutôt être considérée comme élément de définition du syndicat (de salariés). L'idée est d'ailleurs présente lorsque l'indépendance est qualifiée d'élément qui affecte la nature du groupement et son identité ou encore lorsqu'elle est tenue pour la marque de l'authenticité syndicale. Cependant les juges n'ont pas étendu son rôle : elle reste critère de représentativité.

Prima facie, toute organisation constituée en la forme d'un syndicat en est dotée. C'est pourquoi elle n'a pas à établir son indépendance : c'est à celui qui la lui conteste qu'il revient d'apporter la démonstration de son défaut d'indépendance (Soc. 26 févr. 1995, *Bull. civ.* V, n° 102).

B. — « ...et qu'il caractérise son influence au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail... »

Avec ce second critère, l'influence, l'arrêt *Syndicat SUD des Caisses d'épargne* ne rompt pas avec la jurisprudence antérieure ; le critère a plutôt valeur de synthèse des efforts accomplis par la Cour de cassation pour qualifier les rapports qu'un syndicat doit entretenir avec ceux dont il représente les intérêts d'une part et ceux à l'égard desquels il assure cette représentation, pour être représentatif.

L'article L. 2121-1 du nouveau Code du travail cite, à côté de l'indépendance, trois autres critères : les effectifs, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'occupation, ayant disparu de la liste avec la nouvelle codification. Ce dernier critère ne qualifiait pas les rapports actuels du syndicat. Son inscription dans l'histoire ne le frappait pas d'obsolescence, quoiqu'on ait pu dire : selon la Cour de cassation la non-discrimination, cœur des valeurs républicaines, est élément de définition du syndicat (v. arrêt n° 123) et ce sont ces valeurs républicaines qu'évoquait le critère disparu. Quant aux trois autres, les effectifs, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, leur destin jurisprudentiel est complexe. Leur application n'est pas nécessairement cumulative. Ainsi à plusieurs reprises, la chambre sociale a souligné que la représentati-

vité n'est pas exclue par la grande jeunesse du syndicat (Soc. 11 févr. 1982, *Bull. civ. V*, n° 91 ; 5 nov. 1986, *Bull. civ. V*, n°s 512 et 513 ; 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 221, *Dr. soc.* 1998. 726, obs. J. Savatier). Et c'est encore ce qu'a décidé le tribunal d'instance à propos du *Syndicat SUD des Caisses d'épargne*, la Cour de cassation s'inclinant devant son appréciation souveraine (v. *infra*. C). De même la représentativité n'est pas écartée par la seule faiblesse des effectifs (Soc. 8 nov. 1988, *Bull. civ. V*, n° 576). Les critères ne sont pas cumulatifs ; par contre-coup, ils sont relatifs et leur poids varie selon le contexte.

En vérité, si l'article L. 133-2 du Code du travail (devenu l'art. L 2121-1 nouv. C. trav.) est mentionné comme le siège des critères de la représentativité syndicale, ceux qu'il énumère ont cessé d'être de véritables critères. L'arrêt **n° 129** enregistre, à sa façon, cette évolution : c'est l'influence qu'il sacre comme critère, mais prend soin d'ajouter de façon un peu sibylline que sa caractérisation s'opère « *au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail* ».

Lorsque le cadre d'appréciation est l'entreprise ou l'établissement, la chambre sociale a d'ailleurs parfois introduit une autre mesure, l'audience électorale (Soc. 7 janv. 1982, *Bull. civ. V*, n° 6 ; 11 févr. 1982, *Bull. civ. V*, n° 91), qui exprime la capacité d'influence du syndicat et le degré d'adhésion du personnel à ses objectifs. Cette mesure, l'audience électorale, est promise à une place de choix avec ce qu'annonce la position commune du 9 avril 2008, arrêtée par diverses organisations. Mais surtout, avant même l'arrêt *Syndicat SUD des Caisses d'épargne*, les références se sont multipliées de l'activité, au dynamisme, à l'influence (v. par ex. Soc. 8 nov. 1988, *préc.* ; 5 mai 1998, *préc.* ; 13 avr. 1999, *Bull. civ. V*, n° 175, *Dr. soc.* 1999. 643, obs. G. Borenfreund) du syndicat : les critères de l'article L. 133-2, exception faite de l'indépendance, sont devenus des indices de ce qui, avec l'arrêt **n° 129**, accède au statut de critère, l'influence.

Mais quelle influence ? Selon ce même arrêt, satisfait aux exigences légales le jugement qui fait ressortir que l'« influence [du syndicat] était réelle ». Le motif annonce-t-il la réduction de la représentativité à une influence réelle ? Le rapport de la Cour de cassation 2002 en dit beaucoup plus puisqu'il y est écrit que l'influence s'entend « *des résultats objectifs d'une activité authentiquement tournée vers la défense et les intérêts des travailleurs, et pas seulement de l'aptitude à faire connaître le syndicat* » comme s'il s'agissait de répondre aux critiques susceptibles d'être adressées à un arrêt peu disert. D'ailleurs, depuis 2002, certains arrêts semblent marquer une plus grande exigence pour caractériser l'influence qui assure la représentativité (v. par ex. Soc. 25 jan. 2006, *Bull. civ. V*, n°35, arrêt n° 1, *Dr. soc.* 2006. 869, note G. Borenfreund). La formule annonce aussi le retrait de la Cour de cassation.

C. — « ...le tribunal d'instance apprécie souverainement sa représentativité »

La question du contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur l'appréciation de la représentativité syndicale (sur laquelle v. G. Borenfreund, *Dr. soc.* 1999. 643, du même auteur, *ibid.* 2006.869) n'est pas simple question technique. D'elle dépend l'ambition que la haute juridiction entend assurer dans l'aménagement du système syndical. Or, de prime abord, l'arrêt n° 129 exprime une renonciation de la Cour de cassation à exercer un contrôle sur l'appréciation de la représentativité. Renonciation complète ? Non pas. Car la Cour de cassation énonce des critères et les juges du fond sont tenus d'en faire usage : ils doivent, pour reconnaître la qualité représentative, constater l'indépendance et caractériser l'influence. Mais la Haute juridiction paraît, dans cet arrêt et d'autres rédigés de manière identique, vouloir limiter son contrôle à la vérification formelle de la constatation de la première et de la caractérisation de la seconde.

Sur l'ampleur de son retrait, un premier doute est néanmoins permis. L'indépendance peut difficilement être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond si, dans le sillon que la Cour de cassation a, elle-même, tracé, ce critère définit un syndicat avant même ou en même temps qu'elle en détermine la représentativité. Une autre hésitation surgit, que la jurisprudence exprime. Le contrôle de motivation que préserve l'arrêt *Syndicat SUD des Caisses d'épargne* est passible de degrés. Or, si cet arrêt n'augure pas un degré élevé de contrôle, des arrêts ultérieurs révèlent que la chambre sociale ne se limite pas à une vérification de l'existence de la motivation, mais se réserve d'apprécier la pertinence des motifs. (v. Soc. 21 mai 2003, *RJS* 11/03 n° 1283, *Dr. soc.* 2003 799, obs. J. Savatier ; 25 janv. 2006, arrêt n° 1, *préc.*)

D. — Généralisation ?

La formule synthétique de l'arrêt n° 129 vaut pour la détermination et l'appréciation de la représentativité exigée pour les prérogatives dont l'exercice est réglé, en cas de différend, par le tribunal d'instance (désignation d'un délégué syndical, négociation du protocole préélectoral, présentation de liste de candidats au premier tour des élections). On peut donc en concevoir l'extension à l'ensemble du contentieux judiciaire, celui notamment que peut provoquer la détermination des parties à la négociation collective.

Mais *quid* de l'appréciation de la représentativité par l'autorité administrative ? L'arrêt *CFDT et CGSI (n° 128)* montre une identité d'inspi-

ration entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Le Conseil d'État tient aussi l'article L. 133-2 du Code du travail (à l'époque l'art. 31 f du Livre I^{er} C. trav. et aujourd'hui l'art. L. 2121-1 nouv. C. trav.) comme siège des critères de la représentativité, alors qu'il a une vocation limitée. Il fait par ailleurs, preuve d'un relativisme aussi fort que celui dont use la Cour de cassation, car son arrêt ne fait rien moins que de maintenir la CFTC, après la scission CFDT-CFTC, parmi les organisations représentatives au plan national. A été ainsi assurée la représentativité à tous les syndicats qui lui sont affiliés. Dans son arrêt, l'extrême importance attribuée au contexte est soulignée par la considération, présentée comme déterminante, « *de l'ensemble des éléments caractéristiques des organisations les plus représentatives* ».

Là où le Conseil d'État se sépare de la Cour de cassation, dans ses orientations actuelles, c'est dans le contrôle qu'il exerce sur la décision administrative dont il apprécie la légalité : la rédaction, quoique très syncrétique, de l'arrêt fait, en effet, apparaître un contrôle sans réserve (v. aussi CE 25 nov. 2004, *UNSA*, *préc.*).

Que l'on considère la représentativité prouvée, réduite dans un souci de respect d'un pluralisme vivant, à l'exigence d'une influence, ou la représentativité par affiliation, davantage hommage à l'histoire du syndicalisme qu'à sa vitalité contemporaine, la représentativité n'est (plus) guère sélective. Chacun en mesure les inconvénients, notamment dans le droit de la négociation collective où est encore pour partie tenu pour valable et efficace à l'égard de tous les salariés un accord conclu par un syndicat représentatif.

À partir de 1982, une correction a été apportée à cette dernière règle, avec la reconnaissance par la loi au profit d'un ou des syndicats « *majoritaires* » d'un droit de s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord collectif dérogatoire (sur cette notion, v. obs. sous n^{os} 179-181). Le domaine de cette correction était modeste, puisque limité à une catégorie d'accords collectifs et à la révision d'un accord collectif. La teneur de la correction l'était aussi, quoique complexe. Il n'y avait pas en effet de modification des règles de négociation et conclusion d'un accord collectif ni, donc, des conditions de représentativité requises pour conclure un tel accord. Ces règles étaient seulement complétées par un mécanisme, le droit d'opposition et c'est l'exercice de ce dernier qui demandait une représentativité renforcée, majoritaire.

La loi du 4 mai 2004 a marqué un nouveau pas vers l'abandon de la règle dite de l'unicité de signature, sans aller jusqu'à concevoir un nouveau modèle de représentativité syndicale, promis pour plus tard. Elle a généralisé le droit d'opposition des syndicats « *majoritaires* ». Tout accord collectif y est exposé, qu'il soit interprofessionnel, de branche ou d'entreprise. Cependant, la majorité d'opposition n'est pas définie de la même façon pour la négociation de champ plus ample

que l'entreprise et pour la négociation d'entreprise. Dans le premier cas, la majorité est arithmétique et se définit donc en nombre d'organisations (v. art. L. 2232-7 nouv. C. trav.). Dans le second cas, elle a pour mesure l'audience électorale : pour être majoritaire, il faut avoir recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel (v. art. L. 2232-13 nouv. C. trav.)

L'exigence majoritaire peut toutefois revêtir une dimension positive si une convention de branche ou un accord interprofessionnel étendu la prévoit (en l'absence d'opposition). Deux conceptions de la majorité positive d'engagement sont mentionnées dans la loi (art. L. 2232-6 et L. 2232-12 nouv. C. trav.), l'une exprimée en termes d'audience électorale, référence étant encore faite aux résultats du premier tour des élections professionnelles, l'autre sans médiation électorale par la voie d'une consultation générale de représentativité (pour la branche ou l'interprofession) ou la voie d'un référendum portant sur le projet d'accord (pour l'entreprise).

La place reconnue dans la procédure de formation des accords collectifs à l'audience électorale des syndicats représentatifs peut avoir une incidence sur le système syndical et peut-être même sur la conception juridique de la représentativité syndicale. Pour le moment, elle provoque des débats plus techniques. Certains s'annoncent, dus à la discordance possible entre le champ d'une négociation collective (groupe, entreprise, établissement) et le périmètre d'organisation des élections. D'autres ont été abordés par la Cour de cassation. Ainsi, la référence faite aux résultats du premier tour des élections professionnelles doit-elle être considérée comme, empêchant tout usage de l'audience électorale, dans le cas où le quorum requis n'a pas été atteint lors du premier tour ? La Cour de cassation, au détour d'un arrêt remarqué, a affirmé qu'en l'absence de quorum au premier tour, il y avait carence au sens du droit des élections professionnelles. (v. Soc. 20 déc. 2006, *Bull. civ.* V n° 399, *Dr. soc.* 2007.453, note P.Y. Verkindt, *RDT* 2007.328, obs. M.Grevy). C'est dire que dans l'entreprise, la seule voie alors ouverte est l'organisation d'une consultation référendaire du personnel sur le projet d'accord collectif.

Les difficultés et réflexions suscitées par la prise en compte de l'audience électorale vont, sans doute, acquérir une actualité plus forte encore avec les évolutions des critères de représentativité et des règles de formation des accords collectifs qu'annonce la position commune du 9 avril 2008 paraphée d'un côté par le MEDEF et la CGPME et de l'autre par la CGT et la CFDT.

ONZIÈME PARTIE

REPRÉSENTATION DU PERSONNEL DANS L'ENTREPRISE

La représentation du personnel dans l'entreprise a une assise constitutionnelle. En effet, selon les termes de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, auquel le Préambule de la Constitution de 1958 fait renvoi, « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises ».

Cet enracinement constitutionnel, qui n'interdit pas les controverses sur le sens même de cette représentation, explique, au moins pour partie, la densité de l'intervention législative, dont les étapes principales sont constituées de l'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise, de la loi du 16 avril 1946 sur les délégués du personnel, de la loi du 27 décembre 1968 sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, et de la loi du 28 octobre 1982 sur le développement des institutions représentatives du personnel. On ne peut s'empêcher de penser que la densité des dispositifs d'origine législative tient aussi au pluralisme syndical ainsi qu'à un goût traditionnel des syndicats pour une législation, sinon toujours de conquête, au moins de consolidation.

L'architecture légale de la représentation du personnel est minutieuse, la loi fixant les unités de la représentation (qui est représenté ?

où ?), les modes de création des institutions (comment ?) (v. n^{os} 130 à 138), les missions et prérogatives des représentants et leurs attributions et moyens (v. n^{os} 139 à 156). Cet ensemble forme, au sens fort, une législation de promotion de la représentation du personnel dans les lieux de travail.

La représentation du personnel, cœur de nombreux conflits, a suscité un important contentieux sur lequel s'est construite une jurisprudence souvent innovante, parfois exemplaire. Au-delà de la persistance de quelques interprétations restrictives, on y repère une tendance générale à interpréter les textes de telle sorte que l'implantation et l'activité des représentants du personnel ne soient pas contrariées.

130-138

LA MISE EN PLACE DES INSTITUTIONS DE REPRÉSENTATION

**130. Soc. 15 janvier 1970 — 131. Crim. 23 avril 1970 —
132. Soc. 20 octobre 1999 — 133. Soc. 18 juillet 2000 —
134. Soc. 2 octobre 2001 — 135. Soc. 27 mai 1997 —
136. Soc. 28 octobre 1997 — 137. Ass. plén. 5 juillet 2002 —
138. Soc. 30 avril 2003**

Le droit français présente cette forte originalité d'instituer deux canaux de représentation du personnel, sur les lieux de travail : l'un, plongeant dans la tradition syndicale, repose sur une procédure de désignation par les organisations syndicales, l'autre, reproduisant les mécanismes de la démocratie politique, résulte d'une procédure d'élection par l'ensemble des salariés concernés.

Que l'investiture des représentants (II) provienne d'une désignation ou d'une élection, une question difficile traverse tout le droit de la représentation, celle de la détermination du cadre dans lequel la représentation, comme institution, doit être constituée et fonctionner. Cette question est connue sous le nom de la question de l'unité de représentation (I). Question sensible car elle invite à concilier le souci d'assurer entre les travailleurs et les représentants une relation de proximité, et le souci de promouvoir l'efficacité des représentants dans leurs rapports avec ceux qui déterminent le sort de l'emploi et l'évolution des conditions de travail, les détenteurs du pouvoir de direction.

I. — Le cadre : les unités de représentation

130. Soc. 15 janvier 1970

Sté Usinor c. CGT-FSM et autres

(Bull. civ. V, n° 30 ; JCP 1970. II. 16315, note G. Lyon-Caen)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué d'avoir déclaré que les usines

de Mont-Saint-Martin, de Senelle et du « Train-fil » de Saulnes, situées dans la région de Longwy et appartenant à la Société sidérurgique du Nord et de l'Est de la France (USINOR) constituaient chacune un établissement distinct pour l'application de la loi du 27 décembre 1968, et d'avoir, en conséquence, validé la désignation des délégués syndicaux CGT et CFDT pour chacune de ces trois usines, alors que, d'une part, ladite loi n'aurait pas entendu donner à la notion d'établissement un sens différent de celui qui résulte de l'ordonnance du 22 février 1945 et de la loi du 16 avril 1946 ; qu'ainsi, dès lors qu'il n'aurait existé pour l'application de ces textes qu'un seul établissement, la désignation des délégués syndicaux, aurait dû être unique, et alors que, d'autre part, le rôle de délégués syndicaux se placerait dans le contexte d'une unité économique, qu'il s'agirait en l'espèce d'une même usine ayant une direction unique, et que les circonstances retenues par le jugement n'auraient pas été de nature à faire écarter l'élément constitué par l'unité de direction ;

Mais attendu que le juge du fond a constaté que les trois usines dont il s'agit dépendaient primitivement de trois sociétés distinctes et ne se sont trouvées réunies au sein de la société USINOR que par diverses opérations d'absorption et de fusion ; qu'elles sont implantées sur des communes différentes et emploient respectivement 3 736, 4 166 et 328 salariés ; qu'elles ont une production diversifiée avec des problèmes techniques différents ; que, compte tenu de leur éloignement, des difficultés de circulation et des pertes de temps, les délégués syndicaux disposant de quinze heures par mois pour l'exercice de leurs fonctions, se trouveraient pratiquement empêchés de remplir leur mission si, un seul établissement englobant les trois usines, il n'y avait que quatre délégués ; qu'il était nécessaire pour que le dialogue fût valable et fructueux et pour que la participation souhaitée par le législateur pût être réalisée, que les délégués syndicaux fussent parfaitement renseignés sur les conditions et la nature du travail dans chaque établissement ;

Attendu qu'en déduisant de ces constatations de fait que la désignation distincte des délégués syndicaux dans chacune des usines était indispensable pour assurer l'application en l'espèce de la loi du 27 décembre 1968, le juge du fond, qui n'était pas tenu de se conformer aux dispositions adoptées pour la constitution du comité d'établissement, ni la désignation des délégués du personnel, et qui devait tenir compte du rôle du délégué syndical à la fois vis-à-vis des membres de la section syndicale et de la direction, a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi formé contre le jugement rendu, le 24 février 1969, par le tribunal d'instance de Longwy.

131. Crim. 23 avril 1970

Éts Herriau

(D. 1970. 444 ; JCP 1972. II. 17046)

ARRÊT

Statuant sur le pourvoi formé par le Syndicat des ouvriers, employés, techniciens et agents de maîtrise CFDT, partie civile, contre un arrêt de la cour d'appel de Douai du 21 mars 1968, qui a déclaré ladite cour d'appel incompétente pour connaître de l'action civile exercée contre Herriau Auguste et Herriau Paul, prévenus d'entrave à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ;

Sur le moyen additionnel de cassation, pris de la violation des articles 23, alinéa 8, livre I^{er} du Code du travail, 24 de l'ordonnance du 22 février 1945, 18 de la loi du 16 avril 1946, 593 du Code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale, « en ce que l'arrêt attaqué a relaxé les sieurs Herriau, prévenus d'avoir intentionnellement apporté entrave à la libre désignation des membres d'un comité d'entreprise et porté atteinte à la libre désignation des délégués du personnel, aux motifs que l'employeur demeure libre de transformer ou de réorganiser son entreprise, que la modification du contrat de société, notamment par la substitution d'une entreprise à une autre, n'est pas un phénomène rare dans le domaine des affaires, que pareille opération n'implique pas en soi une fin répréhensible, alors que, d'une part, ces motifs sont contradictoires et ne permettent pas de savoir s'il y a eu réorganisation d'entreprise ou substitution d'une entreprise à une autre, de sorte que la Cour de cassation est dans l'impossibilité d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision attaquée, alors que, d'autre part, la modification du contrat de société n'empêche pas la poursuite des contrats de travail, contrairement à ce qu'a décidé l'arrêt attaqué ; qu'en tout cas, en ne recherchant pas si l'Entreprise Herriau, abstraction faite de toute dénomination sociale, n'avait pas poursuivi la même activité, l'arrêt attaqué n'a pas donné de base légale à sa décision et n'a pas répondu aux conclusions du demandeur faisant valoir que la même entreprise était poursuivie et qu'en jouant sur des apparences juridiques pour diviser artificiellement le corps électoral et pour évincer les candidats considérés comme gênants, les sieurs Herriau avaient volontairement faussé les élections des délégués du personnel et des représentants des membres du comité d'entreprise » ; — Vu lesdits articles ;

Attendu que les juges sont tenus de statuer sur tous les chefs péremptoires des conclusions dont ils ont été régulièrement saisis ; — Attendu que des énonciations des juges du fond, ainsi que des termes d'un procès-verbal dressé le 2 février 1967 par un inspecteur du travail, il résulte que la Société SUTRAM, ayant pour gérant Auguste Herriau, était contractuellement chargée des activités industrielles de la Société Etabl. Herriau et C^{ie}, dont le même Auguste Herriau était président-directeur général et son frère Paul directeur commercial, qu'en 1965, a été créée une Société nouvelle dite COFRAMO, dont Paul Herriau est devenu gérant et au service de laquelle a été transférée la presque totalité des ouvriers de l'entreprise, à l'exception notamment de Hellinck et de Delattre, délégués du personnel et membres du comité de d'entreprise, qui sont demeurés nominalement affectés à la Société SUTRAM ; que cette dernière a cessé son activité l'année suivante et que par suite ledit Hellinck et ledit Delattre ont été alors licenciés ; — Attendu qu'il est constaté dans le procès-verbal base des poursuites que le transfert à la Société COFRAMO de nombreux ouvriers antérieurement au service de la Société SUTRAM n'a en fait entraîné aucune modification dans la répartition du travail et les tâches confiées aux salariés, ceux-ci restant aux postes de travail qui leur avaient été antérieurement affectés, continuant de travailler dans les mêmes locaux, aux mêmes travaux, sur le même matériel et selon les directives de la même maîtrise ; — Attendu que les frères Herriau ayant été en raison de ces faits déferés à la juridiction correctionnelle sous la double prévention d'entraves à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, le syndicat partie civile a soutenu par voie de concessive et la juxtaposition de plusieurs sociétés commerciales n'ayant pas d'activités spécialisées propres n'avait été en l'espèce qu'une façade juridique dissimulant la continuité d'une même entreprise et dont les prévenus s'étaient servis pour tourner les dispositions impératives du droit du travail par le moyen d'une division artificielle du corps électoral ; — Attendu que les juges n'en ont pas moins prononcé la relaxe des prévenus en se fondant sur le pouvoir de

l'employeur de transformer ou réorganiser son entreprise, et au motif que les transformations juridiques dénoncées comme accomplies en fraude de la loi par la partie civile et par l'inspection du travail n'avaient pas, en leur temps, rencontré l'opposition de ce dernier organisme dont les prévenus n'ont pas cessé d'observer les directives ; — Mais attendu que *s'il résulte des motifs de l'arrêt que les Sociétés Etabl. Herriau et Cle, STRUAM et COFROMA ont eu une existence juridique propre, il n'y est pas démontré que ces personnes morales aient constitué, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes ; qu'à supposer même que la création de la dernière de ces sociétés ait été juridiquement régulière et économique justifiée, il incombait à la cour d'appel de rechercher si elle n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi*, ainsi que, d'après les propres constatations de l'arrêt, l'affirmait l'inspecteur du travail, disant avoir été lui-même induit en erreur et ne s'être aperçu qu'après coup d'une violation de la loi, insidieusement réalisée par la combinaison d'actes juridiques dont chacun pouvait paraître isolément admissible ; qu'ainsi, faute d'avoir apporté sur ce point une réponse aux conclusions de la partie civile, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen proposé au mémoire ampliatif, casse..., mais seulement en ses dispositions civiles, l'arrêt de la cour d'appel de Douai, du 21 mars 1968.

132. Soc. 20 octobre 1999

(Bull. civ. V, n° 391)

ARRÊT

Attendu, en premier lieu, que les sociétés G..., A..., C..., R..., S..., K..., M..., D..., P..., F..., les O... et V..., ont saisi le tribunal d'instance d'une contestation de la désignation par la CFDT de Mme B, en qualité de délégué syndical central de l'unité économique et sociale constituée des sociétés précitées ; que, en deuxième lieu, la société O... a contesté les désignations par la CFDT de M. H. et de M. Z., en qualité respectivement de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise ; qu'en troisième lieu, la société A... a contesté devant le même tribunal la désignation par la CFDT de Mme E., en qualité de délégué syndical de l'établissement A... siège ;

Sur le deuxième moyen :

Vu les articles L. 431-1 et L. 439-1 du Code du travail ;

Attendu que, pour reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale constituée par les sociétés C..., K..., R..., S..., A..., D..., M..., O..., V..., P..., G... et la F..., et pour valider la désignation de Mme B., en qualité de délégué syndical central de la CFDT, dans le cadre de l'unité économique et sociale, de M. H., en qualité de délégué syndical national et de M. Z., en qualité de délégué syndical national et de représentant syndical au comité d'entreprise de la O..., le jugement attaqué relève que l'ensemble de ces sociétés constitue le G..., qu'il comprend un comité de groupe, et qu'il existe une unité économique et sociale entre ces sociétés caractérisée par la centralisation des pouvoirs de direction autour du directoire, l'imbrication capitalistique des filiales autour de la société-mère ainsi que la complémentarité des activités de distribution de la chaussure et du vêtement et par l'existence d'une communauté de travailleurs présentant des intérêts professionnels communs ;

Attendu, cependant, que *la notion d'unité économique et sociale et celle de comité de groupe sont incompatibles* ;

Qu'en statuant comme il l'a fait, *en reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale à un niveau où existait déjà un comité de groupe, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ;*

Et sur le troisième moyen :

Vu les articles L. 412-11 et L. 412-13 du Code du travail ;

Attendu que, pour valider la désignation de Mme E. comme délégué syndical de la CFDT pour l'établissement siège de la société A..., le jugement énonce que l'extrait K bis de la société mentionne comme principal établissement son siège et qu'elle regroupe les sociétés A..., N..., I... et T... ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait des pièces du dossier que la CFDT avait désigné deux délégués syndicaux au niveau de l'entreprise et que cette désignation rendait inopérante la désignation de Mme E. au niveau de l'établissement siège social, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen et le quatrième moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 26 mai 1998, entre les parties, par le tribunal d'instance de Paris 19^e.

133. Soc. 18 juillet 2000

Sté Roussillon Agrégats

(*Bull. civ. V, n° 299 ; Dr. soc. 2000. 1037, obs. J. Savatier*)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que la société Roussillon Agrégats fait grief au jugement attaqué (tribunal d'instance de Perpignan 28 mai 1999) d'avoir dit qu'il existe une unité économique et sociale entre l'établissement de la société Roussillon Agrégats et les six établissements secondaires appartenant antérieurement au groupe Font et d'avoir, en conséquence, annulé l'élection des délégués du personnel du 20 mars 1999, alors que, selon le moyen, les éléments constitutifs de l'unité économique et sociale sont l'identité ou la complémentarité des activités, la concentration du pouvoir de direction et la communauté des travailleurs, liés par les mêmes intérêts ; que manifestent notamment l'identité des conditions de travail la similitude de gestion des situations individuelles et des œuvres sociales ou la permutabilité des salariés ; qu'en se fondant, pour déduire l'existence d'une unité sociale entre les différents établissements de la société Roussillon Agrégats, sur la seule constatation qu'il existait une certaine polyvalence dans le personnel précédemment employé par le groupe Font, et que les bulletins de paie des salariés des différents établissements étaient établis sur des bases identiques mais sans constater l'identité des conditions de travail, la similitude de gestion des situations individuelles et des œuvres sociales ni la permutabilité effective des salariés, le tribunal d'instance a violé l'article L. 421-1 du Code du travail ;

Mais attendu qu'une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutabilité des salariés ;

Attendu que, pour caractériser l'unité sociale, seule contestée, le tribunal d'instance a fait ressortir que les salariés précédemment employés par le groupe Font avaient été affectés en particulier à Sainte-Colombe, lieu du siège social de la société Roussillon agrégats, précisément exclu du cadre de l'élection, ce qui établit la permutabilité du personnel, laquelle, rapprochée de l'identité constatée entre les mentions des bulletins de paie des salariés des différents établissements, caractérise l'existence d'une unité sociale ; qu'il a ainsi légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

134. Soc. 2 octobre 2001

Fédération FO c. Société Lafarge Couverture et autres

(*Bull. civ. V*, n° 296 ; *D.* 2002, Somm. 774, obs. C. Wolmark ;

Dr. soc. 2001. 1129, obs. J. Savatier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 412-11 et R. 412-3 du Code du travail ;

Attendu que *caractérise un établissement distinct permettant la désignation des délégués syndicaux, le regroupement d'au moins cinquante salariés, constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur* ;

Attendu que pour dire que les sites d'Aix-les-Milles et de Marseille de la société Lafarge Couverture ne constituaient pas des établissements distincts et avoir, en conséquence annulé les désignations de MM. Lamousmane et Guelfucci en qualité de délégués syndicaux auxquelles le syndicat avait procédé le 17 février 1999, le tribunal d'instance énonce essentiellement que ces sites, en l'absence, sur place d'un représentant qualifié de l'employeur, ne sont pas deux établissements distincts de l'entreprise ;

Qu'en statuant comme il l'a fait, après avoir constaté qu'à la tête de chacune des deux implantations de la société Lafarge Couverture se trouvait une personne qualifiée de responsable de fabrication dont le rôle non contesté est d'organiser le travail sur chacun des sites géographiquement éloignés l'un de l'autre, regroupant chacun au moins cinquante salariés et présentant des diversités incontestables tant au niveau des produits fabriqués que des contraintes techniques ou des conditions de travail ce dont il résultait l'existence de deux communautés de travail ayant des intérêts propres et la présence dans chaque site d'implantation d'un représentant de l'employeur ; le tribunal d'instance qui n'a pas tiré les conséquences qui s'évinçaient de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 6 avril 2000, entre les parties, par le tribunal d'instance de Marseille.

OBSERVATIONS

Le rôle de la jurisprudence apparaît avec une première observation : si la loi désigne le cadre de la représentation, ou plutôt les cadres, elle

ne les définit qu'exceptionnellement. Ainsi elle vise l'établissement, l'entreprise et, depuis la loi du 28 octobre 1982, l'unité économique et sociale. Toutefois, seul le groupe, au sens des dispositions des articles L. 439-1 et suivants du Code du travail (art. L. 2311-1 nouv. C. trav.) donne lieu à définition.

Il revient donc aux juges de donner sens aux termes utilisés par la loi et de contribuer par là, à modeler les collectivités de travailleurs représentées. Leurs activités de définition et de qualification peuvent être appréciées à l'aune de plusieurs questions générales. Dès lors que la loi subordonne la mise en œuvre des institutions de représentation qu'elle prévoit à des seuils d'effectifs (plus de dix salariés pour les délégués du personnel, plus de cinquante, en principe, pour le comité d'entreprise ainsi que pour les délégués syndicaux), importe-t-il de concevoir les unités de telle sorte que les effets de seuil soient évités ? Entre l'entreprise, unité sur laquelle pèse l'ombre des découpages sociétaires, et l'établissement, y a-t-il une priorité à établir ou à respecter ? Les mêmes définitions, les mêmes priorités valent-elles pour toutes les institutions de représentation ou un relativisme n'est-il pas de mise ?

Les préoccupations qu'expriment ces questions se sont, d'une façon ou d'une autre, manifestées dans l'œuvre jurisprudentielle.

A. — L'établissement distinct

Entre ces deux arrêts que plus de trente ans séparent, les différences sont sensibles. Dans l'arrêt *Usinor* (n° 130), la chambre sociale souligne l'importance qu'il y a lieu d'attribuer, pour circonscrire l'unité représentée par un délégué syndical, au rôle que celui-ci remplit alors que dans l'arrêt *FO c. Lafarge Couverture* (n° 134), cette considération n'apparaît pas. En 1970, l'établissement n'est pas défini ; en 2001, patent est l'effort de définition. En 1970, la chambre sociale envisage sans hésitation que l'établissement puisse avoir des contours différents, selon qu'il s'agit de la mise en place d'un comité d'établissement, de l'élection des délégués du personnel ou de la désignation des délégués syndicaux. L'arrêt de 2001 constitue une étape sur la voie d'une définition de l'établissement commune aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux.

Les contrastes sont frappants. Faut-il en conclure que les temps ont changé ? Qu'avec une vision relative, fonctionnelle (c'est-à-dire tributaire des fonctions de chacune d'elles), et rebelle à toute définition (c'est-à-dire variable selon les institutions), la chambre sociale aurait rompu et serait parvenue à dessiner une définition unitaire de l'établissement, comme cadre de mise en place des institutions de représenta-

tion ? Et que la définition dégagée serait assez robuste pour résister à toutes les épreuves ?

1. Que l'unité dans laquelle une institution de représentation, quelle qu'elle soit, doit être implantée, requiert les contours les plus appropriés à l'exercice de sa mission, voilà une orientation avec laquelle tout le monde peut se déclarer d'accord. En ce qu'elle exige un lien entre l'espace d'implantation et les fonctions de l'institution, une telle orientation est dite **fonctionnelle**.

Elle a indéniablement inspiré la Cour de cassation, car régulièrement ses arrêts font mention du lien qui vient d'être évoqué (v. par ex., pour les délégués du personnel, Soc. 8 juill. 1981, *Dr. soc.* 1982. 212 ; pour les délégués syndicaux, l'arrêt **n° 130** ou encore Soc. 23 avr. 1986, *Bull. civ. V*, n° 169 ; 21 juill. 1986, *Bull. civ. V*, n° 454). Et la mention apparaît encore, dans la période récente, alors qu'on pourrait croire au recul de cette démarche fonctionnelle (v. Soc. 26 févr. 2003, *RJS* 5/03, n° 629).

La considération des fonctions de l'institution invite à faire des distinctions selon l'institution et ainsi à concevoir le relativisme de l'établissement : tel découpage peut convenir pour l'élection de délégués du personnel et ne pas convenir pour l'élection d'un comité ou la désignation de délégués syndicaux. Mais la démarche fonctionnelle, lorsqu'elle guide le règlement de chaque cas litigieux, paraît inviter à un pas supplémentaire et décourager toute tentative de définition de l'établissement.

En vérité, elle s'accommode de l'indication de certains éléments ou paramètres. Ainsi jusqu'aux années 1990, la Cour de cassation a, pour l'élection des délégués du personnel, et la désignation des délégués syndicaux, souligné l'importance de leur proximité avec les salariés dont ils ont à représenter les intérêts, ainsi que de la présence, dans l'unité, d'un interlocuteur, sans toutefois qu'il soit aisé de déterminer si ces éléments avaient toujours le même poids. Le Conseil d'État, dont relève en dernier ressort l'appréciation de la division d'une entreprise en établissements, pour l'élection de comités d'établissements et dorénavant, depuis une ordonnance du 1^{er} décembre 2005, pour l'élection des délégués du personnel, puisque l'administration du travail a compétence pour procéder au découpage à cette fin, a montré sa sensibilité à une démarche fonctionnelle, non sans parvenir à dégager des paramètres : pour qu'un établissement existe à fin de mise en place d'un comité, il faut une implantation géographique distincte, présentant un certain caractère de stabilité et que l'unité correspondante soit dotée d'une autonomie suffisante tant en ce qui concerne la gestion du personnel que l'exécution du service (CE 29 juin 1973, *Cie internationale de Wagons-lits*, **n° 17**, *Lebon*, p. 458 ; *Dr. soc.* 1974. 42, concl. N. Ques-

tiaux, note J. Savatier). Ce dernier paramètre, d'utilisation souvent délicate, traduit, sans conteste, une ambition fonctionnelle : un réel pouvoir de gestion doit exister pour qu'un comité puisse utilement remplir ses fonctions.

2. Si le Conseil d'État n'a pas changé de cap, la Cour de cassation a affiché, au début des années 1990, une volonté de rupture. Dans une série d'arrêts du 10 octobre 1990 (*Bull. civ. V*, n° 446, *Dr. soc.* 1991. 43, obs. J. Savatier), relatifs aux délégués du personnel, suivis d'un arrêt du 20 mars 1991 relatif aux délégués syndicaux (*Bull. civ. V*, n° 149, *Dr. soc.* 1991. 700, obs. J. Savatier, *D.* 1993, Somm. 261, obs. J. Frossard), la chambre sociale a énoncé, dans les premiers, que « l'établissement dans le cadre duquel l'élection des délégués du personnel doit être organisée, se définit comme... », dans le suivant : « pour la désignation d'un délégué syndical, l'établissement distinct se définit comme... » ; et tous se poursuivent avec la même formule : « un groupe de salariés ayant des intérêts communs et travaillant sous une direction unique, peu important que la gestion du personnel soit centralisée à un autre niveau, dès lors qu'il existe sur place un représentant de l'employeur qualifié pour recevoir les réclamations et transmettre celles auxquelles il ne pouvait donner suite ». Où trouver des marques de rupture ? La chambre sociale, tout d'abord, se propose de formuler une définition, projet autrefois esquissé par la 2^e chambre civile (Civ. 2^e, 22 juill. 1968, *Citroën*, *Dr. soc.* 1969. 49), puis, on l'a vu, abandonné. Et disparaît, à cette occasion, la référence aux fonctions de telle ou telle institution.

Cette définition, ensuite, a la même consistance pour les délégués du personnel et pour les délégués syndicaux, ce qui manifeste, à la lettre, un rejet du relativisme, dans le domaine qui relève des juridictions judiciaires. En somme, fonctionnalisme et relativisme de l'établissement paraissent avoir cédé sous la pression rigoureuse d'une définition. Changement sans regret ni remords ? Non point, car certains arrêts ultérieurs font mention du caractère fonctionnel de l'établissement (Soc. 26 mars 1999, *Bull. civ. V*, n° 239, *D.* 2000. 91, note A. Arseguel) et réintroduisent parfois un relativisme inattendu (Soc. 18 déc. 2000, *Bull. civ. V*, n° 429). Pourtant, c'est l'une des composantes de la définition et non pas le changement de démarche qui va susciter hésitations et critiques, puis, en fin de compte, provoquer une nouvelle étape jurisprudentielle. L'établissement suppose, selon la définition, la présence sur place d'un représentant de l'employeur habilité à trancher au moins certaines réclamations. L'organisation du pouvoir dans l'entreprise, dont il était jusqu'alors difficile de mesurer l'incidence sur la délimitation de l'établissement, en devient un étalon et l'employeur y gagne une marge importante pour modeler les unités de représentation.

3. Dix ans s'écoulaient toutefois avant que la chambre sociale ne corrige sa définition. L'arrêt **n° 134** ouvre ce nouveau chapitre, inintelligible sans les précédents : il y est énoncé que « *caractérise un établissement distinct, permettant la désignation des délégués syndicaux, le regroupement d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur* ». La dernière partie de la formule apporte la correction annoncée, sinon attendue : l'étendue de la délégation de pouvoirs consentie au représentant de l'employeur n'est plus évoquée et cesse, donc, d'être un paramètre pertinent.

La Cour de cassation est-elle parvenue à une solution satisfaisante ? Elle a, en tout cas, dégagé une définition de l'établissement, commune aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux, éloignée d'une trop pressante considération de leurs fonctions et indifférente, jusqu'à un certain point, à l'agencement des pouvoirs que décide et modifie l'employeur.

À vrai dire, c'est la façon de qualifier le groupe de salariés dont la représentation des intérêts est assurée qui pourrait provoquer des surprises (v. not. *infra*, 4). Avec l'arrêt **n° 134**, la chambre sociale glisse en effet « *d'un groupe de salariés ayant des intérêts communs* » à « *une communauté de travail ayant des intérêts propres* ». Le glissement peut paraître modeste. Au demeurant la nouvelle expression rappelle la « *communauté de travailleurs* », expression que la Cour de cassation utilise depuis longtemps pour caractériser l'unité économique et sociale, autre unité de représentation (v. *infra* **B**).

Cette façon de qualifier le groupe de travailleurs représentés n'en rend que plus nécessaire et originale l'adaptation jurisprudentielle destinée à assurer une représentation à tout salarié d'une entreprise atteignant le seuil requis pour la mise en place d'une institution de représentation, alors même qu'il travaille dans un centre d'activité (chantier, entrepôt, agence) qui n'atteint pas le seuil requis. La jurisprudence prévoit alors soit le regroupement des centres d'activité (v. par ex. Soc. 30 mai 2001, *Dr. soc.* 2002. 126, obs. M. Cohen), soit le rattachement des salariés à un établissement atteignant le seuil (v. par ex. Soc. 21 mai 1986, *Bull. civ.* V, n° 224). Ces solutions, bien venues, ne peuvent sans artifices être justifiées par l'existence d'une communauté de travail ayant des intérêts propres. Elles sont plutôt le fruit d'une autre exigence, celle du droit constitutionnel de participation.

4. Depuis son arrêt du 2 octobre 2001, la Cour de cassation a plusieurs fois eu l'occasion de confirmer que l'existence d'un établissement distinct n'est pas tributaire de l'étendue des pouvoirs accordés par l'employeur à son représentant sur place (v. les arrêts cités *infra*). Mais elle ne s'en est pas tenue là. Car tant pour la mise en place

des délégués du personnel que pour la désignation de délégués syndicaux, elle tend à spécifier la communauté de travail correspondant à un établissement. Ainsi, lorsqu'il en va de l'élection de délégués du personnel, cette communauté doit être « *susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques* » (Soc. 29 janv. 2003, *Bull. civ. V*, n° 30 ; *Dr. soc.* 2003. 453, obs. J. Savatier, *JCP* éd. E, 2003. 768, note F. Duquesne ; 13 juillet 2004, *Bull. civ. V* n° 214, *Dr. soc.* 2004.1155, obs. J. Savatier) et lorsqu'est en question la désignation de délégués syndicaux, cette communauté de travail ayant les intérêts propres doit être « *susceptible de générer des revendications communes et spécifiques* » (Soc. 24 avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 141, *Dr. soc.* 2003. 780, obs. J. Savatier ; 27 oct. 2004, *Bull. civ. V*, n° 272 ; 15 déc. 2004, *Bull. civ. V*, n° 337). De telles précisions sont subtiles (v. leur analyse par G. Borenfreund, « L'établissement distinct : unité de représentation », *Sem. soc. Lamy*, suppl. n° 1140, p. 44), trop sans doute, pour emporter la conviction. Observons tout d'abord qu'il n'est pas seulement demandé aux juges d'analyser des situations objectives, mais, d'y rechercher les raisons d'une éventuelle action collective. Noble mais redoutable enquête ! Il faut ensuite relever que l'enquête doit, dans un cas, porter sur la possible naissance de réclamations communes et spécifiques, dans l'autre cas, sur le surgissement d'éventuelles revendications communes et spécifiques, ce que, bien sûr, une grève peut révéler (v. Soc. 14 févr. 2007, *Sem. soc. Lamy* n° 1301, chr. F. Duquesne). Voilà le retour d'une distinction, dont la positivité et la pertinence sont discutées (v. arrêts n°s 139-141) et dont on peut, plus encore, douter de l'intérêt pour la délimitation de l'établissement, comme unité de représentation. Et si elle avait une telle influence, la distinction aurait l'effet paradoxal de réintroduire en droit positif une démarche fonctionnelle — avec le relativisme qui l'accompagne — puisque, pour la délimitation de la circonscription des délégués du personnel, il faudrait être sensible à leur rôle de présentation de réclamations, et pour celle des délégués syndicaux, à leur rôle de formulation des revendications. Aussi intéressante soit elle, la tentative que résument les arrêts les plus récents, de dégager une sorte d'essence d'une communauté de travail, ou plutôt ses facettes supposées variables selon le type de représentation dont on prétend la doter, pourrait montrer, un jour prochain, sa faiblesse.

L'accent mis sur la communauté de travail aurait pu, et sans doute dû, permettre de reconnaître là où cette communauté d'intérêts existe, un établissement de site, regroupant des salariés relevant de sociétés distinctes. La Cour de cassation n'en a pas décidé ainsi jusqu'à ce jour. Elle considère qu'un établissement ne peut appartenir qu'à une seule et même entreprise (v. Soc. 20 déc. 2006, deux arrêts, *Bull. civ. V*, n° 405, *RDT* 2007.399, obs. E. Peskine, *RJS* 4/07, n° 451).

B. — *Entreprise, unité économique et sociale et groupe*

Le découpage des collectivités de travail, appelées à être représentées, est-il rigoureusement déterminé par le droit des sociétés ? Est-il respectueux de l'autonomie juridique des sociétés et autres groupements dotés de la personnalité morale ? Admettre qu'il peut ne pas toujours l'être, c'est envisager que l'entreprise, au sens du droit de la représentation du personnel, et la société (ou un autre groupement doté de la personnalité juridique) puissent ne pas coïncider.

1. Dans cette voie, l'arrêt n° 131, connu sous le nom d'arrêt *Herriau*, a joué un rôle précurseur. Cassant la décision de relaxe des dirigeants poursuivis pour entrave à la libre désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, la chambre criminelle estime qu'à une pluralité de sociétés — créées par les frères Herriau — ne correspond pas nécessairement une pluralité d'entreprises distinctes au regard du droit du travail. Et s'agissant de la création d'une société nouvelle, seule chargée de la gestion du personnel, elle fait reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché, même si elle était juridiquement régulière et économiquement justifiée, si elle n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi. La première proposition ouvre la voie à une possible dissociation entre entreprise et société. La seconde semble indiquer aux juges le moyen propre à justifier cette dissociation : il s'agit de la fraude. Le moyen paraît, de prime abord, peu corrosif ; toutefois la chambre criminelle signale que la fraude au droit du travail peut exister quand bien même la création d'une nouvelle société serait régulière — selon le droit des sociétés — et justifiée — du point de vue économique.

La voie ouverte par la chambre criminelle est ensuite empruntée par la chambre sociale, qui, elle aussi, dans ses premiers arrêts ne justifie de lever le voile de la personnalité morale qu'au nom de la fraude (v. Soc. 8 juin 1972, *Bull. civ. V*, n° 418, *JCP* 1973. II. 17316). Mais peu à peu la référence à la fraude disparaît dans les décisions. La chambre sociale s'efforce de dégager des critères objectifs qui commandent de regarder plusieurs sociétés comme constituant un ensemble économique unique (Soc. 19 déc. 1972, *D.* 1973. 381, note M. Despax, *GA*, 2^e éd. n° 65) ou une « seule unité économique et sociale » (Soc. 14 févr. 1973, *Bull. civ. V*, n° 82 ; 28 févr. 1973, *Bull. civ. V*, n° 124 ; 2 juill. 1975, *Bull. civ. V*, n° 367), avant de conclure que « peu importait que les restructurations intérieures n'aient pas pour objet de faire échec à l'exercice du droit syndical ». Autrement, pour la mise en place d'une institution de représentation, une pluralité de sociétés peut former une unité, dorénavant appelée « unité économique et sociale », sans qu'il soit besoin de montrer que cette pluralité est le fruit d'une fraude.

2. Inventée par la jurisprudence, dont l'audace tranquille doit encore aujourd'hui être remarquée, la notion d'unité économique et sociale reçoit une consécration législative avec la loi du 28 octobre 1982. Selon l'article L. 431-1 dernier alinéa du Code du travail (devenu l'art. L. 2322-4 nouv. C. trav.), elle constitue le cadre de mise en place d'un « *comité d'entreprise commun* ». Le texte ne concerne que le comité d'entreprise, mais fidèle à sa construction, la Cour de cassation souligne que la notion vaut aussi pour les délégués du personnel et les délégués syndicaux (Soc. 3 juill. 1985, *Bull. civ. V*, n° 401).

Le texte issu de la loi de 1982 est minimaliste à un autre titre : il érige l'unité économique et sociale en espace de représentation du personnel, sans la définir, faisant le choix, plutôt heureux, de ne pas cristalliser à un moment donné une construction prétorienne.

Dans l'arrêt n° 133, est consignée, sous forme synthétique, la conception que la chambre sociale retient aujourd'hui de l'unité économique et sociale.

— Elle regroupe « *plusieurs entités juridiquement distinctes* ». Avec le choix de tels termes, la notion n'est pas réservée aux seules sociétés (v. pour une application à des associations, Soc. 27 mars 1985, *D.* 1985. IR. 436, obs. Ph. Langlois, *Dr. soc.* 1985. 540, concl. G. Picca). La formule est aussi destinée à souligner qu'il n'y a pas (plus) place pour des unités économiques et sociales de site, c'est-à-dire des unités limitées aux établissements ou services, imbriqués en un même lieu, de deux ou plusieurs sociétés ayant par ailleurs d'autres activités. La chambre sociale avait admis un tel usage de la notion (Soc. 18 juill. 1978, *Bull. civ. V*, n° 593 ; 4 févr. 1982, *Bull. civ. V*, n° 69, *D.* 1983. IR. 166, obs. A. Jeammaud, arrêt qui, par ailleurs, trouve, avec un indéniable bonheur d'écriture, dans le « *passé de lutte commune* » une raison de reconnaître, sur un site, une unité de représentation) avant de l'écarter pour ne plus admettre une unité économique et sociale qu'entre entreprises juridiquement distinctes considérées chacune en leur totalité (Soc. 21 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 578).

— Les deux adjectifs employés l'attestent, l'unité a deux composantes. La première, économique dans le sens commun du terme, est caractérisée par « *la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités* ». L'unité économique est donc, à son tour, composée de deux éléments. Le premier a trait au pouvoir de direction, qui, en dépit de la pluralité d'entités juridiques distinctes, doit être unique (Soc. 15 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 173), ce qui s'évince par exemple de l'identité de leurs dirigeants ou encore de la subordination des uns aux autres. L'exigence d'une concentration du pouvoir à l'intérieur du périmètre considéré révèle bien que la chambre sociale ne se satisfait pas d'une quelconque

coordination, qu'elle qualifie d'unité une hiérarchie et qu'elle subordonne la reconnaissance de l'unité économique à l'identification en son sein du centre — le sommet de la hiérarchie — du pouvoir. C'est ainsi qu'il n'y a pas d'unité économique entre des sociétés exerçant la fonction de syndic de copropriété, parce qu'elles ne sont que mandataires des différents syndicats de copropriétaires (Soc. 23 mai 2000, *Bull. civ. V*, n° 201, *Dr. soc.* 2000. 856, concl. P. Lyon-Caen, obs. J. Savatier).

Cette condition qui cantonne la vocation de l'unité économique et sociale aux groupes hiérarchisés, se prête toutefois à une adaptation, la chambre sociale ayant décidé, à propos d'une société holding que « *la circonstance qu'une société n'ait pas de personnel ne l'exclut pas de l'unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun* » (Soc. 21 janv. 1997, *Bull. civ. V*, n° 28, *Dr. soc.* 1997. 347, obs. J. Savatier, *Dr. ouvr.* 1997. 201, note M. Cohen ; 24 nov. 2004, *Dr. soc.* 2005. 230, obs. J. Savatier).

Le second élément de l'unité économique concerne les activités, qui doivent être identiques ou complémentaires. Il ne suffit donc pas qu'elles soient voisines ni même qu'elles relèvent de la même branche, au sens du droit des conventions collectives (Soc. 23 juin 1988, *Bull. civ. V*, n° 393). Les groupes à caractère congloméral sont, par là même, hors de l'emprise de la notion. Perce parfois quelque nuance : la complémentaire peut n'être que partielle (v. Soc. 12 janv. 2005, *Bull. civ. V*, n° 5).

Pour constituer le cadre de mise en place d'une institution de représentation du personnel, l'unité économique (dont l'absence dispense, en principe, le juge, de passer à la seconde étape : Soc. 5 déc. 1985, *Bull. civ. V*, n° 574) doit être prolongée par une unité sociale que la chambre sociale identifie dorénavant à « *une communauté de travailleurs* ». On devine sans peine qu'elle requiert une certaine solidarité des intérêts. Mais dans ses arrêts récents, la chambre sociale, semble, au rebours de qui inspire son évolution relative à l'établissement distinct (v. *supra* A), se méfier du langage des intérêts. La communauté des travailleurs doit apparaître de circonstances objectives, résulter « *de leur statut social et de conditions de travail similaires...* ». Ainsi par exemple, lorsque les personnels de deux sociétés sont soumis à des conventions collectives et à des statuts différents, ainsi qu'à des régimes de prévoyance et de mutuelle propres, que leurs conditions de travail sont différentes, et qu'il n'y a aucune similitude de gestion des situations individuelles, l'absence de communauté de travailleurs est caractérisée (Soc. 2 mai 2000, *Dr. soc.* 2000. 799, obs. J. Savatier ; v. pourtant, Soc. 2 déc. 2003, *Dr. soc.* 2004. 212, obs. J. Savatier). Parfois, cependant, l'indication est donnée que la différence d'accords collectifs n'est pas un obstacle à la reconnaissance de l'unité (v.

Soc. 12 janv. 2005 *préc.*). Quant à la permutabilité du personnel, elle n'est signalée qu'à titre d'indice : une communauté de travailleurs peut être détectée sans elle (Soc. 8 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 268), tout comme l'existence de quelques mutations ne suffit pas à caractériser une communauté de travailleurs (v. Soc. 5 déc. 2000, *RJS* 2/2001, n° 213).

3. L'arrêt n° 133 ne comporte aucune réserve qui puisse laisser supposer que sa formule n'a qu'une portée limitée à la mise en place de certaine(s) institution(s). Et de la sorte passée sous silence une question controversée, dans le règlement de laquelle la Cour de cassation affiche, depuis quelque temps, une grande fermeté. Pendant de nombreuses années, ses arrêts contenaient des formules permettant des interprétations diverses et subtiles. Certains mentionnaient l'identité des critères de l'unité économique et sociale, quelle que soit l'institution représentative à mettre en place (v. Soc. 24 mars 1988, *Bull. civ.* V, n° 214, 5 mai 1988, *Bull. civ.* n° 273, 2 nov. 1993, *D.* 1994. Somm. 295, obs. G. Borenfreund). D'autres insistaient sur la finalité différente de chaque institution représentative, pour indiquer que l'élection des membres du comité d'entreprise, celle des délégués du personnel et la désignation des délégués syndicaux ne prenaient pas nécessairement place dans le même cadre (v. Soc. 12 déc. 1990, *Bull. civ.* V, n° 664 ; 24 nov. 1993, *préc.* ; v. aussi Soc. 21 nov. 1990, *Bull. civ.* V, n° 577). De toute évidence, la Cour de cassation a souhaité mettre fin à ces incertitudes, lorsque, dans une série d'arrêts rendus depuis 2004, elle affirme que l'unité économique et sociale « *n'est pas une notion relative* » et que les mêmes critères jouent pour les différentes institutions représentatives, sans rapport avec leur finalité (v. Soc. 13 juillet 2004, *Bull. civ.* V, n° 218, *Dr. soc.* 2004.914, obs. J. Savatier ; 3 mai 2007, *RJS* 7/07, n° 863, *JCP S* 2007.1518 ; 19 sept. 2007 ; *RDT* 2007.743, chr. T. Grumbach, *JCP S* 2007. 1787). La décision rendue à propos d'une institution s'impose donc lors de la mise en place d'autres institutions de représentation.

L'unité ainsi souhaitée de la notion militait sans doute en faveur d'un aménagement du contentieux tendant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale. Et l'on peut comprendre que la demande en justice puisse donc être présentée indépendamment de l'échéance électorale (v. Soc. 2 juin 2004, *Bull. civ.* V ; n° 152). Mais la Cour de cassation est tentée de faire un pas de plus et de laisser les partenaires sociaux user à leur gré de la notion, pour en faire, par exemple, un cadre de négociation collective ou même qui sait, l'ériger en substitut de l'employeur, dans les relations de travail. Elle a, en tout cas, marqué une première rupture entre l'unité économique et sociale et le droit de la représentation, en énonçant récemment qu'« *un accord col-*

lectif emportant reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés peut en étendre les effets au-delà de la seule mise en place des institutions représentatives du personnel » (v. Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ. V*, n° 254, *Dr. soc.* 2006.1005, obs. J. Savatier, *Dr. ouvr.* 2007.314, note F. Saramito). Le mouvement d'extension du rôle de la notion pourrait se poursuivre. Mais il ne va pas sans soulever d'épineuses questions. La notion a été inventée pour assurer aux salariés une représentation meilleure. Peut-elle sans altération devenir une notion à fonctions multiples ? Est-elle d'ailleurs faite pour permettre à des entreprises le dépassement de choix sociétaires qu'elles ont opérés en connaissance de cause. Les questions soulevées sont aussi d'ordre pratique, car le contentieux de l'unité économique et sociale est original, indexé sur la vie de la représentation du personnel et, comme tel, relevant du juge des élections professionnelles. Cette compétence est-elle toujours d'actualité si et lorsque l'unité économique et sociale est utilisée à d'autres fins que la présentation du personnel ? La Cour de cassation interrogée, est d'avis que cette actualité demeure (Cass. avis 19 mars 2007, *JCP S* 2007.1458, note G. Blanc-Jouvan, *Sem. soc. Lamy*, n° 1303, chr. A. Coeuret, *RDT* 2007. 743, chr. T. Grumbach). Un juge unique, statuant en dernier ressort pour régler un litige susceptible de porter sur le cadre d'une négociation collective, est-ce convenable ? La Cour de cassation s'est résolue à admettre que la décision qui statue sur l'existence d'une unité économique et sociale en dehors de tout litige électoral est susceptible d'appel (v. Soc 12 sept. 2007, *RDT* 2007.743, chr. T. Grumbach).

Il serait sans doute plus logique et plus simple de maintenir la notion d'unité économique et sociale dans le giron du droit de la représentation du personnel, doté de son contentieux propre, et d'admettre que négociation collective comme négociation individuelle peuvent établir et aménager, selon leurs besoins, des solidarités entre sociétés, sans que la notion d'unité économique et sociale soit concernée pas ces initiatives, initiatives qui, en cas de litige, n'ont aucune raison de relever du juge des élections professionnelles.

4. La morphologie des constellations auxquelles la notion d'unité économique et sociale a vocation à être appliquée, est somme toute peu compliquée. Ce sont avant tout les groupes de sociétés, de taille modeste, fortement hiérarchisés, avec une activité dominante ou des groupes éventuellement plus importants mais fortement structurés autour d'un produit.

L'invention et la diffusion de la notion n'ont donc aucune raison de priver d'intérêt le développement d'institution(s) de représentation dans des cadres autres, dont les formes contemporaines du capitalisme

pourraient montrer la pertinence. La loi du 28 octobre 1982 a ainsi prévu la création d'un comité de groupe, institution de représentation dont la fonction légale est limitée à l'information. L'institution a été remodelée, en dernier lieu par une loi du 12 novembre 1996, qui, notamment, transpose en droit français la directive n° 94/45 du 22 octobre 1994, relative au comité d'entreprise européen.

Ce que l'arrêt n° 132 énonce sans ambages, c'est le défaut de coïncidence entre l'unité économique et sociale, d'une part, et le groupe au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail (devenu l'art. L. 2331-1 nouv. C. trav.) d'autre part. Défaut de coïncidence susceptible d'être appelée une incompatibilité, si l'on veut dire par là que le même ensemble de sociétés — d'entités juridiques plutôt — ne peut, en même temps, constituer une unité économique et sociale et un groupe, et qu'ainsi un comité d'unité économique et sociale et un comité de groupe ne peuvent avoir un périmètre identique. Cette incompatibilité traduit bien la différence de morphologie entre les constellations visées par la notion née de la jurisprudence, et celles que la loi sur le comité de groupe vise. Mais les morphologies peuvent changer. Et il faut parfois fixer la date à laquelle la comparaison des périmètres doit être effectuée. Pour la Cour de cassation, la bonne date semble être la date de la requête tendant à la reconnaissance de l'unité économique et sociale (v. Soc 25 janvier 2006, *Bull. civ. V*, n° 34, *Dr. soc.* 2006. 468, obs. J. Savatier).

Il ne faut pas aller au-delà et prétendre sans nuance que les notions s'excluent. Au sein d'un groupe, un sous-ensemble peut parfaitement constituer une unité économique et sociale (Soc. 30 mars 2001, *RJS* 8-9/01, n° 1032 ; rapp. Soc. 9 mai 1989, *Bull. civ. V*, n° 346).

II. — Les modes d'investiture

135. Soc. 27 mai 1997

Syndicat général CFDT de Nantes c. Société Rezéenne de transport

(*Bull. civ. V*, n° 194 ; *D.* 1997. 416, note J.-M. Verdier ; *Dr. soc.* 1997. 757, obs. M. Grévy ; *JCP* 1997. II. 22899, note A. Argeguel ; *JCP E* 1997. II. 980, note F. Duquesne ; *RJS* 7/97, p. 503, rapp. C. Barberot)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 412-11 du Code du travail ;

Attendu que lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans

une entreprise qui emploie au moins cinquante salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation ;

Attendu que, pour annuler la désignation, par le syndicat général CFDT de Nantes et région, de M. Derand en qualité de délégué syndical au sein de la société Rezéenne de transports, le jugement attaqué retient que le syndicat CFDT refuse de communiquer à l'employeur les bulletins d'adhésion en arguant du risque de représailles sans toutefois apporter le moindre commencement de preuve sur la réalité de ce risque ; qu'il y a lieu de rejeter des débats les documents non communiqués à l'employeur et de considérer que la preuve de l'existence d'une section syndicale en voie de formation n'a pas été valablement rapportée ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il constatait que M. Derand avait été désigné en qualité de délégué syndical par le syndicat CFDT, ce dont il résultait l'existence d'une section syndicale, le tribunal d'instance a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 30 avril 1996, entre les parties, par le tribunal d'instance de Nantes.

136. Soc. 28 octobre 1997

Quenouiller et autres c. Société Dercam

(Bull. civ. V, n° 350)

ARRÊT

Sur le premier moyen du pourvoi formé par l'Union locale CGT de Beaumont-Hague :

Attendu que l'Union locale CGT de Beaumont-Hague fait grief au jugement (tribunal d'instance de Montélimar 17 mai 1996) de l'avoir déboutée de ses demandes d'annulation du protocole d'accord préélectoral et des élections de délégués du personnel qui devaient avoir lieu les 29 avril et 20 mai 1996 au sein de la société Dercam technologique alors, selon le moyen, que les protocoles d'accord préélectoraux doivent, pour être valides, recueillir l'unanimité des organisations syndicales ; que si, aux termes de la loi, l'accord des organisations syndicales n'est obligatoire que sur certains points — tels le nombre et la composition des collèges électoraux la répartition du personnel dans les collèges ou la détérioration des établissements distincts et renvoie, faute d'accord unanime, à l'arbitrage de l'inspection du travail et du juge d'instance, cependant, même dans les cas où l'accord n'est pas obligatoire, dès lors qu'il existe, sa validité est subordonnée à l'unanimité des organisations syndicales représentatives ; qu'il appartenait donc au tribunal d'instance de constater que le protocole préélectoral n'avait pas été signé par l'unanimité des organisations syndicales et d'en prononcer l'annulation de ce seul chef et ce même s'il n'était pas saisi d'une contestation des modalités d'organisation du scrutin ou d'une demande de fixation de ces modalités ; que la seule conséquence qui pouvait être tirée de cette absence de contestation ou de demande d'organisation consistait à renvoyer l'employeur à l'organisation des élections dans le cadre strict de la loi, comme il aurait dû le faire dès l'origine, en l'absence d'un protocole préélectoral unanime ;

Mais attendu que *l'absence d'unanimité ne rend pas, à elle seule, le protocole*

d'accord préélectoral irrégulier mais a pour seul effet de permettre à la partie qui peut y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités sur lesquelles l'accord unanime n'a pu intervenir ;

Et attendu qu'après avoir relevé, d'une part, que le protocole litigieux, était conforme aux dispositions légales et, d'autre part, que l'organisation syndicale CGT, qui ne l'avait pas signé, ne réclamait pas la fixation par le juge des modalités qui fondaient son désaccord, le tribunal d'instance a exactement décidé que, ni le protocole d'accord, ni les élections subséquentes ne devaient être annulées ;

Sur les deuxième et troisième moyens réunis du pourvoi formé par l'Union locale CGT de Beaumont-Hague, et sur les deux moyens réunis des pourvois formés par MM. Quenouiller, Lebreuilly et Lioult : (*sans intérêts*) ;

Par ces motifs : Rejette les pourvois.

137. Ass. plén. 5 juillet 2002

Société Cogetom c. Syndicat des employés du commerce et interprofessionnel SECI-CFTC et autres

(*Bull. civ. Ass. plén. n° 2, RJS 10/02, n° 1149, chr. C. Barberot, p. 807 ; D. 2002.Somm. 3113, obs. A. Arseguel ; Dr. soc. 2002.1026, obs. J. Savatier*)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 423-18, alinéa 2, et L. 433-13, alinéa 2, du Code du travail ;

Attendu qu'en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise désigné par une organisation syndicale représentative au plan national, l'invitation de celle-ci à la négociation du protocole d'accord préélectoral en vue des élections de représentants du personnel est valablement adressée par le chef d'entreprise au syndicat constitué dans la branche ou à l'union à laquelle il a adhéré ;

Attendu, selon le jugement attaqué, rendu en dernier ressort sur renvoi après cassation (Soc. 15 déc. 1999, *Bull. civ. V, n° 489*), que les élections en vue du renouvellement des délégués du personnel en délégation unique ayant eu lieu au sein de la société Cogetom le 10 avril 1998, le Syndicat des employés du commerce et interprofessionnel affilié à la CFTC (SECI-CFTC) a demandé l'annulation du protocole d'accord préélectoral et des élections pour n'avoir pas été invité à la négociation de ce protocole ;

Attendu que pour annuler le protocole d'accord préélectoral et les élections, le jugement attaqué relève que la société Cogetom a adressé l'invitation à négocier le protocole à la CFTC et non au SECI-CFTC, affilié à celle-ci ; qu'il retient que ce syndicat représentatif ayant une personnalité morale autonome devait être convoqué à son nom ; qu'en statuant ainsi, alors que le SECI-CFTC n'avait pas désigné de délégué syndical au sein de l'entreprise, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le second moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Et vu l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu qu'il y a lieu de mettre fin à l'instance par l'application de la règle de droit appropriée ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 13 juin 2000, entre les parties, par le tribunal d'instance du 7^e arrondissement de Paris.

138. Soc. 30 avril 2003**BHV c. Courtois et syndicat FO**

(*Bull. civ.* V, n° 153 ; *Dr. soc.* 2003. 782, obs. J. Savatier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que Mme Courtois démonstratrice de la société Manoukian au Bazar de l'Hôtel de Ville (BHV) où elle exerce son activité, a été désignée le 27 juin 2001 par le syndicat FO des employés et cadres parisiens en qualité de représentante syndicale au comité d'entreprise de la société BHV ; que la société BHV a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de cette désignation ;

Attendu que la société BHV fait grief au jugement attaqué (tribunal d'instance de Paris IV^e, 20 sept. 2001) de l'avoir déboutée de sa demande alors selon le moyen :

1° que le représentant syndical au comité d'entreprise est obligatoirement choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise ; que l'existence d'un contrat de travail suppose l'exécution d'une prestation de travail, en contrepartie d'une rémunération versée par l'employeur, et sous la subordination de ce dernier ; que 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 ; que le tribunal d'instance qui a considéré que Mme Courtois, bien que salariée de la société Manoukian, faisait partie du personnel de la société BHV, sans s'expliquer sur le fait que la société BHV ne versait aucune rémunération à Mme Courtois et sans justifier de l'existence d'un pouvoir de sanction pouvant être exercé par la société BHV, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 433-1 et L. 121-1 du Code du travail ;

2° que les juges ne peuvent remettre en cause la chose implicitement jugée par une décision antérieure ; qu'en l'espèce par un jugement du 2 juin 2000, devenu définitif, le tribunal d'instance de Paris IV^e avait constaté l'irrégularité de la présence de Mme Courtois sur la liste du syndicat FO et pour cela, avait implicitement jugé que cette dernière n'était pas éligible au comité d'établissement ; que la question de l'éligibilité de Mme Courtois au comité d'entreprise se posait à nouveau lors de la seconde action engagée par la société BHV et que la seconde action avait donc sur ce point le même objet que la première ; qu'en refusant de reconnaître l'autorité de la chose jugée au jugement du 2 juin 2000 ; le tribunal d'instance a violé l'article 1351 du Code civil ;

3° qu'aux termes de l'article L. 431-5 du Code du travail, le comité d'entreprise, a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise ; qu'en raison de la nature de cette mission, les démonstrateurs ne sont pas éligibles au comité d'entreprise de l'entreprise dans laquelle ils exercent leur activité, dès lors qu'ils n'ont pas le même intérêt au sort et à la gestion de cette entreprise dont ils ne partagent pas les aléas ; qu'en déclarant Mme Courtois, salariée de la société Manoukian et démonstratrice au BHV, éligible au comité d'entreprise de la société BHV, le tribunal d'instance a violé l'article L. 433-1 du Code du travail ;

Mais attendu que les démonstrateurs étant intégrés dans la communauté des travailleurs salariés du BHV et dans l'entité du grand magasin, y sont électeurs et

éligibles et en cette qualité peuvent être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise ;

Attendu ensuite que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque l'objet du litige précédent, opposant les mêmes parties, est différent ; que le tribunal d'instance, saisi d'une demande d'annulation d'une désignation en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise effectuée en juin 2001, qui a constaté que, dans le jugement antérieur du 2 juin 2000 opposant les mêmes parties, le litige portait sur la régularité de la liste de candidats présentés par le syndicat FO à l'élection des membres du comité d'établissement, a légalement justifié sa décision ;

Attendu enfin que le tribunal d'instance qui a constaté que Mme Courtois répondait aux conditions posées par l'article L. 433-5 du Code du travail et *qu'elle était intégrée à la communauté des travailleurs de la société BHV dans laquelle elle travaille, a, tirant les conséquences légales de ses constatations, relevé qu'elle faisait partie du personnel au sens de l'article L.433-1 du Code du travail ;*

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Élection, d'un côté, des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, **désignation**, de l'autre, des délégués syndicaux : les deux modes d'investiture coexistent en droit français avec leur signification propre.

Les élections professionnelles revêtent une grande importance, ne serait-ce qu'en raison du nombre de salariés qu'elles investissent d'une mission de représentation. Elles ont lieu, dorénavant, tous les quatre ans à la même date pour les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise (dorénavant art. L. 2314-2 et 2324-3 nouv. C. trav.). Elles ont donné naissance à un droit électoral professionnel d'une indéniable originalité puisqu'il est supposé combiner les règles destinées notamment à assurer la liberté de choix et la sincérité du scrutin, et plus généralement les principes généraux du droit électoral (dorénavant art. L. 2314-23 et L. 2324-21 nouv. C. trav.), et les exigences que suscitent les rapports de travail. Il en résulte un droit dans une très large mesure légiféré qui confie aux syndicats représentatifs un rôle éminent dans l'organisation des élections, mais cherche aussi à prévenir les conflits qui peuvent les opposer ainsi que les pressions que pourrait exercer l'employeur. Sa pièce centrale est le protocole d'accord préélectoral (art. L. 423-18, al. 2 devenu L. 2314-23 nouv. C. trav. et L. 433-9, al. 2 C. trav. devenu L.2324-21 nouv. C. trav.) dont le profil n'est pas pleinement dessiné par la loi (B).

À première vue, la désignation est un mode d'investiture plus simple. La loi (L. 412-11 C. trav. devenu L. 2143-2 nouv. C. trav.) réserve cette prérogative aux organisations syndicales représentatives (sur la représentativité, v. n^{os} 127-129). Mais, faute de détermination

législative suffisante, c'est la jurisprudence qui a, dans une large mesure, fixé les rapports entre l'implantation syndicale et la désignation du délégué syndical (C). Une question commune aux divers modes d'investiture alimente le contentieux : appartient-il aux juges, à défaut de dispositions législatives, de fixer avec précision des conditions que doit remplir un salarié pour prétendre accéder à une fonction représentative ? (A)

A. — Qualité requise du salarié pour devenir représentant du personnel

La qualité pour accéder à une fonction de représentation doit être le plus largement définie. Il en va du caractère démocratique des élections ; il en va de la liberté syndicale en tant qu'elle couvre aussi l'action et l'organisation (v. sur la liberté syndicale, obs. sous arrêts n^{os} 124-126). Des contestations n'en existent pas moins.

1. Le facteur de contestation qu'illustre à sa façon l'arrêt n^o 138 provient de certaines formes juridiques d'emploi, en l'occurrence de ce qui est couramment appelé **la mise à disposition** de personnel. Les salariés ne sont alors pas nécessairement subordonnés à l'exploitant de l'entreprise auprès de laquelle ils sont affectés. Sont-ils néanmoins éligibles — et électeurs — lors des élections qui s'y déroulent ? Peuvent-ils y être désignés comme délégués syndicaux ?

À vrai dire, en amont, des précédentes, une première interrogation existe : appartiennent-ils aux **effectifs** dont le décompte est nécessaire, pour savoir si le seuil de création de telle ou telle institution ou le seuil d'accroissement du nombre de représentants est atteint ? Faisant écho à l'appel lancé par le rapport du ministre du Travail, J. Auroux, en vue de reconstituer la collectivité de travail, la loi du 28 octobre 1982 a prévu que les travailleurs mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure sont pris en compte dans les effectifs (art. L. 620-10 C. trav. repris en substance par le plus ambitieux art. L. 111-2 nouv. C. trav.). Cette disposition n'a pas fait taire les discussions. Les tâtonnements ont été nombreux et à deux reprises au moins des tentatives ont eu lieu pour briser une jurisprudence en construction. Elle paraît aujourd'hui établie. Dans ce contexte tourmenté, l'arrêt *BHV* (n^o 138) a montré le chemin à suivre, en tout cas le chemin suivi aujourd'hui par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

Comment comprendre l'intérêt et la portée de l'arrêt *BHV* ? Plusieurs questions doivent être démêlées pour en saisir l'originalité et la destinée.

La première question a bien trait aux effectifs. Privant d'effet utile

la disposition introduite en 1982, la chambre sociale a un temps persévéré dans son refus d'y faire entrer, pour la désignation des délégués syndicaux (qui suppose cinquante salariés au moins), des salariés mis à disposition qui ne sont pas dans un lien de subordination avéré avec l'exploitant de l'entreprise d'affectation (v. la motivation pétrie de fonctionnalisme de Soc. 1^{er} mars 1984, *Bull. civ. V*, n° 88 ; ou encore Soc. 21 mai 1986, *Bull. civ. V*, n° 324 ; 28 mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 267). Sa position a été plus hésitante lorsqu'il s'est agi du décompte des effectifs en vue des élections professionnelles (v. par exemple Soc. 21 juillet 1986, *D* 1987. Somm. 201, obs. A. Lyon-Caen ; 21 janv. 1988, *Bull. civ. V*, n° 63).

Les doutes ont paru dissipés avec l'affirmation que la prise en compte des salariés mis à disposition n'est pas subordonnée à la condition qu'ils soient subordonnés de l'entreprise utilisatrice (Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 139), suivie bientôt de l'énoncé de la condition requise, qui se limite à « *leur participation au processus de travail* » (Soc. 27 nov. 2001, *Bull. civ. V*, n° 364 ; 22 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 183). La formule a ensuite connu une modeste adaptation : la condition requise est devenue la participation aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice (Soc. 26 mai 2004, *Bull. civ. V*, n° 141).

La prise en compte dans les effectifs est une chose, l'accès à une fonction représentative en est une autre, et notamment l'accès aux fonctions de délégué syndical. Invoquant un fonctionnalisme présent à l'époque dans le décompte des effectifs, la chambre sociale a longtemps exclu qu'un salarié mis à disposition puisse être désigné comme délégué syndical (v. Soc. 7 mai 1987, *Bull. civ. V*, n° 291 ; 9 oct. 1991, *D*. 1992. Somm. 298, obs. G. Borenfreund) alors qu'elle aurait pu estimer que le syndicat est le mieux placé pour apprécier si un salarié est en mesure d'exercer une mission syndicale. Cette exclusion a ensuite disparu (v. Soc. 30 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 194). Décompte des effectifs, qualité pour être désigné comme délégué syndical, n'épuisent pas le tableau des hésitations. L'électorat et l'éligibilité ont provoqué aussi des doutes et des nuances. Une distinction a inspiré la Cour de cassation. Un certain réalisme aidant, avant même la loi du 28 octobre 1982, elle a admis l'appartenance du salarié mis à disposition au corps électoral de son entreprise d'affectation lors des élections des délégués du personnel (Ass. plén. 28 févr. 1980, *Bull. Ass. plén.* n° 2 ; puis après 1982, Ass. plén. 6 juillet 1990, *Bull. Ass. plén.* n° 10, *Dr. soc.* 1990. 867, concl. H. Dontenwille). La participation aux élections du comité d'entreprise leur a été, en revanche, déniée dans l'entreprise d'affectation, faute pour eux d'avoir les mêmes intérêts que ceux des salariés de ladite entreprise (v. Soc. 17 juin 1992, *Bull. civ. V*, n° 405), mais aussi déniée dans leur entreprise d'origine, faute pour

eux d'y pouvoir utilement exercer un mandat représentatif. (Ass. plén. 18 déc. 1981, *Bull. Ass. plén.* n° 7, *D.* 1982. 237, concl. J. Cabannes). Cette raideur a ensuite été tempérée avec la reconnaissance ultérieure de leur aptitude à être élus dans leur entreprise d'origine (Soc. 12 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 4 ; 12 juin 2002, *Bull. civ.* V, n° 204).

L'arrêt *BHV* trace une ligne générale, valable pour tous les sujets. Sans doute n'innove-t-il pas radicalement, puisqu'il reprend une formule déjà utilisée pour attribuer la qualité d'électeur et d'éligibilité lors des élections des délégués du personnel (Ass. plén. 6 juillet 1990, *préc.*) ou pour fonder l'accès à la fonction de délégué syndical. (Soc. 30 mai 2001, *préc.*) Mais il en propose la généralisation. Il dégage le critère d'appartenance au personnel d'une entreprise aux fins d'application du droit de la représentation du personnel : l'appartenance se déduit de l'intégration du salarié *dans*, ou à la communauté des travailleurs.

Cette orientation aurait pu être contredite par la loi. En effet, deux fois courant 2006, le Parlement a adopté une disposition excluant du décompte d'effectifs tous les salariés d'entreprises extérieures. Deux fois est intervenue la censure du Conseil constitutionnel et la seconde fois pour une raison susceptible d'avoir une forte résonance : la loi déferée heurtait le droit constitutionnel de participation, de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 (Décision, 28 déc. 2006, sur laquelle A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT* 2007.64). Selon le Conseil constitutionnel, entrent dans les effectifs et le corps électoral « *tous ceux qui sont intégrés de façon permanente et étroite à la communauté que constitue l'entreprise, même s'ils n'en sont pas salariés* ».

La Cour de cassation a, depuis lors, repris la formulation du Conseil constitutionnel (v. Soc. 28 février 2007, *Bull. civ.* V, n° 34, *RDT* 2007.229, étude de M. L. Morin, *JCP S* 2007. 1272, note P. Morvan), formulation dont l'arrêt *BHV* a fourni l'esquisse. La Cour de cassation a complété l'édifice en montrant qu'appartenance aux effectifs et appartenance au corps électoral obéissent au même critère et que le corps électoral est le même quelle que soit l'institution soumise à élection (v. déjà pour les élections du comité d'entreprise, Soc. 23 mai 2006, *RDT* 2006.258, obs. E. Peskine, *Dr. soc.* 2006.933, obs. M. Cohen, *RJS* 8.9/06, n° 975). Il faut noter que là où l'arrêt *BHV* mettait en avant l'intégration, les expressions actuelles se réfèrent à une intégration qualifiée, une intégration permanente et étroite. Était-ce nécessaire d'ajouter à l'exigence d'intégration ? L'intégration n'implique-t-elle pas déjà une durée et une proximité ? Comme souvent, la langue juridique ne gagne pas en clarté lorsqu'usage est fait d'adjectifs.

2. La vocation d'un salarié à accéder à une fonction de représentation du personnel dans l'entreprise suscite d'autres contestations que la jurisprudence a dû régler sans nécessairement le secours d'un texte.

Deux sources de controverses méritent d'être mentionnées, car on peut croire que leur règlement se prête à certaines généralisations.

Le salarié, tout d'abord, peut être absent de l'entreprise lors des élections ou lors de sa désignation comme délégué syndical, cette absence pouvant résulter d'une suspension de l'exécution de son contrat ou d'une période d'inactivité entre des contrats successifs. La chambre sociale a vite considéré que cette absence n'empêche pas sa désignation comme délégué syndical (Soc. 5 nov. 1982, *Bull. civ. V*, n° 604, *D.* 1984, IR. 255, obs. A. Lyon-Caen ; 9 avr. 1987, *Bull. civ. V*, n° 225). Et de livrer les raisons de son juste libéralisme en ces termes : « *il n'appartenait qu'aux organisations syndicales qui utilisent les facultés de désignation offertes par la loi d'apprécier si un salarié ne travaillant pas en permanence dans l'entreprise sera en mesure d'y accomplir sa mission syndicale* » (Soc. 17 juill. 1996, *Bull. civ. V*, n° 295, *Dr. soc.* 1996, 1107, obs. G. Couturier). C'est en dernière analyse la liberté syndicale qui invite les juges à l'abstention la plus ample. La jurisprudence n'a pas prolongé ce raisonnement au-delà des limites du droit syndical *stricto sensu*. Elle reste exigeante quant à l'éligibilité, qu'elle dénie au salarié dont l'éloignement se prolonge (v. Soc. 14 janv. 1982, *Bull. civ. V*, n° 21 ; 17 mars 1988, *Bull. civ. V*, n° 189, *D.* 1989, Somm. 313, obs. A. Lyon-Caen) ou dont le travail est occasionnel (Soc. 18 juin 1981, *Bull. civ. V*, n° 575) et ce, bien qu'il soit électeur. Voilà donc un exemple de distinction, une même situation ayant des effets variables selon qu'il s'agit du décompte de l'effectif, de l'électorat ou de l'éligibilité. En l'occurrence, la Cour de cassation estime qu'il revient aux juges de veiller à ce que le salarié qui se soumet à l'élection de la collectivité de travail soit effectivement en mesure d'en représenter les intérêts. Elle ne se laisse pas arrêter à l'objection de la maturité des électeurs qui, ailleurs, seraient regardés comme aptes à apprécier la qualité d'un candidat.

Une même différence est dorénavant faite à propos des cadres d'autorité dont le sort a été fixé par la jurisprudence. Si toute fonction de représentation du personnel ne peut que leur être refusée, l'hésitation commence lorsqu'il s'agit de déterminer le cercle des exclus, en bref, ceux qu'il y a lieu de tenir pour l'employeur lui-même. Pour le circonscrire, la jurisprudence a longtemps mentionné l'alternative, à vrai dire peu tranchée, de la représentation de l'employeur ou de l'exercice vis-à-vis du personnel de prérogatives d'employeur (v. Soc. 13 oct. 1988, *Bull. civ. V*, n° 512). Elle s'est récemment engagée dans la voie d'une reformulation de l'exclusion. Un cadre d'autorité n'est inéligible que lorsqu'il bénéficie d'une délégation particulière d'autorité, établie par

écrit, permettant de l'assimiler au chef d'entreprise (Soc. 6 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 73). À une nuance près, le texte législatif considérant l'employeur et non le chef d'entreprise, l'expression est directement puisée dans l'article L. 513-1 C. trav., visé d'ailleurs par l'arrêt, qui dans son 6° alinéa, prévoit la composition du collège électoral des employeurs pour les élections des conseils de prud'hommes (v. dorénavant art. L. 1441-4 nouv. C. trav.). C'est dorénavant la même formule qui vaut pour délimiter les cadres d'autorité insusceptibles d'être désignés comme délégués syndicaux (Soc. 21 mai 2003, *Bull. civ. V*, n° 171, *Dr. soc.* 2003. 784, obs. F. Duquesne). Une unité de vocabulaire constitue toujours un avantage, mais l'article L. 513-1 du Code du travail (art. L. 1441-4 nouv. C. trav.) n'offre pas une référence qui prémunit contre toute contestation.

En vérité, la Cour de cassation ne peut guère s'en tenir à sa formule. Il est en effet difficile de ne pas exclure de toute fonction de représentation du personnel les cadres qui sont invités à présider une instance comme le comité d'entreprise ou des réunions avec les délégués du personnel. La Cour de cassation les exclut, sans se référer à l'exigence d'une délégation écrite (v. Soc. 27 oct. 2004, *Bull. civ. V*, n° 274 ; 25 janvier 2006, *Bull. civ. V*, n° 38). Elle a redécouvert une double exclusion : la première frappe reprend ceux qui disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité et l'autre ceux qui représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel (Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ. V* ; n° 260).

L'incompatibilité entre une certaine position dans l'entreprise et une fonction représentative ne doit toutefois pas empêcher de compter parmi l'effectif le cadre d'autorité qu'atteint l'incompatibilité (v. Soc. 26 sept. 2002, *Bull. civ. V*, n° 285, *Dr. soc.* 2002. 1080, note F. Duquesne).

Il faut noter qu'une évolution se dessine avec la position commune du 9 avril 2008 (arrêtée par le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT), quant aux qualités que doit présenter le délégué syndical. Il s'agit d'assurer sa reconnaissance par la collectivité de travail. Aussi dans l'avenir il lui faudra avoir été candidat aux élections professionnelles et avoir recueilli, individuellement, au moins 10 % des voix aux dernières élections.

B. — Élection et négociation préparatoire

Quoique soucieux de nombreux détails, la loi attribue un rôle important à la négociation, entre employeurs et organisations syndicales représentatives en vue de l'établissement des règles ayant pour objet les élections professionnelles. En un tel domaine, une ample délégation

peut surprendre. Ses justifications, cependant, sont nombreuses. Longtemps, sous réserve d'une compétence de l'administration du travail, limitée à quelques questions, et d'un timide contrôle judiciaire, les élections dans l'entreprise ont relevé, dans leur organisation, du pouvoir de l'employeur. La négociation, promue par la loi du 28 octobre 1982, marque la fin de l'unilatéralisme. Elle seule d'ailleurs, assure une prévention des litiges. Il faut encore ajouter que, bien que condition d'exercice d'un droit fondamental de tout travailleur, les élections professionnelles dans l'entreprise s'accommodent de distinctions, entre établissements (division de l'entreprise), entre certaines catégories professionnelles (collèges), et requièrent dorénavant la recherche d'une répartition équilibrée des hommes et des femmes, toutes exigences que la négociation paraît apte à satisfaire, sans parler de sa capacité à préciser les modalités électorales adaptées au contexte de l'entreprise.

La loi a donc prévu un large champ de négociation, allant de la division de l'entreprise en établissements (art. L. 423-4, devenu L. 2314-31 nouv. C. trav., et L. 433-2 al. 9 devenu L. 2322-5) jusqu'aux modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales (art. L. 423-13 devenu L. 2314-23 nouv. C. trav. et L. 433-9 devenu L. 2324-41 nouv. C. trav.), en passant par la répartition du personnel entre les collèges et la répartition des sièges entre les collèges (art. L. 423-3 devenu L. 2314-11 nouv. C. trav. et L. 433-2 devenu L. 2324-13 nouv. C. trav.). Hors la simple faculté qui lui est reconnue de modifier le nombre et la composition des collèges prévus en principe par la loi, il s'agit d'une négociation obligatoire.

Ce que la loi n'indique pas, ce sont les conditions de cette négociation préélectorale et le régime de l'accord auquel elle conduit. La jurisprudence les a conçus, en cherchant la part d'originalité juridique qu'il fallait leur assurer.

1. Dès que le seuil requis pour l'élection de délégués du personnel ou d'un comité d'entreprise est atteint, l'employeur doit prendre une initiative et cette initiative consiste à convier les « *organisations syndicales intéressées* » — telle est l'expression qu'utilise la loi (v. not. L. 2314-3 nouv. C. trav. pour l'élection des délégués du personnel) — en vue de négocier un protocole préélectoral, dans lequel doivent être au moins réglées les questions obligatoires. À défaut d'une telle initiative, les élections sont nulles (Soc. 1^{er} avr. 1998, *Dr. soc.* 1998. 724, obs. G. Couturier).

L'expression légale est assez laconique. Elle est suffisamment inhabituelle pour que la chambre sociale lui ait donné une interprétation compréhensive : en effet, à côté des syndicats représentatifs implantés dans l'entreprise, elle a décidé que participe à la négociation et donc doit y être invitée toute organisation syndicale représentative au plan

national, même si elle n'a pas d'adhérent dans l'entreprise (Soc. 4 juill. 1990, *Bull. civ. V*, n° 351, *D.* 1992, Somm. 286, obs. G. Borenfreund ; 4 févr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 50, *Dr. soc.* 1997. 434, obs. G. Couturier ; 1^{er} avr. 1998, *préc.*). L'ambition est claire : il s'agit d'encourager l'implantation dans des lieux de travail des organisations syndicales représentatives au plan national et ainsi de contribuer à la stabilité du système syndical français. Cependant, une évolution se dessine avec la position commune du 9 avril 2008 arrêtée par le MEDEF et la CGPME d'un côté, la CGT et la CFDT de l'autre : la négociation électorale est appelée à se dérouler avec toutes les organisations syndicales constituées depuis au moins deux ans.

Mais, faute de dispositions légales précises, l'employeur est-il libre de déterminer les destinataires de l'invitation qu'il doit adresser aux organisations syndicales intéressées, surtout lorsqu'elles ne sont pas implantées dans l'entreprise ? Reprenant une solution énoncée par la chambre sociale (Soc. 15 déc. 1999, *Bull. civ. V*, n° 489), l'Assemblée plénière, dans l'arrêt **n° 137**, fixe un *modus operandi* plutôt équilibré.

« *En l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, désigné par une organisation syndicale représentative au plan national...* » : l'arrêt ne cède pas à la tentation de l'originalité à tout prix et institue, dans la négociation préélectorale, le délégué syndical, lorsqu'il existe, comme interlocuteur de l'employeur et au départ comme destinataire de l'invitation à négocier. Lorsqu'il existe, en est-il le destinataire exclusif ? Les formules utilisées dans les arrêts montrent, comme une hésitation (v. Soc. 2 mars 2005, *RJS* 5/05 n° 243 ; 15 févr. 2006, *RDT* 2006. 189, obs. G. Borenfreund, *JCP S* 2006, note J.-Y. Kerbouch, *RJS* 5/06, n° 607). Adressée au syndicat, l'invitation ne pourrait l'être qu'au syndicat qui a procédé à la désignation du délégué. La chambre sociale avait, il est vrai, paru déjà donner un rôle éminent au délégué syndical, lorsqu'il a été désigné, en énonçant, d'une part, que « *sont parties à cette négociation les délégués syndicaux désignés au sein de cette entreprise* » et d'autre part, qu'en présence de délégués distincts régulièrement désignés par deux organisations syndicales affiliées à une même confédération représentative au plan national, « *ils devaient l'un et l'autre être convoqués à la négociation du protocole d'accord préélectoral* » (Soc. 12 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 13, *D.* 1999, Somm. 169, obs. B. Lardy-Pelissier).

Il n'appartient donc pas à l'employeur d'élire ses interlocuteurs. Et si plusieurs délégués ont été désignés par des organisations distinctes affiliées à une même confédération, comme ce peut être le cas avant une fusion ou la reconnaissance d'une unité économique et sociale (v. sur cette notion, *supra* obs. sous arrêts **n°s 130-134**), tous sont parties à la négociation et doivent être convoqués.

« ... *L'invitation de celle-ci à la négociation du protocole préélecto-*

ral en vue des élections de représentants du personnel est valablement adressée par le chef d'entreprise au syndicat constitué dans la branche ou à l'union à laquelle il a adhéré » : la Cour de cassation avait à choisir entre une identification stricte du destinataire de l'invitation, qui exclut toute liberté de l'employeur, mais privilégie une structure au sein des organisations confédérées et une définition plus ouverte laissant à l'employeur une certaine latitude, mais évitant des hiérarchies au sein des organisations. Elle a retenu la seconde option, tout en paraissant restreindre le cercle des destinataires, au syndicat de branche, à la fédération d'industrie et éventuellement, la confédération.

L'arrêt **n° 137**, tout comme l'arrêt de la chambre sociale qui l'annonce et celui qui souligne la place des délégués syndicaux — lorsqu'ils existent — traduisent une évolution. Quand, précisément, une organisation syndicale représentative a désigné un délégué syndical, elle ne semble plus avoir la latitude de se faire représenter dans la négociation préélectorale par qui bon lui semble, notamment une personne extérieure à l'entreprise, ce qu'avait auparavant admis la Haute juridiction (v. Soc. 21 juill. 1986, *Bull. civ. V*, n° 412, *D.* 1987. *Somm.* 203, obs. M.-A. Rotschild-Souriac).

2. L'originalité de la négociation préélectorale dans ses rapports avec la négociation d'entreprise (sur laquelle, v. *infra* obs. sous arrêts **n°s 157-160**) a longtemps été illustrée par les règles jurisprudentielles relatives à la représentation des parties — les organisations syndicales — en vue de la conclusion de l'accord. Non seulement la chambre sociale a admis qu'une organisation syndicale représentative puisse être représentée par une personne extérieure à l'entreprise (Soc. 21 juill. 1986, *préc.*), mais elle a dénié au délégué syndical toute position particulière, exigeant pour qu'il engage le syndicat qu'il dispose d'un mandat spécial à cet effet (Soc. 6 mai 1985, *Bull. civ. V*, n° 276 ; 17 avr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 203), alors que dans le droit commun de la négociation d'entreprise, le délégué syndical représente le syndicat qui l'a désigné et l'engage, sans avoir à justifier d'un mandat spécial.

L'affirmation de l'originalité était nette ; ses raisons l'étaient moins, sinon que les règles de représentation doivent parfois être appliquées dans un contexte de conflit interne à un syndicat (v. par ex. Soc. 10 juin 1997, *Bull. civ. V*, n° 215). Certes, des syndicats représentatifs sans implantation sont invités à participer à la négociation préélectorale et pour eux, il est tout simplement impossible d'imaginer leur représentation par un délégué syndical. Ils appellent donc des règles spéciales. Mais les autres ? Sans doute est-ce le souhait de limiter la spécificité des règles aux exigences particulières d'une telle négociation qui conduit dorénavant la chambre sociale à la soumettre, autant que possible, aux règles générales de la négociation d'entreprise. Ainsi dans

un récent arrêt (Soc. 12 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 52), elle a, en rupture avec ses propositions antérieures, décidé que « *le délégué syndical désigné dans l'entreprise, qui représente le syndicat auprès du chef d'entreprise, n'a pas à justifier d'un mandat spécial de son organisation pour conclure le protocole préélectoral* ». L'interprétation de cette proposition est délicate car, elle établit seulement une dispense de mandat spécial. A-t-elle une ambition plus radicale, celle d'instituer un monopole de représentation du délégué syndical, lorsqu'il a été désigné ? La réponse est incertaine.

En tout cas, le temps n'est plus où il pouvait être proclamé, sans restriction, que la négociation des accords préélectoraux n'est pas régie par les dispositions relatives à la négociation collective. Un cours nouveau est dessiné : les dispositions relatives à la négociation collective tendent à être rendues applicables, sauf si elles ne conviennent pas aux exigences propres à la négociation préélectorale.

3. Correspond à une exigence propre, la règle de l'**unanimité** que la chambre sociale rappelle dans l'arrêt **n° 136**. Pourquoi l'unanimité des « *organisations syndicales intéressées* » ? Il s'agit de fixer les règles qui président à l'organisation d'une collectivité et à sa représentation. Il serait donc impropre à cet objet qu'une organisation syndicale, puisse, avec le concours de l'employeur, faire prévaloir son point de vue sur celui des autres organisations représentatives.

La règle de l'unanimité peut sembler lourde de conséquences fâcheuses. Peut-être le serait-elle si l'absence d'unanimité rendait les élections impossibles ou entraînait par définition l'annulation des élections organisées dans un tel contexte. Mais, non sans user parfois de formules abruptes (v. Soc. 11 mars 1992, *Bull. civ. V*, n° 174), la chambre sociale a conçu une procédure propre à surmonter les désaccords persistants. Dans l'arrêt **n° 130**, qui prolonge un arrêt précédent (Soc. 20 juill. 1983, *Bull. civ. V*, n° 460, *D.* 1984. IR. 356, obs. A. Lyon-Caen), elle commence par préciser que « *l'absence d'unanimité ne rend pas, à elle seule, le protocole d'accord préélectoral irrégulier* ». Il peut donc servir de base à l'organisation des élections. À moins que la partie qui peut y avoir intérêt — ce ne peut être en principe un syndicat signataire (Soc. 10 juin 1997, *Bull. civ. V*, n° 215, *Dr. soc.* 1997. 987, obs. G. Borenfreund) et si c'est un syndicat non-signataire, il doit au moins avoir formulé des réserves au moment du dépôt de la liste de ses candidats (V. Soc. 19 sept. 2007, *RJS* 11/07, n° 1193) — ne demande au juge compétent, le juge des élections, de fixer les « *modalités sur lesquelles l'accord unanime n'a pu intervenir* ».

Le désaccord a une issue : elle est judiciaire. Encore faut-il que le juge soit saisi, car il ne peut agir *proprio motu*. S'il est saisi, les

élections ne peuvent se dérouler sur la base des règles arrêtées dans un accord non unanime (Soc. 3 févr. 1998, *Bull. civ. V*, n° 61). mais la chambre sociale paraît vouloir canaliser les contestations dirigées contre un accord unanime. Les dates de dépôt des listes de candidats et de scrutin fixées par un tel accord semblent dorénavant s'imposer (v. Soc. 8 nov. 2006, *préc.*). Sans doute est-ce pour encourager la saisine rapide du juge électoral et pour obliger les syndicats non-signataires à exposer leur désaccord avant une date donnée (rapp. Soc. 19 sept. 2007, *préc.*)

Le protocole préélectoral a un objet déterminé, original de surcroît. Cette proposition explique que si les parties y ont glissé des dispositions qui n'ont pas cet objet, ces dispositions relèvent du droit commun de la négociation collective (Soc. 23 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 302, à propos de dispositions relatives à des heures de délégation). Le trouble commence cependant à poindre sur ce qui est l'objet propre de l'accord préélectoral, comme tel soumis à l'exigence de l'unanimité. Un arrêt (Soc. 12 juin 2002, *Bull. civ. v*, n° 203, *Dr. soc.* 2002. 1161, obs. M. Cohen ; v. aussi Soc. 8 nov. 2006, *Bull. civ. V*, n° 333, *RJS* 1/07, n° 76, *JCP S.* 2007 1174, note B. Gauriau) a essentiellement distingué le nombre et la composition des collègues, objet par excellence de l'accord préélectoral, et la répartition des sièges entre les différentes catégories, susceptibles d'être réglée par un accord collectif ordinaire. Est-ce la fin d'un « bloc d'unanimité » qui avait pour lui la logique et la commodité ? On relèvera que la répartition des sièges entre les différentes catégories relève, en l'absence d'accord, de l'inspecteur du travail (v. Soc. 26 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 40). Le recul, à ce sujet, de l'exigence de l'unanimité a pour conséquence de tarir les raisons de l'intervention administrative.

Que le protocole ait un objet déterminé explique aussi pourquoi les règles sur la dénonciation des accords collectifs ne lui sont pas applicables (Soc. 12 mars 1981, *Bull. civ. V*, n° 216 ; 9 déc. 1985, *Bull. civ. V*, n° 582, *D.* 1986. IR. 384, obs. J. Frossard).

C. — Désignation du délégué syndical

La variété des questions soulevées par la procédure de désignation d'un délégué syndical donne une première idée des résistances qu'a suscitées et continue, sans doute, de susciter l'implantation syndicale dans l'entreprise. Ces résistances ne sont pas toutes patronales ; parfois elles sont l'expression de conflits entre syndicats.

Qui procède à la désignation ? « *Chaque syndicat représentatif* », énonce l'article L. 412-11, devenu l'art. L. 2143 nouv. C. trav. Cela exclut la section syndicale, dépourvue de personnalité juridique (Soc.

6 juill. 1977, *Bull. civ.* n° 472). Mais respectueux de la liberté d'organisation syndicale, la Cour de cassation s'est refusée à déterminer elle-même, au sein des organisations confédérées, la structure habilitée à procéder à la désignation (v. *supra* obs. sous arrêt n° 126).

À qui doit être notifiée la désignation ? La question se pose notamment lorsque le cadre de désignation est une unité économique et sociale, par définition formée de plusieurs entités juridiques distinctes (v. *supra* obs. sous arrêts n°s 130-134). Si l'unité économique et sociale n'a pas encore été reconnue, que donc la désignation d'un délégué syndical constitue le premier acte d'une recherche de reconnaissance, la notification doit être adressée aux représentants des différentes entités juridiques. Si l'unité économique et sociale existe déjà, c'est à son responsable que la notification peut être adressée.

Lorsque l'entreprise a une structure complexe, la lettre notifiée à l'employeur doit, à peine de nullité selon un arrêt récent, indiquer l'espace de la désignation, entreprise ou établissement (Soc. 24 oct. 2007, *RJS* 1/08, n° 47). Pourtant la chambre sociale considère qu'en principe la forme écrite de la désignation n'a qu'une valeur probatoire. (Soc. 25 sept. 2001, *RJS* 12/01, n° 1445).

Comment peut-il être mis fin au mandat d'un délégué syndical ? Non sans sagesse, la chambre sociale décide que la même procédure vaut pour la désignation et le remplacement (Soc. 13 juin 2001, *JS UIMM* n° 653, p. 250). La révocation du mandat prend effet à la date de la notification à l'employeur alors même que le délégué n'en aurait pas connaissance (v. Soc. 7 nov. 2007, *RJS* 1/08, n° 49). Voilà quelques exemples des questions soulevées et réglées, sans compter la plus irritante d'entre elles, celle des délais de contestation de la désignation, qui, après avoir provoqué hésitations et controverses, a trouvé un règlement, apaisant pour l'essentiel (reste l'épineuse invocation de la fraude, sur laquelle Soc. 7 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 155, *Dr. soc.* 2002. 466, obs. P. Lyon-Caen ; 13 juillet 2004, *Dr. soc.* 2005. 283 note J.-M. Verdier) grâce à l'institution par la loi du 28 octobre 1982 d'un délai de forclusion de quinze jours (art. L. 412-15 C. trav. devenu l'art. L. 2143-8 nouv. C. trav.).

Aussi importantes soient-elles, les questions précédemment évoquées n'ont qu'une résonance limitée. L'arrêt n° 135 est d'une tout autre portée, car on peut y percevoir comment le droit peut contribuer à l'implantation et à l'activité syndicale.

1. À l'origine, se trouve un texte issu de la loi du 27 décembre 1968. C'est elle qui autorise la désignation de délégués syndicaux, réserve cette prérogative aux syndicats représentatifs et en prévoit l'usage au profit de tous syndicats « *ayant constitué une section syndicale* ». La désignation ne peut donc intervenir qu'une fois la section

syndicale constituée, autrement dit, une fois le syndicat implanté. Chronologie discutable, car elle paraît faire du délégué le représentant de la section syndicale ; chronologie surtout lourde de risques pour les premiers adhérents formant la section syndicale.

La jurisprudence, tout en suivant cette chronologie, apporte sa part de complexité, lorsqu'elle souligne que la constitution d'une section syndicale n'est soumise à aucune formalité et son existence une question de fait.

Dénoncée, la chronologie établie en 1968, semble abolie par la loi du 28 octobre 1982, d'où est issu l'actuel article L. 2143-3 nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L. 412-11). Le participe passé disparaît, remplacé par le présent : « *chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale... désigne...* ». Le présent, n'est-ce pas la concomitance ? La désignation ne peut-elle être considérée comme le premier acte de l'implantation ? La jurisprudence, pourtant, cultive ses hésitations pendant quinze ans.

Premier temps, elle ne rompt pas ouvertement avec son inspiration antérieure à la loi de 1982. Non seulement, elle ne conçoit pas la désignation comme délégué du seul adhérent (Soc. 23 juin 1983, *Dr. soc.* 1984. 77, obs. J. Savatier), mais elle use d'une formule qui prolonge la chronologie antérieure « *il faut qu'au moment où elle [la désignation] intervient, une section syndicale soit constituée ou en voie de formation* » (Soc. 7 juill. 1983, *Bull. civ.* V, n° 437, *Dr. soc.* 1984. 77).

La chambre sociale, dans un deuxième temps, part en quête d'une nouvelle formule et livre celle-ci : « *appréciant les éléments de la cause, le juge du fond a souverainement constaté l'existence d'un mouvement syndical au jour de la désignation* » (Soc. 4 juin 1986, *Bull. civ.* V, n° 284 ; v. aussi Soc. 28 avr. 1988, *Bull. civ.* V, n° 261). Oubliée la section syndicale qui trouble. C'est un mouvement syndical que les juges du fond doivent repérer, une réunion le jour même de la désignation sans adhésion immédiate semblant suffire.

La nouvelle formule ne survit pas longtemps ; elle laisse la place à l'exigence, déjà éprouvée, d'« *une section syndicale en voie de formation* » exigence satisfaite avec deux adhérents (Soc. 17 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 407) ou trois, sans date précise d'adhésion (Soc. 9 janv. 1991, *Bull. civ.* V, n° 2). Ces différents essais, plus ou moins adroits, montrent en tout cas, l'importance que revêt le problème de la preuve. C'est au syndicat dont l'acte de désignation est contesté d'établir qu'une section syndicale est en cours de formation (Soc. 19 nov. 1986, *Bull. civ.* V, n° 547, *D.* 1987, Somm. 213, obs. J.-M. Verdier) ; il lui faut donc communiquer les noms des adhérents. À cette communication, qui ne donne lieu à dispense qu'en cas de risques de représailles (Soc. 20 déc. 1988, *Bull. civ.* V, n° 679 ; 4 mars 1993, *Dr. soc.* 1993.

866, note J.-M. Verdier) se mesure la portée du concours apporté par le droit à l'implantation syndicale.

2. L'arrêt du 27 mars 1997 marque la fin d'une quête, que d'aucuns depuis longtemps (J. Savatier, *Dr. soc.* 1970. 2133 ; J.-M. Verdier, *Dr. soc.* 1983. 37) jugeaient vaine. L'article L. 2143-3 qui reprend l'art. L. 412-11 dont la rédaction n'a pas été modifiée, autorise parfaitement la franche affirmation suivante : « *lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui emploie au moins cinquante salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation* ».

Disparaît la dispute possible sur les adhésions et leur connaissance par l'employeur. Ce n'est pas le moindre mérite de cette nouvelle jurisprudence, mais l'essentiel, pourtant, est ailleurs. Il est dorénavant admis que la désignation d'un délégué syndical peut constituer la première étape d'une implantation syndicale. La conception du délégué syndical en sort assainie. Sans doute il est appelé à représenter les intérêts des salariés ; mais il est aussi le représentant du syndicat. Et cette représentation peut légitimement être mise en place alors même que le syndicat n'aurait pas (encore) recueilli d'adhésions. On le comprend sans peine, cette conception s'inscrit dans un contexte, celui de la représentativité par irradiation, la représentativité que confère l'**affiliation** à l'une des confédérations représentatives au niveau national (v. *supra* obs. sous arrêts n°s 127-129). Ce sont les syndicats dont la représentativité découle d'une telle affiliation, qui sont ainsi habilités à désigner un délégué syndical, sans avoir à démontrer la réalité d'une implantation préalable. Cela n'empêche pas la Cour de cassation de considérer qu'est dotée de la qualité représentative (et donc des prérogatives qui en découlent) l'organisation syndicale qui a procédé régulièrement à la désignation d'un délégué syndical sans contestation. Cette solution, consacrée dans une décision non publiée au bulletin, est profitable aux syndicats dont la représentativité ne découle pas de l'affiliation aux confédérations (v. Soc. 3 mai 2007, *UNSA, RJS* 7/07, n°867 *JS UIMM* n° 723, p. 365).

La chronologie change. L'implantation syndicale y gagne une chance supplémentaire. Le risque, à l'évidence, est l'institution, d'une représentation syndicale sans enracinement. Mais entre le risque d'un enracinement contrarié, sans représentation syndicale, et le risque d'une représentation syndicale sans enracinement, la chambre sociale a fini par estimer que le second valait, plus que le premier, d'être couru.

139-149

FONCTIONS

**139. Crim. 24 mai 1973 — 140. Soc. 23 septembre 1992 —
141. Soc. 23 janvier 1990 — 142. Crim. 2 mars 1978 —
143. Soc. 12 novembre 1997 — 144. Soc. 29 octobre 1987 —
145. Com. 17 février 1975 — 146. Soc. 13 novembre 1975 —
147. Soc. 26 janvier 1999 — 148. Soc. 5 décembre 1989 —
149. Soc. 1^{er} avril 1997**

I. — Fonctions des délégués du personnel

139. Crim. 24 mai 1973

CFDT c. Société Automobiles Citroën

(*Bull. crim.* n° 239 ; *D.* 1973. 599, note J. Savatier ; *JCP* 1974. 17651, note N. Catala ; *Dr. ouvr.* 1973. 429 ; *adde* Ph. Salvage, *Dr. soc.* 1976. 396 ; J. Pélissier, *JCP* 72. II. 16970 et 17074 ; J.-M. Verdier, *D.* 1972. 334)

ARRÊT

Rejet du pourvoi formé par le syndicat général des travailleurs de l'automobile CFDT contre un arrêt de la cour d'appel de Paris, 11^e chambre, en date du 15 octobre 1971, qui l'a débouté de son action dans des poursuites contre Sarre (Claude), Fauche (André), Eloy (Hugues), Tournier (André) et la société anonyme automobiles Citroën pour entrave aux fonctions de délégué syndical la cour, vu les mémoires produits en demande et en défense ;

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation de l'article 2 et de l'article 16 de la loi du 16 avril 1946, violation de l'article 1134 du Code civil et de l'article 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale, « en ce que l'arrêt attaqué a relaxé Sarre, Faure et Tournier des fins de la poursuite exercée du chef d'entrave aux fonctions de délégués du personnel, pour avoir déclaré que les délégués du personnel n'avaient pas compétence pour présenter une demande d'augmentation de salaire, les délégués du personnel ne pouvant intervenir que pour l'application des taux de salaires et non pour la fixation de ce taux » ;

« Alors que les délégués du personnel, ayant pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives, ont notamment

compétence pour présenter à l'employeur les revendications touchant aux salaires » ;

Attendu qu'il résulte des énonciations du jugement dont l'arrêt attaqué a adopté les motifs non contraires que Sarre, Président directeur général de la société anonyme automobiles Citroën, Tournier, agent de secteur à l'usine Citroën de Saint-Ouen et Fauche, chef du personnel de l'usine de Levallois-Perret, étaient poursuivis à la requête du syndicat général des travailleurs de l'automobile CFDT, du chef d'entrave à l'exercice des fonctions de délégués du personnel ;

Qu'il leur était reproché de s'être opposés, d'une part, à une revendication présentée au cours de la réunion mensuelle des délégués du personnel de l'usine de Saint-Ouen, tenue le 22 octobre 1969, et portant sur une augmentation de taux horaire de salaire de 0,80 F, d'autre part, à une demande d'augmentation du salaire minimum garanti présentée, le 6 janvier 1970, dans les mêmes conditions, par les délégués de l'usine de Levallois, en se bornant à répondre que de telles questions n'étaient pas de la compétence desdits délégués ;

Attendu que, pour confirmer la décision de relaxe des premiers juges et débouter de sa demande le syndicat général des travailleurs de l'automobile CFDT partie civile, la cour d'appel énonce qu'en présentant de telles demandes, « il est indiscutable que les délégués du personnel sortaient du rôle qui leur est fixé par la loi du 16 avril 1946 qui, dans son article 2, précise qu'ils ont pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations relatives à l'application des taux de salaires mais non à la fixation de ces taux ;

Que dans ces conditions la réponse de Tournier et celle de Fauche étaient fondées » ;

Qu'il a été ainsi statué à bon droit ;

Attendu en effet que *s'il entre dans les attributions des délégués du personnel de connaître l'objet de toutes revendications présentées par le personnel affilié ou non à un syndicat, et quand n'existe pas de section syndicale dans l'entreprise, de présenter à l'employeur lesdites revendications, il n'en va pas de même lorsque, par application des articles 2 et 3 de la loi du 27 décembre 1968, il a été créé dans l'entreprise une ou plusieurs sections syndicales ;*

Que, dans ce cas qui est celui de l'espèce, les dispositions de l'article 2 de la loi du 16 avril 1946, bien que nécessairement non limitatives en ce qui concerne les attributions des délégués du personnel, doivent se combiner avec celles de la loi du 27 décembre 1968 et du chapitre 1^{er} du titre premier du livre III du Code du travail, de telle sorte que *les délégués du personnel, s'ils demeurent compétents pour présenter à l'employeur les réclamations relatives à l'application des taux de salaires, n'ont plus qualité pour lui présenter les demandes de modification de ces mêmes taux ;*

D'où il suit que le moyen, qui ne critique pas la décision de relaxe intervenue au bénéfice d'Eloy poursuivi pour entrave aux fonctions de délégué syndical ne saurait être accueilli ; et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ; Rejette le pourvoi.

140. Soc. 23 septembre 1992

Société bourguignonne d'applications plastiques c. Piquot et a.

(Bull. civ. V, n° 478)

ARRÊT

Sur le moyen unique : Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Dole 5 déc. 1988), que, le 20 mai 1987, M. Piquot et d'autres salariés,

selon les cas représentants élus du personnel ou représentants syndicaux au sein de la Société bourguignonne d'applications plastiques, se sont rendus dans un atelier, le matin pour certains d'entre eux durant 55 minutes environ, et l'après-midi pour d'autres pendant 5 minutes, cette visite étant motivée par l'information de salariés postés quant « au problème de la prise du café » sur les lieux de travail ; qu'après avoir payé le temps passé à cette activité aux représentants élus et syndicaux, l'employeur a contesté le bien-fondé de l'utilisation de ce temps au regard des mandats représentatifs et demandé le remboursement desdites heures ;

Attendu que la société fait grief au conseil de prud'hommes de l'avoir déboutée de cette demande, alors que, d'une part, en subordonnant le remboursement des heures de délégation contestées à l'existence d'un gêne sérieuse pour l'employeur dans son activité, le conseil de prud'hommes a ajouté aux articles L. 412-20, alinéa 5, L. 421-1, alinéa 2, et L. 434-1, alinéa 3, une condition qu'ils ne comportent pas ; alors que, d'autre part, en se bornant, pour refuser à l'employeur le remboursement des heures de délégation contestées, à faire état des prétentions des demandeurs invoquant « les usages » de l'entreprise, sans préciser la nature et les caractéristiques de l'usage sur lequel il se fonde, le conseil de prud'hommes a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1135 du Code civil ; alors que, de troisième part, le droit du délégué syndical et des représentants élus du personnel de circuler dans l'entreprise et d'informer le personnel ne peut s'exercer que dans le cadre des dispositions qui le réglementent ; qu'en s'abstenant de constater que chacune des catégories de salariés concernée exerçait ce droit dans le cadre de sa mission et dans les conditions légales, le conseil de prud'hommes a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 422-1, L. 422-7, L. 422-8, L. 412-10 et L. 434-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail ; alors qu'en toute hypothèse, il n'entre dans la mission ni des délégués syndicaux, ni des représentants élus du personnel d'organiser une manifestation de type carnavalesque, avec des panneaux portant des inscriptions désobligeantes, et accompagnée de la diffusion de musique, de la distribution de tracts, de café et de croissants, sur les lieux de travail et aux heures de travail, au risque de désorganiser l'entreprise et de mettre en cause les conditions de sécurité des salariés travaillant sur des machines-outils ; qu'en décidant le contraire, le conseil de prud'hommes, qui n'a pas tiré de ses constatations les conséquences juridiques qui en découlaient, a violé les articles L. 422-1, L. 422-7, L. 422-8, L. 412-10 et L. 434-1, alinéa 1^{er}, du Code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'activité litigieuse des représentants élus du personnel et des représentants syndicaux avait trait à l'information des salariés à leur poste de travail, conformément à l'objet de leurs mandats respectifs, et n'avait pas apporté de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés au sens des articles L. 412-17, L. 424-3 et L. 434-1 du Code du travail, le conseil de prud'hommes a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Par l'arrêt *Citroën* du 24 mai 1973 (n° 139), la jurisprudence a adopté une vision très restrictive, des attributions légales des délégués du personnel. Cette conception, toujours d'actualité dans la jurisprudence de la chambre criminelle, semble être en cours d'évolution au

sein de la jurisprudence de la chambre sociale. L'arrêt *Piquot* du 23 septembre 1992 (**n° 140**) en est le signe. Cette avancée jurisprudentielle est accompagnée d'un accroissement des attributions légales de ces délégués.

Les délégués du personnel ont d'abord pour mission de présenter à l'employeur toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives à l'application des lois, règlements et conventions collectives applicables à l'entreprise (art. L. 2313-1 al. 1^{er} nouv. C. trav. ; L. 422-1, al. 1 C. trav.), ainsi que de saisir l'inspecteur du travail de toutes observations concernant les éléments de droit dont il assure le contrôle (art. L. 2313-1 al. 2 nouv. C. trav. ; L. 422-1, al. 2 C. trav.). Ils ont encore reçu du législateur, à partir de la loi du 31 décembre 1992 d'importants pouvoirs d'alerte et d'action en justice (art. L. 2313-2 nouv. C. trav. ; L. 422-1-1 C. trav.). Ces droits ont vu leur champ d'application s'accroître à deux reprises.

À l'origine ils étaient limités aux cas d'atteintes aux droits et libertés des personnes. Ils ont été étendus aux discriminations par la loi du 16 novembre 2001 et aux atteintes à la santé physique ou mentale d'un salarié par la loi du 17 janvier 2002.

Dans toutes ces hypothèses, le délégué peut saisir l'employeur, qui doit alors mener une enquête contradictoire et prendre les mesures nécessaires (art. L. 2313-2 al. 2 nouv. C. trav. ; L. 422-1-1, al. 2 C. trav.). En cas de carence de l'employeur ou si les mesures prises semblent insuffisantes au délégué, ce dernier peut saisir le conseil de prud'hommes, à la seule condition que le salarié concerné en soit informé par écrit et qu'il ne s'y oppose pas (ce qui rappelle l'action de substitution accordée aux syndicats : v. obs. sous **n° 33**). Le bureau de jugement du conseil statue alors en la forme des référés et peut ordonner toutes mesures pour faire cesser le trouble constaté, au besoin sous astreinte (art. L. 2313-2 al. 3 et 4 nouv. C. trav. ; L. 422-1-1, al. 3 et 4 C. trav.).

L'action est rapide et efficace. Il s'agit d'un puissant levier en vue d'une meilleure effectivité des droits de l'homme et des règles protectrices de la santé dans l'entreprise.

Outre ce rôle de gardien du droit qui s'est ainsi enrichi de moyens nouveaux, les délégués du personnel ont, depuis la loi du 28 octobre 1982, une possibilité de transmettre des réclamations d'augmentation de salaire (art. L. 2313-1 al. 1^{er} nouv. C. trav. ; L. 422-1 C. trav.) ; une fonction consultative occasionnelle (*cf.* not. en matière d'incapacité physique définitive, art. L. 1226-10 nouv. C. trav. ; L. 122-32-5 C. trav., ou de congés payés, art. L. 3141-13 et L. 3141-20 nouv. C. trav. ; L. 223-7 et L. 223-8 C. trav.) et une mission générale de suppléance des autres institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : en l'absence de comité d'entreprise ou de comité d'hy-

giène de sécurité et des conditions de travail, ils exercent l'essentiel des fonctions de ces institutions. Ils peuvent de plus être désignés délégué syndical dans les entreprises n'atteignant pas le seuil de 50 salariés (art. L. 2143-6 nouv. C. trav. ; L. 412-11 dernier alinéa).

La question centrale qu'a eue à résoudre la jurisprudence était de savoir si les délégués pouvaient se voir reconnaître une fonction plus générale de « revendications » auprès de l'employeur. Devaient-ils, en d'autres termes, se contenter de demander l'application des textes existants ou pouvaient-ils de surcroît réclamer des améliorations du statut des salariés dans l'entreprise ?

Après avoir un temps adopté une position ouverte à cette extension de la mission des délégués du personnel (cf. Soc. 3 janv. 1957, *D.* 1957. 88 ; Crim. 2 mars 1961, *Boulangier, Bull. crim.* 1961, n° 139 ; *Dr. soc.* 1961. 417, note Brethe de la Gressaye), la Cour de cassation l'a finalement exclue, à la suite de l'arrêt *Citroën*, rendu par la chambre criminelle le 24 mai 1973 (n° 139). Cet arrêt adopte une interprétation restrictive de l'article L. 420-3 ancien du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable. Aux termes de ce texte les délégués du personnel étaient compétents, pour réclamer « *l'application des taux de salaire et des classifications conventionnelles* ». La Cour en déduit qu'ils ne sont pas compétents pour réclamer des augmentations de salaire.

Cette solution a été remise en cause par la loi du 28 octobre 1982, laquelle accorde compétence aux délégués pour présenter « *toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires* » (art. L. 2313-1 nouv. C. trav. ; L. 422-1, al. 1 C. trav.). L'arrêt *Citroën* n'en conserve pas moins toute son importance par le raisonnement adopté par la Cour de cassation, lequel conserve une influence certaine encore aujourd'hui.

L'arrêt *Citroën* reconnaît que les attributions légales des délégués du personnel sont « *nécessairement non limitatives* » et qu'elles incluent en principe un droit général de présenter des revendications à l'employeur. Mais, l'arrêt ajoute que ce droit n'est accordé qu'en l'absence de section syndicale. Lorsqu'une section syndicale est présente dans l'entreprise, la Cour considère que les attributions des délégués du personnel doivent être réduites aux demandes tenant à l'application du droit existant et ce pour ne pas empiéter sur les fonctions du syndicat et des délégués syndicaux. L'idée est en quelque sorte de définir un champ d'action des délégués du personnel qui évite de concurrencer les attributions accordées au syndicat dans l'entreprise.

Certains arrêts de la chambre sociale vont reprendre ce raisonnement et s'appuyer sur le caractère syndical d'une activité pour en déduire qu'elle excède les fonctions des délégués du personnel (cf. not. Soc. 29 juin 1978, *Bull. civ.* V, n° 537 ; 5 juill. 1979, *Bull. civ.* V, n° 618

et déjà, Soc. 15 mai 1968, *Bull. civ.* V, n° 241). L'arrêt de la chambre criminelle du 26 janvier 1993 (*Bull. crim.* n° 43 ; *Dr. soc.* 1993. 746, obs. J. Savatier) démontre que ce raisonnement est toujours d'actualité et qu'il peut encore produire des restrictions importantes de la fonction des délégués du personnel. Selon cet arrêt, l'employeur n'est pas tenu de répondre aux questions des délégués concernant les salaires, cette matière relevant de la négociation collective annuelle obligatoire (art. L. 2242-8 nouv. C. trav. ; L. 132-27 C. trav.). Une fois encore, la compétence des délégués syndicaux est considérée comme exclusive de la compétence des délégués du personnel. Cette décision est d'autant plus marquante qu'elle semble faire échec à la loi du 28 octobre 1982, laquelle, en réaction à l'arrêt *Citroën*, avait accordé une compétence générale en matière de salaire aux délégués du personnel (art. L. 2313-1 nouv. C. trav. ; L. 422-1, al. 1 C. trav., *préc.*). Les fonctions des délégués du personnel seraient ainsi fortement réduites dans les entreprises respectueuses du droit et dotées d'un délégué syndical.

Le raisonnement qui conduit à cette solution est pourtant contestable. Poussé à son extrême, il conduirait à priver de toute fonction les délégués du personnel, y compris dans les cas de violation de la loi par l'employeur. Il faut en effet rappeler la généralité des fonctions des délégués syndicaux. Il n'est nullement interdit à ces derniers de réclamer l'application de la loi. Faut-il en déduire que les délégués du personnel sont alors incompetents ? Ces conséquences extrêmes, clairement contraires au texte de la loi, proviennent de la faiblesse du raisonnement qui y conduit : en réalité la compétence simultanée de plusieurs institutions représentatives est possible. Une telle intersection commune dans les fonctions des diverses institutions représentatives dans l'entreprise est très souvent reconnue expressément par la loi. Tel est le cas, par exemple, en matière de temps de travail, où une compétence expresse est accordée au comité d'entreprise et à la négociation collective (art. L. 2323-6 ; L. 2242-8 nouv. C. trav. et L. 432-1 et L. 132-27 C. trav.). La jurisprudence reconnaît au demeurant l'existence de telles compétences communes (pour des exemples dans lesquelles il a été reconnu que la négociation collective sur un sujet relevant de la compétence du comité d'entreprise n'excluait pas la consultation préalable de ce comité, *cf.* not. Soc. 5 mai 1998, **n° 159**, *Bull. civ.* V, n° 219 ; *Dr. soc.* 1998. 764, note J.-E. Ray ; *Dr. ouvr.* 1998. 350, note D. Boulmier ; *D.* 1998. 608, note G. Auzero ; *RJS* 1998, n° 8/9, p. 611, note P.-H. Antonmattei ; Soc. 19 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 105, par ex., Soc. 28 nov. 2000, *Bull. civ.* V, n° 398). Il est dès lors difficile de tirer argument de la compétence des délégués syndicaux pour nier celle des délégués du personnel. De plus, en pratique, les délégués du personnel sont le plus souvent des militants syndicaux. Et il n'apparaît ni praticable ni opportun de leur interdire toute action revendicative dans le cadre de leur mandat.

Ces arguments n'ont pas encore convaincu la chambre criminelle : elle reste fidèle au raisonnement désuet de l'arrêt *Citroën* (n° 139) (cf. Crim. 26 janv. 1993, *préc.*). En revanche, une certaine évolution est perceptible au sein de la chambre sociale de la Cour de cassation. Depuis la fin des années 1970, l'exclusion des fonctions de délégué du personnel au motif du caractère syndical de l'activité en cause n'a plus été utilisée par la chambre sociale. Mais c'est surtout par l'arrêt *Piquot* du 23 septembre 1992 (n° 140) que cette évolution apparaît avec netteté. En l'espèce, une action commune avait été menée par des délégués du personnel, des délégués syndicaux, et des membres du comité d'entreprise. Cette action avait pour objet la prise du café dans l'entreprise, question qui ne relève pas, *a priori*, d'une simple application des lois et conventions collectives applicables. Et, si l'on en croit le moyen de l'employeur, il s'agissait d'une action non dépourvue de caractère revendicatif, puisqu'il s'agissait d'une « *manifestation de type carnavalesque, avec des panneaux portant des inscriptions désobligeantes, et accompagnée de la diffusion de musique, de la distribution de tracts, de café et de croissants, sur les lieux de travail et aux heures de travail* ». La Cour décide cependant que le temps passé à cette manifestation par les divers représentants impliqués entraine bien dans leurs fonctions respectives et qu'il pouvait par conséquent s'imputer sur leurs crédits d'heures respectifs. L'existence de compétences partagées par les différentes institutions représentatives est ainsi reconnue. Et cela permet à la Cour d'intégrer une « information » non dénuée de caractère revendicatif au sein des compétences des délégués du personnel.

Il faut souhaiter que l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale, encore timide, se confirme, afin qu'elle puisse venir à bout des réticences passablement désuètes de la chambre criminelle.

La consécration de compétences communes des délégués syndicaux et des délégués du personnel en matière de revendication ne doit pas faire craindre la confusion entre ces deux institutions. Il faut notamment rappeler le monopole de la négociation collective attribuée aux délégués syndicaux et le « référé liberté » spécifiquement accordé aux délégués du personnel par l'article L. 422-1-1 du Code du travail. De plus, un lien direct entre l'action du délégué du personnel et les intérêts des salariés qui l'ont élu doit être maintenu (cf. not. Soc. 24 mars 1993, *Bull. civ.* V, n° 98), alors qu'un lien indirect avec les salariés de l'établissement ou de l'entreprise où ils sont désignés semble suffire pour l'action des délégués syndicaux (cf. *infra* obs. sous n° 141).

Cette exigence d'un lien direct maintenu avec les intérêts de ses électeurs semble parfaitement justifiée, même si elle a parfois pu conduire à des solutions excessives. Ainsi, la participation du délégué du personnel à une réunion d'information portant notamment sur le

droit applicable aux délégués du personnel, a pu être considérée comme dépourvue de lien direct avec ces intérêts, au motif que le sujet de la réunion n'était pas spécifiquement consacré aux problèmes spécifiques de l'entreprise (Soc. 8 mars 1984, *Bull. civ. V*, n° 92 ; pour une solution similaire prise au sujet d'un membre du CHSCT, Soc. 5 oct. 1994, *Bull. civ. V*, n° 259). Cette solution est discutable puisqu'il est de l'intérêt de ses électeurs qu'un délégué du personnel ait connaissance de l'étendue de ses droits. En revanche, la Cour de cassation n'exige plus de circonstances exceptionnelles pour que les délégués exercent leur mission en dehors des locaux de l'entreprise (*cf.* Soc. 14 févr. 1989, *Bull. civ. V*, n° 121, pour la jurisprudence antérieure *cf.* Soc. 29 juin 1978, *Bull. civ. V*, n° 537 ; 21 juill. 1982, *Bull. civ. V*, n° 493).

Dans la suite de cette ouverture et par l'effet de la loi du 31 décembre 1992, le temps passé par les délégués du personnel à assister aux instances prud'homales est de plus en plus facilement inclus dans leurs attributions. Alors qu'en principe l'assistance ou la représentation d'un salarié devant le conseil de prud'hommes n'appartient pas à la mission de délégué du personnel (Soc. 21 févr. 1990, *Bull. civ. V*, n° 85), tel n'est plus le cas lorsqu'il s'agit de défendre les droits et libertés ou de lutter contre une discrimination en application de l'article L. 2313-2 nouv. C. trav. (L. 422-1-1 C. trav.) (Soc. 26 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 238, *Dr. soc.* 1999. 773, note C. Radé) ou lorsqu'il s'agit pour le délégué de défendre ses propres prérogatives (Soc. 3 juill. 1990, *Bull. civ. V*, n° 339, temps passé à se présenter devant l'inspecteur du travail qui enquêtait sur l'autorisation de son licenciement ; Soc. 23 janv. 1990, deux arrêts, *Bull. civ. V*, n° 21, arrêt n° 1, *Julian* et arrêt n° 2, *Rohr*, n° 141 ; Ass. plén. 31 oct. 1996, *Bull. ass. plén.* n° 7, *Dr. soc.* 1997. 270, note J.-M. Verdier ; *JCP* 1996. 496, note D. Corrignan-Carsin, audiences portant sur la contestation de l'utilisation des heures de délégation. Comp. Soc. 3 févr. 1998, *Bull. civ. V*, n° 63, audience portant sur une demande de rappel de salaire, sans lien avec le mandat).

Ces solutions confirment que, suivant la voie tracée par le législateur, la chambre sociale élargit peu à peu la latitude accordée aux délégués du personnel dans l'exercice de leur mandat. Cette tendance va à l'encontre de la fidélité affichée par la chambre criminelle à l'arrêt *Citroën*. Elle n'en doit pas moins être pleinement approuvée. Elle pourrait notamment contribuer à réduire le contentieux de l'usage des heures de délégation (sur ce contentieux, *cf. infra* obs. sous n° 150). Ce qui apparaît d'autant plus souhaitable que l'action en contestation des heures de délégation porte sur des sommes généralement modiques et qu'elle s'explique souvent par la volonté de l'employeur d'exercer une pression à l'encontre des élus du personnel.

II. — Fonctions des délégués syndicaux

141. Soc. 23 janvier 1990

Rohr c. Sté Les Câbles de Lyon

(*Bull. civ. V*, n° 21, arrêt n° 1)

ARRÊT

Sur les conclusions présentées par M. Rohr tendant à voir déclarer le pourvoi sans objet :

Attendu que M. Rohr, délégué syndical et défendeur à une action en contestation intentée par la société Les Câbles de Lyon de l'utilisation d'heures de délégation prises en 1985, demande à la Cour de déclarer le pourvoi sans objet en invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 15 de la loi du 20 juillet 1988 portant amnistie, selon lequel sont amnistiés, dans les conditions fixées à l'article 14, les faits retenus ou susceptibles d'être retenus comme motifs de sanction prononcée par un employeur ;

Mais attendu que la contestation judiciaire par un employeur de l'utilisation d'heures de délégation ne saurait s'analyser en une sanction et n'étant pas soutenu que le salarié ait été sanctionné à l'occasion de l'utilisation des heures litigieuses, la demande ne saurait être accueillie ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société *Les Câbles de Lyon* fait grief au jugement attaqué (conseil de prud'hommes d'Alès, 9 juin 1986) de l'avoir déboutée de sa contestation relative à l'utilisation par M. Rohr, délégué syndical, d'heures de délégation prises pour participer à une manifestation tenue à la bourse du travail lors d'une visite du chef de l'État à Alès le 24 juin 1985, alors que seules ouvrent droit à crédit horaire les activités entrant dans les attributions légales des délégués syndicaux, dont le rôle est de représenter leur syndicat auprès du chef d'entreprise ; que ne relève pas d'une telle mission et ne peut donc être imputée sur le crédit horaire d'un délégué syndical la participation à une manifestation politique organisée à l'occasion de la visite du chef de l'État ; qu'en en décidant autrement, le conseil de prud'hommes a violé les articles L. 412-20 et L. 412-11 du Code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte des articles L. 412-11, L. 422-1 et L. 431-4 du Code du travail, que si la mission des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ne peut concerner que les problèmes intéressant directement les salariés qui les ont élus, *celle des délégués syndicaux, qui consiste à représenter leur syndicat dans l'entreprise, peut être exercée en tout lieu dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils ont été désignés, dès lors qu'elle entre dans le cadre de l'objet défini par l'article L. 411-1 du Code du travail* ; que le conseil de prud'hommes ayant constaté que *la démarche du délégué syndical avait trait à la défense de l'emploi dans l'entreprise*, a décidé à bon droit que le temps passé à cette activité devait être rémunéré au titre des heures de délégation ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société *Les Câbles de Lyon* fait encore grief au jugement attaqué de l'avoir condamnée à payer comme heures de délégation au salarié plusieurs heures d'absence consacrées par ce dernier à assister en personne à des audiences en qualité de défendeur à une action en contestation de l'utilisation de son crédit d'heures, alors que le mandat de délégué syndical a pour objet la

représentation du syndicat auprès du chef d'entreprise et que ne relèvent absolument pas d'un tel mandat et ne sauraient donc s'imputer sur le crédit horaire dont il bénéficie, les heures consacrées par celui-ci à une audience portant sur un litige d'ordre personnel l'opposant à l'employeur, sur une question concernant les rémunérations d'heures de délégation prises par lui, pour assister à une manifestation politique sans rapport avec son mandat ; qu'en en décidant autrement, le conseil de prud'hommes a violé l'article L. 412-20 du Code du travail ;

Mais attendu qu'en assurant sa propre défense lors d'une contestation par l'employeur de l'utilisation de son crédit d'heures, le salarié protégé est dans l'exercice de son mandat ; que le moyen n'est pas mieux fondé que le précédent ;
Par ces motifs : Rejette.

OBSERVATIONS

Les délégués syndicaux sont les représentants du syndicat dans l'entreprise (art. L. 2143-3 nouv. C. trav. ; L. 412-11 al. 1^{er} C. trav.). Leurs attributions, quoique non définies expressément par le législateur, en découlent. Ainsi que l'exprime fort bien l'arrêt *Rhor* du 23 janvier 1990 (n° 141), en leur qualité de représentant du syndicat leur mission doit rester dans le cadre de l'objet reconnu aux organisations syndicales par l'article L. 2131-1 nouv. C. trav. (L. 411-1 C. trav.) (A) ; et en leur qualité de représentant *dans l'entreprise*, leur mission est limitée à la défense des intérêts des salariés de l'entreprise (B).

A. — La représentation du syndicat...

Parce qu'il est le représentant du syndicat, le délégué syndical doit agir au sein de l'objet reconnu aux organisations syndicales par l'article L. 2131-1 nouv. C. trav. (L. 411-1 C. trav.) (en ce sens, outre l'arrêt *Rohr* n° 141, cf. not. Soc. 10 juill. 1990 et 1^{er} avr. 1992, *préc.*). Cet objet est cependant très général, puisqu'il inclut « la défense des intérêts matériels et moraux, tant individuels que collectifs » des personnes visées dans les statuts du syndicat. Outre la revendication sous toutes ses formes, les syndicats ont en particulier deux fonctions particulièrement importantes. Ils sont, premièrement, les détenteurs du côté salarial de la capacité de conclure des conventions collectives. Ils ont, deuxièmement, un rôle fondamental d'assistance des salariés dans leurs actions en justice. Ces fonctions se retrouvent naturellement dans les missions reconnues aux délégués syndicaux.

Dans toutes les entreprises où ils peuvent être légalement désignés, les délégués syndicaux sont de droit invités à toute négociation collective (art. L. 132-20 C. trav., Soc. 25 janv. 1995, *Bull. civ.* V, n° 40, *RJS* 1995, n° 4, p. 231, note J. Savatier, *D.* 1995. 593, note P. Pochet). Ils ont en outre, *ès qualités*, la pleine capacité de conclure des accords collectifs.

Il en résulte qu'un syndicat ne peut interdire à son délégué de signer un accord. Il ne peut que résilier ou suspendre le mandat de ce délégué, tout en prenant soin de tenir informé en temps utile les autres parties à la négociation collective (Soc. 19 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 106).

Le délégué syndical a, de plus, une fonction générale d'assistance des salariés devant la justice. Ainsi, dans le cadre de ses heures de délégation, outre qu'il peut défendre ses propres prérogatives à l'instar des autres institutions représentatives (comme le rappelle l'arrêt *Rhor* n° 141), il peut assister aux débats dans un litige opposant l'employeur à d'autres représentants du personnel, à l'occasion d'un conflit collectif (Soc. 1^{er} avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 233). Une même faculté doit logiquement lui être assurée en cas de litige individuel, l'article L. 2131-1 nouv. C. trav. (L. 411-1 C. trav.) reconnaissant aux syndicats l'objet de défendre les intérêts « *tant individuels que collectifs* » des salariés. Dans le cadre de ses fonctions, il peut même être amené à assurer la représentation en justice de salariés ou d'anciens salariés, dans le cadre l'article R. 1453-2 nouv. C. trav. Le mandat des délégués syndicaux apparaît alors nettement plus large que celui des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel lesquels ne peuvent, sur leur temps de délégation, assister aux débats opposant l'employeur à un salarié dans un litige individuel (Soc. 12 mars 1987, *Bull. civ.* V, n° 137 ; Soc. 21 févr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 85).

Il n'en demeure pas moins que l'action en justice d'un délégué syndical en contestation des élections ne peut être comptée dans le temps de délégation (Soc. 10 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 452 ; Soc. 2 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 157), le délégué syndical étant irrecevable à intenter *ès qualités* une telle action (Soc. 31 janv. 2001, *Bull. civ.* V, n° 34). Cette irrecevabilité et cette exclusion de la mission de l'une des parties à l'accord préélectoral apparaissent cependant discutables.

B. — ... dans l'entreprise

Parce qu'il est désigné dans une entreprise ou un établissement le délégué syndical n'a de mission que limitée à la défense des intérêts des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au sein duquel il a été désigné (outre l'arrêt *Rohr*, n° 141, cf. not. Soc. 10 juill. 1990, *Bull. civ.* V, n° 361 ; 1^{er} avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 233). Cette limitation, logique, est comprise de manière relativement ouverte. Il semble qu'à la différence de l'exigence posée s'agissant des délégués du personnel ou des membres du Comité d'entreprise, l'existence d'un intérêt indirect ou accessoire des salariés du lieu de désignation suffise. La motivation adoptée par la Cour de cassation peu après l'arrêt *Rohr* (Soc. 10 juill. 1990 et 1^{er} avr. 1992, *préc.*) va en ce sens. Celle-ci oppose

nettement les représentants du personnel et les représentants du syndicat dans l'entreprise : « *si la mission des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ne peut concerner que les problèmes intéressant directement les salariés qui les ont élus, celle des délégués syndicaux, qui consiste à représenter leur syndicat dans l'entreprise, peut être exercée en tout lieu dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils ont été désignés* ». Ainsi, entrent dans les fonctions des délégués syndicaux d'assister à la visite du chef de l'État à la Bourse du Travail d'Alès, dès lors que la démarche du délégué avait trait à la défense de l'emploi dans l'entreprise (arrêt *Rohr*, n° 141), ou de se déplacer dans une autre entreprise dont le personnel est en grève, dès lors que celle-ci est un fournisseur de l'entreprise du délégué et que par conséquent elle « *n'était pas étrangère aux occupations du personnel* » vis-à-vis duquel le délégué doit exercer sa mission (Soc. 10 juill. 1990, *préc.*). En revanche, est exclue la participation à une manifestation de soutien à des salariés d'une autre entreprise sans lien particulier avec celle des délégués (Soc. 13 juin 1996, *Bull. civ. V*, n° 238) ou l'assistance aux opérations d'un scrutin à caractère national (Soc. 19 mars 1987, *Bull. civ. V*, n° 174).

III. — Étendue des attributions économiques du Comité d'entreprise

142. Crim. 2 mars 1978

Comité d'entreprise des établissements Haulotte et Syndicat départemental des métaux-Savoie CGT

(*Bull. crim.* n° 83 ; *Dr. soc.* 1978. 369, obs. J. Savatier ;
JCP 1979. II. 19052, note Ph. Salvage ; *Dr. ouvr.* 1978. 310)

ARRÊT

[...] Attendu qu'aux termes de l'article L. 432-4° du Code du travail, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ; et attendu que tout jugement ou arrêt correctionnel doit contenir des motifs propres à justifier la décision ; attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué qu'une importante firme ayant obtenu, au moyen de l'acquisition d'un grand nombre d'actions, une participation majoritaire dans le capital de la société exploitant une entreprise industrielle, il est reproché au prévenu Haulotte, président-directeur général de cette société d'avoir fait entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise en omettant de l'informer et de le consulter en temps utile au sujet de la cession ainsi intervenue et des conséquences prévisibles de cette opération ; attendu que, pour déclarer l'infraction non établie, l'arrêt, après avoir admis « le souci parfaitement légitime des salariés de l'entreprise en présence d'un changement pouvant entraîner

ner des mesures de gestion de nature à influencer défavorablement sur les conditions de travail », énonce d'une part que cette éventualité défavorable n'était en l'occurrence qu'hypothétique et ne s'est d'ailleurs pas réalisée ; que, d'autre part, l'opération en question a été le fait, non de la société elle-même, mais de treize de ses actionnaires qui n'ont fait qu'exercer leur droit d'aliéner librement les actions dont ils étaient propriétaires, et que cette opération de caractère patrimonial n'a entraîné aucune modification de la structure de la société pas plus que de son activité ; que ne saurait donc être imputée au représentant légal de cette société une vente consentie par des actionnaires à titre personnel, quel que soit par ailleurs leur rôle ou qualité dans l'entreprise ; attendu que ces motifs ne sont pas de nature à justifier la décision ;

Qu'en effet, d'une part, *il s'agissait de savoir, non pas si l'opération en cause avait été le fait de la société elle-même ou de certains de ses actionnaires, ni même si elle avait modifié les structures ou l'activité de cette personne morale, mais s'il n'incombait pas au chef d'entreprise d'en informer le comité ; que d'autre part, s'il est vrai que la vente, régulièrement conclue entre particuliers, d'actions ou parts d'une société constituée, en règle générale, une opération patrimoniale d'ordre privé à laquelle les dispositions du Code du travail ne sont pas applicables, il en va autrement au cas où la transmission négociée d'une partie du capital social est utilisée comme un moyen de placer la société qui exploite une entreprise sous la dépendance d'une autre société ; qu'une telle opération, qui équivaut dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise elle-même et dont les conséquences prévisibles sont nécessairement de nature à influencer sur la condition des salariés, doit être regardée comme posant une question intéressante au sens de l'article L. 432-4 du Code du travail, l'organisation, la gestion ou la marche générale de ladite entreprise ; que si, dès lors, elle en a connaissance, ce qui se produit nécessairement quand la négociation est le fait du chef d'entreprise, la direction est tenue, en vertu dudit article, d'informer à son sujet et de consulter le comité d'entreprise, le droit à l'information de celui-ci devant s'exercer chaque fois que vient à se poser une question entrant dans les prévisions du même texte, sans qu'il soit en outre nécessaire que la décision appartienne en droit aux organes représentatifs de la société exploitante ; qu'ayant en l'espèce implicitement admis par les motifs précités que les dirigeants de l'entreprise pouvaient n'être pas étrangers à la cession concertée d'une partie majoritaire du capital social, la cour d'appel, en omettant de rechercher si le prévenu n'avait pas participé lui-même à la négociation ou tout au moins n'en avait pas eu en temps utile pleine connaissance, ce qui l'eût obligé à en informer à son tour le comité d'entreprise, n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision ; par ces motifs :*

Casse et annule, mais seulement en ses dispositions civiles, l'arrêt de la cour d'appel de Chambéry du 10 juin 1976...

143. Soc. 12 novembre 1997

Comité d'entreprise de la Caisse d'allocations familiales des Yvelines c. Caisse d'allocations familiales des Yvelines

(Bull. civ. V, n° 375 ; Dr. ouvr. 1998. 49, concl. Y. Chauvy)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 432-1 et L. 431-5 du Code du travail, et 809 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu qu'en application de l'article L. 432-1 du Code du travail, dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la nature des effectifs et les conditions de travail du personnel ; qu'aux termes de l'article L. 431-5 du même Code, la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise ; que, *si une décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, il ne s'en déduit pas qu'elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes ; qu'un projet, même formulé en termes généraux, doit être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté ;*

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles 1^{er} déc. 1995), que la direction de la Caisse d'allocations familiales (la CAF) des Yvelines a soumis à son conseil d'administration le 22 juin 1995 deux projets d'organisation de ses services intitulés « travail social » et « permanences d'accueil » que le conseil d'administration a adoptés ; qu'elle n'avait pas, avant cette dernière date, réuni pour information et consultation sur les mêmes projets le comité d'entreprise de la Caisse ; que ce dernier, faisant valoir un manquement à la procédure d'information et de consultation prévue aux articles L. 432-1 et L. 431-5 du Code du travail, a fait assigner en référé la CAF pour que soit constaté un trouble manifestement illicite et qu'il soit, pour le faire cesser, interdit à la CAF de mettre en œuvre les projets litigieux jusqu'à ce que soit organisée une procédure régulière ;

Attendu que, pour débouter le comité d'entreprise de sa demande, la cour d'appel énonce que les projets envisagés par la direction de la CAF sont sans conteste, puisqu'ils concernent l'organisation de l'entreprise et sont susceptibles d'un impact sur les effectifs et les conditions de travail, de ceux à propos desquels l'article L. 432-1 du Code du travail prévoit une information et une consultation obligatoires du comité d'entreprise, que dans de tels cas il ressort de l'article L. 431-5 que la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité ; que la décision à laquelle doit obligatoirement être antérieure, en vertu de l'article L. 431-5 susvisé, la consultation du comité d'entreprise s'entend d'une manifestation de volonté du chef d'entreprise emportant, dans les matières sujettes à une telle consultation, des effets obligatoires et concrets, le texte dont s'agit visant évidemment, d'une part, à éviter que ne soit débattue par le comité de façon frustratoire, vaine et gratuite une question déjà unilatéralement tranchée et, d'autre part, à fournir au chef d'entreprise comme élément d'appréciation l'avis suscité de la part du comité par son initiative, que si le conseil d'administration de la CAF est effectivement un organe dirigeant susceptible de prendre une telle décision en arrêtant des modalités précises d'organisation des services de cette caisse, la lecture du procès-verbal de sa réunion du 22 juin 1995 enseigne qu'il a entériné des projets formulés en termes généraux après en avoir débattu, mais n'a nullement décidé de mesures précises dont la régularité aurait pu souffrir d'un défaut d'information et de consultation préalables du comité d'entreprise, que la note du 5 juillet 1995 effectivement évocatrice de mesures autrement concrètes et précises ne mentionne précisément de telles mesures que dans l'optique de leur soumission au comité dans une réunion préalable à leur éventuelle mise en œuvre, réunion au demeurant préparée de façon utile par la commission technique déjà informée le 15 juin ; qu'en définitive, et sous réserve d'un examen plus ample au fond, il n'est nullement établi qu'aient été méconnues par la direction de la CAF de façon manifeste et dommageable les dispositions légales invoquées ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé, d'une part, que les projets soumis au conseil d'administration concernaient l'organisation de l'entreprise et étaient susceptibles d'avoir un impact sur les effectifs et les conditions de travail, d'autre part, que le conseil d'administration de la CAF est un organe dirigeant, en vertu de l'article L. 212-2 du Code de la sécurité sociale, ayant le pouvoir de prendre une décision au sens de l'article L. 431-5, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs : Casse et annule...

OBSERVATIONS

L'alinéa 8 du Préambule de 1946 repris par la Constitution de 1958 proclame le droit des salariés de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la gestion des entreprises. En dépit de ce texte, dans l'ordre économique, les comités d'entreprise n'ont pour l'heure, guère que des compétences consultatives. Aucun pouvoir de codécision ne leur est reconnu, hormis en de très rares domaines (*cf.* not. le droit de veto du comité lors de la mise en place des horaires individualisés, L. 3122-23 nouv. C. trav. ; L. 212-4-1 C. trav.). Ces fonctions consultatives ont cependant pris une importance croissante. Leur champ d'application s'est développé (A). La procédure de consultation a été renforcée (B). Et l'écran de la personnalité morale, qui pouvait leur faire obstacle, a été partiellement levé (C).

A. — *Champ d'application*

Outre de nombreuses obligations d'information et de consultation spéciales prévues par le Code du travail, l'article L. 2323-6 nouv. C. trav. (L. 432-1, alinéa 1 C. trav.) prévoit de manière générale une obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise « *sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* ». « *Organisation* », « *gestion* » et « *marche* » de l'entreprise sont des termes partiellement redondants, qui permettent d'englober tous les domaines dans lesquels une décision de l'employeur peut être prise, qu'elle affecte ou non directement la situation des salariés (Crim. 2 mars 1978, *Dr. soc.* 1978. 375). Pour qu'une consultation préalable s'impose, il faut mais il suffit que la décision ait une certaine généralité et donc une certaine importance. Ainsi, les mesures ponctuelles ou individuelles ne sont pas soumises à consultation préalable (Crim. 15 avr. 1982, *Bull. crim.* n° 9, au sujet d'une modification d'horaire d'une demi-heure ne concernant que deux salariés). En revanche, une mesure qui ne concerne que quelques salariés,

mais qui a une vocation expérimentale, doit être soumise à consultation (Crim. 12 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 129, *Dr. soc.* 2005. 856-860, note F. Duquesne, à propos d'une mesure ne concernant qu'une quinzaine de salariés sur les plus de trois mille que comptait l'entreprise). Sont encore soumises à une telle consultation les mesures d'une certaine ampleur, même lorsqu'elles sont temporaires, comme par exemple la mise au chômage partiel d'une partie du personnel, (Crim. 7 oct. 1980, *Dr. ouvr.* 1981. 272 ; 10 mai 1988, *JS UIMM* 1988. 517). De même, la modification des fonctions de quelques salariés a un impact général, lorsque ces salariés sont détenteur d'un certain pouvoir de direction : la modification emporte alors une modification de l'organisation de l'entreprise, laquelle doit être soumise à consultation préalable (Crim. 19 févr. 1991, *RJS* 4/91, n° 481).

B. — Procédure

Pour que la procédure de consultation ait un sens, elle doit être menée avec suffisamment de soin. La « consultation », comme son nom l'indique, doit précéder la prise de décision. À défaut, elle ne serait plus qu'une « information ». C'est ce que confirme l'article L. 2323-2 nouv. C. trav. (L. 431-5 C. trav.), avant que le code ne précise quelque peu le contenu de la procédure de consultation proprement dite (art. L. 2323-3 et L. 2323-4 recod. ; L. 431-5 C. trav.). Le comité d'entreprise doit disposer des éléments d'informations nécessaires pour motiver son avis et ces informations doivent être écrites et précises. Il doit disposer d'un délai d'examen suffisant pour étudier ces informations et se prononcer en temps utile. Il doit enfin recueillir une réponse motivée de l'employeur. La jurisprudence est venue compléter ces exigences.

La Cour a ainsi tenté de préciser le moment auquel doit avoir lieu la consultation, en définissant la « décision » de l'employeur, décision qui, lorsqu'elle a eu lieu sans consultation préalable, caractérise la faute de l'employeur. Une « décision » n'est pas une simple pensée. L'employeur n'est pas tenu de consulter le comité dès qu'une vague idée lui passe par la tête. Mais elle n'est pas non plus nécessairement un acte juridique, ni même un engagement ferme. Un projet devenu trop précis pour pouvoir être facilement amendé, ou trop avancé pour pouvoir être totalement retiré est déjà qualifié par la Cour de « décision ». Ainsi, aux termes de l'arrêt de la chambre sociale *CAF des Yvelines* du 12 novembre 1997 (n° 143), un « projet même formulé en termes généraux » et dépourvu « de mesures précises et concrètes d'application » doit être qualifié de « décision » s'il a un objet suffisamment déterminé pour avoir une incidence et qu'il n'est plus suscep-

tible d'être « *remis en cause dans son principe lors de la discussion ultérieure* ». De même, un arrêt de la chambre criminelle du 19 février 1991 (RJS 4/91, n° 481), selon le projet de modifier les attributions de certains personnels dirigeants est déjà une décision, alors même que « *ces attributions n'avaient pas été encore définies* ». Ce sens relativement précoce accordé au terme de « décision » implique que, pour un projet d'une certaine envergure, plusieurs consultations du comité soient nécessaires. La première avant d'arrêter un projet d'ensemble, la seconde avant d'arrêter certains détails de ce projet, la troisième avant de prendre des mesures d'applications concrètes... C'est ce que confirme l'arrêt de la chambre sociale du 7 février 1996 (Bull. civ. V, n° 47), lorsqu'il précise que « *lorsque la mesure s'inscrit dans une procédure complexe comportant des décisions échelonnées, le comité doit être consulté à l'occasion de chacune d'elles* ». De plus, lorsque le comité a été consulté sur un projet, la modification substantielle de ce projet est une décision sur laquelle une consultation préalable s'impose (Crim. 19 septembre 2006, Bull. crim., n° 229 ; Dr. soc. 2006. 1197, obs. F. Duquesne, à propos d'une décision d'avancer le calendrier d'exécution d'un plan de restructuration sur lequel une première consultation avait déjà eu lieu).

Les droits du comité d'être informé et consulté semblent ainsi relativement denses et complets.

C. — *L'obstacle de la personnalité morale*

C'est en matière de consultation du comité d'entreprise que la jurisprudence a percé de la manière la plus nette et la plus emblématique l'écran de la personnalité morale, par son fameux arrêt *Haulotte* du 2 mars 1978 (n° 142). La solution alors adoptée a été depuis entérinée et amplifiée par la loi du 28 octobre 1982 (art. L. 432-1, al. 3 C. trav. devenu L. 2323-19 nouv. C. trav.). L'arrêt n'en demeure pas moins essentiel dans l'histoire du droit du travail, par le raisonnement qu'il adopte, lequel demeure une source d'inspiration à chaque fois que l'écran de la personnalité morale se dresse face à l'application du droit du travail.

En l'espèce, la *Société Haulotte* n'avait à proprement parler pris aucune décision. Il était reproché à son dirigeant de n'avoir ni informé ni consulté le comité d'entreprise d'une décision prise par certains actionnaires de céder leurs parts sociales aux Établissements Creusot-Loire. Cette cession de parts, intervenue entre des tiers aux contrats de travail, n'en avait pas moins des conséquences importantes sur les salariés, puisqu'elle permettait la prise de contrôle, par les cessionnaires, de la *Société Haulotte*. En droit, la situation des salariés n'était

pas modifiée, puisqu'ils conservaient pour seul employeur la *Société Haulotte*. Par la magie de la personnalité morale, le pouvoir auquel ils étaient soumis avait changé de mains, sans qu'ils n'aient juridiquement changé d'employeur. La fiction de la personnalité morale avait en quelque sorte produit une fiction de continuité.

C'est cette fiction qu'écarte la Cour de cassation en des termes on ne peut plus net. Elle reconnaît que la vente de parts sociales entre particuliers « *constitue en règle générale une opération patrimoniale d'ordre privé à laquelle les dispositions du Code du travail ne sont pas applicables* ». Mais elle ajoute qu'en l'espèce, « *L'opération, qui équivaut dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise elle-même et dont les conséquences prévisibles sont nécessairement de nature à influencer sur la condition des salariés, doit être regardée comme posant une question intéressant au sens de l'article L. 432-4 du Code du travail, l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise* ». La décision des actionnaires devait donc faire l'objet d'une information et si possible d'une consultation préalable.

Le point clef de cette motivation, qui prend la forme d'un attendu de principe, est que la Cour retient comme seule pertinente en l'espèce la réalité économique : l'opération « *équivaut dans l'ordre économique à une cession d'entreprise* », et cela seul compte. Qu'il n'y ait pas eu *juridiquement* de changement d'employeur importe peu. Rarement le droit des sociétés et l'écran de la personnalité morale n'auront été écartés avec autant de fermeté par la jurisprudence. Ce raisonnement, généralisé, conduirait à écarter la personnalité morale à chaque fois qu'elle masque une réalité qu'entend régir le droit du travail. Il est l'affirmation d'une primauté du droit du travail sur l'écran de la personnalité morale.

Dans le cadre du problème de droit soumis à la Cour, l'arrêt a pleinement fait jurisprudence, avant que d'être amplifié par la loi du 28 octobre 1982. Désormais, l'information du comité d'entreprises est obligatoire non seulement en cas de cession de contrôle, comme l'avait affirmé l'arrêt *Haulotte*, mais aussi, notamment, lorsque le dirigeant de la société employeur apprend la prise de participation d'un tiers au sein du capital de la société (art. L. 2323-19 al. 3 nouv. C. trav. ; L. 432-1, al. 3 C. trav.). Par « *prise de participation* » il faut entendre toute prise de participation significative au sens de l'article L. 33-7 du Code du commerce, soit encore tout franchissement par un associé « *du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital ou des droits de vote d'une société* ». En outre, depuis la loi du 15 mai 2001, une procédure particulière de consultation est mise en place en cas de dépôt d'une offre publique d'achat ou d'échange (art. L. 2323-21 et s. nouv. C. trav. ; L. 432-1, al. 4 et 5 C. trav.). Et cette procédure prévoit notamment que l'auteur de l'offre doit être auditionné par le comité, si ce dernier le souhaite.

Dans les autres matières du droit du travail, l'influence du raisonnement qui consiste à faire prévaloir la réalité économique du pouvoir sur la forme juridique des personnes morales s'accroît peu à peu, mais avec encore une certaine timidité de la part de la Cour de cassation. Le concept d'unité économique et sociale, découvert dès 1972 (Soc. 19 déc. 1972, *D.* 1973. 381, note M. Despax) demeure utilisé avec prudence par la Cour de cassation (*cf.* obs. sous n° 131) et le groupe de société au sein duquel la réintégration d'un salarié licencié doit être recherchée reste un groupe restreint (*cf.* obs. sous n° 114). La prévalence de la réalité économique sur la fiction juridique, expressément reconnue par l'arrêt *Haulotte*, conserve encore de larges domaines à conquérir. Pour ne prendre qu'un exemple, le principe d'égalité et la règle de non-discrimination s'arrêtent encore aux frontières de la personne morale.

IV. — Moyens des attributions économiques du Comité d'entreprise

144. Soc. 29 octobre 1987

Syndex c. Sté Clause

(*Bull. civ.* n° 605 ; *JCP* 1988. 20990, note M. Girault ; *Dr. ouvr.* 1989. 15)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 434-6, deuxième et troisième alinéas, du Code du travail ;

Attendu que, selon ce texte, d'une part, la mission de l'expert-comptable dont le comité d'entreprise peut se faire assister en vue de l'examen annuel des comptes porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise, d'autre part, pour opérer toute vérification ou tout contrôle qui entre dans l'exercice de cette mission, l'expert-comptable a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes ;

Attendu que pour débouter la société Syndex et le comité d'entreprise de la société Clause de la demande par laquelle la première, expert-comptable choisi par le second en application des dispositions susvisées, sollicitait de la société Clause la communication de diverses pièces, l'arrêt attaqué a retenu que la référence faite à la situation du commissaire aux comptes conduisait à admettre que l'expert-comptable du comité d'entreprise ne pouvait se faire communiquer que les documents qui lui étaient utiles pour les vérifications et contrôles entrant dans l'exercice de sa mission, qu'ainsi le droit de communication trouvait une limitation dans sa finalité, que la mission de l'expert-comptable du comité d'entreprise étant d'expliquer les comptes présents excluait notamment « toute projection hypothétique dans le futur » ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le commissaire aux comptes, aux pouvoirs d'in-

vestigation duquel sont assimilés ceux de l'expert-comptable du comité d'entreprise, peut, comme le prescrit l'article 229 de la loi du 24 juillet 1966, se faire communiquer toutes les pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission, la cour d'appel qui, à ce droit, a fixé une limite que le texte ne comporte pas, a violé celui-ci ;

Par ces motifs : Casse et annule...

OBSERVATIONS

Par application de l'article L. 2325-43 nouv. C. trav. (L. 434-8 C. trav.), le comité d'entreprise bénéficie d'une subvention de l'employeur affectée au « *fonctionnement* » du comité d'entreprise et qui permet à celui-ci d'assurer le financement de ses activités économiques. Cette subvention s'élève au minimum à 0,2 % de la masse salariale brute. Elle ne peut pas être utilisée au profit des activités sociales et culturelles, lesquelles ont un budget propre (*cf. infra*). À ce financement s'ajoute, notamment, la rémunération par l'employeur de certains experts auxquels le comité d'entreprise peut recourir.

L'intelligence de la situation économique de l'entreprise est une condition essentielle de la pertinence des avis rendus par le comité d'entreprise et de l'influence que ceux-ci peuvent exercer. D'où une attention particulière du législateur et de la jurisprudence aux experts du comité d'entreprise. Naturellement, le comité d'entreprise peut librement et à tout moment décider d'une expertise sur un sujet de son choix, portant sur les documents qu'il détient, dès lors qu'il finance cette expertise sur son budget de fonctionnement (art. L. 2325-41 nouv. C. trav. ; L. 434-6, al. 8 C. trav.). Mais la loi a, en outre, prévu le possible recours à des experts directement payés par l'employeur. Leur rémunération, qui ne s'impute pas sur le budget de fonctionnement du comité, est, en cas de contestation, fixée par le président du tribunal de grande instance statuant dans la forme des référés (*cf.* art. L. 2325-38 et L. 2325-40 nouv. C. trav. ; 434-6, al. 7 C. trav. et Soc. 27 nov. 2001, *Bull. civ.* V, n° 367, *Dr. soc.* 2002. 164, note G. Couturier). Ces experts ont une importance croissante.

L'article L. 2325-38 nouv. C. trav. (L. 434-6 alinéa 5 C. trav.) prévoit la rémunération par l'employeur d'un expert en technologie, qui peut être désigné à l'occasion de tout projet important d'introduction de nouvelles technologies dans les entreprises d'au moins 300 salariés. Ses pouvoirs d'investigation sont cependant limités aux documents détenus par le comité d'entreprise et il ne peut être désigné que par accord avec l'employeur ou à défaut par décision du président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés (art. L. 2325-38 et L. 2325-40 nouv. C. trav. ; L. 434-6, al. 5 et 7 C. trav.).

L'expert-comptable du comité, dont l'article L. 2325-40 nouv.

C. trav. (L. 434-6 alinéa 6 C. trav.) prévoit la rémunération par l'employeur, a une tout autre importance. Il peut être désigné lors de certains événements ponctuels, notamment lorsque le comité envisage de déclencher la procédure d'alerte prévue à l'article L. 2323-79 nouv. C. trav. (L. 432-5 C. trav.) et dans le cadre de la procédure de « grand » licenciement collectif (*i.e.* lorsque l'employeur projette le licenciement d'au moins dix salariés dans une période de trente jours). Il peut de plus, et surtout, être désigné régulièrement, dans la limite de deux fois par an, à l'occasion de l'examen des documents comptables de l'entreprise qui sont transmis au comité (art. L. 2325-35 nouv. C. trav. ; L. 434-6, al. 1 C. trav.). Et sa désignation se fait par décision unilatérale du seul comité d'entreprise.

Le champ d'investigation dont l'ont doté le législateur et la jurisprudence en font une pièce maîtresse de l'information du comité. Selon l'article L. 2325-36 nouv. C. trav. (art. L. 434-6 alinéa 2 C. trav.), l'expert comptable du comité a le droit d'effectuer des investigations sur « *tous les éléments d'ordre économique, financier ou social* » nécessaires à sa mission. Par son arrêt *Syndex* du 29 octobre 1987 (**n° 144**), Cour de cassation en a déduit que les pouvoirs d'investigation de l'expert-comptable du comité allaient bien au-delà des seuls documents transmis aux comités d'entreprise et qu'ils se calquaient sur les pouvoirs d'investigations attribués aux commissaires aux comptes (Soc. 22 oct. 1987, *Bull. civ.* V, n° 591 ; Soc. 8 nov. 1994, *Dr. soc.* 1995. 73). Or ces derniers ont des compétences fort larges (*cf.* art. L. 225-236 C. com., anc. art. 229 de la loi de 1966). Par l'intermédiaire de son expert, le comité a ainsi obtenu l'accès à la comptabilité analytique ou à l'ensemble des documents prévisionnels (arrêt *Syndex*, *préc.*). Il peut encore obtenir la comptabilité de l'ensemble des sociétés du groupe auquel appartient l'entreprise ou l'établissement dans lequel il exerce sa mission (Crim. 26 mars 1991, *Bull. crim.* n° 145 ; Soc. 8 nov. 1994, *Dr. soc.* 1994. 73, note M. Cohen). Mieux encore, la Cour a pu affirmer qu'« *il n'appartient qu'au seul expert-comptable désigné par le comité d'entreprise (...) d'apprécier les documents qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission* » (Soc. 8 nov. 1994, *préc.*). La Cour de cassation a enfin, plus récemment, reconnu que les documents des sociétés étrangères du groupe auquel appartient l'entreprise devaient être transmis à l'expert sur sa demande (Soc. 27 nov. 2001, *Bull. civ.* V, n° 367, *Dr. soc.* 2002. 164, note G. Couturier). Il ne s'agit pas d'une application du droit français à ces sociétés étrangères, mais plus simplement d'une obligation faite aux dirigeants de l'entreprise située en France de recueillir, afin de les transmettre à l'expert, les documents en question. Pour échapper à la condamnation, la société située en France doit démontrer « *qu'elle n'était pas en mesure de recueillir les informations relatives aux entreprises du groupe situées sur le territoire d'un autre pays* » (Soc. 27 nov. 2001, *préc.*).

Cette solution permet une modeste résistance des attributions économiques du comité d'entreprise de droit français, lorsque les décisions les plus importantes sont prises dans le cadre de sociétés mères étrangères qui échappent à l'application du droit français. Au moins les comités pourront-ils avoir ainsi accès à certaines informations, par l'intermédiaire de leurs experts, à défaut de pouvoir imposer d'être consulté en préalable aux décisions les concernant, mais qui, prise sous l'empire de lois étrangères, leur échappent.

V. — Sanctions des attributions économiques du Comité d'entreprise

145. Com. 17 février 1975

Giacometti

(*Bull. civ. IV*, n° 44 ; *JCP* 1975. II. 18105, note J. Savatier ;
D. 1975. 466, note J.-C. Bousquet)

ARRÊT

[...] Sur le second moyen, pris en ses deux branches : attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt déferé d'avoir statué comme il a été dit, au motif que la partie annulée de la délibération litigieuse s'est déroulée après le départ des deux membres du comité d'entreprise, alors, selon le pourvoi, d'une part, que si l'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945 prévoit que deux membres du comité d'entreprise assisteront aux séances du conseil d'administration des sociétés anonymes, aucune disposition de loi ne sanctionne par la nullité les décisions des conseils prises hors la présence de ces représentants, que, dès lors, en annulant, pour ce seul motif, la décision litigieuse, la cour d'appel a ajouté à la loi une disposition qu'elle ne comporte pas, et alors, d'autre part, que la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire, déclarer qu'elle ne pouvait substituer son appréciation à celle du conseil, organe auquel la loi et les statuts attribuent compétence pour engager les sociétés commerciales, et limiter les pouvoirs ainsi reconnus à ce conseil sur le vu d'une disposition de loi qui, n'accordant que voix consultative aux délégués des comités d'entreprise, ne leur donne pas la qualité de membre du conseil ;

Mais attendu que l'arrêt constate que les deux délégués du comité d'entreprise ont assisté à la séance précitée du 20 décembre 1965 depuis son ouverture à onze heures jusqu'à ce qu'elle ait été déclarée levée à 12 h 30, heure à laquelle ils se sont retirés, et qu'ainsi, ils n'ont pas été présents à la partie de cette séance consacrée, à partir de 12 h 45, à l'examen et à l'adoption des résolutions litigieuses ;

Qu'il relève que Giacometti, Aurel et leur groupe expliquent et entendent justifier ce retrait parce que les points restant alors à régler ne concernaient pas ces délégués ;

Qu'après avoir rappelé que, selon l'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945, dans les sociétés anonymes deux membres du comité d'entreprise

délégués par lui doivent assister à toutes les séances du conseil d'administration, l'arrêt déclaré a bon droit que si ce texte accorde seulement aux délégués une voix consultative, il n'en impose pas moins leur convocation, et, s'ils y répondent, leur présence aux séances du conseil d'administration, quel qu'en soit l'objet pour qu'ils puissent exprimer leur opinion et avoir éventuellement une influence sur le vote des membres délibérants et, qu'en conséquence, si une délibération a été prise hors de leur présence après que la séance ait été déclarée levée, les décisions du conseil, prises dans de telles conditions, sont entachées d'irrégularité et doivent être déclarées nulles ;

Qu'en statuant par ces motifs, la cour d'appel a, sans se contredire, fait une exacte application des dispositions légales sus-énoncées ;

Que, dès lors, le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

L'article L. 2328-1 nouv. C. trav. (L. 483-1 C. trav.) fixe les sanctions pénales encourues en cas d'entrave à la création ou aux attributions du comité d'entreprise, qu'elles soient économiques (*cf.* par ex. l'arrêt *Haulotte* du 2 mars 1978, n° 142) ou sociales et culturelles (*cf.* par ex. Crim. 22 nov. 1977, *Bull. crim.* n° 362). Sont encourues une peine d'emprisonnement maximale d'un an et une amende de 3 750 euros, peines qui peuvent être doublées en cas de récidive. Une protection pénale des autres institutions représentatives du personnel et des syndicats est également prévue, dans des termes proches, par d'autres délits d'entrave (v. not. les art. L. 4742-1 ; L. 2146-1 ; L. 2316-1 ; L. 2328-1 nouv. C. trav. ; L. 263-2-2 ; L. 481-2 ; L. 483-1-1 et s. et L. 483-1-2 C. trav.). Ces incriminations sont importantes, à la fois comme nécessaire soutien apporté à l'action de l'inspection du travail et comme signe du poids accordé par le droit positif aux règles relatives à la représentation du personnel et du syndicat dans l'entreprise. Cependant, le faible montant des amendes encourues et l'absence pratique de peines d'emprisonnement prononcées font que ces textes demeurent relativement peu dissuasifs. D'autant que les enjeux financiers peuvent être importants, particulièrement dans les matières soumises à la consultation du comité d'entreprise.

Aussi, c'est vers les sanctions civiles que se porte naturellement la recherche d'une véritable dissuasion.

Lorsqu'une consultation est irrégulière, elle est nulle et elle doit être recommencée (v. en ce sens et en des termes très clairs, Soc. 17 juin 1997, *Grands Magasins de l'Ouest*, *Bull. civ.* V, n° 223). Mais cette sanction est généralement totalement dépourvue d'intérêt : la décision a déjà été prise, souvent des actes irrévocables ont été signés, et la consultation est donc devenue une pure formalité. La question centrale est donc de savoir quel impact l'irrégularité de la consultation doit avoir sur la décision qui l'a suivie.

L'option essentielle en la matière est le choix entre une sanction indemnitaire, par « équivalent », et une sanction visant au rétablissement de la légalité, comme la nullité.

L'arrêt *Giacometti* du 17 février 1975 (n° 145) affirme que cette deuxième branche de l'alternative est pleinement ouverte. En l'espèce, certaines décisions avaient été adoptées par le Conseil d'administration d'une société anonyme au cours d'une séance à laquelle les représentants du comité d'entreprise n'avaient pas été convoqués en violation de l'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945 applicable à l'espèce (sur les règles actuelles de représentation des salariés dans les Conseils d'administration, v. les articles L. 2323-62 et s. nouv. C. trav. ; L. 432-6 C. trav.). L'arrêt affirme clairement que ces décisions irrégulières « doivent être déclarées nulles ».

L'adoption de la sanction civile de la nullité permet de rapprocher le droit du travail du droit commun. En principe, l'inexécution d'une obligation implique le rétablissement de la légalité, dès lors que celui-ci est possible. Et la nullité d'un acte juridique pris en violation des obligations légales qui encadrent son adoption est de principe, dès lors que ces formes ont été conçues pour influencer sur le fond de la décision. Or, tel est bien le cas ici, ainsi que l'arrêt *Giacometti* prend soin de le rappeler. Même s'ils n'ont que voix consultative, les délégués du comité ont le droit de s'exprimer devant le conseil d'administration de la société et d'exercer ainsi une influence au fond sur la décision qui sera prise.

Le choix du rétablissement de la légalité s'imposait, en outre, pour des raisons pratiques. Une sanction simplement indemnitaire de l'irrégularité commise apparaîtrait, dans ce type d'espèce, presque équivalente à une absence de sanctions civiles. Une indemnité calculée selon le préjudice subi serait en effet bien hypothétique, même si la perte d'une faible chance de modifier la décision de l'organe de la société en cause ou celle d'un préjudice moral peuvent toujours être plaidés.

La solution de l'arrêt *Giacometti* apparaissait ainsi solidement étayée. Elle fut cependant rapidement contestée, sur un argument tiré de l'article 360, alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966, article postérieur aux faits de l'arrêt *Giacometti*, et qui est depuis devenu l'article L. 235-1, alinéa 2 du Code de commerce. Cet article fixe les cas dans lesquels la nullité est encourue en droit des sociétés, et l'absence des délégués du comité n'entre pas dans les prévisions de ce texte. L'argument n'est pourtant guère convaincant. En un temps où la résolution judiciaire du Code civil est écartée systématiquement par la Cour de cassation au nom de l'exclusivisme des règles du Code du travail (v. arrêt n° 90), il apparaît difficile de refuser que le Code du travail puisse prévoir une nullité ignorée du Code de commerce.

L'argument n'en a pas moins provoqué un certain trouble, qui sub-

siste aujourd'hui encore. Ainsi, dans un arrêt du 16 mai 1998 (*RJS* 10/98, n° 1243), la Cour de cassation a tenté d'adopter une voie moyenne entre la reconnaissance de la nullité et son rejet. Une telle voie moyenne étant *a priori* impossible, l'arrêt est curieusement motivé. Selon ses termes, « *l'absence des salariés ayant voix consultative, hors toute fraude, n'entache pas de nullité une délibération dont le seul objet était l'exercice d'une action en justice* ». On comprend mal cette exigence supplémentaire d'une fraude pour que la violation de la loi puisse être sanctionnée par le rétablissement de la légalité. La fraude à la loi est un mécanisme correcteur du droit qui permet de sanctionner une personne alors même qu'elle se trouve formellement dans le cadre de la légalité. Il est ici totalement détourné de son objet par la Cour de cassation, qui l'utilise à rebours, pour refuser de sanctionner une violation incontestée de la loi. Le caractère pour le moins étrange de cette motivation, ainsi que sa non-publication au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, conduisent à ne pas accorder à cet arrêt de véritable impact jurisprudentiel. Il n'en est pas moins le signe de la persistance d'un doute, au sein de la Cour de cassation, quant à la portée de l'arrêt *Giacometti* (n° 145) sur la question même qu'il avait à résoudre.

C'est paradoxalement en dehors même de la stricte question de droit qui lui était posé que la portée de l'arrêt *Giacometti* allait être la plus grande. Les fondements juridiques et pratiques qui avaient conduit à adopter la solution de la nullité par l'arrêt sont en effet pleinement transposables à l'ensemble des fonctions consultatives du comité d'entreprise. Et c'est sur ces fondements, que, peu à peu, la Cour de cassation a accru le champ de la nullité des actes de l'employeur fait en violation des attributions consultatives du comité d'entreprise. Cet accroissement progressif semble aujourd'hui en passe de réaliser une certaine généralisation de la solution de l'arrêt, pour l'ensemble des fonctions consultatives du comité. Ne seraient plus exclues que quelques rares exceptions, parmi lesquelles, peut-être, l'hypothèse même sur laquelle la Cour s'était prononcée dans son arrêt *Giacometti*.

Le raisonnement de l'arrêt *Giacometti* avait été initié au sujet de la consultation obligatoire du comité d'entreprise préalablement à l'adoption par l'employeur d'un règlement intérieur : à défaut de consultation préalable, le règlement intérieur est privé de tout effet (Soc. 4 juin 1969, *Bull. civ. V*, n° 367 ; *Dr. soc.* 1969. 515, obs. J. Savatier). Dans le même ordre d'idée, la Cour a pu affirmer que la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur sans information préalable du comité d'entreprise était inopposable aux salariés et que ceux-ci continuaient, par voie de conséquence, à bénéficier de l'avantage en question (*cf.* not. Soc. 22 janv. 1992, *Bull. civ. V*, n° 25 ; 23 sept. 1992, *Bull. civ. V*, n° 479 et déjà, Soc.

15 mai 1990, *Serrures Fontaines*, non publié au *Bull.*). De même, la dénonciation d'un accord d'entreprise ayant un impact sur l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise ne pourra prendre effet qu'une fois la consultation du comité d'entreprise accomplie (Soc. 5 mars 2008, pourvoi n° 07-40.273, à paraître au *Bull.*). Un licenciement économique décidé en violation des prérogatives du comité d'entreprise est nul, s'il a été prononcé alors qu'une demande en justice de suspension des licenciements était en cours (v. Soc. 14 janvier 2003, *Bull. civ. V*, n° 5 ; Soc. 7 avril 2004, *Dr. soc.* 2004. 668, obs. G. Couturier ; *Bull. civ. V*, n° 108 ; Soc. 11 janvier 2007, pourvoi n° 05-10350, *Bull. civ. V*, n° 5). Et, c'est au motif d'une absence de consultation préalable du comité d'entreprise sur la mise en place d'un système de vidéosurveillance, que les éléments de preuve issu de ce système ont été dits « inopposables aux salariés » (Soc. 7 juin 2006, *Bull. civ. V*, n° 206).

Ces solutions semblent découler du droit commun : un acte juridique fait en violation des formes requises est en principe nul, dès lors que ces formes ont pour objet d'influer sur le fond de l'acte. Or, la consultation du comité d'entreprise est bien une formalité substantielle de ce type : elle n'a de sens que comme un moyen d'influence *au fond* des représentants du personnel sur les décisions de l'employeur.

Pourtant la jurisprudence reste relativement timorée en la matière. La sanction de la nullité a conquis d'importants espaces, mais elle est encore loin d'être généralisée. Ainsi, les licenciements prononcés sans respect de la procédure consultative ne sont pas nuls, sauf en cas de demande de suspension antérieure (v. Soc. 14 janvier 2003 ; Soc. 7 avril 2004 ; Soc. 11 janvier 2007, *préc.*). De même, les conventions collectives conclues en violation de l'obligation de consultation du comité ne sont pas nulles et demeurent pleinement applicables (Soc. 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 219 ; *Dr. soc.* 1988. 764, note J.-E. Ray ; *Dr. ouvr.* 1998. 350, note D. Boulmier ; *D.* 1998. 608, note G. Auzero ; *RJS* 1998. 611, note P.-H. Antonmattei ; Soc. 19 mars 2003, *Bull. civ. V*, n° 105 ; *Dr. soc.* 2003. 552, note G. Couturier).

À l'heure actuelle, il est dès lors assez difficile de fixer une règle générale. La décision de l'employeur prise en violation des prérogatives du comité est nulle ou inopposable dans certains domaines. Mais elle ne l'est pas dans d'autres domaines. Et aucun critère ne permet de sélectionner les domaines où la nullité est ou non encourue. Peut-être est-ce simplement le signe d'une jurisprudence encore en construction ? L'essor de la nullité en droit du travail se fait avec lenteur.

En revanche, la suspension en référé de la décision de l'employeur faite sans consultation régulière est aujourd'hui admise et ce dans tous les domaines (ou presque). Cette suspension de la décision en référé n'a pas l'efficacité d'une annulation.

Mais elle est parfois coûteuse pour l'employeur. Et elle permet souvent de gagner un temps précieux pour les salariés qui tentent d'infléchir certaines décisions.

La possibilité d'une suspension en référé s'est généralisée à partir des arrêts *Sietam Industries* (Soc. 16 avril 1996, *Sietam Industries*, *Bull. civ.* V, n^{os} 163, 164 et 165 ; *Dr. soc.* 1996. 484, note A. Lyon-Caen et p. 932, note G. Béliet et H.-J. Legrand ; *Dr. ouvr.* 1996. 317, note M. Miné ; *RJS* 1996. 316, concl. R. Kessous. *JCP E* 1996. 161, note G. Picca). Dans le premier arrêt *Sietam*, cette suspension a touché les effets d'une cession de parts sociales emportant réorganisation du groupe auquel appartenait l'entreprise (*Bull. civ.* V, n^o 163) ; le second a permis la suspension des décisions de licenciement collectif (*Bull. civ.* V, n^o 164) ; et le troisième a suspendu tous les effets de la fermeture d'un établissement (*Bull. civ.* V, n^o 165). Depuis, la possibilité d'une suspension des effets de la décision de l'employeur s'est exprimée dans des domaines très variés. Ont ainsi été suspendus pour défaut de consultation du comité le lancement d'un nouveau produit (Soc. 28 novembre 2000, *Bull. civ.* V, n^o 398) ou encore tous les actes matériels d'un déménagement (Soc. 5 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n^o 371).

Seule l'application d'une convention collective conclue en violation des prérogatives du comité semble ne pas pouvoir être suspendue (v. Soc. 5 mai 1998 ; Soc. 19 mars 2003, *préc.*, n^o 877). Il s'agit d'une dernière exception difficilement compréhensible.

Ainsi, le rétablissement de la légalité est de principe en référé, et reste limité au fond. Ces deux formes de rétablissement de la légalité semblent pourtant difficilement dissociables. Au demeurant, dans les autres domaines du droit du travail, la faculté du juge des référés d'ordonner le rétablissement de la situation initiale et celle des juges du fond de prononcer la nullité sont inséparables. L'arrêt de la Cour de cassation qui a reconnu pour la première fois la nullité du licenciement irrégulier d'un salarié gréviste l'a fait pour motiver la faculté accordée au juge des référés de suspendre un tel licenciement et d'ordonner la réintégration : la suspension en référé était valide *parce que* la nullité au fond était encourue (Soc. 26 septembre 1990, *Compagnie lyonnaise de goudrons et de bitumes*, *Bull. civ.* V, n^o 387 ; *Dr. ouvr.* 1990. 457, note F. Saramito ; *Dr. soc.* 1991. 60, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; *Grands arrêts*, n^o 200). Réciproquement, la Cour a déjà cassé une décision de suspension du juge des référés au motif que l'irrégularité commise « n'a pas pour effet d'entraîner la nullité » (Soc. 19 mars 2003, *Bull. civ.* V, n^o 105 ; *Dr. soc.* 2003. 552, note G. Couturier). Cette unité est logique. Soit le rétablissement de la légalité est possible et il doit s'imposer en référé comme au fond. Soit il est exclu et il doit alors être refusé en référé comme au fond.

En un mot, si la pleine admission de la nullité était la traversée

d'un cours d'eau, nul doute que celui-ci serait considéré comme un large fleuve, tumultueux. On peut comprendre la crainte d'une traversée trop rapide. Mais le choix de franchir ce Rubicon progressivement, pas à pas, depuis quelques dizaines d'années est bien discutable. Rester aussi longtemps au milieu du gué, c'est aussi accepter une longue noyade dans l'incohérence.

VI. — Étendue des activités sociales et culturelles du Comité d'entreprise

146. Soc. 13 novembre 1975

Rhône Poulenc Textile

c. Comité d'établissement de l'usine de Belle-Etoile

(Bull. civ. V, n° 533)

ARRÊT

Sur le premier moyen : attendu que la société Rhône-Poulenc textile fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir décidé que de nouvelles œuvres sociales devaient être transférées au comité d'établissement de l'usine de Belle-Etoile, avec le financement supplémentaire correspondant, aux motifs qu'en application des dispositions du décret du 2 novembre 1945, *doit être considérée comme œuvre sociale toute activité non obligatoire légalement, quelle qu'en soit sa dénomination, la date de sa création et son mode de financement, exercée principalement au bénéfice du personnel de l'entreprise, sans discrimination, en vue d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie du personnel au sein de l'entreprise*, que ces dispositions seraient d'ordre public et qu'il ne saurait y être apporté de restrictions conventionnelles résultant d'un accord entre la société et le comité d'établissement, alors, d'une part, qu'il était soutenu par les conclusions d'appel de l'employeur, demeurées sans réponse, que, dès 1952-1953, le comité d'établissement de l'usine de Belle-Etoile avait assuré la charge de plusieurs œuvres sociales et qu'en application du décret du 2 novembre 1945 et de la loi du 2 août 1949, la contribution patronale devait être calculée en prenant comme année de référence la plus favorable des trois années ayant précédé la prise en charge des œuvres sociales de l'entreprise par un comité organisé ;

Qu'il existait en 1952 un comité, lequel bénéficiait d'une contribution patronale dont le montant s'élevait à 1,50 % de la masse salariale et qu'ainsi la contribution de l'employeur ne pouvait, au plus, excéder le taux de 3,6 % qu'il avait accepté par l'accord signé le 21 avril 1969, et alors, d'autre part, que la matérialité du transfert d'œuvres sociales au comité d'établissement de l'usine de 1952-1953 n'étant pas contestée par le comité d'établissement, pas plus que le taux de 1,50 % de la masse salariale, comme étant celui versé en conséquence au comité d'établissement, il s'ensuit nécessairement que la cour d'appel ne pouvait, d'office, sans méconnaissance des termes du litige, des règles de la preuve et des dispositions de procédure qui s'imposaient à elle, se refuser d'en tenir compte, au seul motif que la direction n'aurait pas apporté d'éléments permettant de

déterminer la date de prise en charge initiale des œuvres sociales par le comité d'établissement ;

Mais attendu que *quelles qu'aient pu être les modalités de financement convenues lors de la prise en charge de précédentes œuvres sociales, le comité d'établissement pouvait prétendre, lors du transfert de nouvelles œuvres, au financement correspondant à celles-ci*, calculé conformément à l'article L. 432-3 du Code du travail, sur les trois années précédant la prise en charge de ces œuvres ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen, pris du chef du mess des cadres et du charbon des retraités : attendu que la société Rhône-Poulenc textile fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné le transfert au comité d'entreprise du mess des cadres et du charbon des retraités au motif qu'il s'agirait d'avantages constituant des œuvres sociales, alors que, d'une part, s'agissant du mess des cadres, la cour d'appel constate que celui-ci est fermé depuis juillet 1971 à la suite du refus du personnel d'y continuer le service, qu'ainsi aucune dépense sociale n'était affectée au service du mess dont le local ne pouvait, dès lors, être transféré au comité d'établissement, alors, d'autre part, que la distribution chaque année de subsides en vue de fournir du charbon aux retraités ne constituait pas une œuvre sociale relevant du comité d'établissement, celui-ci n'étant légalement habilité qu'à l'égard des employés et salariés de l'entreprise à l'exclusion des retraités ;

Mais attendu, d'une part, qu'en ce qui concerne *le mess des cadres, l'arrêt attaqué a constaté que le local dont le transfert avait été demandé par assignation du 14 mai 1971 était celui dans lequel les repas étaient servis aux cadres, qu'il avait un but social* et qu'il n'avait été fermé que postérieurement, par une décision de la direction ;

Qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu estimer, en se plaçant à la date de la demande, que celle-ci était justifiée ;

Attendu, d'autre part, *en ce qui concerne les retraités, que contrairement aux allégations du moyen le comité d'établissement est habilité par l'article R. 432-2 du Code du travail à gérer les œuvres sociales tant au profit des salariés que des anciens salariés tels les retraités, en considération des services qu'ils avaient effectués dans l'entreprise* ;

D'où il suit que, de ces chefs, le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : le rejette ;

Mais sur le second moyen, du chef du casse-croûte des équipes et des allocations de service militaire : vu les articles 1134 du Code civil, L. 140-I et suivants du Code du travail, L. 120 du Code de la sécurité sociale ;

Attendu que pour décider que le casse-croûte des équipes et les allocations de service militaire étaient des œuvres sociales devant être transférées au comité d'entreprise, la cour d'appel a estimé, d'une part, en ce qui concerne le casse-croûte des équipes alloué par l'employeur au personnel posté à certaines fêtes de l'année, qu'il s'agissait d'un geste exceptionnel et limité de la société à l'égard d'une partie du personnel et, d'autre part, que les allocations de service militaire versées au personnel appelé sous les drapeaux constituaient une mesure d'entraide répondant à la notion d'œuvre sociale ;

Qu'en statuant ainsi, alors que ces avantages alloués régulièrement *étaient des compléments de rémunération versés obligatoirement par l'employeur en contrepartie de l'exécution du contrat de travail*, la cour d'appel a violé les textes sus-visés ;

Par ces motifs : Casse et annule, du chef du casse-croûte des équipes et des allocations de service militaire, l'arrêt rendu entre les parties le 29 mai 1973 par la cour d'appel de Lyon.

147. Soc. 26 janvier 1999

**Comité d'établissement de Lys-lez-Lannoy
c. Sté Gec Alsthom Stein industrie**

(*Bull. civ. V, n° 41*)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 432-8 et R. 432-2 du Code du travail ;

Attendu que, pour décider que la délibération du 30 novembre 1993 prise par le comité d'établissement de Lys-lez-Lannoy de la société Gec Alsthom Stein industrie attribuant un don exceptionnel du comité pour assurer la défense des salariés licenciés pour motif économique de ladite société ne pouvait être rattachée à une utilisation régulière des fonds destinés aux activités sociales et culturelles, la cour d'appel retient que, si l'énumération des œuvres sociales gérées par les comités d'entreprise ou d'établissement telle que l'énonce l'article R. 432-2 du Code du travail n'est pas limitative des actions qu'ils peuvent entreprendre, encore faut-il que celles-ci pour être admises soient conformes à la finalité de la mission qui leur a été dévolue par le législateur et qu'elles tendent directement et nécessairement à l'amélioration des conditions de vie ou de travail du personnel sans aucune discrimination, qu'il ne saurait en être ainsi d'une affectation de fonds destinés à la prise en charge de la partie résiduelle des frais non compris dans les dépens à même d'être exposés par des salariés licenciés à l'occasion d'une action engagée contre leur ancien employeur, frais dont la plus grande partie a été payée par une contribution tout à la fois de certains membres du personnel grâce à une quête effectuée à cet effet et des syndicats de salariés implantés dans l'entreprise qui ont accepté de verser à cette fin le reliquat d'une caisse de grève ;

Qu'en statuant ainsi, alors que *l'aide exceptionnelle accordée à d'anciens salariés*, licenciés dans le cadre d'un licenciement collectif pour motif économique, à *l'effet d'agir en justice pour obtenir le respect des engagements pris par l'employeur dans le plan social, dont le comité d'entreprise avait examiné les dispositions, relève des activités sociales* au sens des articles L. 432-8 et R. 432-2 du Code du travail, la cour d'appel en a violé les dispositions ;

Par ces motifs : Casse et annule.

OBSERVATIONS

La notion d'« activité sociale et culturelle » délimite un domaine de compétence exclusif du comité d'entreprise, auquel est spécialement affecté un financement spécifique (sur ce financement, *cf. supra*). La définition des « activités sociales et culturelles » recouvre donc un double enjeu. Tout ce qui entre dans la notion doit être transféré au comité d'entreprise, s'il le revendique. Et ce qui en sort ne peut être financé par le comité d'entreprise sur le budget propre à ces activités.

La notion d'« *activité sociale et culturelle* » s'est substituée, depuis la loi du 28 octobre 1982 aux « *œuvres sociales* » de l'ordonnance

du 2 février 1945 et de la loi du 2 août 1949. Il ne semble pas cependant que ce changement terminologique ait produit une évolution notable du concept, la liste d'activités, non limitatives, prévue à l'article R. 2323-20 nouv. C. trav. (R. 432-2 C. trav.) n'ayant pas été modifiée à cette occasion.

On ne trouve de véritable définition des activités sociales et culturelles ni au sein du Code du travail, la liste non limitative de l'article R. 2323-20 nouv. C. trav. (R. 432-2 C. trav.) ne pouvant en tenir lieu, ni au sein de la jurisprudence.

La seule définition de la notion d'activité sociale et culturelle présente dans les arrêts de la Cour de cassation se trouve au sein d'un arrêt du 13 novembre 1975 *Rhône Poulenc Textile* (n° 146), souvent cité comme valant création au moins indirecte d'une définition jurisprudentielle. Cette définition est la suivante : « *doit être considérée comme œuvre sociale toute activité non obligatoire légalement, quelle que soit sa dénomination, la date de sa création et son mode de financement, exercée principalement au bénéfice du personnel de l'entreprise, sans discrimination, en vue d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie du personnel de l'entreprise* ». La portée de cette définition est cependant pour le moins douteuse. Il s'agit d'une définition donnée par la cour d'appel de Lyon, mentionnée comme telle par la Cour de cassation qui se garde bien de la reprendre à son compte. Bien au contraire, la Cour de cassation casse l'arrêt qui a livré cette définition. L'arrêt d'appel avait considéré que certains avantages pouvaient être considérés comme des œuvres sociales (allocation service militaire et fourniture de casse croûte), sans doute parce qu'ils n'étaient pas « *obligatoires légalement* ». La Cour de cassation casse cette décision, au motif que les avantages en question s'analysaient en des compléments de revenu obligatoires pour l'employeur. Ceux-ci n'étaient pourtant pas « *obligatoires légalement* ». Ils l'étaient simplement en vertu d'une convention collective. La Cour se détache ainsi de la définition de la cour d'appel. De plus, il faut noter que la définition de la cour d'appel de Lyon n'a pas été depuis reprise par la Cour de cassation.

Souvent citée, cette définition n'est pas non plus satisfaisante d'un point de vue doctrinal. Ainsi, par exemple, il est bien évident que l'interdiction des discriminations s'impose au comité d'entreprise comme à l'employeur (cf. art. L. 1132-1 nouv. C. trav. ; L. 122-45 C. trav. et 225-1 et 225-2 C. pén.). Mais « *l'absence de discrimination* » ne peut être présentée comme un élément de définition des activités sociales et culturelles. On imaginerait mal, en effet, qu'un avantage accordé de manière discriminatoire par l'employeur soit, sur ce motif, interdit à la revendication du comité. Par exemple, une crèche qui ne bénéficie qu'aux mères sans bénéficier aux pères est une discri-

mination selon le sexe. Cette discrimination ne peut bloquer la revendication du comité d'entreprise. Elle est au contraire un motif supplémentaire de revendication pour un comité d'entreprise souhaitant faire cesser la discrimination.

En l'absence de définition, il est nécessaire de partir des activités expressément qualifiées d'« *activités sociales et culturelles* » par l'article R. 2323-20 nouv. C. trav. Aux termes du 2° de ce texte sont des activités sociales et culturelles, les activités qui tendent « à l'amélioration des conditions de bien-être » des salariés, aussi bien en dehors de l'entreprise (« *logements* », « *coopératives de consommations* », « *colonies de vacances* »...) qu'au sein de l'entreprise (« *cantines* »). Le sont aussi les activités qui pour objet « l'utilisation des loisirs et l'organisation sportive » (art. R. 2323-20, 3°). Sont encore intégrées par le texte les « *institutions sociales de prévoyance et d'entraide telles que les sociétés de secours mutuel et les institutions de retraite* » (art. R. 2323-20, 1°), les « *services sociaux* » (art. R. 2323-20, 5°) et « *le service de santé au travail institué dans l'entreprise* » (art. R. 2323-20, 6°).

Cette liste, non limitative, donne une image à la fois étendue et très diversifiée des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise. Si l'on interprète largement ce texte, il n'est plus rien qui ne pourrait être dans les compétences du comité, tous les avantages dont bénéficient les salariés pouvant, à un titre ou à un autre, être qualifiés d'« *amélioration des conditions de bien-être* » des salariés. Aussi la jurisprudence a-t-elle été conduite à fixer un certain nombre de limites au-delà desquelles la compétence exclusive des comités s'arrête. Ces limites concernent principalement les régimes de protection complémentaire (A) et le salaire (B). En revanche certaines activités obligatoires pour l'employeur semblent pouvoir relever de la compétence du comité (C). Les juges ont en outre imposé aux comités d'entreprise une obligation de traiter également les salariés (D).

A. — Exclusion de principe des régimes de protection complémentaires

L'article R. 2323-20, 1° nouv. C. trav. attribue expressément au comité les institutions sociales de prévoyance, de secours mutuel et de retraite. Cette attribution a cependant dû être confrontée aux lois postérieures relatives notamment à la mise en place de régimes de protection complémentaire, lesquelles n'accordent en principe de compétence en la matière qu'à la négociation collective ou à l'employeur et non au comité d'entreprise (*cf.* not. les art. L. 911-1 et L. 911-2 CSS). La jurisprudence a pu en déduire que seuls les avan-

tages accordés par l'employeur en dehors du cadre prévu par ces textes ou par leurs équivalents antérieurs peuvent s'interpréter comme des activités sociales et culturelles. L'arrêt *Rhône Poulenc Textile* (n° 146), attribue certes sans nuances une compétence au comité au sujet d'avantages octroyés en matière de retraite, mais l'arrêt ne précise pas de quels types d'avantages il s'agissait exactement. Des arrêts plus récents sont plus précis. Ainsi, l'arrêt du 11 mai 1988 (*Bull. civ. V*, n° 282) attribue au comité d'entreprise le versement par l'employeur de 2 % de la masse salariale à une caisse patronale, en vue de faire bénéficier les salariés de prestations familiales complémentaires, mais précise qu'il n'était pas invoqué que ce versement résultait d'une obligation légale ou conventionnelle. Et l'arrêt du 22 juin 1993 (*Bull. civ. V*, n° 178, *D.* 1994. 160, note Y. Saint-Jours ; *D.* 1995. 14, note Ph. Langlois), n'attribue au comité des sommes versées par l'employeur à des mutuelles qu'après avoir noté qu'il s'agissait d'une « *prise en charge volontaire par l'employeur, en dehors de toute obligation légale ou conventionnelle, pour chacun des salariés qui décide d'adhérer à une mutuelle, d'une partie de la cotisation d'adhésion de ce salarié* » (V. aussi Soc. 15 oct. 2002, *Bull. civ. V*, n° 313).

B. — Exclusion de principe du salaire

L'arrêt *Rhône Poulenc Textile* du 13 novembre 1975 (n° 146) exclut les prestations qui peuvent s'analyser comme incluses dans l'obligation fondamentale de l'employeur de verser un salaire. La notion de salaire ici utilisée est cependant plus restrictive que la notion de salaire du droit de la sécurité sociale. Aussi la Cour de cassation a-t-elle eu l'occasion, à plusieurs reprises, de préciser nettement que l'inclusion dans l'assiette des cotisations sociales ne signifie nullement l'exclusion de la compétence du comité (Soc. 25 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 209, Soc. 11 mai 1988, *Bull. civ. V*, n° 282 ; Soc. 22 juin 1993, *préc.* ; Soc. 5 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 166). Les prestations du comité sont en effet largement incluses par la jurisprudence dans l'assiette des cotisations sociales, dès lors qu'elles ne correspondent pas à des secours du comité versés aux salariés au vu de leurs difficultés financières particulières (*cf.* not. Soc. 27 janv. 1977, *Bull. civ. V*, n° 72 ; Soc. 22 mai 1979, *Bull. civ. V*, n° 442 ; Soc. 25 mars 1985, *préc.* ; Soc. 27 sept. 1989, *JS UIMM* 1989. 552 ; Soc. 5 mai 1994 ; Soc. 17 avr. 1996, *RJS* 6/96, n° 717).

L'arrêt du 13 novembre 1975 précité exclut de la compétence du comité la rémunération « *versée obligatoirement par l'employeur en contrepartie de l'exécution du contrat de travail* ». Il s'agit d'une notion de salaire nettement plus restrictive. En droit de la sécurité

sociale, le salaire qui définit l'assiette des cotisations est défini par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale comme incluant toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie « *ou à l'occasion du travail* ». Ici seules les sommes qui sont contrepartie du travail sont incluses dans le salaire, à l'exclusion de celles qui ne sont versées qu'à l'occasion du travail. Cela signifie que seules les sommes directement versées eu égard au travail effectivement réalisé sont exclues de la compétence du comité, par opposition notamment aux sommes versées aux salariés du fait de leur appartenance à l'entreprise, indépendamment de leur exacte prestation de travail.

Cette distinction est parfois difficile à appliquer en pratique. Ainsi, l'arrêt *Rhône Poulenc Textile* exclut de manière convaincante l'attribution d'un « casse-croûte » accordé par l'employeur aux seuls travailleurs postés eu égard à cette organisation de leur travail. Mais c'est de manière beaucoup plus discutable qu'il exclut aussi les allocations versées aux salariés exécutant leur service militaire.

Il semble cependant, par exemple, que l'on doive considérer que le versement de primes de vacances relève de la compétence du comité, sous condition que ces primes ne soient pas calculées en proportion de la rémunération versée en contrepartie du travail. Un comité doit en effet pouvoir procéder par versement de sommes d'argent et préserver ainsi la liberté des salariés dans l'utilisation de leur temps de loisir. Il serait étrange de le limiter à des actions beaucoup plus dirigistes telles que l'attribution de billets de trains à prix réduit pour une destination donnée ou l'utilisation des villages de vacances du comité. Une argumentation du même type est possible pour les primes de rentrée, de naissance, de Noël, etc.

C. — Compétence du comité et autres obligations de l'employeur

Certaines obligations de l'employeur peuvent-elles entrer dans le champ de compétence du comité ?

La question est relativement difficile. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de bien la trancher. Et la doctrine est divisée.

Il est nécessaire de distinguer selon la source de l'obligation pour l'employeur. La question est en effet sensiblement différente selon que l'obligation de l'employeur est une obligation tirée d'un engagement unilatéral (1), d'une convention collective (2) ou de la loi (3).

1. L'engagement unilatéral

Dans certains cas, il est clair que le caractère obligatoire pour l'employeur n'interdit pas la revendication du comité. L'organisation de colonies de vacances, les crèches, ou même l'octroi de billet de cinéma

à prix réduits, sont autant d'activités qui, lorsqu'elles sont faites par l'employeur, deviennent vite obligatoires pour lui : il suffit que ces activités revêtent les caractères d'un engagement unilatéral (ou d'un « usage », ce qui revient au même : v. n^{os} 170-171). De tels avantages entrent cependant clairement dans la compétence des comités. Ceux-ci peuvent donc les revendiquer.

Se pose alors la question du devenir de l'engagement pris par l'employeur. Une fois l'activité transférée au comité, l'employeur doit être dégagé de son obligation : la compétence est désormais exclusivement celle du comité d'entreprise. Mais ce comité est-il désormais lié par l'engagement de l'employeur ? Il nous semble que non. Le comité doit pouvoir reprendre une pleine liberté de gestion. Il pourra donc supprimer l'avantage octroyé par l'employeur et affecter les sommes qui y étaient consacrées à d'autres activités sociales et culturelles. Le transfert au comité d'entreprise serait donc une cause possible de destruction des engagements unilatéraux. Ce point, difficile, peut être discuté.

2. La convention collective

Lorsque l'avantage est prévu dans une convention collective, la question est plus difficile encore. L'employeur ne peut certainement pas se dégager de ses obligations en transférant l'activité au comité, et ce même si le comité reprend à son compte l'obligation de l'employeur.

Pour cette raison, notamment, une partie de la doctrine affirme qu'un avantage ne peut plus être une activité sociale et culturelle, dès lors qu'il est prévu par une convention collective. Au soutien de cette position, elle invoque la motivation utilisée par la Cour de cassation au sujet, pourtant bien spécifique, de la compétence des comités en matière de protection sociale complémentaire (v. les arrêts cités ci-dessus).

Le rejet de toute compétence du comité dans ces cas est pourtant problématique. Dire que les obligations conventionnelles sortent du champ de compétence du comité, conduit à considérer que les articles L. 2323-83 nouv. C. trav. (L. 432-8 C. trav.) et R. 2323-20 nouv. C. trav. (R. 432-2 C. trav.) sont supplétifs de la volonté des parties à la négociation collective. Il suffirait en effet à la convention collective d'entériner tel ou tel avantage (la crèche, les colonies de vacances...) pour qu'ils quittent la sphère de compétence du comité. Or, les textes susvisés ne prévoient rien de tel. Comme toute notion légale impérative, la notion d'« activité sociale et culturelle » n'est pas à la disposition des partenaires sociaux. Seule est envisageable une dérogation conventionnelle *in melius*, ayant pour effet d'accroître le champ de compétence du comité d'entreprise.

Il faut en déduire que des activités sociales et culturelles (la crèche, les colonies de vacances...) prévues par une convention collective n'en demeurent pas moins des activités sociales et culturelles. Elles sont de la compétence du comité.

Il demeure que si la crèche a été prévue par la convention collective, elle reste obligatoire après que le comité en a revendiqué la gestion.

Il faut alors considérer que le comité d'entreprise est lié par la convention collective et que l'employeur, garant de cette obligation, peut agir en justice pour exiger le respect de cette obligation, qui est aussi la sienne. Le refus exprès du comité d'assurer l'exécution de l'obligation pourrait même s'interpréter comme une volonté du comité d'abandonner la gestion de l'activité sociale et culturelle conventionnelle. Alors l'employeur pourrait en reprendre la gestion et récupérer ainsi le financement qui lui était affecté.

Ces solutions paraissent de bon sens. Elles sont cependant débattues. Et pourraient être prochainement contredites par la jurisprudence.

3. *La loi*

Il reste à envisager les obligations légales. Une activité sociale et culturelle peut-elle être une obligation légale de l'employeur ? Par rapport à la précédente, la question se complique encore par la présence de textes assez ambigus.

L'article R. 2323-20 nouv. C. trav. attribue au comité certaines activités qui sont aujourd'hui légalement obligatoires pour l'employeur, comme la création d'un service médical dans l'entreprise. Mais les obligations légales relatives au service médical sont plus récentes que cet article du Code. Et certains textes accordent des compétences plus limitées aux comités d'entreprise en la matière (v. not. les art. L. 4623-4, D. 4624-42 et s. nouv. C. trav.). De plus l'article R. 2323-34 nouv. C. trav. du Code du travail, qui détermine le mode de calcul des ressources du comité d'entreprise, ne vise que les « institutions sociales qui ne sont pas légalement à (la) charge (de l'employeur) ».

Pour ces raisons, l'attribution au comité d'entreprise d'obligations légales de l'employeur semble assez peu probable. Mais cette solution ne découle, pour l'instant que de textes assez ambigus et non d'une nécessité logique forte. La compétence du comité d'entreprise et le caractère obligatoire d'une activité pour l'employeur pourraient fort bien, à l'avenir, être rendus compatibles, en suivant le modèle applicable aux obligations conventionnelles revendiquées par le comité.

D. — Bénéficiaires des activités sociales et culturelles

Un temps, la jurisprudence a exigé du comité d'entreprise qu'il n'agisse pas seulement dans l'intérêt des salariés, mais qu'il respecte aussi l'« intérêt de l'entreprise » (Soc. 14 janv. 1981, *Bull. civ.* V, n° 25). Le comité semblait alors devoir conserver une part de l'esprit paternaliste dans lequel les œuvres sociales de l'employeur étaient

exercées. Du moins devait-il continuer à gérer les activités sociales et culturelles en prenant en compte l'intérêt de l'employeur. Cette conception des fonctions du comité d'entreprise a été condamnée par la loi du 28 octobre 1982. Désormais le comité d'entreprise a pour fonction « *d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts* » (art. L. 2323-1 nouv. C. trav. ; 431-4 C. trav.), alors que précédemment une « *coopération avec la direction* » était mentionnée (cf. art. L. 432-1 anc. C. trav.). L'intérêt premier de l'arrêt *Alsthom* du 26 janvier 1999 (n° 147) est de mettre clairement fin à la vision désuète du comité d'entreprise qui s'inspirait des textes antérieurs. En autorisant le comité à verser aux salariés une aide en vue de leur action en justice contre l'employeur, la Cour reconnaît que le comité n'a d'obligation d'agir que dans l'intérêt des seuls salariés ou anciens salariés, cette action fut-elle dirigée contre l'employeur.

L'arrêt *Alsthom* du 26 janvier 1999 s'inscrit en outre dans une ligne jurisprudentielle qui reconnaît qu'une certaine assistance juridique aux salariés peut être accordée par le comité dans le cadre de ses activités sociales et culturelles. Un arrêt du 21 juillet 1986 (*Bull. civ. V*, n° 386) avait déjà inclus dans les activités sociales et culturelles l'adhésion du comité d'entreprise à une association de conseil juridique permanent, au motif que « *la mission d'assistance du comité d'établissement dévolue à cette association était pratiquée dans l'intérêt des salariés ou des anciens salariés comité* ».

En revanche, quoique rendu au sujet d'une action en justice en vue de réclamer l'exécution d'un plan social, l'arrêt *Alsthom* n'est pas significatif d'un accroissement de la notion d'activité sociale et culturelle à l'ensemble des questions relatives à la protection de l'emploi (cf. Soc. 12 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 551, note M. Cohen ; *RJS* n° 4/03, n° 478, arrêt qui annule la délibération d'un comité ayant affecté une ligne du budget des activités sociales et culturelles à la défense de l'emploi).

L'arrêt *Alsthom* du 26 janvier 1999 ne semble pas non plus avoir remis en question la distinction traditionnelle des activités sociales et culturelles et de l'action syndicale. Cette distinction, clairement énoncée dans un arrêt du 7 mai 1980 (*Bull. civ. V*, n° 387), a été utilisée pour interdire au comité de soutenir par son action un mouvement de grève. Ainsi, sur les fonds destinés aux activités sociales et culturelles, le comité ne peut verser aux salariés grévistes que des secours individualisés, basés sur leur situation financière personnelle (Soc. 8 juin 1977, *Bull. civ. V*, n° 380 ; *JCP* 1979. II. 19089, note Legrand ; Soc. 18 mai 1983, *Bull. civ. V*, n° 266 ; Soc. 11 juin 1996, *RJS* 7/96, n° 804). Dans le même ordre d'idée, il a été reconnu que le comité avait l'obligation de maintenir le fonctionnement de la cantine au bénéfice des salariés non grévistes (Soc. 14 janv. 1981, *Bull. civ. V*, n° 25).

VII. — Moyens des activités sociales et culturelles du Comité d'entreprise

148. Soc. 5 décembre 1989

Sté Bar Laforge c. Comité d'établissement de la Sté Bar Laforge

(*Bull. civ. V*, n° 692 ; *Dr. soc.* 1990. 217 et 1996. 693, obs. M. Cohen)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil et l'article R. 432-11 du Code du travail ;

Attendu que l'employeur, peut dénoncer un usage ou un accord conclu avec le comité d'entreprise ou d'établissement, ayant pour objet de fixer sa contribution aux activités sociales et culturelles du comité, à la double condition d'une part que la dénonciation soit précédée d'une information donnée au comité dans un délai suffisant pour permettre l'ouverture de négociations, d'autre part que cette dénonciation n'ait pas pour effet de réduire la subvention de l'entreprise en dessous des minima fixés soit par l'article L. 432-9 du Code du travail, soit par une convention collective, soit par l'article R. 432-11.1°, 2° alinéa, du Code du travail ;

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt, que la société Bar Laforge, constituée en 1961 ne subventionnait aucune activité sociale et culturelle dans l'entreprise jusqu'à la création en 1972 d'un comité d'établissement ; qu'à partir de cette date, une subvention égale à 1,8 % de la masse salariale a été versée par la société au comité pour le financement des activités sociales et culturelles ; qu'en 1986, invoquant des difficultés économiques, la société a réduit le taux de sa subvention à 0,9 % de la masse salariale ; que le comité, n'ayant pas accepté cette réduction unilatérale a assigné la société en paiement d'une somme égale à 1,8 % de la masse salariale sous déduction de l'acompte reçu ;

Attendu que pour faire droit à cette demande et condamner la société à verser pour les années 1986, 1987 et 1988 une subvention égale à 1,8 % de la masse salariale, la cour d'appel énonce qu'il s'était créé un usage consistant dans l'application d'un taux de subvention de 1,8 % de la masse salariale, que cet usage avait été l'exécution d'un accord de nature contractuelle intervenu en 1972 entre l'entreprise et le comité et que par application des dispositions de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil cet accord n'aurait pu être révoqué que de leur consentement mutuel ;

Attendu cependant que la société pouvait dénoncer l'usage ou l'accord mentionné par l'arrêt en respectant les deux conditions susvisées ; qu'en omettant de rechercher si la dénonciation avait été précédée d'un préavis suffisant et si l'employeur, à raison de la subvention constamment versée par lui depuis 1972, n'était pas notamment tenu de respecter la contribution minimale prévue par l'article R. 432-11.1°, 2° alinéa, du Code du travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs : Casse et annule...

149. Soc. 1^{er} avril 1997**Divers comités d'établissement de la Sté EDS-GFI c. Sté EDS-GFI**

(*Bull. civ. V*, n° 134 ; *Dr. soc.* 1997. 542, note M. Cohen ;
TPS 1997, n° 7, p. 4, note B. Denkiewicz et P. Le Cohu)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 432-9 et R. 432-11 du Code du travail ;

Attendu que *l'employeur peut dénoncer un usage ou un accord conclu avec le comité d'entreprise ou d'établissement ayant pour objet de fixer sa contribution aux activités sociales et culturelles du comité, à la condition que cette dénonciation n'ait pas pour effet de réduire la subvention de l'entreprise en dessous des minima fixés soit par une convention collective, soit par les articles L. 432-9 et R. 432-11, 1^o, alinéa 2, du Code du travail ; que, dans ce dernier cas, le chiffre le plus avantageux atteint au cours des trois dernières années n'est maintenu qu'autant que la masse salariale reste constante et que, si celle-ci diminue, la contribution subit la même variation ;*

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société EDS France, créée en 1985, a dénoncé le 22 octobre 1992 un accord du 25 juillet 1988 fixant à 1,98 % de la masse salariale la subvention patronale annuelle pour les activités sociales et culturelles ; que, le 31 décembre 1992, a été créée la société EDS-GFI issue de la fusion-absorption par la société EDS France des sociétés GFI, société anonyme, et GFI-TB ; que le taux de la subvention patronale versée aux comités des sociétés GFI-SA et GFI-TB était fixé, respectivement, à 0,73 % et 0,50 % ; que la société EDS-GFI a proposé, pour 1993, une répartition consistant, par rapport à une stricte répartition au prorata des effectifs de chaque établissement, à majorer de 50 % les sommes versées aux comités d'établissement correspondant à l'ancienne société EDS France et à minorer d'une somme correspondante les sommes versées aux autres comités ; que les comités ont sollicité devant le tribunal de grande instance le paiement d'une contribution patronale égale, au minimum, à la plus élevée des contributions versées au cours des trois exercices précédant le litige, 1990, 1991, 1992 ;

Attendu que, pour débouter les comités de leur demande, l'arrêt a retenu que les trois dernières années visées par l'article R. 432-11 du Code du travail s'entendaient nécessairement de celles qui avaient précédé la prise en charge des dépenses sociales par le comité d'entreprise ; qu'aucune dépense sociale ne préexistant dans la société EDS à la création de son comité d'entreprise, l'employeur n'était tenu au versement d'aucune contribution légale minimale ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les trois années de référence s'entendaient de celles précédant la dénonciation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs : Casse et annule.

OBSERVATIONS

La jurisprudence initiée par l'arrêt *Bar Laforge* du 5 décembre 1989 (n° 148) a apporté une nouvelle interprétation d'une disposition du Code du travail jusqu'ici méconnue, à savoir l'article R. 432-11,

1° C. trav., devenu l'article R. 2323-35 al 1 nouv. C. trav. Auparavant, seul l'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.) était considéré comme fixant des minima légaux à la contribution financière de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise. La compréhension des inégalités et des incohérences auxquelles conduit ce texte permet seule de comprendre les fondements, la portée, mais aussi les limites de la jurisprudence *Bar Laforge*.

A. — L'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.)

L'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.), dans sa rédaction issue de la loi du 2 août 1949 toujours en vigueur, fixe le montant minimal de la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise. Ce texte s'explique par l'idée suivante.

Lorsqu'ont été créés les comités d'entreprise, il n'a pas été décidé d'obliger les employeurs à consacrer de nouveaux moyens financiers aux « *œuvres sociales* ». Il s'agissait de transférer aux comités les œuvres sociales existantes, de priver ainsi les employeurs de la gestion de ces œuvres et d'en finir ainsi avec le paternalisme qui s'exprimait dans cette gestion. L'objectif était de transmettre l'existant et non d'imposer de nouvelles dépenses.

Aussi, encore aujourd'hui, l'employeur n'est tenu que de transmettre ce qui existe déjà. Si l'employeur n'a de lui-même jamais créé d'activité sociale et culturelle, en principe, le comité n'a rien dont il puisse revendiquer la gestion et l'employeur ne lui doit aucune contribution financière à ce titre. En revanche, lorsque l'employeur a eu des activités sociales et culturelles, le comité peut en réclamer la gestion. Et l'employeur est alors tenu de lui verser les sommes d'argent qu'il consacrait à ces activités, pour que le comité puisse les maintenir, s'il le souhaite.

Pour éviter que les employeurs ne suppriment leurs activités sociales et culturelles dès qu'ils présentent un risque de revendication par le comité d'entreprise, il a été décidé de fixer la contribution de l'employeur en fonction des sommes consacrées à ces activités aux cours des trois années précédant la revendication du comité. Sur ces trois années antérieures, l'année où l'employeur a le plus dépensé pour assurer le fonctionnement de l'activité revendiquée sera l'année de référence pour le calcul des sommes dues au comité.

La somme dépensée cette année-là, réduite des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondant ont disparu, est un seuil en deçà duquel l'employeur ne pourra plus descendre. Il devra désormais verser ce minimum tous les ans au comité (art. L. 2323-86 al. 1 nouv.

C. trav. ; L. 432-9 al. 1 C. trav.). Afin d'éviter que cette somme ne soit peu à peu rognée par l'inflation, un deuxième minimum a été fixé. Ce deuxième minimum est un taux calculé par rapport à la masse salariale brute. Il se calcule en faisant le rapport de la somme précédemment décrite au montant de la masse salariale de l'année de référence (art. L. 2323-86 al. 2 nouv. C. trav. ; L. 432-9 al. 2 C. trav.). Si, par exemple, lors de la meilleure des trois années précédant la prise en charge par le comité d'une activité sociale et culturelle une somme de dix mille euros était consacrée à cette activité et que cette année là la masse salariale était d'un million d'euros, le pourcentage de masse salariale due pour les années suivantes est d'un million divisé par 10 000, soit d'1 % de la masse salariale. Ce deuxième minimum présente l'avantage de permettre la réévaluation de la contribution patronale et de fixer celle-ci en fonction de la taille, changeante, de l'entreprise.

Il faut remarquer que le comité d'entreprise peut reprendre les activités sociales et culturelles de l'employeur de manière échelonnée (*cf.* not. Soc. 13 nov. 1975, *Bull. civ.* V, n° 533). À chaque nouvelle revendication d'une activité jusqu'ici laissée à la gestion de l'employeur, la somme qui a été consacrée à cette activité la meilleure des trois précédentes sera celle sur laquelle seront calculés les minima de contribution supplémentaire dus par l'employeur au titre du transfert. Et les « trois années précédentes » en question seront les trois années qui ont précédé la date de la demande de prise en charge par le comité (en ce sens, *cf.* Soc. 13 nov. 1975, *préc.*).

Il demeure qu'en vertu de l'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.) la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles est exclusivement calculée en fonctions des activités sociales et culturelles déjà existantes. Dans une entreprise dépourvue au départ de toute activité sociale et culturelle, le comité d'entreprise n'aura droit à rien. Il en résulte une très grande inégalité de ressource d'un comité d'entreprise à l'autre. Seul un semblant d'égalité a pu être mis en place par la jurisprudence entre les différents établissements d'une même entreprise : lorsqu'un nouvel établissement est créé dans une entreprise, le comité de cet établissement bénéficiera du taux de contribution minimal aux activités sociales et culturelles appliqué aux autres comités d'établissement de l'entreprise (Soc. 18 mars 1971, *Bull. civ.* nos 228 et 229). Le double minimum de l'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.) n'en demeure pas moins profondément inégalitaire. Sa signification, assurer le transfert de l'existant aux comités nouvellement créés n'a plus guère de pertinence plus d'un demi-siècle après la création des comités d'entreprise. Aujourd'hui, lorsqu'une entreprise se crée, elle n'a pas, par définition, d'activité sociale et culturelle passée et aucune contribution de l'employeur à ce titre n'est due aux comités d'entreprise.

Cette absence de minimum légal applicable, dont le champ d'application n'a fait que s'accroître depuis 1945, a conduit de nombreux employeurs à accorder d'eux-mêmes un financement aux comités d'entreprise. Hors de toute obligation légale, ce financement peut être consacré par une convention collective, par un engagement unilatéral de l'employeur, par un usage, ou encore plus simplement par un contrat passé entre l'employeur et le comité d'entreprise. Il prend ainsi une certaine force obligatoire, mais celle-ci reste plus fragile que celle de la loi. Les conventions collectives, contrat, engagement unilatéraux et autres usages peuvent être résiliés unilatéralement par l'employeur, dès lors qu'ils sont à durée indéterminée. L'employeur n'a, pour ce faire, qu'à respecter les formes exigées pour chacun de ces actes. La dénonciation d'une convention collective est soumise aux règles des articles L. 2222-5 et s. nouv. C. trav. (L. 132-8 C. trav.). Et la jurisprudence a précisé que, lorsque la contribution est fixée par contrat avec le comité d'entreprise, par engagement unilatéral ou par usage, la résiliation unilatérale de cette contribution doit simplement être précédée d'une information donnée au comité dans un délai suffisant pour permettre l'ouverture de négociations (en ce sens, outre l'arrêt *Bar Larforge* du 5 déc. 1989, n° 142, *cf.* not. Soc. 21 nov. 1989, *Dr. soc.* 1990. 217, obs. J. Savatier ; *RJS* 1/90, n° 43 ; 9 juill. 1997, *Bull. civ.* V, n° 265). Dès lors que les minima légaux sont inapplicables, quelle que soit la source dont elle tire sa force obligatoire, la contribution de l'employeur demeure précaire.

Cette précarité produit de graves inconvénients. Elle interdit l'organisation de certaines activités sociales et culturelles sur le moyen ou le long terme. Et surtout, elle ruine le crédit du comité, ce qui revient à l'exclure en pratique de la possibilité de recourir à un emprunt bancaire.

De plus et surtout, à l'inégalité des comités d'entreprise s'ajoute une certaine incohérence. Lorsque par décision unilatérale l'employeur crée de lui-même une activité sociale et culturelle, en la prenant en charge le comité s'assure un financement stable garanti par la loi. En revanche, lorsqu'une obligation de contribuer financièrement aux activités sociales et culturelles du comité est créée par une convention collective, le financement qui en résulte n'est nullement garanti par la loi et demeure de ce fait précaire. La décision unilatérale de l'employeur crée ainsi un financement obligatoire plus solide que celui que peut assurer une convention collective, ce qui peut apparaître curieux. D'autant que ce surcroît de force obligatoire ne peut être considéré comme une sanction infligée à l'employeur qui a créé de lui-même une activité sociale et culturelle. Cette création ne lui est aucunement interdite. Seul le refus d'en transmettre la gestion au comité à sa demande l'est. Le vieillissement de l'article L. 2323-86 nouv. C. trav.

(L. 432-9 C. trav.) a ainsi peu à peu conduit le droit à s'écarter du bon sens.

Pour ces raisons, qui tiennent tant à l'inopportunité des solutions qui résultent de la seule application de l'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.) qu'à l'incohérence du droit qui en découle, la Cour de cassation a fini par intervenir. Elle l'a fait au travers d'une réinterprétation de l'article R. 432-11-1° deuxième alinéa du Code du travail.

B. — L'article R. 432-11-1° du Code du travail

Toute la portée de l'arrêt *Bar Laforge* (n° 148) est dans la mention du seul article R. 432-11-1° deuxième alinéa du Code du travail alors applicable au sein du visa et du motif de cassation adoptés par la Cour. Ce texte recodifié à l'article R. 2323-35 nouv. C. trav. est ainsi reconnu recouvrir une signification indépendante de celle de l'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.). Ce qui équivaut à considérer qu'il fixe un troisième seuil minimal de contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise, en plus des deux seuils prévus par l'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.).

Une différence essentielle sépare la lettre des articles L. 2323-86 nouv. C. trav. R. 2323-35 du Code du travail. Alors que l'article L. 2323-86 alinéa premier nouv. C. trav. fait référence à la meilleure des trois sommes consacrées aux activités sociales et culturelles au cours « *des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise* », l'article R. 2323-35 deuxième alinéa ne fait référence qu'à la meilleure des sommes versées au cours des « *trois dernières années* », sans préciser desquelles il s'agit. Il était dès lors loisible à la Cour de cassation de lui accorder un sens normatif spécifique, et ce d'autant plus qu'il ne peut être considéré comme un simple décret d'application de l'article L. 2323-86 nouv. C. trav. (L. 432-9 C. trav.), puisqu'il lui est antérieur (R. 2323-35 est issu du décret du 2 nov. 1945 et l'art. L. 2323-86 nouv. C. trav. de la loi du 2 août 1949).

Il restait à préciser à quelles « *trois dernières années* » le décret fait référence. En l'absence de toute précision, il apparaît logique de considérer qu'il s'agit des trois années qui précèdent le litige. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt *Bar Laforge* (n° 148), le litige était né de la résiliation par l'employeur d'un accord ou d'un usage. Dans une espèce de ce type, invoquer l'article R. 2323-35 nouv. C. trav. pour bloquer l'effet de cette résiliation revient à considérer que les « *trois dernières années* » étaient les trois années qui avaient précédé

la dénonciation du contrat ou de l'usage fixant la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles. Cette interprétation présente l'avantage de sécuriser les ressources des comités d'entreprise et de rapprocher ainsi la situation des comités dont les ressources viennent d'activités antérieures de l'employeur de celle des comités dont les ressources sont issues d'un accord collectif, d'un contrat, d'un engagement unilatéral ou d'un usage. Cette sécurité revêt une grande importance pour que le comité puisse exercer pleinement ses attributions (*cf. supra*) et la solution doit donc être pleinement approuvée.

Elle pose cependant un problème. Si les « trois dernières années » visées par l'article R. 432-11, 1° du Code du travail sont celles qui précèdent le litige, ce texte peut avoir vocation à s'appliquer dans d'autres hypothèses que celles d'une dénonciation ou d'une résiliation d'une contribution antérieure. Il peut ainsi s'appliquer encore lorsqu'une baisse de la contribution patronale résulte simplement d'une baisse de la masse salariale. L'article R. 432-11, 1° du Code du travail produirait alors une excessive rigidité de la contribution patronale. Si la moindre réduction entraîne un litige et oblige l'employeur à revenir à la somme plus élevée antérieure, aucune diminution du montant de la contribution n'est plus envisageable. La valeur en pouvoir d'achat de cette contribution ne pourrait plus alors diminuer qu'au fil de l'inflation.

Un tel résultat pourrait conduire à des situations excessives, notamment en cas déflation ou de réduction drastique des effectifs. Une entreprise versant 2 % de sa masse salariale au titre des activités sociales et culturelles et qui, à la suite d'une réorganisation et d'une mécanisation complète de ses activités ne garderait qu'un pour cent de ses effectifs de départ pourrait être conduite à verser au comité d'entreprise une somme du double de sa masse salariale. Sans aller jusqu'à ce cas d'école à dessein caricatural, l'application sans nuances de l'article R. 432-11 du Code du travail apparaît difficile.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé de restreindre la portée de ce texte, tout en confirmant son impact comme troisième minimum de la contribution de l'employeur, dans l'arrêt *EDS-GFI* du 1^{er} avril 1997 (n° 149). Cet arrêt affirme d'abord qu'en cas de dénonciation d'un accord fixant la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles, les « trois dernières années » visées par l'article R. 2323-35 nouv. C. trav. (R. 432-11, 1° alinéa 2 C. trav.) s'entendent des trois années « précédant la dénonciation ». La portée de l'arrêt *Bar Laforge* est ainsi confirmée. Mais l'arrêt précise dans un attendu de principe que « le chiffre le plus avantageux atteint au cours des trois dernières années n'est maintenu qu'autant que la masse salariale reste constante et que, si celle-ci diminue, la contribution subit la même variation ».

La portée accordée par l'arrêt à l'article R. 2323-35 nouv. C. trav. et la limite de cette portée ont depuis été reprises régulièrement (cf. not. les arrêts *Dassault Aviation* : Soc. 9 juill. 1997, *Bull. civ.* V, n° 265 ; *Dr. soc.* 1997. 991, obs. M. Cohen ; Soc. 3 févr. 1999, *Dr. soc.* 1999. 493, obs. M. Cohen ; *RJS* 3/99, n° 385 ; Soc. 22 janv. 2002, *RJS* 4/02, n° 453 ; Soc. 30 novembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 311) et la Cour a ainsi eu l'occasion de confirmer qu'une diminution de la contribution de l'employeur du fait d'une baisse de la masse salariale ne peut être bloquée par application de l'article R. 432-11, 1°, alinéa 2 du Code du travail (Soc. 6 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 221).

Reste un problème pratique que ces solutions ne permettent pas de résoudre. En cas de baisse d'effectif et donc de baisse de la masse salariale, les besoins du comité d'entreprise ne sont pas immédiatement diminués. Ils s'accroissent même temporairement, dès lors que le comité décide d'apporter une aide aux salariés licenciés. Un maintien transitoire de la contribution de l'employeur, pendant quelques années, serait à ce titre souhaitable. L'article R. 2323-35, alinéa 2, précise que le calcul de la somme la plus importante des trois dernières années exclut les « dépenses temporaires, lorsque les besoins correspondants ont disparu ». Il apparaîtrait logique que la baisse de la contribution en proportion de la baisse de la masse salariale reprenne ce même tempérament. La contribution de l'employeur ne devrait alors suivre la baisse de la masse salariale, qu'à l'exclusion des dépenses temporaires, tant que les besoins correspondants n'ont pas disparu.

Cette dernière avancée permettrait de parfaire les utiles progrès d'ores et déjà réalisés par les arrêts *Bar Laforge* et *EDS-GFI*.

150-156

STATUT

150. Soc. 2 mai 1989 — 151. Ch. mixte 21 juin 1974 — 152. CE 5 mai 1976 — 153. Ch. mixte 25 octobre 1968 — 154. Soc. 14 juin 1972 — 155. Soc. 25 novembre 1997 — 156. Ch. mixte 18 janvier 1980

Le statut des représentants du personnel et des syndicats comprend essentiellement la garantie d'une possibilité d'exercer leur mandat sans perte de rémunération (I) et une protection contre les mesures de rétorsion dont ils peuvent être victimes de la part de l'employeur. Outre la protection contre les discriminations dont bénéficient les représentants du personnel et des syndicats, la loi a prévu que leur licenciement ne pouvait être décidé par l'employeur qu'après autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Cette exigence a été l'occasion d'importantes avancées jurisprudentielles. Son étendue (II) et les sanctions de son éventuelle violation (III) devront être successivement étudiées.

I. — Les heures de délégation

150. Soc. 2 mai 1989

Sté Vallourec. c. Berthier et Theillou

(Bull. civ. V, n° 320 ; Dr. soc. 1989. 639, note J.-M. Verdier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu qu'ayant payé à MM. Berthier et Theillou, respectivement délégué du personnel et délégué syndical, les heures de délégation du mois de mai 1984, la société Vallourec. a demandé à ces salariés de justifier de l'utilisation faite de ces heures les 17 et 18 mai 1984 ; qu'à la suite de leur refus, elle a saisi le conseil de prud'hommes en vue d'obtenir ces justifications, ainsi que des dommages-intérêts pour résistance abusive à les produire, et, à défaut de justifications, en vue d'obtenir le remboursement des sommes versées ;

Attendu que la société Vallourec. fait grief au jugement attaqué (conseil de

prud'hommes de Cergy-Pontoise 6 janv. 1986) de l'avoir déboutée de sa demande en paiement de dommages-intérêts, alors que si les articles L. 412-20 et L. 424-1 du Code du travail modifiés par la loi du 28 octobre 1982 imposent à l'employeur de payer, à l'échéance normale, le temps alloué pour l'exercice de leur fonction aux délégués syndicaux et aux représentants élus du personnel, temps considéré de plein droit comme temps de travail, ces textes ne dispensent pas les bénéficiaires de ce versement de justifier l'utilisation faite du temps pour lequel ils ont été payés ; qu'en décidant que les délégués concernés avaient pu légitimement garder le silence sur la nature des occupations réalisées par eux pendant les heures payées par l'employeur le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ;

Mais attendu que *si les articles L. 412-20 et L. 424-1 du Code du travail, qui imposent à l'employeur l'obligation de payer à l'échéance normale le temps alloué pour l'exercice de leurs fonctions aux délégués syndicaux et aux délégués du personnel, ne dispensent pas les bénéficiaires de ce versement de préciser les activités exercées pendant leur temps de délégation, c'est à charge pour l'employeur d'établir devant les juges du fond, à l'appui de sa contestation, la non-conformité de l'utilisation de ce temps avec l'objet du mandat représentatif ;*

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

Par ces motifs : Rejette le pourvoi

OBSERVATIONS

Les représentants du personnel et les délégués syndicaux bénéficient, pour l'exercice de leur mission, d'un temps rémunéré par l'employeur. Certaines tâches de représentation spécifiques sont rémunérées comme du temps de travail en tant que telles. Tel est le cas, notamment, du temps passé par les délégués du personnel titulaires ou suppléants lors de la réunion mensuelle avec l'employeur (art. L. 2315-11 nouv. C. trav.), de la durée des réunions du comité d'entreprise (art. L. 2325-8 nouv. C. trav.), du temps de la négociation collective (art. L. 2232-18 nouv. C. trav.) ou encore du temps utilisé par les délégués syndicaux pour participer à des réunions qui ont lieu à l'initiative du chef d'entreprise (art. L. 2143-18 nouv. C. trav.).

Pour l'exécution des autres aspects de leurs fonctions, les salariés titulaires d'un mandat représentatif bénéficient en outre d'un certain nombre d'heures rémunérées par l'employeur. Ce crédit d'heures de délégation, généralement mensuel, est fixé par la loi et les conventions collectives. Il est, en principe, attribué individuellement à chaque représentant titulaire (v. cpdt le temps de 10 à 15 heures annuelles attribué aux sections syndicales en tant que telles : art. L. 2143-16 nouv. C. trav.). Il varie selon les fonctions exercées et la taille de l'entreprise (cf. not les art. L. 4614-3 ; L. 2143-13 ; L. 2315-1 ; L. 2325-6 nouv. C. trav.). Il peut être dépassé en cas de « *circonstances exceptionnelles* » (v. not. les art. précités).

La jurisprudence a été conduite à résoudre certaines difficultés d'interprétation de cette base légale.

A. — Le temps rémunéré

Les heures de délégations sont finalisées par l'exercice d'un mandat représentatif ou syndical. Même dans la limite du crédit d'heure, l'employeur n'est pas tenu de rémunérer n'importe quelle absence. Seules les absences consacrées à la mission doivent l'être. Il en ressort une possibilité de contestation, par l'employeur, de l'utilisation des heures de délégation.

Depuis la loi du 28 octobre 1982, l'employeur ne peut plus, cependant, se faire justice à lui-même et refuser de verser le salaire correspondant aux heures dont il conteste l'utilisation. Il doit payer à l'échéance normale. Et ce paiement est un préalable nécessaire à toute contestation de l'usage fait des heures de délégations (*cf.* déjà, Soc. 9 déc. 1985, *Bull. civ.* V, n° 581 ; *Dr. soc.* 1986. 761, obs. J.-E. Ray).

L'arrêt *Vallourec*, du 2 mai 1989 (n° 150) a permis de fixer les conséquences, sur le plan probatoire, de cette exigence de paiement préalable. C'est l'employeur qui doit invoquer en justice une utilisation du temps de délégation non conforme au mandat, s'il souhaite en obtenir le remboursement. C'est donc sur lui que pèse la charge de la preuve de cette mauvaise utilisation.

Cependant, cette preuve négative apparaît difficile, voire « diabolique », lorsque le salarié demeure muet sur la manière dont il a utilisé son temps de délégation. Aussi, comme le précise l'arrêt *Vallourec*, l'employeur peut exiger du salarié des indications sur son utilisation du temps de délégation (dans le même sens, *cf.* not. Soc. 22 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 298 ; 25 mai 1993, *Bull. civ.* V, n° 147). Muni de ces indications, il lui sera possible de prouver la mauvaise utilisation du temps de délégation, soit en prouvant le caractère mensonger de certaines allégations, soit en prouvant que les activités déclarées par le salarié ne correspondent pas à son mandat.

Cette aide apportée par la jurisprudence à l'employeur s'avère fort compréhensible eu égard à l'extrême difficulté de la preuve négative. Elle n'en est pas moins potentiellement problématique. Outre qu'elle oblige le représentant du personnel à la tenue d'un emploi du temps heure par heure, elle le contraint à une certaine transparence vis-à-vis de l'employeur, laquelle peut être préjudiciable au bon exercice de sa mission dans certaines circonstances conflictuelles.

Aussi cette obligation de fournir des indications s'interprète-t-elle restrictivement. La Cour de cassation a eu l'occasion de casser plusieurs arrêts d'appel ayant exigé des « justifications » (*cf.* not. Soc. 22 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 298 ; 25 mai 1993, *Bull. civ.* V, n° 147). Cette distinction entre l'exigence de simples « indications », qui peuvent être sommaires, et l'exigence de « justifications » plus détaillées et argumentées est l'un des principaux apports de l'arrêt *Vallourec*.

du 2 mai 1989 (n° 150) (sur l'exigence antérieure de « justifications » apportées par le salarié, *cf.* Soc. 17 déc. 1986, *Bull. civ.* V, n° 606 ; Soc. 12 nov. 1987, *Bull. civ.* V, n° 644). Elle implique que le refus du salarié de transmettre des indications n'emporte pas présomption d'utilisation non conforme (Soc. 21 nov. 1990, *Bull. civ.* V, n° 585). Ce refus offre simplement la possibilité, pour l'employeur, de saisir le juge des référés qui pourra en ordonner la production (Soc. 8 juill. 1992, *Bull. civ.* V, n° 459). En l'absence d'indications spontanées, cette action est au demeurant considérée par la jurisprudence comme un préalable nécessaire à toute contestation au fond de l'utilisation des heures de délégation (Soc. 4 déc. 1991, *Bull. civ.* V, n° 556 ; Soc. 21 nov. 1990, *Bull. civ.* V, n° 585 ; *Dr. soc.* 1990. 306, obs. J.-M. Verdier).

En un mot, si l'employeur entend contester l'usage fait des heures de délégation, il doit en préalable payer ces heures à l'échéance normale, puis réclamer des indications au salarié sur son emploi du temps et enfin, en cas de refus de ce dernier, saisir la justice pour exiger ces indications. Ce n'est qu'alors qu'il pourra saisir au fond la juridiction prud'homale de sa demande de remboursement des heures indûment rémunérées.

Ces préalables sont destinés à sécuriser le paiement des heures de délégation. Ils sont nécessaires tant pour contester l'utilisation des heures de délégations légales, que pour contester l'utilisation des heures de délégation accordées par les conventions collectives (*cf.* not. Soc. 21 juill. 1986, *Bull. civ.* V, n° 401 ; 10 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 217, Soc. 4 juill. 2000, *RJS* 11/00, n° 1109, 2° esp. ; Soc. 26 juin 2001, *RJS* 11/01, n° 1302). En revanche, ces garanties ne sont plus pas applicables en cas de dépassement du crédit d'heures pour circonstances exceptionnelles.

L'employeur qui conteste l'existence de circonstances exceptionnelles ou l'utilisation des heures prises au titre de ces circonstances peut refuser sans entrave de rémunérer ces heures. C'est alors le salarié qui devra contester en justice ce non-paiement et c'est sur lui que pèseront tant la charge de la preuve de l'existence de circonstances exceptionnelles que celle d'une utilisation conforme au mandat des heures excédentaires (*cf.* not. Soc. 21 juill. 1986, *Bull. civ.* V, n° 401 ; 17 déc. 1986, *Bull. civ.* V, n° 607 ; Soc. 30 avr. 1987, *Bull. civ.* V, n° 246 ; 29 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n° 56 ; 25 nov. 1997, *Bull. civ.* V, n° 404 ; 4 juill. 2000, *préc.* ; 26 juin 2001, *préc.*).

De telles de circonstances exceptionnelles ont été reconnues, en cas de projet de restructuration régionale de l'entreprise ayant nécessité un accroissement inhabituel de l'activité des membres du comité d'établissement (Soc. 6 juill. 1994, *Bull. civ.* V, n° 228), en cas de licenciement collectif (Soc. 7 déc. 1977, *Bull. civ.* V, n° 682) ou en cas de

grève (Soc. 26 janv. 1966, *Bull. civ.* IV, n° 113 ; 27 juin 1979, *Bull. civ.* V, n° 587 ; comp. dans une espèce très particulière Soc. 19 févr. 1975, *Bull. civ.* V, n° 79). En revanche, la négociation d'un accord collectif, même particulièrement longue, ne suffit pas à caractériser des circonstances exceptionnelles (Soc. 5 nov. 1987, *Bull. civ.* V, n° 627).

B. — La rémunération due

Lorsqu'il doit être rémunéré, que ce soit au titre des heures passées en réunion avec l'employeur, au titre du crédit d'heures de délégations ou au titre des heures pour circonstances exceptionnelles, le temps de représentation est de plein droit assimilé à un temps de travail. Il en résulte, selon une jurisprudence constante, que le représentant du personnel ne doit subir aucune perte de rémunération du fait de l'exercice de sa mission (*cf.* les arrêts cités *infra*).

Ainsi, lorsqu'il travaille habituellement de nuit ses heures de délégation seront payées au tarif de nuit (Soc. 28 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 266) et ce même si elles ont été prises de jour (Soc. 14 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 212). Les heures de délégation doivent bénéficier de tous les accessoires du salaire. Le salarié doit notamment conserver le bénéfice des pauses rémunérées s'il en existe (Soc. 26 juin 2001, *RJS* 11/01, n° 1302, *Bull. civ.* V, n° 232), des éléments de rémunération au résultat ou au rendement (lesquelles peuvent être calculées au *pro-rata* des résultats obtenus par le salarié pendant ses heures de travail effectif : Soc. 29 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 187) ou encore de la rémunération des heures supplémentaires, lorsque les heures de délégation sont prises en dehors des horaires normaux du fait des nécessités du mandat (*cf.* not. Soc. 21 nov. 2000, *RJS* 3/01, n° 309 ; Soc. 12 févr. 1991, *RJS* 3/91, n° 342 et Soc. 18 mai 1993, *RJS* 7/93, n° 758). Ainsi encore, même si l'exercice de son mandat n'apparaît pas particulièrement salissant, le salarié en délégation doit bénéficier des primes de douche (Soc. 2 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 365) ou de salissure (Soc. 26 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 238, *Dr. soc.* 1999. 773, note C. Radé) accordées aux salariés ayant exécuté un travail effectif. Les primes accordées individuellement aux salariés par l'employeur doivent, de même, être prise en compte : il appartient en effet aux juges de vérifier si le salarié n'a pas subi un préjudice en perdant une chance de recevoir tout ou partie de telles primes, du fait de la réduction de son travail effectif (Soc. 8 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 269).

Seul le remboursement de frais n'est pas dû. Ainsi les frais de déplacement pour l'exercice du mandat n'ont pas à être remboursés par l'employeur (Soc. 29 oct. 1987, *Bull. civ.* V, n° 608 ; Soc. 14 févr. 1989, *Bull. civ.* V, n° 121), sauf s'ils sont occasionnés par les déplace-

ments nécessaires pour se rendre à une réunion organisée à l'initiative de l'employeur (Soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991. 262 ; 15 juin 1994, *Dr. soc.* 1994. 811, et 26 mai 1996, *Dr. soc.* 1996. 744, avec les notes de M. Cohen). En revanche, des primes de panier doivent être versées au salarié, dès lors qu'elles « *n'étaient pas destinées à un remboursement de frais réellement exposés, mais faisaient l'objet d'un versement forfaitaire* » et étaient par conséquent des éléments de salaire (Soc. 8 juill. 1992, *Bull. civ.* V, n° 445 ; et dans le même sens Soc. 1^{er} avr. 1992 *Bull. civ.* V, n° 235).

On notera qu'afin d'éviter les possibles discriminations des anciens représentants, notamment lorsqu'ils sont à la recherche d'un nouvel emploi, le temps rémunéré au titre des fonctions de représentation ne doit pas être mentionné sur le bulletin de paie, mais sur une fiche séparée (art. R. 3243-4 nouv. C. trav.).

C. — Le temps d'absence

Les règles qui limitent le nombre d'heures de délégation accordées aux représentants des salariés et des syndicats ont trait à la rémunération de ces représentants. Elles n'ont pas *a priori* pour objet de régler le droit de ces représentants de s'absenter afin d'exercer leur mandat. Telle n'est pourtant pas l'interprétation qui a prévalu au sein de la Cour de cassation. Selon la jurisprudence, le droit de s'absenter pour exercer une mission représentative est enserré dans la limite des heures de délégations. Un représentant du personnel absent au-delà de son contingent d'heures, en l'absence de circonstances exceptionnelles, est considéré comme fautif. Il peut, à ce titre, être sanctionné par l'employeur (Crim. 8 oct. 1991, *Bull. crim.* n° 335). Lorsque l'absence est justifiée par les nécessités du mandat, la solution apparaît excessivement rigoureuse. Ainsi, par exemple, il pourrait résulter de cette jurisprudence qu'un membre du Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail se rendant en urgence sur les lieux d'un accident du travail puisse être sanctionné par l'employeur, au motif que l'accident a eu lieu en fin de mois, qu'il avait déjà épuisé son crédit d'heure et que les accidents du travail ne sont pas exceptionnels dans l'entreprise...

En revanche, au sein du crédit d'heure et au-delà en cas de circonstances exceptionnelles, le salarié a l'autorisation de s'absenter librement et sans préavis pour exercer sa mission. Seule la pratique des bons de délégation, vient encadrer quelque peu cette faculté. Les bons de délégation visent l'obligation d'informer l'employeur par écrit du départ en délégation. Une telle obligation ne peut être instituée par l'employeur qu'à la suite d'une procédure de concertation (Crim.

12 avr. 1988, *JCP* 1989. II. 21206, note O. Godard ; Crim. 10 janv. 1989, *RJS* 3/89, n° 238). Une fois mise en place selon les formes requises, la violation de l'obligation de remplir des bons de délégation est une faute disciplinaire susceptible d'être sanctionnée par l'employeur (Crim. 31 mars 1981, *D.* 1982. IR. 77).

Toutefois, cette pratique ne consiste qu'en une information de l'employeur. Elle ne peut sans entrave conduire l'employeur à soumettre l'absence du salarié à une autorisation préalable (Crim. 10 mars 1981, *Bull. crim.* n° 88 ; Crim. 25 mai 1982 : *Bull. crim.* n° 135 ; Crim. 4 févr. 1986, *Bull. crim.* n° 107 ; Crim. 12 avr. 1988, *Bull. crim.* n° 155). Les bons de délégations peuvent en revanche imposer court délai de prévenance, lequel n'excède pas, en principe, quelques heures (*cf.* par ex., Crim. 4 févr. 1986, *préc.*). Ce délai doit être justifié eu égard aux fonctions du salarié, lorsque son absence pourrait créer des problèmes de sécurité ou être susceptible d'entraîner une désorganisation de la production, en cas de travail posté par exemple. Ce délai doit en toute hypothèse rester compatible avec les nécessités du mandat.

Lorsque la pratique des bons de délégation a été instituée, elle demeure une exception au principe de liberté de s'absenter. Et les exceptions sont d'interprétation stricte (Soc. 10 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 174).

II. — Étendue de la protection

151. Ch. mixte 21 juin 1974

Castagne et a. c. Epry (Perrier)

(*Bull. ch. mixte* n° 3 et *Bull. crim.* n° 236 ; *Dr. soc.* 1974. 454, *D.* 1974. 593 et *JCP* 1974. II. 17801, concl. Touffait ; *Dr. ouvr.* 1974. 320 ; H. Sinay, *D.* 1974, Chr. 237 ; J. Savatier, *D.* 1975. 219 ; Latourmerie, *D.* 1975, Chr. 103)

ARRÊT

Sur les deux moyens réunis : vu les articles L. 412-15, L. 420-22, L. 436-1, L. 461-2, L. 462-1, L. 463-1 du Code du travail, 1382 du Code civil, 2, 3 et 593 du Code de procédure pénale ;

Attendu que les dispositions législatives soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail ; attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué que l'employeur Epry, qui aurait dû demander des autorisations de licenciement au comité d'entreprise

ou à l'inspecteur du travail, a engagé devant la juridiction prud'homale des actions tendant à la résiliation judiciaire des contrats de travail le liant à dix salariés auxquels il reprochait des fautes commises pendant une grève et qui étaient soit membres du comité d'établissement, soit délégués du personnel, soit encore délégués syndicaux ;

Attendu qu'Epéry étant prévenu en raison de ces faits des délits d'entrave respectivement prévus par les articles 24 de l'ordonnance du 22 février 1945, 18 de la loi du 16 avril 1946 et 15 de la loi du 27 décembre 1968, textes alors en vigueur, l'arrêt déclare ces infractions non établies au motif que l'intéressé s'est borné à exercer un droit prévu par le Code, et condamne en revanche les demandeurs à des réparations civiles en raison de la témérité de leur action ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des articles précités ;

Par ces motifs : Casse et annule.

152. CE 5 mai 1976

SAFER d'Auvergne

(*Dr. soc.* 1976, concl. Ph. Dondoux, note J.-C. Venezia ; *D.* 1976. 563, note H. Sinay ; *AJDA* 1976. 328 ; *JCP* 1976. II. 1849, note J.-P. Machelon ;

Dr. ouvr. 1976. 430 et 425, obs. M. Cohen ; *Gaz. Pal.* 1976. 2. 558, note F. Moderne)

ARRÊT

1 Requête de la société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne tendant à l'annulation du jugement du 17 janvier 1975 du tribunal administratif de Clermont-Ferrand annulant la décision du 1^{er} octobre 1973 par laquelle le ministre de l'Agriculture a autorisé le licenciement du sieur Bernette, ensemble au rejet de la requête du sieur Bernette tendant à l'annulation de ladite décision ; 2 Recours du ministre de l'Agriculture tendant aux mêmes fins ; vu l'ordonnance du 22 février 1945 ; la loi du 16 avril 1946 ; l'ordonnance du 7 janvier 1959 ; la loi du 21 décembre 1971 ; les décrets des 7 janvier 1959 et 7 mars 1959 ; le Code du travail ; le Code rural ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; le Code général des impôts ;

Considérant [jonction] ; considérant qu'aux termes de l'article 16 de la loi du 16 avril 1946 « tout licenciement d'un délégué du personnel titulaire ou suppléant, envisagé par la direction, devra être obligatoirement soumis à l'assentiment du comité d'entreprise. En cas de désaccord, le licenciement ne peut intervenir que sur la décision de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement » ; que les mêmes garanties sont accordées par l'article 22 de l'ordonnance du 22 février 1945, modifiée par celle du 7 janvier 1959, aux membres titulaires ou suppléants des comités d'entreprise et aux anciens membres de ces comités pendant les six mois qui suivent l'expiration de leur mandat ; que l'article 4 du décret du 7 janvier 1959 précise que le ministre du Travail peut annuler ou reformer la décision de l'inspecteur ; qu'enfin ces dispositions législatives et réglementaires ont été étendues aux salariés des professions agricoles, au nombre desquels figurent les agents des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural et les attributions qu'elles confèrent aux inspecteurs et au ministre du Travail, dévolues, en ce qui concerne ces salariés, aux inspecteurs des lois sociales en agriculture et

au ministre de l'Agriculture par le décret du 7 mars 1959 et par la loi du 21 décembre 1971 ;

Considérant qu'en vertu de ces dispositions, les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle ; que, lorsque le licenciement d'un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé ; que, *dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail ou à l'inspecteur des lois sociales en agriculture saisi et, le cas échéant, au ministre compétent de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi ; qu'en outre, pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ;*

Considérant que le sieur Bernette, chef du service départemental de l'Allier de la société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne, a été licencié le 26 octobre 1973 alors qu'il était délégué du personnel et qu'il avait cessé depuis moins de six mois d'appartenir au comité d'entreprise ; que ce licenciement, qui n'avait pas obtenu l'assentiment du comité d'entreprise a été autorisé le 1^{er} octobre 1973 par une décision du ministre de l'Agriculture annulant, sur le recours hiérarchique de l'employeur, le refus opposé par l'inspecteur des lois sociales en agriculture ; que la décision d'autorisation est fondée sur le motif que le sieur Bernette aurait commis, dans l'exercice de son activité professionnelle, des fautes graves justifiant son licenciement ; *qu'il résulte de l'instruction que les faits reprochés au sieur Bernette ne présentent pas un caractère suffisant de gravité pour justifier la décision du ministre de l'Agriculture d'autoriser son licenciement ; que le ministre ne peut utilement, pour donner un fondement légal à sa décision, se prévaloir de la mission de service public des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural ; considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société d'aménagement foncier et d'établissement rural et le ministre de l'Agriculture ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a annulé la décision autorisant le licenciement du sieur Bernette ; [rejet de la requête et du recours avec dépens].*

OBSERVATIONS

Les représentants du personnel et des syndicats dans l'entreprise peuvent être amenés à s'opposer à l'employeur. Il s'agit même d'une condition de bon exercice de leur mandat. Un représentant des salariés ou des syndicats qui ne ferait que relayer les désirs et les intérêts de l'employeur, aux dépens de ceux des salariés, violerait ses fonctions de mandataire et serait à ce titre juridiquement fautif. Afin de garantir l'indépendance vis-à-vis de l'employeur que le droit exige des mandataires pendant l'exercice de leur mandat et afin de protéger quelque peu ces mandataires des possibles rétorsions de la part des employeurs,

une procédure spéciale de licenciement a été mise en place. Le trait le plus marquant de cette procédure spéciale est de comporter l'exigence une autorisation préalable de l'inspecteur du travail, à peine de nullité. La jurisprudence a dû préciser le champ d'application de cette procédure (A) et le rôle qu'y joue l'inspecteur du travail (B).

A. — Champ d'application

La jurisprudence a adopté une conception relativement réductrice des personnes qui entrent dans le champ de la procédure d'autorisation administrative du licenciement (1). En revanche, le champ d'application de la protection quant aux types d'actes soumis à autorisation administrative (2) a fait l'objet de l'une des constructions jurisprudentielles les plus remarquables du droit du travail, à la suite de l'arrêt *Perrier* du 21 juin 1974 (n° 151).

1) Personnes protégées

La loi a prévu un champ d'application de la protection relativement large. La protection s'applique ainsi, notamment, aux délégués du personnel, aux membres des comités d'entreprise, aux membres des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, aux délégués syndicaux, aux médecins du travail et aux conseillers prud'homaux. La protection est en outre étendue aux candidats aux élections du personnel, aux salariés qui ont demandé l'organisation des élections, et aux anciens mandataires dont les fonctions se sont achevées depuis moins de six ou douze mois selon le cas. La protection bénéficie, enfin, aux représentants supplémentaires du personnel ou des syndicats prévus par les conventions collectives et dont les fonctions sont calquées sur celles des représentants prévus par la loi.

Sont en revanche exclus par la jurisprudence les institutions représentatives qui ne sont pas « de même nature que celles prévues le Code du travail » (v. dernièrement Soc. 23 oct. 2007, *RDT* 2008. 46, note M. Grévy, *Dr. soc.* 2008. 256, note P.-Y. Verkindt, *Sem. Soc. Lamy* 1338, 28 janv. 2008, p.6, obs. Laurence Pécaut-Rivolier et Yves Struillou). Sont ainsi privés de protection les salariés désignés à des fonctions originales créées par conventions collectives et non prévues par la loi. Ainsi, ne sont protégés ni les représentants syndicaux auprès du comité de groupe, du CHSCT, ou d'un comité inter-établissement ; ni le représentant des salariés à une commission de discipline (Soc. 19 déc. 1989, *Bull. civ.* V, n° 719 ; 20 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 85 ; Crim. 4 avr. 1991, *Bull. crim.* n° 164 ; *RSC* 1991. 783, obs. A. Lyon-Caen ; Soc. 1^{er} déc. 1993, *Bull. civ.* V, n° 298 ; *Dr. soc.* 1994. 280 ; CE 29 déc.

1995 ; *RJS* 3/96, n° 298 ; Soc. 29 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003. 550, obs. J. Savatier ; Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ.* V, n° 258). Cette solution est fondée par l'idée selon laquelle la compétence des agents publics, ici celle des inspecteurs du travail, n'est pas à la disposition de la négociation collective (*cf.* not. CE 29 déc. 1995, *préc.*). Cet argument ne convainc guère. Il est en effet loisible à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, lesquels sont des organes d'État, d'interpréter par analogie des textes de lois pour préciser la compétence des agents publics. D'autant qu'une telle interprétation s'impose ici avec force, la protection n'étant pas moins nécessaire lorsque les fonctions exercées ont été créées par la convention collective.

Les nombreuses critiques doctrinales exprimées contre cette solution ont conduit récemment la Cour de cassation à adopter une vision plus ouverte des institutions dites « de même nature » : l'arrêt du 23 octobre 2007 précité reconnaît le bénéfice de la protection à des délégués syndicaux de groupe, en se contentant de noter que ceux-ci ont des fonctions « similaires » à celles d'une autre institution représentative (les délégués syndicaux d'entreprise). Cette solution devrait pouvoir permettre de protéger les représentants syndicaux des comités qui en sont habituellement dépourvus (comités de groupe, CHSCT...). Seules les institutions véritablement originales, comme un conseil de discipline, semblent devoir rester encore exclues. Jusqu'à un prochain revirement ?

2) L'exclusivisme de la procédure administrative de licenciement

L'arrêt *Perrier* rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 21 juin 1974 (n° 151) clôt un conflit qui opposait la chambre criminelle à la chambre sociale. La chambre criminelle interdisait à l'employeur de contourner l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail en agissant, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, en résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé (Crim. 9 févr. 1971, *Dr. soc.* 1972. 502 ; 16 mars 1978, *Dr. ouvr.* 1978. 381). La chambre sociale décidait pour sa part que cette voie de contournement était ouverte, et ce de manière constante depuis 1952 (*cf.* not. Soc. 21 févr. 1952, *Bull.* 1952. IV, n° 153 ; *D.* 1952. 290 ; *Dr. soc.* 1952. 159 ; *Dr. ouvr.* 1952. 151 ; *JCP* 1952. II. 6826 ; 13 oct. 1971, *Bull. civ.* V, n° 758 ; 11 oct. 1972, *Bull. civ.* V, n° 536). L'arrêt *Perrier* du 21 juin 1974 (n° 151) se prononce clairement dans le sens de la chambre criminelle. Il va même bien au-delà. Dans un attendu de principe resté fameux il pose que, la procédure spéciale de licenciement des salariés exposés est une « *protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun* », ce dont il découle qu'il est « *interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail* ».

Il résulte de cet attendu que non seulement la voie de la résiliation judiciaire est fermée, mais que sont aussi fermées toutes les autres voies que les employeurs pourraient être tentés d'emprunter pour obtenir la résiliation du contrat des salariés protégés sans passer par une autorisation administrative préalable. Le raisonnement tenu va même plus loin, puisque l'on peut en déduire plus généralement que les « *protections exceptionnelles et exorbitantes du droit commun* » que prévoit le droit du travail permettent d'exclure les dispositions générales prévues, notamment, par le Code civil. Dans ces deux aspects, la portée de l'attendu de principe de l'arrêt *Perrier* n'a pas cessé, depuis 1974, de s'accroître. Elle est aujourd'hui considérable.

Le premier aspect de la jurisprudence *Perrier* est de fermer tous les biais possibles de contournement de la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés. Outre l'interdiction de la résiliation judiciaire (confirmée depuis à de nombreuses reprises, *cf.* not. Ass. plén. 28 janv. 1983, *D.* 1983. 269, concl. J. Cabannes ; *Dr. soc.* 1984. 511, qui reconnaît que la simple action en justice en résiliation judiciaire constitue un délit d'entrave) de nombreuses autres voies de contournement ont été successivement fermées. Les tentatives d'évitement envisageables étant nombreuses, les fermer toutes a conduit la jurisprudence à dresser un véritable catalogue des hypothèses dans lesquelles une autorisation administrative préalable est requise.

Une telle autorisation est ainsi exigée lorsqu'un transfert partiel d'entreprise concerne un salarié protégé (*cf.* Soc. 24 nov. 1992, *Dr. soc.* 1993. 65 ; 8 juin 1999, *RJS* 7/99, n° 699 ; 16 mars 1999, *RJS* 5/99, n° 699) ; en cas de fermeture définitive de l'entreprise (Soc. 1^{er} avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 234 ; 19 janv. 1995, *Dr. soc.* 1995. 197) ; en cas de mise à la retraite (Soc. 5 mars 1996, *RJS* 4/96, n° 422 ; 2 déc. 1998 ; *RJS* 1/99, n° 101), d'adhésion du salarié à une convention d'allocation spéciale du FNE (Soc. 8 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 267 ; *Dr. soc.* 1999, obs. J. Savatier) ou à une convention de conversion (Soc. 4 avr. 1990 *RJS* 5/90, n° 395) ; ou encore de rupture anticipée ou de non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée (*cf.* art. L. 412-18, L. 425-2 et L. 436-2 C. trav., lesquels sont interprétés de manière extensive par la Cour de cassation, *cf.* not. Soc. 16 oct. 2001, *Bull. civ.* V, n° 320 ; *Dr. soc.* 2002. 124, note Cl. Roy Loustaunau ; Soc. 11 déc. 2001, *Bull. civ.* V, n° 375).

Une autorisation préalable est de plus exigée non seulement à chaque fois que l'employeur entend imposer au salarié une modification du contrat de travail, ce qui va de soit (*cf.* par ex. Soc. 24 févr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 389), mais encore lorsque l'employeur n'entend qu'imposer de simples modifications des conditions de travail, celles-ci fussent-elle expressément prévues au contrat (Soc. 23 sept. 1992, *Dr. soc.* 1992. 925 ; 5 janv. 1994 ; *Dr. soc.* 1994. 279 ; 4 oct. 1995, *Dr. soc.* 1995.

1044 ; Soc. 18 juin 1996, *Bull. civ.* V, n° 248 ; *Dr. soc.* 1996. 978 ; Soc. 25 nov. 1997, *RJS* 6/97, n° 706 ; Soc. 21 novembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 350 ; sur la jurisprudence similaire rendue sous l'empire de la terminologie antérieure, en cas de modification « non substantielle » du contrat *cf.* not. Soc. 12 oct. 1990, *RJS* 1/91, n° 55 ; Soc. 18 avr. 1989, *Bull. civ.* V, n° 285). En revanche l'application d'une règle nouvelle, légale ou conventionnelle, ne produisant pas de modification du contrat de travail, peut être imposée au salarié protégé sans autorisation préalable (en ce sens, *cf.* not. 26 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 68, à propos de l'application d'un accord d'entreprise de réduction du temps de travail, sans réduction du salaire).

Il faut enfin noter que la protection a été instituée dans l'intérêt de l'ensemble des salariés et que, par conséquent, le salarié protégé ne peut pas en disposer. Il s'ensuit qu'une autorisation préalable de l'inspecteur du travail est encore nécessaire avant de conclure une rupture d'un commun accord (*cf.* Soc. 2 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993. 152, rapp. Waquet ; Crim. 2 févr. 1996, *RJS* 3/96, n° 299 ; 13 avr. 1999, *RJS* 5/99, n° 700 ; Soc. 27 mars 2007, *Crédit foncier de France*, pourvoi n° 05-45310, à paraître au *Bull.*), solution qui s'appliquera à la rupture conventionnelle de l'ANI du 11 janvier 2008. Pour cette raison encore, la nullité de la transaction signée avant la notification du licenciement par un salarié protégé est une nullité absolue et d'ordre public, ce qui peut contraindre le représentant à rembourser à l'employeur les sommes perçues en application de cette transaction (Soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 249 ; comp. sur la validité d'une transaction conclue après notification du licenciement, Soc. 5 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 54).

En définitive, l'exclusivisme du droit du licenciement des salariés protégés est aujourd'hui parvenu à un point d'aboutissement. Seules les ruptures véritablement à l'initiative exclusive du salarié demeurent possibles sans autorisation administrative préalable. Ce qui permet la démission de ce salarié ou encore son initiative de réclamer le bénéfice d'une convention de préretraite (Soc. 3 octobre 2007, pourvoi n° 05-45670), sans autorisation. Ce qui lui permet encore de demander la résiliation judiciaire de son contrat (Soc. 16 mars 2005, *Carcoop*, *Bull. civ.* V, n° 94 ; D. 2005. 1613 et Pan. 2506, obs. B. Lardy-Pélissier) ou de prendre acte de la rupture (Soc. 21 janvier 2003, *Sogeposte*, *Bull. civ.* V, n° 13 ; Soc. 5 juillet 2006 *Bull. civ.* V, n° 237 ; 25 juin 2007 n° 06-40.667, à paraître au *Bull.*). Dans ces deux derniers cas, si des fautes suffisantes de l'employeur apparaissent avoir motivé la rupture, la sanction sera celle d'une violation du statut protecteur par l'employeur. La solution s'inscrit dans la logique de ces modes de ruptures et dans celle du statut protecteur. La résiliation judiciaire et la prise d'acte de la rupture par le salarié sont assimilées à des licenciements illicites, dès lors que la rupture peut être imputée à des fautes

commises par l'employeur (v. **n° 86 à 88**). Et il faut rappeler, une fois de plus, que ces représentants sont particulièrement exposés aux représailles des employeurs, ce qui légitime l'aggravation des sanctions applicables en cas de violation du droit par l'employeur, à leur rencontre. Cette jurisprudence apparaît ainsi logique et opportune (en ce sens, v. not. J. Mouly, *Dr. soc.* 2005. 861 ; J.-M. Verdier, *Dr. soc.* 2008. 113 ; B. Lardy-Pélissier *préc.* ; *contra* v. not. P. Waquet, *RJS* 6/05, n° 1168).

Le second aspect de l'arrêt *Perrier*, peut-être plus fondamental encore, est dans l'affirmation que les « *protections exceptionnelles et exorbitantes du droit commun* » du droit du travail excluent les dispositions générales prévues, notamment, par le Code civil. Bien au-delà de la seule question de la protection des représentants du personnel et des syndicats, ce second aspect touche l'ensemble du droit du travail.

Ainsi, le droit du licenciement et de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée sont désormais considérés comme des protections suffisamment « exceptionnelles et exorbitantes du droit commun », pour ne plus pouvoir être contournée par la procédure de résiliation judiciaire (Pour la fermeture de la voie de la résiliation judiciaire en matière de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, cf. Soc. 13 mars 2001, *Mulin*, **n° 90** et en matière de contrats à durée déterminée, Soc. 4 déc. 2001, *Dr. soc.* 2001. 409, note C. Roy-Loustau-nau). Il est encore à noter qu'il a été jugé que l'article L. 1226-4 nouv. C. trav. (L. 122-24-4 C. trav.), qui précise qu'un salarié devenu inapte à son emploi doit être reclassé ou licencié dans l'entreprise avant l'expiration d'un délai d'un mois, exclut la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail, laquelle aurait pour effet d'éluder l'obligation de l'employeur de reprendre le paiement des salaires à l'échéance de cette durée (Soc. 12 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 66, *RJS* 04/02, n° 423 et 05/02, chr. Jean Savatier, p. 399). Encore une fois, c'est un mécanisme tiré du droit commun des obligations, ici la rupture d'un commun accord, qui est expressément exclu par la Cour au nom de la législation du droit du travail.

Plutôt que de voir dans ces solutions la montée d'une certaine autonomie du droit du travail, il semble qu'il ne faille y voir qu'une application de l'adage *specialia generalibus derogant*. L'arrêt *Perrier* insistait sur le caractère exceptionnel de certaines protections du droit du travail. Et il est effectivement logique qu'une protection particulière, spéciale, déroge aux règles générales issues, notamment, du droit civil. Ainsi compris, l'essor actuel de la logique décrite au sein de l'arrêt *Perrier* doit être pleinement approuvé.

Cette dynamique n'est au demeurant probablement pas aujourd'hui éteinte. Et l'arrêt *Perrier* pourrait bien continuer à inspirer de futures évolutions de la jurisprudence en droit du travail.

B. — Le contrôle de l'inspecteur du travail

Les autorisations accordées ou refusées par l'inspecteur du travail ont occasionné un contentieux de droit public, lequel a permis au Conseil d'État de préciser quelle était exactement la mission des inspecteurs du travail en la matière.

L'arrêt *SAFER d'Auvergne* du 5 mai 1976 (n° 152) est le véritable point de départ de cette jurisprudence. Dans un premier temps, le Conseil d'État avait considéré qu'il s'agissait d'une question de pure opportunité échappant au contrôle du juge (CE 12 nov. 1949, *Lebon*, p. 483). Dans un deuxième temps, il a exprimé la possibilité d'un contrôle réduit à l'erreur manifeste d'appréciation (CE 10 juin 1966, *Lebon*, p. 387). Ce n'est qu'avec l'arrêt *SAFER d'Auvergne* qu'il va affirmer l'existence d'un plein contrôle. En l'espèce, le ministre statuant sur recours hiérarchique avait considéré que le salarié avait commis une faute grave qui justifiait l'autorisation de licenciement. Le Conseil d'État substitue son interprétation des faits à celle du ministre et affirme qu'il ne s'agissait pas d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier une telle autorisation. Il annule, par voie de conséquence, la décision du ministre.

Le Conseil d'État profite de l'occasion pour adopter un attendu de principe resté fameux, dans lequel il fixe les grandes lignes du contrôle devant être mené en la matière. Les termes de cet attendu ont été depuis repris constamment, le Conseil s'étant contenté d'en préciser quelques aspects.

L'inspecteur du travail doit tout d'abord vérifier si les faits invoqués par l'employeur permettent de justifier un licenciement (1). Lorsqu'une telle justification est présente, il peut encore refuser le licenciement, en retenant « *des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence* » (2).

1. Justifications du licenciement

Lorsque, comme dans l'arrêt *SAFER d'Auvergne* (n° 152), l'employeur invoque une faute du salarié, celle-ci doit être « *d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement* ». Les termes employés sont originaux. Il ne s'agit à proprement parler ni de la « *faute grave* », ni de la faute « *réelle et sérieuse* » introduites en droit commun du licenciement par la loi du 13 juillet 1973. L'arrêt *SAFER d'Auvergne*, rendu après la loi 1973 et les arrêts ultérieurs qui ont conservé cette notion de faute « *d'une gravité suffisante* » (cf. not., CE 10 janv. 2000, *Chellal*, *RJS* 5/00, n° 554 ; CE 6 mars 2002, *RJS* 06/02, n° 699 ; CE 9 juillet 2007 n° 288295, 4^e et 5^e s.-s., *Sangare*, *RJS* 10/07, n° 1084),

sont des affirmations de l'autonomie qu'entendent conserver en la matière les juridictions administratives.

Cette autonomie pouvait prendre sens comme expression d'une plus grande exigence, pour le licenciement d'un salarié protégé, que pour un salarié non protégé. Pendant longtemps cependant, c'est l'inverse qui s'est produit. Bloqué dans sa volonté d'indépendance, le Conseil d'État a ignoré les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation. La conséquence, absurde, était qu'il était devenu plus facile, dans de nombreux cas, de licencier un salarié « protégé » que de licencier un salarié non protégé.

Ce grave paradoxe s'est réduit à la suite des récents efforts du Conseil d'État pour combler son retard (1), mais certains écarts persistent encore (2).

a. Des efforts de rattrapage

Le Conseil d'État a prohibé le licenciement pour simple perte de confiance (CE 21 décembre 2001, *Baumgarth*, *RJS* 2002, n° 304 ; CE 22 mai 2002, *RJS* 2002, n° 999), plus de dix ans après que la Cour de cassation l'a fait (sur la prohibition par la Cour de cassation, à partir de 1990, v. n° 457 ; en sens inverse, v. encore CE 1^{er} avril 1999 et CE 11 juin 1999, *RJS* 1999, n° 1093).

Le Conseil d'État a longtemps adopté sa propre définition de la justification économique du licenciement (CE 18 février 1977, *Abellan, Lebon*, p. 97, *Dr. ouvr.* 1977. 215, note M. Cohen ; CE 26 avril 1985, n° 38231, *Lebon*, p. 140 ; CE 8 juillet 2002, *RJS* 2002, n° 1148). Il se réfère désormais à la définition légale du licenciement économique, laquelle avait été initiée en 1989 (v. not. CE 15 juin 2005, pourvoi n° 254728 ; CE 8 mars 2006, *Moranzoni*, n° 270857, *Lebon*, p. 116 ; *Dr. soc.* 2006. 857, concl. R. Keller ; *JCP S* 2006, n° 16, p. 31-33, note J.-Y. Kerbouc'h ; sur la définition légale du licenciement économique, v. art. L. 1233-3 nouv. C. trav.). Mieux, L'arrêt *Moranzoni* précité, reprend l'exigence de la Cour de cassation, d'une nécessaire sauvegarde de la compétitivité (avec dix ans de retard : sur la jurisprudence de Cour de cassation, initiée en 1995, v. n° 572 et s.).

Le Conseil d'État a aussi admis que la faute disciplinaire ne pouvait être qu'une violation du pouvoir de direction de l'employeur et non une faute commise dans l'exercice de ce mandat (v. CE 4 juillet 2005, *Patarin*, n° 272193, *Lebon*, p. 306) conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui exige une violation des obligations du salarié « à l'égard de son employeur » pour reconnaître l'existence d'une faute disciplinaire (v. not. Soc. 4 juillet 2000, *Bull. civ.* V, n° 263 ; v. n° 114).

Ainsi, un rattrapage important a eu lieu et, pour l'essentiel, la justifi-

cation du licenciement d'un salarié protégé n'est plus facilitée, comparativement au licenciement d'un salarié ordinaire. Quelques efforts pour que cette solution évidente soit généralisée restent cependant à faire.

b. Quelques retards persistants

Le Conseil d'État considère que la violation par l'employeur des procédures de licenciement conventionnelles n'interdit pas d'accorder une autorisation de licenciement (CE 12 mars 1993, *RJS* 1993, n° 634), alors que, pour le juge judiciaire, le respect de telles procédures conditionne la validité du licenciement des salariés non protégés (Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 136).

Dans un registre proche, sauf preuve de la discrimination, la jurisprudence administrative ne contrôle pas le respect des règles concernant l'ordre des licenciements économiques, vis-à-vis des salariés protégés (CE 23 juin 1982, *Lebon T.*, p. 768 ; 11 juillet 1994 ; *RJS* 1994, n° 1406 ; CE 15 juin 1998, *RJS* 1998, n° 1016 ; CE 29 décembre 2000, *RJS* 2001, n° 475). Ce refus de vérification a conduit la Cour de cassation à prendre le contrôle de l'application de ces règles vis-à-vis des salariés protégés. Désormais, un salarié protégé licencié en violation des règles sur l'ordre des licenciements, mais avec l'autorisation de l'inspecteur du travail, peut obtenir auprès des juridictions judiciaires la réparation du préjudice qu'il subit de ce fait, (pour la condamnation de l'employeur à indemniser le salarié dans une telle hypothèse, v. Soc. 11 décembre 2001, *RJS* 2002, n° 202).

Ces deux petits décalages sont de peu d'ampleur. On peut penser que dès que l'occasion se présentera le Conseil d'État supprimera le premier. Et les conséquences fâcheuses du second ont été en partie pour l'essentiel couvertes par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Le décalage le plus inquiétant qui demeure encore est observé dans le contentieux de la grève.

Il résulte de l'article L. 521-1 alinéa 1^{er} du Code du travail (L. 2511-1 recod.) que des faits commis au cours d'une grève ne peuvent être des motifs de licenciement que s'ils sont caractéristiques d'une « faute lourde ». Quoiqu'il continue en la matière de n'exiger expressément qu'une faute « suffisamment grave », le Conseil d'État s'est appuyé sur l'exigence supplémentaire d'une prise en compte « de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail » que posait déjà l'arrêt *SAFER d'Auvergne*, pour reconnaître expressément, que l'article L. 2511-1 nouv. C. trav. (L. 521-1 C. trav.) du Code du travail est bien applicable aux salariés protégés comme à ceux qui ne le sont pas (v. not. CE 1^{er} avril 1992, *Lebon*, p. 148 ; *Dr. soc.* 1992. 689, concl. D. Kessler ; CE 6 mars 2002, n° 214656, *RJS* 06/02, n° 699 et p. 518, concl. G. Bachelier). Ce

qui équivaut à la reconnaissance de l'exigence d'une faute lourde (même si cette reconnaissance n'est qu'implicite).

Cependant, le Conseil d'État semble adopter une conception pour le moins originale de la faute lourde. Pour la jurisprudence judiciaire celle-ci est une faute d'une exceptionnelle gravité réalisée dans l'intention de nuire à l'employeur (v. obs. sous n° 47). Outre qu'en guise d'exceptionnelle gravité le Conseil d'État se contente de son habituelle motivation en termes de faute « suffisamment grave », il affirme qu'aucune intention de nuire à l'employeur n'est exigée pour que puisse être autorisé le licenciement d'un salarié protégé pour des faits commis au cours de la grève (CE 6 mars 2002, *préc.*).

Or, si l'intention de nuire est caractéristique de tout mouvement de grève (v. obs. sous n° 199 B), elle n'est pas nécessairement présente au sein de tous les comportements qui peuvent être commis au cours d'une grève. Des fautes d'une gravité certaine, comme une destruction de matériel ou une violation des consignes de sécurité ayant provoqué un accident, peuvent être faites par négligence et être dépourvues d'intention de nuire. De tels faits, commis au cours d'une grève, pourraient permettre selon la jurisprudence du Conseil d'État, d'autoriser le licenciement d'un salarié « protégé ». Alors qu'il n'est pas exclu que le licenciement pour de mêmes faits d'un salarié « non protégés » puisse être annulé, selon les critères de la Cour de cassation.

Un tel résultat est pour le moins paradoxal.

2. Le refus au nom de l'intérêt général

L'arrêt *SAFER d'Auvergne* prévoit une faculté, pour l'inspecteur du travail d'invoquer des « motifs d'intérêt général » pour passer outre une faute d'une gravité suffisante et refuser d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé. Ce principe ne tempère guère, cependant, le faible contrôle administratif du motif du licenciement sus-décrit.

Cette faculté n'est en effet utilisable qu'avec la plus grande parcimonie, si l'on en croit la jurisprudence du Conseil d'État (*cf.* pour l'annulation de refus motivés par l'intérêt général, *cf.* not. CE 8 févr. 1980, *D.* 1980. 337 ; CE 9 oct. 1987, *Ghazi, Lebon*, p. 308 et 309 ; 27 juill. 1990, *RJS* 11/90, n° 891). Seul le souci de maintenir une représentation du personnel, dans une espèce où l'employeur entendait licencier dans un même mouvement l'ensemble des délégués du personnel, des membres du comité d'établissement et les trois délégués syndicaux, a pu être considéré comme un motif d'intérêt général permettant de passer outre une faute d'une « gravité suffisante » commise au cours d'une grève (CE 9 oct. 1987, *Corning, Lebon*, p. 309 ; *AJDA* 1987. 773). En revanche, dans une petite entreprise, malgré l'absence d'élus,

le licenciement de l'unique délégué syndical ne peut être refusé pour un motif d'intérêt général, dès lors qu'un autre salarié avait réclamé en même temps que lui la tenue d'élection de délégués du personnel et que ce salarié pouvait servir à l'avenir d'interlocuteur (CE 19 juill. 1991, *RJS* 10/91, n° 1114).

De plus, l'invocation de l'intérêt général était dès l'arrêt *SAFER d'Auvergne*, assortie d'une restriction importante, toujours reprise depuis. L'autorité administrative n'a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général que « *sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence* ». Cette formule contient une part d'hypocrisie. Ainsi que le Conseil d'État le reconnaît par ailleurs, l'invocation d'un motif d'intérêt général a pour fonction de bloquer un licenciement par ailleurs justifié. Ce blocage ne porte pas atteinte aux intérêts du représentant dont l'emploi est ainsi sauvegardé, ni à celui de ses mandants. L'invocation d'un motif d'intérêt général ne peut dès lors que nuire à l'employeur. La formule, censément équilibrée, se lit donc ainsi : l'inspecteur du travail n'a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général que « sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée aux intérêts de l'employeur ». Cet égard particulier pour les intérêts de l'employeur conduit au demeurant le Conseil d'État à qualifier facilement l'atteinte d'« excessive », dès lors que le licenciement apparaît par ailleurs justifié (pour une telle qualification d'atteinte « excessive » aux intérêts de l'employeur, *cf.* not. CE 8 févr. 1980 ; 9 oct. 1987 ; 1^{er} févr. 1989 ; 27 juill. 1990, *préc.*).

La faculté d'invoquer l'intérêt général pour refuser d'autoriser un licenciement n'est plus, dans ce contexte, qu'un correctif anecdotique.

III. — Sanctions

153. Ch. mixte 25 octobre 1968

Detoeuf c. Produits Chimiques d'Auby

(*Bull. civ. ch. mixte* n° 1 ; *D.* 1968. 706 ; *JCP* 1969. II. 15716 ; *Dr. soc.* 1969. 177, note J. Savatier ; *Dr. ouvr.* 1969. 35 ; *adde* G. Lyon-Caen, *D.* 1967. 178 ; J.-M. Verdier, *JCP* 1971. 5. 2422)

ARRÊT

Sur le moyen unique : Attendu qu'il résulte des énonciations du jugement attaqué, rendu sur renvoi après cassation, le 2 décembre 1965 par arrêt de la 2^e chambre civile, d'un jugement du tribunal d'instance d'Arras en date du 19 novembre 1964, que la société des produits chimiques d'Auby avait voulu licencier Detoeuf, employé à son usine de Feuchy, qui était membre du Comité

d'établissement et délégué du personnel, et que, n'ayant pu obtenir à cet effet l'accord de l'Inspecteur du travail qui, à défaut de l'assentiment du Comité d'établissement, lui était nécessaire en raison desdites qualités de l'intéressé, elle lui avait, depuis juin 1963, interdit l'entrée de l'usine ;

Attendu que le pourvoi fait grief au jugement d'avoir déclaré que Detoef était électeur et éligible pour la désignation, le 11 décembre 1964, des membres du Comité d'établissement, aux motifs qu'il continuait à être lié à ladite société par un contrat de louage de services et devait, par conséquent, être compris parmi « les salariés... travaillant dans l'entreprise » visés par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 22 février 1945, alors que ces dispositions n'ouvriraient l'électorat et l'éligibilité qu'à ceux qui ont perçu un salaire contre un travail effectif pendant un temps donné, à l'exclusion des salariés dont le contrat de travail a été rompu, fut-ce illégalement, et que, d'ailleurs il serait inconcevable qu'un employé, devenu étranger à une entreprise puisse participer à son organisation et à sa gestion, comme représentant du personnel ;

Mais attendu que Detoef s'étant trouvé empêché de travailler uniquement par une voie de fait de son employeur, c'est à bon droit que le tribunal d'instance a décidé que *l'intéressé remplissait les conditions légales pour être inscrit sur la liste électorale* en vue de la désignation des représentants du personnel au Comité d'établissement de l'usine de Feuchy de la société des produits chimiques d'Auby, *et pour être éligible en cette qualité* ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi formé contre le jugement rendu le 27 juillet 1966 par le tribunal d'instance de Cambrai.

154. Soc. 14 juin 1972

Société comptoir des revêtements Revet-Sol c. Dal Poz

(*Bull. civ.* V, n° 425, p. 388 ; *Dr. soc.* 1972. 465, note J. Savatier ; *JCP* 1972. II, n° 17275, note Gérard Lyon-Caen ; *D.* 1973. 114, note W. Catala)

ARRÊT

Sur le second moyen, lequel est préalable : Attendu qu'il est fait grief à la cour d'appel, statuant en référé, d'avoir ordonné la réintégration dans son emploi de Dal Poz, délégué du personnel et délégué syndical, que la société anonyme Comptoir des revêtements Revet-Sol avait licencié malgré le refus de l'inspecteur du travail, au motif qu'un tel litige n'était pas de la compétence du conseil de prud'hommes, alors que la compétence du juge des référés est restreinte aux différends dont la connaissance appartient, quant au fond, aux tribunaux civils, et que les conseils de prud'hommes sont seuls compétents pour connaître des différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les patrons et leurs ouvriers et employés ;

Mais attendu que le premier juge avait ordonné sous astreinte la réintégration provisoire de Dal Poz dans son emploi, après s'être déclaré compétent ;

Que la cour d'appel, qui a la plénitude de juridiction en matière tant civile que prud'homale et qui était investie de la connaissance du litige par l'effet dévolutif de l'appel, devait statuer sur lui, peu important que le premier juge eut été, ou non, complètement saisi ;

Qu'ainsi la décision de l'arrêt de rejeter l'exception d'incompétence se trouve justifiée ;

Que le moyen n'est donc point fondé ;

Et sur les premier, troisième et quatrième moyens : Attendu que la société Comptoir des revêtements Revet-Sol fait encore grief au même arrêt d'avoir ordonné la réintégration de Dal Poz dans son emploi, aux motifs qu'en congédiant ce délégué syndical le 20 octobre 1970 elle avait contrevenu aux dispositions impératives de la loi et commis une véritable voie de fait qui n'avait pu rompre le contrat de travail, alors, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire et sans préjudicier doublement au principal, statuer sur le sens et la portée d'une disposition légale touchant au fond du droit et faire produire ses effets à un titre contesté, préjugant ainsi la solution du litige, alors, d'autre part, que la poursuite d'un contrat de travail est une obligation de faire dont l'inexécution ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts, alors, encore, qu'aucune disposition de la loi n'impose la réintégration d'un délégué syndical irrégulièrement licencié, alors, en outre, que la voie de fait — acte matériel insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte de loi — ne peut résulter de l'exercice normal du droit incontesté de l'employeur de mettre fin à un contrat de travail sous le contrôle des tribunaux, et alors, enfin, que, dans des conclusions demeurées sans réponse, la société avait fait valoir que la loi du 27 décembre 1968 n'ordonnait pas la réintégration d'un délégué syndical et qu'au surplus, l'employeur n'avait fait qu'exercer le droit incontestable, légalement reconnu, de licencier ses employés ;

Mais attendu que l'arrêt attaqué relève exactement que *la demande de Dal Poz tendait seulement à faire ordonner la continuation de l'exécution du contrat de travail, dont la régularité n'était pas contestée en elle-même, et auquel l'employeur avait prétendu mettre fin par une voie de fait, bien que le droit de le rompre unilatéralement lui eut été retiré par la loi du 27 décembre 1968, et qu'il n'eut pas obtenu l'avis conforme préalable de l'inspecteur du travail ;*

Que la cour d'appel a pu estimer sans se contredire qu'il était urgent de faire cesser le trouble imputable à la société qui avait voulu se faire justice à elle-même, et ordonner provisoirement la remise des parties dans leur état antérieur, sans examiner le fonds du litige, ni préjuger sa solution ;

Et attendu qu'aucun des griefs n'est fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

155. Soc. 25 novembre 1997

Crosfield c. Bellon

(Bull. civ. V, n° 405)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué statuant sur renvoi après cassation (Versailles 27 mai 1994) que M. Bellon, engagé le 1^{er} janvier 1980 en qualité de directeur administratif et financier par la société Crosfield, a été élu délégué du personnel le 23 mars 1984 ; que la rupture des relations contractuelles est intervenue le 1^{er} janvier 1985 ;

Sur le premier moyen : (sans intérêt) ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société fait encore grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer au salarié protégé la somme qu'il aurait dû percevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection de son mandat de délégué du personnel alors, selon le moyen, que l'indemnité compensant la perte des salaires pendant la période de

protection n'est due que dans la mesure de la période où le salarié est resté à la disposition de l'employeur ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté expressément que M. Bellon avait été embauché le 15 avril 1985 par la société Médiasport ; qu'en octroyant au salarié, du fait de la méconnaissance de son statut protecteur, une indemnité représentant le montant du salaire jusqu'au 30 septembre 1985, date d'expiration de la protection en cours, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations en violation de l'article L. 425-1 du Code du travail ;

Mais attendu que la sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur d'un représentant du personnel illégalement licencié et qui ne demande pas sa réintégration, est la *rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection en cours et non la réparation du préjudice réellement subi par le salarié protégé pendant cette période* ;

Qu'ainsi en allouant au salarié la rémunération qu'il aurait perçue, depuis la date de son éviction jusqu'à la fin de la période de protection, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi.

156. Ch. mixte 18 janvier 1980

Pampre d'or

(*Bull. civ. ch. mixte* n° 2 ; *D.* 1980. 386, note A. Jeammaud et J. Pélissier ;

Dr. soc. 1980. 334, obs. J. Savatier ; *JCP* 1980. II. 19397, concl. Robin et note J.-Cl. Javillier)

ARRÊT

Sur le moyen unique : Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la société anonyme Pampre d'or tenue d'indemniser Aubert, ancien chef comptable et délégué syndical, par elle licencié le 29 octobre 1970 avec l'autorisation de l'inspecteur du travail, en raison de son refus de le réintégrer à la suite de l'annulation de cette autorisation, au motif que ladite annulation avait rendu rétroactivement le licenciement inopérant, alors que l'employeur n'était pas tenu, une fois l'autorisation de l'inspecteur du travail accordée, d'attendre les résultats d'éventuels recours, que l'annulation de cette autorisation ne pouvait avoir pour effet de faire revivre un contrat qui s'était trouvé rompu dans les rapports des parties entre elles par un congé valablement donné par la société, laquelle ne saurait être tenue de réparer les conséquences d'une annulation qui ne lui incombait pas, et qu'il n'en serait autrement que si la cause réelle du licenciement avait été l'activité syndicale du salarié et non le motif invoqué pour obtenir l'autorisation de licenciement, ce qui n'était ni établi, ni même allégué ;

Mais attendu que les juges du fond, après avoir observé que le licenciement, à l'époque où il était intervenu, avait été régulier, l'employeur n'étant pas tenu, après obtention de l'autorisation de l'inspecteur du travail, d'attendre l'expiration du délai de recours ou le résultat de la procédure en annulation, ont exactement énoncé que *l'annulation par le ministre du Travail de l'autorisation qui en constituait une condition essentielle de validité avait rendu le licenciement inopérant* ;

Qu'ainsi la cour d'appel, qui n'avait pas à rechercher la cause réelle du licenciement, a sans violer aucun des textes visés au moyen, décidé à bon droit que *la société devait réparation du préjudice résultant du refus de réintégration posté-*

rieur à l'annulation de l'autorisation qui lui avait été accordée ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 21 juillet 1977 par la cour d'appel de Bordeaux.

OBSERVATIONS

Le licenciement d'un salarié protégé en violation de son statut protecteur est nul et de nul effet. Ceci a été admis dès l'origine par la Cour de cassation (Soc. 3 juin 1948, *D.* 1948. 510). La question qui a fait problème en la matière pendant plus de vingt ans est celle des effets que peut produire cette nullité. En bonne logique juridique, le licenciement étant privé d'effets le contrat de travail doit être considéré comme toujours en vigueur et l'employeur doit être condamné non seulement à payer les salaires dus pour toute la période où le salarié a été mis dans l'impossibilité de travailler, mais il peut être condamné à exécuter le contrat à l'avenir, c'est-à-dire en pratique à réintégrer dans ses fonctions le salarié illégalement licencié. Ces solutions, qui semblent découler directement de la nullité du licenciement ont mis plus de vingt ans à s'imposer.

A. — La réintégration

L'argumentation tenue par la Cour de cassation pour restreindre les effets de la nullité est apparue en deux temps. Dans un premier temps, la Cour de cassation refusa la réintégration du salarié au motif que l'article 1142 du Code civil prohibe l'exécution forcée des obligations de faire. L'arrêt cependant ordonnait simultanément le versement des salaires non seulement jusqu'à la date de la décision, mais au-delà, tant que le salarié n'aurait pas été régulièrement licencié (Soc. 27 nov. 1952, *Dr. soc.* 1953. 101 ; *D.* 1953. 239). À défaut d'ordonner la réintégration, l'arrêt incitait ainsi fortement l'employeur à réintégrer le salarié. Un arrêt ultérieur du 12 mars 1959 (*Dr. soc.* 1959. 414) allait cependant revenir sur cette dernière solution et atténuer encore les effets de la nullité. Selon cet arrêt, non seulement la réintégration ne pouvait pas être réclamée, mais le paiement des salaires était lui aussi exclu. Le licenciement était toujours considéré comme nul, mais il n'en réalisait pas moins la rupture du contrat de travail et seul des dommages et intérêts en fonction du préjudice subis pouvaient être accordés au salarié.

Ces solutions étaient pour le moins discutables. L'interprétation donnée à l'article 1142 du Code civil par la Cour de cassation s'opposait à celle adoptée simultanément dans les autres branches du droit. Même

dans les années 1950, le droit commun des obligations, n'accordait plus depuis longtemps qu'un sens limité à l'article 1142 du Code civil. Cet article ne signifiait plus qu'une interdiction du recours à la violence physique pour forcer l'exécution des obligations de faire. La possibilité de condamner sous astreinte à exécuter une obligation de faire est reconnue dès 1834 (Req. 29 janv. 1834, *DP* 1834. 1. 81 ; *S.* 1834. 1. 129) et cette solution s'était déjà appliquée à toutes sortes d'affaires (*cf.* par ex. pour le respect d'un droit de visite, *Civ.* 18 mars, *S.* 1878. 1. 193). Vis-à-vis des salariés protégés, la Cour de cassation opérait ainsi une exception au droit commun des obligations, dans le but de protéger les employeurs.

Critiquée avec force par la doctrine, cette solution fut finalement abandonnée, mais seulement pour les cas de nullité du licenciement d'un salarié protégé, à la suite des fameux arrêts *Detoef* du 24 juin 1968 (**n° 153**) et *Revet-Sol* du 14 juin 1972 (**n° 154**).

L'arrêt *Detoef* ne se prononce pas à proprement parler sur la réintégration du salarié protégé licencié illégalement. Il est cependant l'arrêt annonciateur de cette faculté de réintégration. En l'espèce, Detoef, membre du comité d'entreprise et délégué du personnel, avait été licencié sans qu'une autorisation administrative n'ait été demandée. L'employeur s'était contenté de lui interdire l'accès de l'usine. Plus d'un an après cette expulsion de fait, Detoef décide de se porter candidat à l'élection des membres du comité d'entreprise. L'employeur conteste cette candidature en arguant du fait qu'il ne fait plus partie du personnel. La Cour de cassation rejette cependant le pourvoi formé contre le jugement du tribunal d'instance qui avait déclaré Detoef électeur et éligible, ce qui revient à admettre que malgré son licenciement illicite, Detoef faisait toujours partie du personnel de l'entreprise. Il est enfin reconnu, implicitement, que la nullité de la rupture conduit au maintien du contrat de travail.

L'arrêt *Revet-Sol* du 14 juin 1972 (**n° 154**) tire les conséquences de ce maintien et ordonne, pour la première fois, la réintégration d'un salarié protégé illégalement licencié. Il est à noter que cette première a été décidée à l'occasion d'une demande de réintégration en référé. La réintégration du salarié sera ultérieurement ordonnée au fond et ces solutions maintenues de manière constante par la jurisprudence (*cf.* not. parmi de très nombreux arrêts, *Soc.* 30 mai 1979, *Bull. civ.* V, n° 480 ; 17 mars 1993 *Dr. soc.* 1993. 462 ; 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999. 197).

Le débat était pourtant loin d'être clos. Admise pour les salariés protégés, la réintégration a encore longtemps été refusée dans les autres hypothèses de licenciement nul. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt *Clavaud* du 28 avril 1988 (*Bull. civ.* V, n° 257, *D.* 1988. 437, note E. Wagner ; *Dr. ouvr.* 1988. 252, note A. Jeammaud et M. Le Friant *Dr. soc.*

1988, 429, concl. H. Ecoutin) que cette solution s'est peu à peu étendu aux autres hypothèses de licenciement nul (pour la réintégration en référé d'un gréviste dont le licenciement est nul, *cf.* Soc. 7 juill. 1988, *Bull. civ.* V, n° 432 ; 26 sept. 1990, *Bull. civ.* V, n° 387 ; *Dr. soc.* 1991. 60, rapp. Ph. Waquet, note J. E. Ray et au fond, Soc. 10 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 434 ; pour la réintégration d'un salarié irrégulièrement licencié en cours suspension de son contrat pour cause d'accident du travail, *cf.* Soc. 12 nov. 1997, *RJS* 12/97, n° 1358 ; Soc. 25 févr. 1998, *Bull. civ.* V, n° 102 et en cours de suspension pour simple maladie, Soc. 23 nov. 1999, *Bull. civ.* V, n° 450). Ce n'est finalement qu'avec l'arrêt du 30 avril 2003 (*Bull. civ.* V, n° 152, *Dr. soc.* 2003. 831, obs. B. Gauriau), qui finit par accepter le droit à réintégration d'une salariée licenciée alors qu'elle était enceinte, et ce malgré le silence en la matière de l'article L. 122-30 du Code du travail, que la solution apparaît enfin pleinement généralisée à toutes les hypothèses de licenciement nul.

La solution des arrêts *Detoef* et *Revet-Sol*, aura ainsi mis plus de trente ans à s'imposer comme droit commun de la nullité du licenciement et c'est à cette aune que doivent être mesurées les réticences passées de la Cour de cassation (comp. l'admission lente et parallèle de la nullité des décisions de l'employeur prises en violation de l'obligation de consulter le comité d'entreprise, obs. sous n° 145).

Il est ainsi acquis que, si le salarié le demande, il peut obtenir sa réintégration, y compris en référé. Seule la preuve de la force majeure, c'est-à-dire de l'impossibilité matérielle de cette réintégration peut encore exonérer l'employeur de l'exécution en nature de cette obligation. Mais celle-ci est appréciée avec rigueur. L'impossibilité de réintégrer n'est reconnue ni en cas de fermeture du site où travaillait le salarié, ni en l'absence d'emploi équivalent (Soc. 13 déc. 1994, *Dr. soc.* 1995. 513, obs. Cohen), ni lorsque de nombreux licenciements économiques ont eu lieu dans l'entreprise (Soc. 24 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 340), ni en cas de cession de l'entreprise (pour une réintégration ordonnée au sein de l'entreprise du cessionnaire, *cf.* not. Soc. 10 juill. 1995, *Dr. soc.* 1995. 834). Seul demeure le cas d'une disparition totale et définitive de l'entreprise.

Hors cette hypothèse, l'employeur est tenu rendre au salarié qui le réclame « *le poste qu'il occupait avant son licenciement* » et non un poste simplement similaire (Soc. 11 déc. 2001, *Bull. civ.* V, n° 378, rejet d'une proposition de réintégration sur un poste équivalent situé à deux stations de métro de son lieu de travail d'origine). Ce n'est que si ce poste a été supprimé que l'employeur peut proposer un poste simplement équivalent, pourvu que celui-ci ne s'analyse pas en une modification du contrat du salarié. L'employeur devra en outre verser le salaire dû pendant toute la période s'étant écoulée entre le licenciement et la réintégration.

B. — Les rappels de salaire

En cas de réintégration, le salarié devra recevoir les salaires échus entre la date de son éviction et celle de cette réintégration. Mais la réintégration n'est pas la seule option ouverte au salarié protégé irrégulièrement licencié. Celui-ci peut choisir de considérer que le contrat est rompu (*cf.* par ex. Soc. 10 déc. 1997, *Bull. civ.* V, n° 432). La rupture sera alors imputée aux fautes commises par l'employeur et sera située dans le temps non à la date du licenciement nul, mais à celle de la fin de la période de protection. La Cour précise que ces rappels de salaires sont l'exécution d'une obligation contractuelle et non d'une indemnisation calculée selon le préjudice subi (*cf.* not. de manière très nette, Soc. 25 nov. 1997, n° 155 et pour une confirmation de cette solution dans d'autres cas de nullité, v. Soc. 2 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 53). Par conséquent, le salarié a droit au versement de la totalité des salaires dû par application du contrat depuis la date du licenciement jusqu'à la date de la fin de la période de protection et ce qu'il ait ou non retrouvé un emploi dans l'intervalle, qu'il ait ou non bénéficié d'une indemnisation du chômage.

Cette solution pleinement logique est confirmée par les termes dans lesquels de très nombreuses décisions ont été rendues (*cf.* not. Soc. 5 mai 1993, *Bull. civ.* V, n° 127 ; Soc. 17 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 156 ; 16 nov. 1999, *Bull. civ.* V, n° 440 ; 28 mars 2000 *Bull. civ.* V, n° 134 ; Soc. 12 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 219 ; 10 juill. 2001, *Bull. civ.* V, n° 260 ; 5 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 53 ; 22 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 175 ; Soc. 10 octobre 2006, Sté Corse hélicoptères, *RJS* 12/06 n° 1296, *Bull. civ.* V, n° 297 ; Soc. 3 mai 2007 n° 05-43863, à paraître au Bulletin).

Ce droit commun de la nullité du licenciement subit cependant quelques exceptions jurisprudentielles difficilement justifiables. En cas de licenciement économique nul pour absence de plan social, la Cour a en effet considéré que les salaires dus pendant toute la période couverte par la nullité devaient être réduits des revenus reçus par les salariés dans l'intervalle (Soc. 3 juillet 2003, *Bull. civ.* V, n° 214). Et cette solution est encore retenue lorsque l'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé a été annulée (Soc. 2 mai 2001 : *RJS* 7/01, n° 894, *Bull. civ.* V, n° 148 ; 14 février 2007, *RJS* 05/07, n° 633). En revanche, lorsque le licenciement du salarié protégé est nul pour absence d'autorisation, le droit commun de la nullité reste applicable et les salaires non versés sont intégralement dus (v. not. Soc. 10 octobre 2006, *préc.*).

Sans doute faut-il lire dans les exceptions résiduelles au droit commun de la nullité du licenciement une volonté de la Cour de cassation d'atténuer la sanction de l'employeur, dans certains cas de

nullité jugés moins graves. Mais ces solutions confondent « indemnisation selon le préjudice subi » et « exécution des obligations issues du contrat de travail ». De plus, elles séparent certaines nullités du licenciement des autres, sans qu'aucune justification juridique ne permette une telle séparation.

Quoiqu'il en soit, en toutes hypothèses, en plus de ses rappels de salaires le salarié protégé qui refuse la réintégration bénéficie des indemnités prévues par le droit commun du licenciement. Il bénéficiera ainsi, s'il en remplit les conditions, d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 5 mai 1993, *Bull. civ. V*, n° 127 ; Soc. 17 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 156 ; 16 nov. 1999, *Bull. civ. V*, n° 440 ; 28 mars 2000 *Bull. civ. V*, n° 134 ; Soc. 12 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 219 ; 10 juill. 2001, *Bull. civ. V*, n° 260 ; 5 févr. 2002, *Bull. civ. V*, n° 53 ; 22 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 175). Il est à noter que cette indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est d'un montant minimal de six mois de salaire, quelle que soit l'ancienneté du salarié ou la taille de l'entreprise (Soc. 21 septembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 262, cas d'une salariée qui n'avait qu'un peu plus d'un mois d'ancienneté).

C. — Annulation de l'autorisation

La question s'est posée de l'incidence de l'annulation d'une autorisation administrative de licenciement sur l'indemnisation due au salarié. Dans cette hypothèse, au jour où il a licencié le salarié protégé, l'employeur bénéficiait d'une autorisation administrative en bonne et due forme. Certains employeurs ont pu, sur ce fondement, invoquer leur bonne foi, pour prétendre que la rupture était consommée et qu'elle ne pouvait plus être rétroactivement annulée.

Cet argument a été rejeté clairement par la chambre mixte de la Cour de cassation dans un arrêt *Pampre d'Or* du 18 janvier 1980 (n° 156). L'annulation de l'autorisation administrative est rétroactive. L'annulation du licenciement qui en résulte l'est aussi. Cependant, selon l'arrêt, l'obligation de l'employeur de verser au salarié des rappels de salaires ne couvrait que la période postérieure à l'annulation de l'autorisation administrative. Aucun rappel de salaire n'était dû pour la période pendant laquelle l'employeur a pu croire de bonne foi qu'il était autorisé à procéder à un licenciement.

Cette limitation a été écartée par la loi du 28 octobre 1982 (art. L. 2422-1 et L. 2422-4 nouv. C. trav. ; L. 412-19, L. 425-3 et L. 436-3 C. trav.). Désormais le principe est qu'en cas d'annulation d'une autorisation administrative, les salaires sont dûs à compter du licenciement.

ment. Ils couvrent donc la période pendant laquelle l'employeur a pu croire, de bonne foi, avoir obtenu une autorisation administrative en bonne et due forme.

Les effets de cette rétroactivité sont cependant légèrement atténués par la loi. La contestation d'une autorisation administrative de licenciement est une procédure qui peut être longue et ponctuée de décisions divergentes. Il se peut, par exemple, que l'autorisation soit annulée par le ministre statuant sur recours hiérarchique, rétablie par le tribunal administratif, puis enfin annulée de manière définitive par le Conseil d'État. La tentation est alors forte pour le représentant du personnel d'attendre qu'une décision définitive ait été rendue avant d'opter ou non pour la réintégration. Ceci lui permettra de bénéficier d'une période de rappel de salaire d'autant plus longue que la procédure aura été longue, pour peu que l'annulation de l'autorisation l'emporte *in fine*. Ce qui peut conduire à des rappels de salaires courant sur plusieurs années.

Pour limiter quelque peu ces effets de la rétroactivité, la loi du 28 octobre 1982 prévoit qu'à la suite d'une décision d'annulation de l'autorisation administrative de licenciement, le salarié a deux mois pour demander sa réintégration. Si l'employeur refuse cette réintégration le salarié pourra toucher les salaires dus sur l'ensemble de la période couverte par la nullité, dès que l'annulation sera devenue définitive. Si l'employeur accepte la réintégration, au moins bénéficiera-t-il d'un travail en échange du salaire payé. En revanche, si le salarié s'abstient de demander sa réintégration dans le délai de deux mois susvisé et que la procédure suit son cours jusqu'à l'obtention d'une annulation définitive, le salarié n'aura droit au versement de son salaire que jusqu'à l'échéance de ce délai de deux mois et non sur toute la période couverte par la nullité. Le montant des salaires dus par l'employeur sera ainsi réduit.

DOUXIÈME PARTIE

LE STATUT COLLECTIF

L'expression même de statut collectif est une création prétorienne. La Cour de cassation l'a naguère adoptée pour rapprocher d'authentiques règles de droit imputées à certaines pratiques ou actes, dont elle a aussi construit le régime (usages et engagements unilatéraux), ou contenues dans des actes privés unilatéraux (à commencer par le règlement intérieur) ou bilatéraux (conventions et accords collectifs) réglés par la loi. Il faut comprendre que chaque collectivité de salariés (salariés d'une branche d'activité, d'une entreprise, d'un établissement) relève d'une sorte d'ordre juridique propre, partiel et second par rapport à l'ordre de l'État, dont les composantes sont plus ou moins nombreuses et étoffées. Dans la construction jurisprudentielle, ces composantes ne s'incorporent pas au contrat de travail de chaque salarié mais, au contraire, s'appliquent aux contrats et rapports d'emploi ainsi qu'aux relations professionnelles qui s'établissent et vivent dans leur champ de validité (c'est un aspect de l'autonomie du statut collectif par rapport au contrat). Elles constituent un droit professionnel à caractère peu systématique, qui reste extérieur au droit étatique. Mais celui-ci le reconnaît, sous certaines conditions, pour prescrire son application par ses propres organes (administration, tribunaux). Il encourage ainsi sa production, qu'il stimule plus directement à travers d'autres dispositions (obligation d'adopter un règlement intérieur, obligations de négocier, subordination de certains aménagements du temps de travail à l'existence d'une convention ou d'un accord collectif, etc.). Rappelons que, dans le secteur public industriel et commercial, le

statut du personnel *de quelques grandes entreprises, qui appartient au droit étatique, est aussi une composante du statut collectif des salariés et ne s'incorpore pas aux contrats de travail (v. supra sous arrêts n^{os} 8 et 9).*

La législation française connaît depuis 1919 la convention collective de travail, au régime plusieurs fois modifié, mais aussi, depuis 1982, un véritable droit de la négociation collective (arrêts n^{os} 157 à 160). Aussi denses soient les dispositions du code, importante apparaît la contribution de la jurisprudence à ce régime des conventions et accords collectifs de travail (arrêts n^{os} 161 à 175), sources d'un statut collectif négocié. Elle est essentielle s'agissant du statut collectif non négocié, que composent les normes non conventionnelles d'entreprise (arrêts n^{os} 176 à 178). La solution des concours de règles (arrêts n^{os} 179 à 181), entre règles du statut collectif ou entre un élément de ce statut et une norme étatique, procède en grande partie d'arrêts de la Cour de cassation.

157-160

LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

**157. Cons. const. n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 —
158. Crim. 18 novembre 1997 — 159. Soc. 5 mai 1998 —
160. Soc. 17 septembre 2003**

Le droit de la négociation collective règle le déroulement de cette pratique sociale (II), mais les normes, légiférées ou jurisprudentielles, ayant cet objet s'ordonnent autour ou trouvent sens à partir de cette pièce maîtresse qu'est le droit des travailleurs à la négociation collective (I).

I. — Le droit à la négociation collective

157. Cons. const. n° 96-383 DC du 6 novembre 1996

*(RJC 1994-1999. I. 686 ; Dr. ouvr. 1996. 479, note G. Lyon-Caen ;
Dr. soc. 1997. 25, note M.-L. Morin ; RFDC 1997. 107 note J. Tremau)*

ARRÊT

1. Considérant que les députés et les sénateurs auteurs respectivement de la première et de la seconde saisines défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, en contestant la conformité à la Constitution des dispositions de son article 6 dont l'objet est de prendre en compte les stipulations de l'accord national interprofessionnel relatif aux négociations collectives conclu le 31 octobre 1995 :

Sur les I à IV de l'article 6 de la loi :

2. Considérant que le I de l'article 6 de la loi déferée permet la conclusion, dans certaines conditions, d'accords de branche, négociés en commission composée des représentants des organisations syndicales d'employés et de salariés représentatives, pouvant déroger aux dispositions des articles L. 132-2, L. 132-19 et L. 132-20 du Code du travail qui réservent aux organisations syndicales de salariés représentatives le droit de participer à la négociation de conven-

tions ou d'accords collectifs de travail ; que ces accords de branche pourront ainsi prévoir, en vertu du II de l'article 6, pour certains thèmes qu'ils fixeront, qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, ou de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants élus du personnel négocient la mise en œuvre des mesures dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif ; qu'en application des dispositions du III de l'article 6, les accords de branche pourront également prévoir que, dans ces entreprises, des accords collectifs soient conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés, pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ; que les accords de branche préciseront alors les modalités de protection de ces salariés ; qu'en vertu du IV, les accords de branche prévus aux I à III détermineront également les seuils d'effectifs en deçà desquels les formes dérogatoires de négociation qu'ils prévoient seront applicables ;

3. Considérant qu'à titre liminaire les députés, auteurs de la première saisine, soulignent que font « partie intégrante de l'ordre constitutionnel français le principe de la négociation collective des conditions de travail et celui de la représentation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués » et soutiennent que le principe de représentativité et un principe qu'ils intitulent « principe de faveur » sont des « principes fondateurs de la démocratie sociale » ; que le premier principe garantirait la participation des organisations syndicales reconnues représentatives à la négociation collective entre les partenaires sociaux et qu'en vertu du second, une convention collective ou un accord collectif de travail ne pourraient qu'améliorer la situation des travailleurs par rapport aux dispositions prévues par la loi et les règlements ou aux stipulations de portée plus large ; que, pour leur part, les sénateurs auteurs de la seconde saisine se prévalent également de la valeur constitutionnelle de ces principes ; qu'ils soutiennent notamment à cette fin que le principe dit « principe de faveur » aurait le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République ;

4. Considérant, en premier lieu, que les députés et les sénateurs, auteurs respectivement de la première et de la seconde saisines, font valoir qu'il appartient au législateur de déterminer les conditions et garanties de la mise en œuvre du principe constitutionnel qu'est le droit à la participation des salariés par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail, posé par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; qu'ils soutiennent, d'une part, qu'en ne soumettant pas l'intervention des partenaires sociaux au respect de garanties claires et précises assurant la mise en œuvre dudit principe, le législateur n'a pas exercé la totalité des compétences qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ; que, selon les députés requérants, le législateur aurait en particulier dû fixer le seuil d'effectifs en deçà duquel les procédures dérogatoires au droit commun de la négociation collective instaurées par la loi déferée seront applicables ; que les députés et les sénateurs auteurs des saisines font valoir, d'autre part, que le III de l'article 6 de la loi déferée, en laissant toute latitude aux partenaires sociaux, dans le cadre des accords de branche, pour faire ou non bénéficier du régime protecteur de l'autorisation administrative de licenciement ou de garanties équivalentes les salariés mandatés pour conclure dans les conditions fixées par la loi des accords collectifs, méconnaît l'article 34 de la Constitution, alors que l'existence d'un tel statut constitue une garantie fondamentale de la mise en œuvre du droit proclamé par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; que les sénateurs soulignent que la représentativité des délégués ne pourrait être garantie que par leur indépendance à l'égard de l'employeur ; qu'en outre, selon eux, par cette délégation faite aux accords de branche, le législateur aurait méconnu le principe d'égalité

devant la loi, en permettant la mise en place de régimes de protection différents selon les entreprises ;

5. Considérant, en deuxième lieu, que les auteurs des saisines soutiennent que l'article 6 porte atteinte au principe dit de « faveur » ; que selon eux les dérogations susceptibles d'être apportées à ce principe doivent en tout état de cause demeurer exceptionnelles et être encadrées strictement par la loi, à laquelle il appartient de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ils font ainsi valoir que la loi devait en particulier déterminer avec précision l'objet et les modalités des dérogations à ce principe ; qu'ils estiment que ces exigences ne sont pas satisfaites en raison de l'absence de précision des domaines où pourront être conclus des accords dérogeant aux règles légales, dans un sens moins favorable aux salariés ;

6. Considérant, en outre, que selon les députés et sénateurs auteurs des requêtes, les dispositions contestées seraient contraires au principe constitutionnel d'égalité devant la loi ; qu'en effet elles entraîneraient des ruptures d'égalité à l'intérieur d'une même branche d'activité, en faisant dépendre l'étendue des droits des salariés au sein des entreprises de la conclusion d'accords collectifs dérogatoires au droit commun de la négociation collective, le législateur n'encadrant pas le pouvoir de négociation des parties aux accords de branche et d'entreprise par la fixation de critères précis susceptibles de justifier des différences de traitement ;

7. Considérant, enfin, que les députés auteurs de la première saisine font valoir que de manière générale, le législateur ne pourrait porter atteinte à des droits sociaux qu'il aurait précédemment garantis ;

En ce qui concerne les normes de constitutionnalité applicables au contrôle des dispositions contestées :

8. Considérant qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale... » ; qu'aux termes du huitième alinéa du même préambule : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. » ; que si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ;

9. Considérant qu'il découle par ailleurs de l'article 34 de la Constitution que relève du domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; que c'est au législateur qu'il revient de déterminer dans le respect des dispositions à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelées, les conditions et garanties de la mise en œuvre de ces dernières ; qu'il lui est loisible, dans le domaine de compétence qui est le sien, de compléter ou d'abroger des dispositions antérieures sous réserve de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels ; que relève de ces garanties la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes conduites à conclure des accords collectifs l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à leur employeur ;

En ce qui concerne les I et IV de l'article 6 :

10. Considérant, d'une part, que les dispositions contestées n'ont pas pour objet de modifier les règles de fond relatives à la conclusion de conventions ou

d'accords collectifs dérogatoires moins favorables aux salariés que des dispositions législatives et réglementaires ou des accords en vigueur ; qu'elles se bornent à prévoir des procédures nouvelles de conclusion de conventions ou d'accords collectifs de travail ; que dès lors *le grief tiré de la méconnaissance du principe dit « de faveur » invoqué par les requérants manque en fait* ;

11. Considérant, d'autre part, qu'aux termes du IV de l'article 6 : « Les accords de branche prévus aux I à III détermineront également le seuil d'effectifs en deçà duquel les formules dérogatoires de négociation qu'ils retiennent seront applicables » ; que la possibilité ainsi prévue pour les partenaires sociaux de déroger au droit commun de la négociation collective revêt un caractère expérimental ainsi qu'il ressort des dispositions mêmes du I de l'article 6, les accords de branche devant être négociés et conclus avant le 31 octobre 1998, pour une durée n'excédant pas trois ans ; que par ailleurs il résulte du VII du même article que le gouvernement devra présenter au Parlement, avant le 31 décembre 1998, un rapport sur l'application de l'article 6, en tenant compte du bilan qui sera fait conformément à l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 précité par les parties signataires dudit accord, dans les différentes branches d'activité après consultation des organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau interprofessionnel ;

12. Considérant que la fixation des seuils d'effectifs, eu égard à ses conséquences sur le champ d'application des procédures de conclusion d'accords collectifs de travail, relève en principe de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution en matière de principes fondamentaux du droit du travail ; que celui-ci pouvait toutefois, sans méconnaître sa compétence, renvoyer aux accords de branche la détermination de ces seuils, sous la réserve que les procédures nouvelles de négociation ne pourraient intervenir qu'en l'absence de délégués syndicaux ou de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical, dès lors que la latitude ainsi laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation, et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées ;

13. Considérant que dans ces conditions, le législateur pouvait laisser à l'appréciation des parties aux accords de branche et aux accords d'entreprise dont il autorise la négociation, la prise en compte de situations différentes sans méconnaître le principe d'égalité ;

14. Considérant dès lors que les dispositions des I et IV de l'article 6 ne sont contraires à aucun principe ni à aucune disposition de valeur constitutionnelle ;

En ce qui concerne le II de l'article 6 :

15. Considérant que si, par la procédure instituée par le II de l'article 6, le législateur permet la conclusion d'accords d'entreprise entre des représentants élus du personnel et des employeurs, il a prévu cependant que de tels accords, conclus pour la mise en œuvre des seules mesures dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif, ne pourront intervenir qu'en l'absence de délégués syndicaux ou, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical et sous réserve que des accords de branche conclus selon le droit commun de la négociation collective en prévoient expressément la possibilité ; que ces accords de branche doivent au surplus fixer les thèmes ouverts à ce mode de négociation ; que les textes négociés par les représentants élus du personnel « n'acquerront la qualité d'accords collectifs de travail qu'après leur validation par une commission paritaire de branche, prévue par l'accord de branche » ; que la commission paritaire « pourra se voir également confier le suivi de leur application » ; qu'enfin, en vertu du VI de l'article 6, l'entrée en vigueur des accords de branche sera subordonnée

à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales représentatives de la branche dès lors qu'il s'agit d'organisations non signataires de ces accords ;

16. Considérant qu'*eu égard, d'une part, aux dispositions susmentionnées qui assurent aux organisations syndicales un rôle effectif dans la procédure de négociation nouvellement instituée et, d'autre part, aux garanties que comporte le statut des représentants élus du personnel, le législateur n'a pas méconnu les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;*

En ce qui concerne le III de l'article 6 :

17. Considérant qu'aux termes du III de l'article 6, des accords de branche pourront également prévoir qu'en l'absence de délégués syndicaux et, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical, une ou plusieurs organisations syndicales représentatives pourront donner mandat exprès à un ou plusieurs salariés, pour une négociation déterminée ;

18. Considérant qu'il résulte du second alinéa du III que les conditions d'exercice du mandat de négociation seront arrêtées par les accords de branche ; que, compte tenu des conséquences attachées à l'existence même d'un mandat, notamment à l'obligation qui pèse sur le mandant d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné, la détermination des conditions d'exercice du mandat de négociation doit nécessairement comporter les modalités de désignation du salarié, la fixation précise par le mandant des termes de la négociation ainsi que les obligations d'information pesant sur le mandataire et préciser les conditions dans lesquelles s'exerce la possibilité pour le mandant de mettre fin à tout moment au mandat ; que sous cette réserve, la procédure de négociation ainsi instaurée n'est pas contraire aux prescriptions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

19. Considérant que le second alinéa du III de l'article 6 renvoie aux accords de branche la fixation des modalités de protection des salariés expressément mandatés par les organisations syndicales représentatives pour une négociation déterminée, et précise que ces accords pourront prévoir que le licenciement de ces salariés ainsi que, pendant un délai qu'ils fixeront, le licenciement de ceux dont le mandat a expiré seront soumis à la procédure d'autorisation administrative de licenciement prévue à l'article L. 412-18 du Code du travail ;

20. Considérant que les modalités de protection des salariés pouvant être mandatés par des organisations syndicales représentatives afin de conclure des accords collectifs touchent à l'exercice même de leur mission de négociation par ces salariés ; que cette protection, qui n'est pas seulement mise en place dans l'intérêt de ceux-ci mais aussi dans l'intérêt même des institutions représentatives, doit assurer la nécessaire indépendance du négociateur à l'égard de l'employeur ;

21. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; que *s'il appartient au législateur de fixer les conditions et garanties de la mise en œuvre des dispositions à valeur constitutionnelle, la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre peut cependant faire l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives ;*

22. Considérant que si le législateur a conféré compétence aux partenaires sociaux, dans le cadre de la négociation de branche, pour définir une protection conventionnelle particulière des salariés mandatés par les organisations syndi-

cales représentatives, il ressort des travaux préparatoires de la loi qu'en faisant référence à la procédure prévue par l'article L. 412-18 du Code du travail, il a entendu que la protection à instituer assure, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale tenant à la mise en œuvre de cette dernière disposition ; que sous cette stricte réserve d'interprétation, le second alinéa du III de l'article 6 ne méconnaît ni l'article 34 de la Constitution ni le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

[...]

Décide :

Art. 1^{er}. — Sous les réserves d'interprétation qui précèdent, l'article 6 de la loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective n'est pas contraire à la Constitution.

OBSERVATIONS

La loi du 11 février 1950 avait rendu aux organisations patronales et syndicales une liberté de négociation fortement restreinte par la loi de 1946, intervenue en période d'économie dirigée. L'évolution législative ultérieure allait manifester, au-delà de cette liberté recouvrée, une faveur croissante pour ce mode de production des règles juridiques. Portée par une volonté « d'intensifier et d'approfondir la vie contractuelle » après le mouvement social de 1968, la loi du 13 juillet 1971 avait inséré dans l'ancien Code du travail une disposition que l'on retrouve à l'article L. 2221-1 nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L. 131-1), en ouverture du titre « *Objet et contenus des conventions et accords collectifs de travail* » : « *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés ; il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des travailleurs à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions de travail et de leurs garanties sociales* ». Quelle est la consistance de ce droit ? Qu'emporte cette reconnaissance de l'*autonomie collective* des acteurs sociaux par le droit de l'État, c'est-à-dire la reconnaissance par celui-ci des produits normatifs de celle-là ?

A. — Un droit de valeur constitutionnelle

Conforté par des normes européennes consacrant un « droit de négociation collective » pour les employeurs et les travailleurs (art. 6 de la Charte sociale européenne révisée de 1994, et surtout Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs de 1989, puis Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000), ce droit à la négociation est un peu autre chose et un peu plus que cette prérogative de droit européen. « Droit des travailleurs à »,

il se rattache, même si la disposition introduite par la loi de 1971 n'en a pas été ouvertement dérivée, à un énoncé du Préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie celui de la Constitution de 1958 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». En se référant à cet alinéa pour apprécier la constitutionnalité des dispositions législatives soumises à son contrôle — en le qualifiant, au même titre que l'alinéa garantissant la liberté syndicale, de « norme de constitutionnalité » — la *décision* 96-383 DC du 6 novembre 1996 (n° 157), confirme la positivité d'un *principe constitutionnel de participation des travailleurs* (considérant 8). Cette règle du plus haut niveau dans la hiérarchie normative interne, et dont l'appellation de « principe » signale la valeur idéologique ou politique autant que l'ampleur du domaine de pertinence, assure à tous les salariés la faculté de participer, serait-ce par l'intermédiaire de « délégués », à la négociation des conditions de travail. Dans le même temps, elle fonde et garantit l'existence de représentations du personnel dans l'entreprise (Cons. const. 93-328 DC du 16 déc. 1993, *Dr. soc.* 1993. 139, note X. Prétot). Au fond, l'article L. 2221-1 nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L 131-1), ne ferait que conférer aux dispositions subséquentes le sens de règles de mise en œuvre d'un *droit de valeur constitutionnelle*.

Dans l'une de ses premières décisions, le Conseil constitutionnel avait identifié, au nombre des « principes fondamentaux du droit du travail » au sens de l'article 34 de la Constitution, « celui d'après lequel la fixation des rémunérations salariales ainsi que de leurs accessoires de toute nature, relève des contrats librement passés entre employeurs et salariés » ; il en avait déduit que toute limitation de portée générale imposée à cette liberté conventionnelle était du domaine de la loi (Cons. const. 63-5 FNR, 11 juin 1963, *D.* 1964. 109, note L. Hamon ; *GA*, 2^e éd., n° 47). Il faut toutefois rappeler que, dans cet article 34, l'expression « principes fondamentaux » ne qualifie pas certaines règles en leur accordant un prestige et une autorité particuliers (comparable à celui des principes constitutionnels, notamment des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » au sens de l'alinéa 1^{er} du Préambule), qu'elle n'en fait même pas des manifestations de « principes non écrits » comme les « principes généraux du droit », pas même de simples « règles de principe », mais qu'elle désigne seulement des domaines réservés à la loi parlementaire face au pouvoir réglementaire de l'article 37 (v. *supra*, sous arrêt n° 7). L'article 34 se borne à soustraire à ce pouvoir normatif du gouvernement certains objets ainsi dénommés « principes fondamentaux », excluant par conséquent qu'il modifie la teneur des principales dispositions portant sur ces objets. Le Conseil d'État a ainsi considéré que

le droit, pour un employeur et des syndicats, de conclure des accords collectifs d'établissement se rattachait aux « principes fondamentaux du droit du travail », pour en déduire qu'un décret n'avait pas eu pour objet et ne pouvait avoir pour effet d'interdire aux organismes de sécurité sociale la conclusion de tels accords (21 juill. 1970, *CPCSS de la Région parisienne*, *Dr. soc.* 1971. 112, note J.-C. Vénézia ; *GA*, 2^e éd., n° 48).

Ce rattachement du droit des travailleurs à la négociation collective à une disposition constitutionnelle fonde solidement, et protège contre toute remise en cause substantielle par le législateur, les dispositifs qui règlent cette pratique sociale. En particulier ceux qui lui ménagent un espace suffisant (par ex. dans le secteur public : art. L. 2212-1, L. 2233-1 et L. 2233-2 nouv. C. trav.) ou qui assurent une reconnaissance assez libérale des accords collectifs par le droit étatique. Après d'autres (89-257 DC du 25 juill. 1989, *RJC* 1959.1993, I-358 ; *Dr. soc.* 1989. 701, note X. Prétot ; 93-328 DC du 16 déc. 1993, *Dr. soc.* 1994. 139, note X. Prétot), la décision 96-383 DC énonce que la compétence réservée à la loi par l'article 34 est notamment celle de déterminer les « conditions de mise en œuvre » de la disposition constitutionnelle garantissant la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, dans le respect de la substance de ce droit que le législateur ne saurait « priver de garanties légales » (considérant 9). L'existence de ce droit constitutionnel ne va pas, toutefois, jusqu'à imposer au gouvernement de faire précéder d'une négociation entre les partenaires sociaux toute présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant au droit du travail (Cons. const. 98-401 DC du 10 juin 1998). C'est dorénavant la loi (art. L.1 et 5 nouv. C. trav. issus de la loi du 31 jan 2007) qui prévoit leur consultation préalable et la faculté pour eux d'ouvrir une négociation sur le sujet abordé par un « projet de réforme ». Mais dans ces exigences procédurales, on ne saurait trouver des conditions de validité de la loi ultérieure, car seule la Constitution peut les déterminer.

B. — Les implications de ce droit

La garantie constitutionnelle emporte-t-elle, pour le législateur, des directives plus précises ? Elle fait obstacle, aux côtés de dispositions de la Déclaration de 1789 qui assurent la liberté contractuelle, à toute atteinte législative aux « contrats légalement conclus » (aux conventions et accords collectifs de travail en l'occurrence) que ne justifierait pas un motif d'intérêt général suffisant (Cons. const. 2002-465 DC du 13 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003. 260, note X. Prétot ; *D.* 2003. 638, chr.

B. Mathieu ; v. déjà : 99-423 du 13 janv. 2000, *Rec. Cons. const.*, p. 33 ; *RFD const.* 2000. 341, note V. Bernaud). Mais les décisions du Conseil constitutionnel révèlent surtout son aptitude à justifier certains contenus législatifs et sa tolérance envers d'autres. Ainsi est-il « loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de *laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* » (89-257 DC du 25 juill. 1989, *préc.* ; 99-423 DC du 13 janv. 2000, *préc.* 2004-494 DC du 29 avril 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7998 ; 2004-507 DC du 9 déc. 2004, *RFDC* 2005.577, note V. Ogier-Bernaud). Cependant, si les modalités de mise en œuvre de la disposition constitutionnelle fondant le droit des travailleurs à la participation doivent faire l'objet de cette « concertation appropriée » (la décision du novembre 1996 paraît en retrait dans son considérant 21 : « le législateur peut »), la fixation de ces modalités n'est pas toujours subordonnée à la conclusion d'accords collectifs (93-328 du 16 déc. 1993, *préc.*).

Selon la décision du 6 novembre 1996, l'alinéa 8 du Préambule confère aux organisations syndicales « une *vocation naturelle* à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs », mais *il n'attribue pas à ces organisations « un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective »* (considérant 8). Aussi la loi peut-elle reconnaître la qualité d'*agents de la négociation* à des salariés désignés par voie d'élection ou titulaires d'un mandat de représentation du personnel, dès lors que « leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». N'était donc pas contraire à la Constitution le texte législatif (art. 6 de la loi du 12 nov. 1996) qui, reprenant la substance d'un accord national interprofessionnel, autorisait des accords de branche à prévoir que des accords d'entreprise soient, par dérogation aux articles du Code du travail mais dans des domaines limités et sous des conditions précises, négociés par des représentants élus du personnel ou par des salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Dès lors, en tout cas, que ce texte offrait à ces agents « atypiques » de la négociation une protection au moins équivalente à celle des représentants élus du personnel, et assurait aux syndicats un rôle effectif dans le processus de négociation. Le juge constitutionnel admet donc l'intervention d'autres agents de négociation dans la mesure où elle « n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». Mais les dispositions législatives dont la validité est admise dans cette mesure sont d'interprétation stricte, notamment pour l'administration (CE 1^{er} avr.

1998, *RJS* 7/98, n° 888 : annulation des dispositions de la « note ministérielle » relative à la loi du 12 novembre 1996, avançant que son art. 6 permettait la signature d'un accord par un salarié mandaté même en l'absence d'un accord de branche). Tout porte à croire que serait inconstitutionnelle une disposition législative autorisant un employeur à préférer d'autres partenaires (élus du personnel, délégués *ad hoc*, syndicat non représentatif, association de salariés) à des syndicats représentatifs dans son entreprise, voire excluant ces syndicats de la conclusion d'accords collectifs.

Les dispositions de la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, qui prévoyaient, pour la négociation d'« accords 35 heures » ouvrant droit à un allègement des cotisations sociales, des modalités en partie analogues à celles de la loi de 1996 (art. 19, VI et VII), n'ont pas été critiquées par le recours en déclaration d'inconstitutionnalité formé contre ce texte. Le Conseil constitutionnel n'a donc pas eu l'occasion de confirmer ou amender la doctrine de sa décision de 1996. Une doctrine conforme à l'idée que les syndicats représentatifs, s'ils sont, du côté des salariés, les agents exclusifs de la négociation dans le régime général des conventions et accords collectifs de travail (art. L. 2221-1 et s. nouv. C. trav.) comme pour la plupart des types particuliers d'accords, ne sont pas les titulaires du droit à la négociation collective. Comme le droit de grève (v. *infra*, sous n° 182), cette prérogative constitutionnellement garantie aurait chaque travailleur pour titulaire : il s'agirait d'un *droit individuel d'exercice collectif*, bénéficiant même aux salariés non intégrés dans une collectivité de travail (tels les employés de maison). Si les syndicats disposent en la matière d'un « monopole » (v. *infra*), que la loi peut d'ailleurs affecter, c'est celui d'*agents de la négociation*.

La portée de ce droit à la négociation collective, comme celle d'autres droits sociaux explicitement ou implicitement reconnus par le Préambule constitutionnel (y compris le droit d'obtenir un emploi), se manifeste d'abord sur le plan de la compétence et des pouvoirs du législateur. D'autres conséquences pratiques ne peuvent-elles être déduites de sa positivité, notamment dans l'ordre des rapports entre employeurs, salariés et leurs organisations syndicales ou professionnelles ?

L'article L. 2221-1 du nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L. 131-1) paraît signifier que les dispositions du livre II « La négociation collective. Les conventions et accords collectifs de travail » du code règlent de manière exhaustive l'exercice de cette prérogative, qui n'emporte donc pas, pour les employeurs ou les organisations patronales, d'autre obligation de négocier que celles prévues par ces textes. En revanche, l'existence et la dimension constitutionnelle de ce droit commandent d'interpréter les dispositions légales de la manière la plus

favorable à sa pleine jouissance ou à son exercice (v. *infra*, II, A). Elles auraient pu conforter le choix de reconnaître l'*accord collectif de groupe* avant que la loi du 4 mai 2004 ne lui donne une consécration (art L. 2233-30 nouv. C. trav.), et permettre à la Cour de cassation de faire plus qu'affirmer, sans autre justification normative, d'une part la faculté pour des employeurs et des syndicats représentatifs d'« instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, dès lors que les négociations pour lesquelles il lui donne compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise », d'autre part l'opposabilité d'un tel accord aux organisations non signataires (Soc. 30 avr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 155 ; *Dr. soc.* 2003. 732, note B. Gauriau ; *Dr. ouvr.* 2003. 398, note M.-F. Bied-Charreton).

D'ailleurs, les contraintes rédactionnelles que l'article 1020 du nouveau Code de procédure civile fait peser sur tout arrêt de cassation ont conduit la Cour à mettre en évidence le poids de l'alinéa 8 (et de l'alinéa 6) du Préambule dans le visa d'une décision rappelant qu'un accord collectif ne pouvait être conclu ou révisé sans que toutes les organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation (v. *infra*, n° 160). Il y a là manifestation supplémentaire d'une *constitutionnalisation* du droit du travail, œuvre de collaboration non délibérée du juge constitutionnel et des juridictions judiciaires.

II. — Le déroulement de la négociation collective

158. Crim. 18 novembre 1997

Suarez et Soc. SIETAM Industries

(*Bull. crim.* n° 390 ; *Dr. soc.* 1998. 409, obs. M. Cohen ; *CSB* 1998, A 7, obs. A. Philbert ; *D.* 1998. Somm. 260, obs. M.-A. Souriac-Rotschild)

ARRÊT

Sur le premier moyen (sans intérêt) ;

Sur le deuxième moyen (sans intérêt) ;

Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 591 et 593 du Code de procédure pénale, L. 132-18, L. 132-7, L. 212 et 482 du Code du travail, 121-3 du Code pénal :

En ce que l'arrêt attaqué a déclaré Eduardo Suarez coupable du délit d'entrave à l'exercice du droit syndical ;

Aux motifs qu'au cours du premier trimestre de l'année 1991 la direction de Sietam Industries a voulu mettre en place des accords de modulation du temps de travail dans ses usines ; que deux accords ont été signés les 3 et 6 mai 1991 dans les usines de Louviers et Vouziers entre la direction de chaque usine et le comité d'établissement ; que quelque temps après, le secrétaire du CCE a saisi l'inspection du travail du problème de la régularité de ces accords ; que l'inspection du travail a pris, le 23 mai, l'attache de la direction de Sietam Industries pour lui faire savoir : que l'aménagement du temps de travail relevait de la négociation collective annuelle obligatoire avec les organisations syndicales représentatives ; que l'entreprise devait se rapprocher des partenaires sociaux afin d'entamer une négociation ; que ces recommandations téléphoniques ont été confirmées par écrit le 31 juillet ; qu'Eduardo Suarez (à l'époque directeur général) a adressé le 2 août une lettre au personnel pour l'informer de sa décision d'engager une négociation syndicale en septembre, en faisant remarquer que les usines de Louviers et Vouziers n'avaient aucun représentant syndical ; que la négociation s'est engagée avec les organisations syndicales le 4 septembre 1991 ; qu'elle ne devait pas aboutir ; que, par lettre du 26 novembre 1991, Eduardo Suarez a fait savoir aux comités d'établissement de Louviers et Vouziers que les accords conclus au mois de mai devaient être réputés « nuls et non avenue » ; il n'est pas contesté qu'Eduardo Suarez est à l'origine des accords conclus au mois de mai sur la modulation du temps de travail, même s'ils ne portent pas sa signature ; qu'il résulte de la combinaison des articles L. 132-19, L. 132-27 et L. 212-8 du Code du travail que la direction ne pouvait se contenter de l'accord des comités d'établissement et était tenue d'engager une négociation syndicale au niveau de l'entreprise sur l'organisation du temps de travail ; que la direction a donc porté atteinte à l'exercice du droit syndical ; qu'Eduardo Suarez sera déclaré coupable de cette infraction ; que la Cour tiendra compte du fait que le prévenu a renoncé à appliquer ces accords dès le mois de novembre 1991 et du fait que les poursuites ont été engagées peu avant l'expiration du délai de prescription de l'action publique ;

Alors qu'il résulte seulement des constatations de l'arrêt attaqué que les négociations conduites par Eduardo Suarez en 1991 avec les comités d'établissement de Vouziers, d'une part, et de Louviers, d'autre part, avaient abouti à des accords atypiques susceptibles d'engager unilatéralement l'employeur, mais n'ayant ni pour effet ni pour objet de se substituer à la négociation qui doit être conduite au niveau de l'entreprise avec les organisations syndicales dans le cadre de l'article 132-27, de sorte qu'en se fondant sur les engagements ainsi pris à l'égard des comités d'établissement et en faisant abstraction de la négociation engagée ultérieurement avec les organisations syndicales, le 4 septembre 1991, qu'elle constate, par ailleurs, et qui répondait aux exigences légales, la cour d'appel, qui ne relève nullement que les organisations syndicales aient, elles-mêmes, pris les initiatives que la loi leur réserve en la matière ou que l'employeur se soit refusé à une quelconque négociation au niveau de l'entreprise, n'a nullement caractérisé la volonté du prévenu de faire échec aux prérogatives syndicales et a ainsi privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 481-2 ;

Qu'il en est d'autant plus ainsi que l'arrêt attaqué relève lui-même que les engagements pris avec les comités d'établissement ont été abandonnés dès lors que la recherche d'un accord d'entreprise n'avait pas abouti ;

Alors, d'autre part, et de toute façon, qu'en admettant que la recherche d'un accord atypique constitue une infraction au regard de l'article L. 212-8 du Code du travail, sur lequel la cour d'appel a fondé la condamnation d'Eduardo Suarez, il en résulterait seulement que ce dernier se serait rendu coupable d'une simple violation de l'article L. 212-8 qui est passible des « mêmes peines que celles

qu'entraînent les infractions aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 16 (article L. 219-9), c'est-à-dire de la contravention prévue aux articles R. 261-4 et R. 261-5 du Code du travail, de sorte qu'en se prononçant comme elle l'a fait, la cour d'appel a usé d'une répression non appropriée ;

Que, de surcroît, la condamnation intervenue ne saurait pas davantage être justifiée par l'article L. 481-2 qui prévoit la répression de l'entrave, puisque, comme l'avait fait valoir le demandeur dans ses conclusions, ignorées par l'arrêt attaqué, ledit texte réprime seulement les entraves apportées à l'exercice du droit syndical défini par les articles L. 412-1 et L. 412-4 à L. 412-20, et nullement l'infraction aux articles L. 211-8 et L. 212-9, de sorte que la condamnation prononcée à l'encontre d'Eduardo Suarez est intervenue en violation des textes susvisés ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'à l'initiative d'Eduardo Suarez, alors directeur général de la société Sietam Industries, des accords portant sur la modulation du temps de travail ont été conclus, les 3 et 6 mai 1991 entre la direction de deux usines de la société et le comité d'établissement de chacune d'elles ; que les services de l'inspection du travail ayant fait savoir à la direction de la société que de tels accords relevaient de la négociation collective annuelle obligatoire avec les organisations syndicales représentatives, Eduardo Suarez a fait part au personnel de sa volonté d'engager une négociation syndicale en septembre 1991, tout en observant que les usines ne comptaient aucun représentant syndical ; que la négociation engagée au niveau de l'entreprise n'ayant pas abouti, Eduardo Suarez a indiqué aux comités d'établissement des usines concernées que les accords conclus devaient être réputés « nuls et nonavenus » ;

Attendu qu'en déclarant Eduardo Suarez coupable d'entrave à l'exercice de l'action syndicale par les motifs reproduits au moyen, les juges ont fait l'exacte application de la loi ;

Qu'en effet la conclusion d'accords entre l'employeur et des institutions représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales constitue le délit prévu et réprimé par les articles L. 412-1 et L. 481-2 du Code du travail lorsqu'elle a eu pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective ; que tel est le cas lorsque, comme en l'espèce, l'accord conclu avec un comité d'établissement en dépit de l'existence d'une représentation syndicale dans l'entreprise a porté sur une matière relevant de la négociation annuelle obligatoire instituée par l'article L. 132-27 du Code du travail et qu'il a, au surplus, institué un aménagement du temps du travail entrant dans les prévisions de l'article L. 212-8 du même Code ; que la négociation de tels accords doit nécessairement être engagée par l'employeur, conformément aux prescriptions de ces articles et de l'article L. 132-19 dudit Code, avec les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise au sens de l'article L. 132-2 ;

D'où il suit que le moyen inopérant en ce qu'il allègue que les organisations syndicales n'avaient pas elles-mêmes pris l'initiative de la négociation et que les accords irréguliers avaient été « abandonnés » par le prévenu, n'est pas fondé ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Rejette le pourvoi.

159. Soc. 5 mai 1998**Conseil consultatif des comités mixtes à la production d'EDF-GDF
et autre c. EDF-GDF**

(*Bull. civ.* V, n°219 ; *Dr. soc.* 1998. 579, rapp. J.-Y. Frouin, et 764, obs. J.-E. Ray ;
D. 1998. 608, note G. Auzero ; *RJS* 6/98, n° 750, comm. M. Cohen, p. 435)

ARRÊT

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris 6 févr. 1996) que, le 19 novembre 1993, un accord dit « accord pour le développement de l'emploi et une nouvelle dynamique sociale » a été conclu entre, d'une part, Électricité de France et Gaz de France, d'autre part, plusieurs organisations syndicales de salariés ; que, le 3 décembre 1993, le Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production (CSC des CMP) d'EDF et de GDF, qui exerce au sein d'EDF et de GDF l'ensemble des attributions d'un comité d'entreprise, a assigné les signataires de cet accord devant le tribunal de grande instance à l'effet d'obtenir que soit constatée la nullité de l'accord et, à défaut, la nullité des clauses de cet accord portant atteinte aux droits et prérogatives des organismes de la filière CMP ; que, le même jour, la Fédération nationale CGT des industries électriques nucléaires et gazières (FNE) a également assigné les signataires de l'accord pour obtenir qu'il soit déclaré nul ;

Sur le pourvoi incident formé par la Fédération CFDT Gaz-Électricité, qui est préalable :

Attendu que la Fédération CFDT Gaz-Électricité fait grief à l'arrêt d'avoir écarté la fin de non-recevoir qu'elle avait soulevée, alors, selon le moyen, que le Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production comprend l'ensemble des comités à la production de tous les services et de toutes les exploitations chargés, aux termes de l'article 33 du statut national du personnel des industries électriques et gazières, d'étudier et de présenter toutes les suggestions visant à améliorer le rendement du travail ainsi que les conditions de fonctionnement des services et réaliser des économies et, aux termes d'une convention du 8 juillet 1983, des attributions des comités d'entreprise qui ne sont pas confiées par le statut national aux organismes de la filière des commissions du personnel ou aux organismes sociaux prévus à l'article 23 du statut, qu'il n'est donc pas de droit partie à la négociation d'un accord collectif et n'a pas, en conséquence, quel que soit son intérêt à agir, qualité pour en critiquer la validité, que de ce chef, la cour d'appel a donc violé l'article 32 du nouveau Code de procédure civile ; alors, en outre, que le Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production n'a pas mission de veiller au respect du statut du personnel, que de ce chef, la cour d'appel a violé tant les articles 3 et 33 dudit statut que l'article 9 de la convention du 8 juillet 1983 ;

Mais attendu, qu'ayant relevé que le CSC des CMP soutenait, notamment, qu'il aurait dû être consulté préalablement à la signature de l'accord en cause et que l'inobservation de cette obligation légale entachait l'accord de nullité, ce dont il résultait qu'il invoquait un droit qui lui était propre, la cour d'appel en a justement déduit, qu'il avait un intérêt à agir et qualité pour ce faire ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la Fédération nationale CGT du personnel des industries électriques, nucléaires et gazières et le CSC des CMP reprochent à l'arrêt de les avoir

déboutés de leur demande tendant à ce que soit jugé nul l'accord dit « Accord pour le développement de l'emploi et une nouvelle dynamique sociale » du 19 novembre 1993 et, subsidiairement, à ce que soient annulées les dispositions anti-statutaires de l'accord, alors, selon le moyen, d'une part, que le comité d'entreprise dont les comités mixtes à la production et le CSC des CMP exercent les attributions au sein d'EDF et de GDF est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel, que cette consultation préalable à toute décision est requise avant la signature d'une convention ou d'un accord collectif d'entreprise issu de la décision convergente de l'employeur et d'une ou plusieurs organisations représentatives des salariés, qu'en estimant que l'accord du 19 novembre 1993 avait pu être signé sans que le projet issu de la négociation entre EDF et GDF, d'une part, et les syndicats représentatifs, d'autre part, ait été préalablement soumis pour avis au CSC des CMP, la cour d'appel a violé les articles L. 431-5, L. 432-1, L. 431-1 du Code du travail, 9 de la convention du 8 juillet 1983 relative aux organismes de représentation du personnel d'EDF et de GDF, et 211 de la PERS 873 ; alors, d'autre part, que les attributions consultatives dévolues à la Commission supérieure nationale du personnel en matière de surveillance du respect du statut d'EDF-GDF, de recrutement, de classification et d'avancement, à la sous-commission de la formation professionnelle pour les questions relatives à la formation, et au Comité national d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail pour les questions ayant des répercussions sur l'organisation du travail, impliquent que ces organismes soient consultés préalablement à la signature par les employeurs et une ou plusieurs organisations représentatives des salariés de tout accord portant sur des matières relevant de leur compétence, qu'en en décidant autrement, la cour d'appel a violé l'article 3 du statut national du personnel des industries électriques et gazières approuvé par le décret du 22 juin 1946, l'article 2111 de la PERS 888 et les dispositions de la PERS 944 ; et alors, enfin, que la décision prise ou la convention ou l'accord collectif d'entreprise conclu sans que le comité d'entreprise, ou d'autres organismes exerçant des attributions consultatives, ait été préalablement consulté sur le projet de décision ou d'accord alors qu'une telle consultation était requise, est entaché de nullité, qu'en décidant par motifs adoptés des premiers juges, le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 431-5, L. 432-1 du Code du travail, 3 du statut national du personnel des industries électriques et gazières, ainsi que l'article 2111 de la PERS 888 et la PERS 944 ;

Mais attendu que, contrairement aux énonciations de l'arrêt attaqué, *il résulte de la combinaison des articles L. 431-5 et L. 432-1 du Code du travail que la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise quand elle porte sur l'une des questions ou mesures visées par le second de ces textes, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise ; que cette consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord ; que, cependant, le défaut de consultation du comité d'entreprise, qui peut être sanctionné par ailleurs selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres ;*

Que, par ce motif de pur droit, la décision déferée se trouve légalement justifiée ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les mêmes reprochent encore à l'arrêt de les avoir déboutés de leur demande tendant à ce que soit jugé nul l'accord signé le 19 novembre 1993 par EDF-GDF et certains syndicats de salariés alors, d'une part, que les conventions ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise qui doivent être toutes convoquées à toutes les réunions, que l'accord du 19 novembre 1993 prévoit l'engagement d'une « étude » avec les fédérations syndicales signataires en vue de la création d'un fonds d'encouragement à la solidarité, d'une « étude associant l'ensemble des fédérations syndicales signataires » en vue d'améliorer le système de formation, et la préparation par les signataires d'une négociation sur la réduction de la durée du travail, qu'en estimant que cet accord avait pu valablement exclure des réunions ainsi organisées entre les représentants de la direction et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise les syndicats non signataires de cet accord, réunions visant, quelle que soit leur dénomination, à préparer la conclusion d'un ou de plusieurs accords collectifs relatifs aux matières qu'il mentionnait, la cour d'appel a violé les articles L. 132-19 et L. 412-2 du Code du travail, le principe de non-discrimination entre syndicats, et le paragraphe 1-5 du chapitre 1, le paragraphe 2-1 du chapitre 3 et le paragraphe 3 du chapitre 2 de l'accord « pour le développement de l'emploi et une nouvelle dynamique sociale » du 19 novembre 1993 ; alors, d'autre part, qu'en estimant que la participation à l'observatoire national de l'emploi, créé par l'accord aux fins de permettre aux organisations syndicales de contribuer à la préparation, à la mise en œuvre et au suivi des politiques relatives à l'emploi, avait pu être valablement réservée aux syndicats signataires de l'accord, à l'exclusion des autres syndicats représentatifs dans l'entreprise, la cour d'appel a violé l'article L. 132-15 du Code du travail, l'article L. 412-2 du même Code et le principe de non-discrimination entre syndicats ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a retenu, à bon droit, d'une part, que les dispositions de l'accord relatives à la création d'un fonds d'encouragement à la solidarité et à l'amélioration du système de formation se bornaient à prévoir la réalisation d'études afférentes à ces thèmes sans faire référence à de futures négociations collectives, d'autre part, que celles relatives à la réduction de la durée du travail, qui prévoyaient bien la préparation d'une négociation collective, n'en excluaient pas les organisations syndicales non signataires de l'accord ;

Et attendu, ensuite, que *seules peuvent prétendre participer aux organismes paritaires ou aux institutions créés par un accord collectif de travail les organisations d'employeurs et de salariés signataires de cet accord ou celles qui y ont adhéré, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre un accord collectif de branche et un accord d'entreprise* ; que c'est, par suite, à bon droit, que la cour d'appel a décidé, qu'en réservant aux signataires de l'accord le droit de participer à l'observatoire national de l'emploi créé par l'accord, celui-ci n'avait pas instauré une discrimination prohibée entre syndicats ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen : (sans intérêt) ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

160. Soc. 17 septembre 2003**Fédération de la chimie CGT-FO et autres
c. Union des industries chimiques et autres**

(*Bull. civ.* V, n° 240 ; *RJS* 11/03, n° 1297 ; *D.* 2004. Somm. 388,
obs. I. Odoul-Asorey)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et les articles L. 131-1 et L. 132-7 du Code du travail ;

Attendu que le 8 février 1999 un accord-cadre sur l'organisation et la durée du travail dans les industries chimiques a été conclu entre l'Union des industries chimiques et les fédérations professionnelles qui y sont associés, d'une part, et la Fédération chimie-énergie FCE-CFDT, d'autre part, cela dans la perspective de l'application de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail du 13 juillet 1998 ; que le texte de l'accord prévoyait notamment en son article 16 que ledit accord ne serait pas applicable si l'arrêté d'extension auquel il subordonnait son entrée en vigueur excluait l'une de ses dispositions ; que l'accord a fait l'objet d'un arrêté d'extension le 4 août 1999, à l'exclusion de ses articles 12 et 13 ; que le 20 septembre 1999, les organisations patronales et la CFDT ont signé un document intitulé « position commune » par lequel ses signataires déclaraient l'accord applicable ; que les organisations syndicales non signataires de l'accord ont saisi le tribunal de grande instance d'une demande tendant à dire que l'accord du 8 février 1999 n'était pas entré en vigueur en application de son article 16 et que le document du 20 septembre 1999 était dépourvu d'effet juridique ;

Attendu que pour débouter les organisations syndicales de leur demande, la cour d'appel a énoncé que les parties signataires étaient convenues par l'acte du 20 septembre 1999 intitulé « position commune » de rendre l'accord applicable, que par l'effet de l'accord des parties qui ont renoncé au caractère indivisible de l'accord après l'arrêté d'extension partielle, l'accord était devenu applicable le 20 septembre 1999 à l'exception d'une partie de son article 12 et de son article 13 ; que le document du 20 septembre 1999 devait produire le même effet que l'acte dont il est la conséquence ;

Attendu cependant qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'acte du 20 septembre 1999 avait la nature juridique d'un accord collectif, et alors qu'il résultait de ses constatations que cet accord avait été conclu sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 février 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

OBSERVATIONS

Parmi les dispositions légales composant le *droit de la négociation collective*, les plus remarquables sont celles qui créent des obligations de négocier, telle l'obligation de négociation annuelle pesant sur tout employeur dans l'entreprise duquel une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives ont été constituées (art. L. 2242-1 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 132-27). La matière a donné lieu à d'importants arrêts sur :

- le choix du niveau de cette négociation d'entreprise obligatoire (Soc. 21 mars 1990, *Dr. soc.* 1990. 603, note Ph. Langlois : elle ne peut être engagée par établissement ou groupe d'établissements que si aucun syndicat représentatif dans l'une de ces unités ne s'y oppose ; Crim. 4 déc. 1990, *Bull. crim.* n° 416 : cette option est exclue en l'absence de représentants des organisations représentatives dans certains établissements) ;

- l'objet de la négociation (Crim. 28 mars 1995, *Bull. crim.* n° 130 : la négociation annuelle sur les salaires effectifs doit concerner la situation de l'ensemble des salariés, de sorte qu'en excluant de la discussion les salaires d'une catégorie du personnel l'employeur commet l'infraction de l'article L. 153-2 du Code du travail devenu aujourd'hui l'art. L. 2243-1 nouv. C. trav. ; v. aussi Soc. 28 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001. 212, obs. C. Radé) ;

- la garantie pénale de l'obligation patronale (Crim. 4 oct. 1989, *Dr. soc.* 1990. 154, note J. Savatier : d'interprétation stricte, l'incrimination de l'article L. 153-2, devenu l'article L. 2443-1, ne saisit pas le comportement négatif de l'employeur au cours de la négociation) ;

- les conséquences d'une conclusion d'accords au niveau des établissements (Soc. 27 oct. 1999, *Dr. soc.* 2000. 185, note G. Couturier, *supra*, n° 72 : la négociation au sein d'un établissement distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement, dès lors justifiées et exclusives de toute discrimination, entre salariés de la même entreprise).

Le droit d'opposition reconnu aux syndicats majoritaires pour faire échec aux accords signés par un ou des syndicats minoritaires est aussi une pièce du régime de la négociation collective. Imaginé en 1982 en matière d'accord d'entreprise dérogatoire (ancien art. L. 132-26 C. trav.), puis adopté par la loi du 31 décembre 1992 (ancien art. L. 132-7 C. trav.) destinée à faciliter la révision des conventions et accords en contrecarrant la jurisprudence née des arrêts *Basirico* (Soc. 9 mars 1989, *Dr. soc.* 1989. 631, note M. Despax ; Ass. plén. 20 mars 1992, *Dr. soc.* 1992. 370, rapp. D. Tricot), il est devenu depuis la loi du 4 mai 2004, une pièce générale du régime de la négociation collective. Lorsqu'une règle de majorité n'a pas été valablement introduite

(par accord collectif) le droit d'opposition est une prérogative reconnue aux syndicats majoritaires dans toute négociation collective. Dans un proche avenir, celui que dessine la position commune du 9 avril 2008, arrêtée par le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT, les règles de formation des accords collectifs devraient changer. Pour être valide, un accord devrait être signé par des syndicats ayant une certaine audience électorale. Mais l'exigence majoritaire n'étant pas (encore) consacrée aux fins de la formation de l'accord collectif, le droit d'opposition reconnu aux syndicats majoritaires demeurerait.

Même avec l'extension qu'il a connue le droit d'opposition n'a pas suscité beaucoup de jurisprudence. Les principaux arrêts concernent les résultats électoraux à prendre en considération pour déterminer si un syndicat a le droit de s'opposer (Soc. 18 nov. 1998, *Bull. civ. V*, n° 504 ; 13 mai 2003, *Bull. civ. V*, n° 163), l'appréciation du délai d'opposition (Soc. 10 juill. 2002., *Bull. civ. V*, n°247, *JSL*, n° 1084, rapp. J.-Y. Frouin, *Dr.soc.* 2002.1032, obs. G. Couturier), la notification de l'acte (Soc. 9 févr. 1994, *Dr. soc.* 1994. 382, obs. G. Borenfreund ; 20 mars 1996, *Bull. civ. V*, n° 103). On retiendra surtout l'interprétation, par la Cour de cassation, de l'exigence de motivation posée par l'article L. 132-26, al. 2 qui ne concernait à l'époque de l'arrêt que les accords dérogatoires (dans le nouveau Code, un texte est dédié au droit d'opposition : art. L. 2231-8) : l'opposition est motivée dès lors que la lettre précise les dispositions légales auxquelles déroge l'accord, sans que le syndicat opposant soit tenu d'énoncer les raisons pour lesquelles il a refusé sa signature et entend que cet accord reste lettre morte (Soc. 12 juill. 1999, *Bull. civ. V*, n° 350). La Cour de cassation a montré son souci d'assurer, comme la loi l'y invite, l'efficacité de l'opposition régulière, en relevant que le maintien en vigueur d'un accord, en dépit d'une opposition, constitue un trouble manifestement illicite, justifiant donc des mesures prises en référés (Soc. 25 mars 2004, *Bull. civ. V*, n°138, *Sem. soc. Lamy*, n°1171, rapp. M.L. Morin)

Les principales contributions jurisprudentielles au régime de la négociation collective sont celles d'arrêts qui ont consacré un certain « monopole syndical » (A), l'obligation de convier à la négociation l'ensemble des organisations syndicales représentatives (B), et, pour la négociation d'entreprise, celle de consulter le comité d'entreprise (C).

A. — Le monopole syndical de négociation des conventions et accords collectifs de travail

Héritier des lois de 1950 et 1971, le Code du travail dispose que la convention ou l'accord collectif de travail est conclu entre « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés reconnues repré-

tives au plan national [...], ou affiliées auxdites organisations, ou ayant fait la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord » et une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou toute autre association d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs (art. L. 2231-1 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 132-2). La convention ou les accords d'entreprise « sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise » (art. L. 2232-16 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 132-19, al. 1^{er}). La Cour de cassation en déduit qu'un accord conclu avec d'autres partenaires — les salariés eux-mêmes, un comité de grève ou même des représentants élus du personnel — est « dépourvu de toute valeur en tant qu'accord collectif » (Soc. 25 févr. 1998, *Bull. civ. V*, n° 104), ou, plus exactement, *ne constitue pas une convention ou un accord collectif de travail au sens des articles L. 131-1 et suivants du Code du travail* devenus les articles L. 2221-1 et s. nouv. C. trav. (Soc. 23 oct. 1991, *Dr. soc.* 1991. 960 ; 22 avr. 1992, *Dr. soc.* 1992. 716 ; 21 févr. 2007, *Bull. civ. V*, n° 30). Couramment dénommé « *accord atypique* », il constitue un contrat innommé entre les parties et, selon la construction jurisprudentielle actuelle, bénéficie aux salariés tiers à cet acte dans la mesure, mais dans la mesure seulement, où l'on y décèle un engagement unilatéral de l'employeur (*infra*, sous arrêt n° 176). De plus, le fait, pour un employeur, de négocier et conclure un accord avec une institution représentative de son personnel constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical (art. L. 2146-1, ex.-art. L. 481-2 C. trav.) lorsqu'il a eu pour objet ou pour effet de porter atteinte au *monopole que la loi confère aux organisations syndicales* pour représenter les salariés dans la négociation collective (Crim. 18 nov. 1997, n° 158).

La chambre criminelle parle ainsi d'un monopole des syndicats représentatifs, que la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel (*supra*, n° 157) n'avait pas découvert dans le Préambule de 1946 (considérant 8). Il n'y a là aucune divergence de jurisprudence. La norme constitutionnelle n'institue pas de monopole syndical que le législateur devrait respecter, tandis que le juge judiciaire s'en tient aux dispositions législatives et relève qu'elles confèrent aux syndicats représentatifs le pouvoir exclusif de négocier et signer les conventions ou accords des articles L. 131-1 et s. du Code du travail (devenu L. 2222-1 nouv. C. trav.), aux effets exorbitants du droit commun des contrats (v. *infra*, arrêts n°s 161 et s.). Sans parler de monopole, la chambre sociale rappelle que « seules les organisations syndicales représentatives sont légalement appelées à la négociation », s'agissant au moins d'une convention ou d'un accord des articles L. 131-1 et suivants (devenus art. L. 2222-1 et s. nouv. C. trav.), mais y compris d'un accord sur un régime complémentaire de retraite, dès lors qu'ils

ont qualité pour représenter les retraités (argument était tiré de l'art. L. 411-7 C. trav. qui n'a pas été repris tel quel dans la nouvelle codification, art. L. 2132-2), de sorte qu'il n'y a pas lieu de convier à cette négociation des associations de retraités (Soc. 31 mai 2001, *Dr. soc.* 2001. 744, concl. J. Duplat, et note Ph. Langlois, p. 875).

Ce monopole syndical de valeur législative gouverne la qualification et le régime des accords collectifs, et il se trouve pénalement protégé par l'incrimination compréhensive du délit d'entrave au droit syndical. Mais l'infraction n'est pas consommée par toute négociation avec d'autres partenaires que des syndicats représentatifs. Il faut, précise l'arrêt *Suarez* comme en écho de la décision 96-383 DC, que cette démarche ait « eu pour objet ou pour effet » de porter atteinte au monopole. L'arrêt relève qu'en l'espèce l'accord avait été conclu avec un comité d'établissement en dépit de l'existence d'une représentation syndicale dans l'entreprise, qu'il avait porté sur une matière (l'aménagement du temps de travail) relevant de la négociation annuelle obligatoire de l'article L. 132-27 du Code du travail (art. L. 2242-1 nouv. C. trav.) et qu'il avait instauré un système de modulation en tout cas subordonné à un accord collectif au sens de la loi, de sorte que l'employeur ne pouvait engager cette négociation qu'avec les organisations syndicales représentatives dans son entreprise. La qualification pénale de l'engagement d'une négociation, couronnée ou non de succès, suppose donc une double condition préalable : qu'un ou plusieurs syndicats soient organisés (avec section syndicale et délégués syndicaux) dans l'entreprise, et que la mesure à adopter ou les règles à poser ne puissent l'être par un acte unilatéral de l'employeur exerçant son pouvoir de direction ou son pouvoir normateur (le chef d'entreprise, qui répond aux revendications de délégués du personnel portant sur la rémunération et la réduction de la durée du travail que ces questions relèvent de la négociation avec les syndicats, ne commet aucun délit d'entrave : Crim. 26 janv. 1993, *Bull. crim.* n° 43 ; v. aussi : Crim. 28 mars 1995, *Bull. crim.* n° 130). Un espace demeure donc pour les « accords atypiques » non délictueux, sauf à observer que l'accord conclu, en l'absence de représentation syndicale, avec des élus du personnel ou d'autres partenaires non syndicaux ne peut tenir lieu d'accord dérogatoire autorisant la pratique de certaines modalités de temps de travail, et donc faire échapper un chef d'entreprise à une condamnation pénale pour infraction en cette matière (Crim. 22 janv. 1991, *Bull. crim.* n° 38 ; D. 1992, *Somm.* 301, obs. M.-A. Souriac-Rotschild). La positivité d'un droit des travailleurs à la négociation collective, constitutionnellement garanti (v. *supra*), devrait d'ailleurs orienter l'interprétation des textes et le raisonnement dans un sens favorable à l'effet utile de tout accord né d'un processus d'authentique négociation avec des représentants des intérêts des salariés autres qu'un syndicat, dès

lors que n'est pas méconnu le monopole syndical souligné par l'arrêt *Suarez*.

Ce monopole affirmé, deux questions surgissent.

En premier lieu, celle de l'aptitude d'un *syndicat catégoriel*. La représentativité s'appréciant dans un cadre constitué par le champ d'application de la convention ou de l'accord en question, un tel syndicat ne peut conclure seul un accord concernant l'ensemble des salariés de ce champ que s'il établit sa représentativité à l'égard de toutes les catégories professionnelles, même si sa représentativité à l'égard de sa catégorie de souche découle de son affiliation à une confédération (la CGC-CFE pour un syndicat de cadres) représentative sur le plan national et interprofessionnel (Soc. 15 oct. 1981, *Bull. civ.* V, n° 795 ; 7 nov. 1990, *Dr. soc.* 1991. 292, note M. Despax ; 24 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 346).

Se pose, en second lieu, la question des *négociateurs* œuvrant au nom de l'organisation, agent de la négociation. L'article L. 2231-2 nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art L. 132-3 C. trav.) fixe les modalités d'investiture des représentants habilités à contracter au nom des organisations d'employeurs et de salariés, et l'article L. 2232-17 nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L. 132-20) la composition de toute délégation syndicale aux négociations d'entreprise. Ce dernier texte exclut par sa rédaction, et sauf accord ou usage plus favorable, la présence de membres du syndicat non salariés de l'entreprise (Soc. 19 oct. 1994, *Dr. soc.* 1994. 958, rapp. Ph. Waquet ; D. 1995, Somm. 370, obs. G. Borenfreund), mais fait des délégués syndicaux les premiers acteurs d'une opération qui relève à l'évidence de leur mission légale (art. L. 412-11, al. 1^{er}). La Cour de cassation considère d'ailleurs, malgré la lettre de l'article L. 132-3, que le délégué syndical est investi de plein droit du pouvoir de négocier et de conclure un accord d'entreprise, quelle qu'en soit l'importance (Soc. 19 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 106 ; dans le même sens, à propos de la négociation du protocole préélectoral : Soc. 12 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 52). Est-ce dire qu'une négociation collective ne peut s'engager dans l'entreprise dépourvue de délégués syndicaux ? À l'époque où aucune disposition de source législative ne prévoyait une voie autre que purement syndicale, la Cour de cassation a répondu que des accords « *peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif* » (Soc. 25 janv. 1995, *D.* 1995. 593, note P. Pochet ; *Dr. soc.* 1995. 274, obs. G. Borenfreund ; *RJS* 4/95, n° 279, et note J. Savatier, p. 231).

Depuis, la loi, en dernier lieu celle du 4 mai 2004, a précisé comment une négociation collective peut être organisée dans les entre-

prises dépourvues de délégué syndical (art. L. 2232-31 et s. nouv. C. trav.)

B. — L'obligation de convier à la négociation l'ensemble des syndicats représentatifs

La convention ou l'accord collectif est un acte conclu, du côté des salariés, par « *une ou plusieurs organisations syndicales* » représentatives (art. L. 2231-1 nouv. C. trav. se substituant à l'art. L. 132-2 C. trav.). Sa validité et son effet normatif ne supposent donc pas la signature de toutes les organisations représentatives, ni de la majorité de ces organisations, ni même d'une ou des organisations représentant la majorité des salariés. À une exigence de signature majoritaire, le droit en vigueur préfère (encore, mais la position commune du 9 avril 2008 arrêtée par le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT annonce une très probable évolution) cette règle dite de « l'unicité de signature », règle si constante que la Cour de cassation a rarement l'occasion de la rappeler (Soc. 5 mars 1987, *JS* 1987, NB. 45 ; 9 juill. 1996, *Bull. civ.* V, n° 269), quitte à la corriger par un droit d'opposition du ou des syndicats (s) majoritaires, et une facilité donnée à la négociation collective d'instaurer une règle majoritaire. Aussi la partie patronale peut-elle avoir la tentation de ne pas même engager la négociation avec un syndicat représentatif qu'elle pense peu disposé à signer l'accord qu'elle souhaite, ou avec une organisation qu'elle souhaite isoler. C'est précisément ce qu'exclut l'arrêt du 17 septembre 2003 (n° 160) : « *un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives ait été invité à sa négociation* ».

La norme ainsi énoncée — ou décrite — en termes clairs et généraux, n'est pas nouvelle. Sans remonter plus haut dans le temps, elle était appliquée par un arrêt de la chambre sociale du 1^{er} juin 1994 (*Dr. soc.* 1994. 715, obs. A. Lyon-Caen), dont il ressortait que tous les syndicats représentatifs dans une entreprise devaient être invités à une négociation sur un objet ayant donné lieu à un accord antérieur, qui ne saurait être réservée aux signataires de celui-ci. Des arrêts de cassation (après Soc. 10 mai 1995, *RJS* 6/95, n° 676) allaient confirmer que les accords d'entreprise « doivent être négociés conformément à l'article L. 132-19 du Code du travail remplacé par l'art. L. 2232-16 nouv. C. trav. avec toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise » (Soc. 2 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999. 198, obs. G. Béliet ; Soc. 9 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 59). La formule était au point, s'agissant de la négociation d'entreprise, dans un arrêt *Sanofi Synthelabo* : « en application des dispositions combinées des articles

L. 132-7 et L. 132-19 du Code du travail, tous les syndicats représentatifs qui ont un délégué syndical dans l'entreprise doivent être appelés à la négociation des conventions et accords collectifs de travail, y compris lorsque la négociation porte sur des accords de révision » (Soc. 26 mars 2002, *Dr. soc.* 2002. 617, note M.-L. Morin ; *D.* 2002. 3231, note F. Petit ; v. depuis Soc 12 sept. 2007, *RJS* 11/07 n°1196).

La lettre de l'article L. 132-19 (L. 2232-13 nouv. C. trav.) se prête, il est vrai, à cette déduction : conventions et accords d'entreprise « sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives... ». Pourtant, l'article L. 2261-7 nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L. 132-7) réserve aux organisations signataires d'une convention ou d'un accord, ou adhérentes à cet instrument, le droit de signer les avenants qui le révisent. Mais *il faut distinguer négociation et conclusion d'un accord*, qualité pour négocier — c'est-à-dire tenter d'influer sur la teneur de l'accord — et qualité pour signer (v. d'ailleurs Soc. 9 juill. 1996, *préc.*). En faisant renvoi aux dispositions générales sur la négociation collective, l'art. L. 2261-7 du nouveau Code du Travail rend possible l'opposition d'un syndicat non partie à un accord d'entreprise à l'avenant qui le révisé. Qu'un syndicat d'emblée exclu de la signature de l'éventuel avenant soit fondé à participer aux discussions sur celui-ci n'a donc rien d'insensé. Il en va de la loyauté dans la négociation en contexte de pluralisme syndical. D'ailleurs, on peut voir dans cette obligation d'invitation (car un syndicat reste libre de se joindre ou non aux discussions, comme il le reste de s'en retirer) une requête du *droit constitutionnel des travailleurs à la négociation collective*, dont les titulaires sont les salariés eux-mêmes — tous et chacun d'entre eux — plutôt que les syndicats (*supra*, sous arrêt n° 157). L'invitation de tous les syndicats représentatifs à la table de négociation paraît également requise, sinon par un « principe de l'égalité des syndicats » (évoqué par : Soc. 2 avr. 1981, *Bull. civ.* V, n° 322 ; *D.* 1982, IR. 82, obs. J. Péliissier) qui serait davantage que l'envers positif de la prohibition de manœuvre discriminatoire de l'article L. 2141-7 du nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L. 412-2, al. 3), du moins par le « principe d'égalité de valeur constitutionnelle » invoqué par la chambre sociale en matière de droit syndical (Soc. 29 mai 2001, *Dr. soc.* 2001. 821, note G. Borenfreund ; v. *supra*, sous arrêt n° 7). N'est-il pas significatif que l'arrêt du 17 septembre 2003 prononce une cassation au visa des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 autant que des articles L. 131-1 (L. 2221-1 nouv. C. trav.) et L. 132-7 (L. 2261-7 et s. nouv. C. trav.) du Code du travail ?

On retiendra que cet arrêt, rendu dans une affaire de négociation de branche, réaffirme en termes généraux — pour tout « accord collectif » au sens de « convention ou accord collectif » des articles L. 131-1 (L. 2221-1 et s., nouv. C. trav.), et qu'il s'agisse de négocier un nouvel

accord ou de réviser un accord en vigueur — la règle dégagée pour la négociation d'entreprise. Le Conseil d'État considère d'ailleurs que toutes les organisations représentatives dans la branche doivent avoir été convoquées à la négociation en commission paritaire, qui conditionne l'extension d'une convention de branche par arrêté ministériel (26 oct. 1988, *Fédération de la chimie CGT, Dr. soc.* 1989. 237, obs. D. Aufrère-Philbert).

La règle ainsi rappelée a diverses conséquences. En cas de dénonciation totale d'une convention ou d'un accord, toutes les organisations représentatives dans le champ de celui-ci doivent être invitées à la négociation qui doit alors s'engager en quête d'un éventuel accord de substitution (art. L. 2261-10 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 132-8, al. 5 C. trav.), même si des discussions en vue de remplacer l'instrument avaient été ouvertes avant sa dénonciation et avaient vu se fixer les positions des divers partenaires (Soc. 9 févr. 2000, *préc.*). Surtout, cette exigence d'engagement d'une négociation avec tous emporte celle de tenir des réunions communes, et n'est pas satisfaite si le partenaire patronal conduit des discussions séparées avec chacun des syndicats, serait-ce en raison de l'attitude de l'un d'eux (Soc. 13 juill. 1988, *Bull. civ.* V, n° 454 ; *D.* 1989, Somm. 202, obs. J. Goineau ; 10 oct. 2007, n° 06-42721 ; v. aussi : Soc. 1^{er} juin 1994, *préc.*, admettant bien légèrement les constatations des juges du fond sur ce point). L'importance attribuée dorénavant à la loyauté dans la négociation n'en rend que plus étonnante l'immunité dont bénéficie, selon l'arrêt, une modification apportée au projet d'accord après la dernière séance de négociation (v. Soc. 12 oct. 2006, *Bull. civ.* V, n° 305, *Sem. soc. Lamy*, n° 1298 rapp. M.L. Morin, *RDT* 2007.186 obs. M.A. Souriac, *D.* 2007.Pan. 693 ; obs. C. Wolmark). Reste à savoir si l'accord fixant l'objet et la périodicité des discussions dans le cadre de la négociation d'entreprise (art. L. 132-22) ne pourrait pas programmer des réunions séparées avec les différents syndicats, pourvu qu'il n'en résulte aucune discrimination à l'égard de l'un d'eux.

En reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas jugé que l'accord conclu sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives ait été invité à sa négociation restait dépourvu de tout effet, l'arrêt rapporté confirme qu'un tel accord est *nul* (Soc. 2 déc. 1998, 9 févr. 2000, 26 mars 2002, 12 oct. 2006, *préc.*). Il s'agit d'une nullité absolue que sont recevables à demander ou invoquer les syndicats laissés en dehors de la négociation mais aussi les organisations ayant participé au processus (argument pris de Soc. 9 juill. 1996, *Bull. civ.* V, n° 269) ou tout autre intéressé (par ex. un salarié invoquant cette nullité dans le cadre d'une instance prud'homale, ou le ministère public). Le tribunal de grande instance peut aussi être sollicité d'intervenir « à chaud », son président ayant pouvoir d'ordonner en référé toute mesure propre

à faire cesser une négociation irrégulièrement engagée et constitutive d'un trouble manifestement illicite (suspension, communication à un syndicat délaissé du calendrier des discussions : Soc. 13 juill. 1988, *préc.*).

C. — L'obligation d'informer et consulter les représentants du personnel

Le comité d'entreprise « a pour objet d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution financière de l'entreprise... » (art. L. 2323-1 nouv. C. trav., se substituant à l'art. L. 431-4 C. trav.), et sa consultation doit précéder « la décision du chef d'entreprise ». Il doit notamment être « informé et consulté » sur nombre de questions (art. L. 2323-6) qui peuvent aussi faire l'objet d'une convention ou d'un accord collectif d'entreprise. Dès lors, ne doit-il pas être consulté sur l'ouverture de toute négociation d'un accord traitant de l'une de ces questions, ou au moins avant la signature de tout accord ? Une réponse affirmative prévalait en doctrine. La Cour de cassation a consacré cette opinion dominante par l'arrêt rendu le 5 mai 1998 (**n° 159**), dans une affaire opposant le Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production, qui exerce les attributions d'un comité central d'entreprise à EDF-GDF, et un syndicat représentatif non signataire, à cet employeur public et quatre syndicats signataires d'un accord collectif d'entreprise.

La « décision du chef d'entreprise » devant être précédée par la consultation du comité d'entreprise (art. L. 2323-2 nouv. C. trav. se substituant à l'art L. 431-5) quand elle porte sur l'une des questions ou mesures visées par l'article L. 2323-6 nouv. C. trav. (ex L. 432-1), *il n'y a pas lieu de distinguer selon que cette « décision » patronale est unilatérale ou « prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise » portant sur un objet légalement soumis à l'avis du comité.* Et la Cour de préciser que cette consultation des représentants du personnel — il peut s'agir des délégués du personnel exerçant collectivement les attributions du comité dans le cas prévu par l'article L. 2313-13 nouv. C. trav. (v. ancien art. L. 431-3) — « doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord ». On aurait pu considérer que la consultation du comité d'entreprise n'avait lieu d'être qu'en amont d'une décision unilatérale relevant de l'exercice du pouvoir patronal de direction. La Cour a choisi de s'attacher à la décision que le chef d'entreprise peut prendre au nom de l'employeur (future partie à l'accord collectif), non d'ouvrir une négociation, mais de signer un accord. Comme on ne voit pas de raison de hiérarchiser et ne

pas combiner les deux modalités fondamentales de l'exercice du droit que la Constitution reconnaît à « tout travailleur » de participer, par l'intermédiaire de délégués, « à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises » (v. *supra*, sous n° 157), la doctrine de l'arrêt *EDF-GDF* mérite pleine approbation. Elle s'impose en l'état des dispositifs légaux de relations professionnelles dans l'entreprise, et l'on ne saurait lui faire sérieusement grief d'alourdir ou allonger la procédure de négociation compte tenu du nombre d'objets potentiels de cette sorte de concours de compétence des représentants élus du personnel et des syndicats (ex. en matière de rémunérations : Soc. 28 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001. 212, obs. C. Radé). La consultation des élus s'impose même s'ils sont tous élus de syndicats protagonistes obligatoires de la négociation (v. *supra*, B). Justement, l'inconvénient de la solution jurisprudentielle pourrait être de favoriser l'éclosion d'un contentieux naissant de rivalités ou conflits intersyndicaux (comme dans l'espèce de l'arrêt de 1998). Mais semblable risque ne saurait soustraire aux déductions les plus indiscutables de règles positives.

La Cour de cassation a, dans un arrêt plus récent (Soc. 19 mars 2003, *Dr. soc.* 2003. 552, obs. G. Couturier), confirmé sa doctrine notamment, comme en ce qui concerne les conséquences d'un défaut de consultation du comité. L'arrêt *EDF-GDF* décidait que ce vice de la procédure de négociation, « *qui peut être sanctionné par ailleurs selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inaopposabilité d'un accord collectif d'entreprise [...] dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres* ». L'arrêt *CERVAC* du 19 mars 2003 réitère ce refus de la nullité. On imagine donc d'éventuelles poursuites pénales et une condamnation du chef d'entreprise (ou d'un directeur des ressources humaines, d'un directeur d'établissement) pour délit d'entrave au fonctionnement du comité (Crim. 13 déc. 1994, *Bull. crim.* n° 405 ; 11 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 897, obs. M. Cohen : à propos du défaut de consultation des comités d'établissement avant la conclusion d'un accord collectif sur la contribution patronale aux activités sociales et culturelles), voire de négociateurs syndicaux (comme coauteurs) s'il est établi qu'ils ont sciemment participé au maintien à l'écart des élus. Mais le comité ne peut-il, sur le plan civil, obtenir du juge des référés une mesure réagissant à la méconnaissance de ses attributions ? Un arrêt du 13 novembre 2001 (*Bull. civ.* V, n° 343) semblait, à rapide lecture, admettre une mesure judiciaire de suspension de l'accord, mais il concernait la mise en œuvre locale d'un accord d'entreprise sur le temps de travail qui prévoyait lui-même une consultation des représentants du personnel dans le cadre régional d'application. L'arrêt *CERVAC*, en revanche, exclut ici toute suspension, alors qu'une telle mesure est banalement admise

comme réaction à la méconnaissance de certaines règles prévoyant la consultation du comité (v. *supra*, sous arrêt n° 145). En revanche, une ordonnance enjoignant à l'employeur, sous astreinte, de consulter le comité d'entreprise sur le projet d'accord pourrait être utilement sollicitée.

Un syndicat de salariés, hostile à la négociation en cours ou à l'accord projeté ou signé, pourrait, en invoquant une qualité pour agir déduite de l'article L. 2132-3 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 411-11 C. trav. (v. *supra*, partie 2, sous arrêt n° 31), prendre l'initiative d'une telle réaction par exercice d'une action civile mettant l'action publique en mouvement ou par saisine du président du tribunal de grande instance. Pour que cette initiative soit le fait du comité d'entreprise lui-même, il faut que celui-ci ait qualité pour agir. L'arrêt *EDF-GDF* la reconnaît dans sa réponse au pourvoi incident formé par l'une des organisations signataires de l'accord querellé, car ce comité invoque alors un « droit propre » quel que soit le bien-fondé de sa prétention (comp. : Soc. 1^{er} juin 1994, *Dr. soc.* 1994. 715, obs. A. Lyon-Caen, déniait à un comité d'établissement qualité pour critiquer un accord d'entreprise, malgré son « intérêt à agir », au motif qu'il n'invoquait pas en l'espèce un droit propre).

La doctrine de l'arrêt *EDF-GDF* inspire peut être certaines formules législatives récentes. Ainsi, depuis une loi du 30 décembre 2006, il est prévu que la mise en place par négociation collective d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences donne lieu à information du comité d'entreprise (art. L. 2242-15 nouv. C. trav. qui se substitue à l'article L. 320-21). Une telle rédaction est, on le devine, apte à provoquer des discussions. Pourquoi, par exemple, avoir prévu une telle information lors de la négociation du dispositif de gestion prévisionnelle et ne pas l'avoir prévue lors de la négociation, mentionnée dans le même texte, sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ? Pourquoi avoir fait état de l'information et non de la consultation ? Les incertitudes entretenues par l'expression législative contrastent avec la sobre fermeté de l'expression judiciaire. En une période où l'on disserte volontiers sur la prétendue insécurité imputable à l'activité judiciaire ou à la jurisprudence, il peut être utile de donner quelque publicité à cet exemple.

La Cour de cassation a récemment précisé que le comité d'entreprise doit également être consulté sur « la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord collectif qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise » (Soc. 5 mars 2008, *RJS* 5/08.560, *D.* 2008 *AJ.* 855, obs. S. Maillard). L'arrêt ajoute qu'à défaut de consultation, « la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité ».

161-175

CONVENTION ET ACCORD COLLECTIFS

**161. Soc. 3 mars 1988 — 162. Soc. 19 décembre 1989 —
163. Soc. 20 novembre 1991 — 164. Soc. 17 mars 1993 —
165. Soc. 8 janvier 1997 — 166. Soc. 19 novembre 1997 —
167. Soc. 6 décembre 1995 — 168. Soc. 15 novembre 2007 —
169. Soc. 30 avril 2002 — 170. Soc. 14 mai 1992 —
171. Soc. 30 novembre 1994 — 172. Soc. 13 mars 2001 —
173. CE 6 mars 1960 — 174. CE 26 février 2003 —
175. CE 30 juin 2003**

L'originalité des conventions et accords collectifs tient à leur efficacité juridique (I) et se vérifie à l'examen de leur fin d'application (III). Il faut en déterminer le domaine d'application (II) et être sensible aux mécanismes par lesquels l'autorité publique est appelée à en modeler l'applicabilité et exceptionnellement à en assurer l'efficacité (IV).

I. — Efficacité juridique

161. Soc. 3 mars 1988

Gagnepain c. Tiraboschi

(Bull. civ. V, n° 161 ; D. 1988. Somm. 324, obs. Ph. Langlois)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 132-10 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 novembre 1982, et les articles L. 135-2 et L. 143-4 du même code issus de la loi du 13 novembre 1982, ensemble la convention collective nationale de la coiffure étendue par arrêté du 21 décembre 1980 ;

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué que M. Gagnepain est entré comme apprenti coiffeur au salon de coiffure de M. Tiraboschi le 13 décembre 1963 et est demeuré au service de celui-ci en qualité de coiffeur jusqu'à son licenciement pour cause économique intervenue en mars 1983 ; qu'ayant toujours été rémunéré sur la base du SMIC, il a, après son départ de l'entreprise, saisi la

juridiction prud'homale aux fins d'obtenir, sur le fondement des dispositions de la convention collective de la coiffure, le paiement de diverses sommes à titre de rappels de salaire et d'indemnité de congés payés et de compléments d'indemnités de préavis et de licenciement ;

Attendu que, pour débouter M. Gagnepain de ses demandes formées sur le fondement de la convention collective précitée et ne lui accorder que les indemnités légales de préavis et de licenciement, la cour d'appel a retenu essentiellement que ce salarié, qui avait été informé par lettre recommandée de son employeur du 22 janvier 1981 que celui-ci ne pourrait le conserver à son service s'il devait lui verser le salaire élevé prévu par la convention collective récemment étendue, avait accepté en connaissance de cause d'être payé à ses conditions habituelles de rémunération plutôt que de se voir licencier ;

Attendu cependant que *les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, pendant toute la durée du contrat, déroger par un accord particulier, sauf dispositions plus favorables pour le salarié, aux stipulations de la convention collective dont ils relèvent ;*

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 juin 1985, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Chambéry.

162. Soc. 19 décembre 1989

Cogema c. Union des syndicats du nucléaire CFTD

(*Bull. civ. V, n° 721 ; Dr. soc. 1990. 149, rapp. Ph. Waquet*)

ARRÊT

Sur le deuxième moyen pris en ses deux branches et sur le troisième moyen pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que la Compagnie générale des matières nucléaires (COGEMA) a conclu le 4 janvier 1982 avec plusieurs organisations syndicales de salariés un accord social « sur la réduction du temps de travail, l'emploi et les rémunérations » ; que les parties sont notamment convenues qu'à partir du 1^{er} janvier 1982 la durée hebdomadaire de travail était fixée à 39 heures et que cette durée serait de 38 heures à compter du 1^{er} décembre 1982 ; qu'en outre, à partir du 1^{er} janvier 1982, cette durée était fixée à 38 heures et, à partir du 1^{er} décembre 1982, à 37 heures, pour les salariés travaillant en service continu ; que ces réductions du temps de travail s'appliquaient « avec maintien des rémunérations » ; qu'il a été aussi décidé que les partenaires sociaux se rencontreraient ultérieurement pour examiner le bilan des dispositions déjà adoptées et rechercher les mesures « qui pourraient être prises en matière de durée hebdomadaire du travail » mais qu'« en tout état de cause, l'objectif des 35 heures sera atteint pour tous en 1985 » ;

Attendu que la COGEMA n'ayant pas accepté de procéder à de nouvelles réductions du temps de travail sans diminution corrélative des salaires, l'horaire hebdomadaire de 35 heures n'est entré en vigueur ni en 1985, ni postérieurement ; que l'Union fédérale des syndicats du nucléaire CFTD a assigné la

COGEMA pour la faire condamner sous astreinte à réduire à 35 heures la durée hebdomadaire du travail dans l'entreprise en application de l'accord social du 4 janvier 1982 ;

Attendu que l'arrêt infirmatif attaqué, pour décider que l'accord susvisé contient un engagement réciproque des parties signataires d'appliquer le régime des 35 heures à l'ensemble du personnel en 1985, tout en renvoyant les partenaires sociaux à négocier sur les modalités d'application et les effets de l'accord, en particulier sur les rémunérations, a énoncé que la clause selon laquelle « en tout état de cause, l'objectif des 35 heures sera atteint pour tous en 1985 » liait définitivement les parties et s'analysait, non pas en une obligation de moyens, mais en une obligation de résultat ;

Attendu cependant que *la clause litigieuse, qui ne détermine pas à quelles conditions précises la durée hebdomadaire de travail sera réduite à 35 heures et quels seront les effets de cette réduction sur le montant des rémunérations, contrepartie du travail, ne constitue qu'un accord de principe ; que les parties, en vue de parfaire leur convention avaient, selon l'accord du 4 janvier 1982, contracté l'obligation de négocier sur la durée hebdomadaire du travail ; qu'en décidant qu'elles étaient déjà liées par une obligation de résultat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 25 janvier 1988, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

163. Soc. 20 novembre 1991

Soc. Avions Marcel Dassault-Bréguet aviation c. Syndicat CGT

(*Bull. civ. V*, n° 522 ; *Dr. soc.* 1992. 52, rapp. Ph. Waquet ; *CSB* 1992, A 3, note A. Philbert ; *D.* 1991. 62, note J. Schmidt)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que l'accord cadre du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, signé par le CNPF d'une part, par les syndicats CFTC, CGC, CGT-FO d'autre part, a prévu, sous le titre « Hygiène, sécurité, prévention » et dans son article 23, que « afin de permettre aux organisations syndicales de participer plus étroitement aux actions de prévention, chaque organisation aura la faculté, dans les établissements occupant plus de trois cents salariés, de désigner, parmi le personnel, un représentant assistant avec voix consultative aux réunions du comité d'hygiène et de sécurité » ; que l'avenant du 16 octobre 1984 a maintenu, dans les mêmes termes, cette faculté de désigner un représentant syndical auprès du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ;

Que la CGT, bien que non signataire de l'accord cadre et de son avenant, a désigné M. Rouvier en qualité de représentant syndical au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l'établissement d'Istres de la société Avions Marcel Dassault Bréguet aviation ;

Attendu que cette société, ayant contesté la validité de cette désignation au motif que la CGT, n'ayant pas signé l'accord cadre du 17 mars 1975, ne pouvait en profiter, fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Aix-en-Provence 7 déc. 1988)

d'avoir rejeté cette contestation, alors que, selon le moyen, l'organisation syndicale non signataire de l'accord cadre du 17 mars 1975, modifié par l'avenant du 16 octobre 1984, ne peut bénéficier des dispositions de cet accord plus favorables que celles du Code du travail, dès lors qu'elle n'accepte pas les engagements qu'il impose ; que la cour d'appel a constaté que cet accord cadre n'a pas été signé par la CGT ; qu'en déclarant valable la désignation de M. Rouvier en qualité de représentant du syndicat CGT au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, la cour d'appel a violé les articles 1134 du Code civil et 23 de l'accord cadre du 17 mars 1975, modifié par l'avenant du 16 octobre 1984 ;

Mais attendu que, *si la participation aux organismes paritaires ou aux institutions créés par une convention ou un accord collectif est réservée aux syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif, ou à ceux qui y adhèrent, les dispositions conventionnelles à caractère normatif, visant à améliorer les institutions représentatives du personnel, sont applicables de plein droit à tous les salariés et syndicats, sans distinction ;*

Attendu, en conséquence, qu'un accord collectif ayant, en application de l'article L. 236-13 du Code du travail, décidé que les organisations syndicales pourraient, dans les entreprises de plus de trois cents salariés, désigner parmi le personnel un représentant assistant avec voix consultative aux réunions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, *un employeur lié par cet accord ne peut refuser à une organisation syndicale le bénéfice de cette disposition sous le prétexte qu'elle n'en est pas signataire ;* qu'ainsi, l'arrêt attaqué est légalement justifié ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi...

164. Soc. 17 mars 1993

Simonin c. SARL SARP et autres

(Dr. soc. 1993. 464)

ARRÊT

Attendu que M. Simonin, engagé le 1^{er} juin 1987 en qualité d'attaché commercial par la société des Laboratoires SARP, a été licencié pour faute grave le 1^{er} décembre 1989 ; Sur le premier moyen : Attendu que le salarié fait d'abord grief à l'arrêt attaqué (Reims 21 août 1991) de l'avoir débouté de ses demandes en paiement des indemnités de rupture et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que, selon le moyen, en premier lieu, un licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments précis et objectifs qu'il appartient l'employeur d'énoncer dans la lettre de licenciement ; qu'en l'espèce, il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que la lettre de licenciement se bornait à reprocher au salarié une « opposition systématique et un mauvais état d'esprit aboutissant à une détérioration irréversible de nos relations » ; qu'en jugeant que l'énonciation de ces seuls motifs, d'où ne ressort l'imputation d'aucun fait précis, répondait aux exigences légales, la cour d'appel a violé les articles L. 122-14-2 et L. 122-14-3 du Code du travail ; alors que, en deuxième lieu, en se bornant à énoncer qu'il résultait suffisamment des correspondances échangées entre les parties que le salarié manifestait une opposition systématique, sans procéder à la moindre analyse de ces documents, la cour d'appel a violé l'article L. 122-14-3 du Code du travail ; alors que, en troisième lieu, en omettant de préciser en quelle circonstance et de quelle façon M. Simonin

se serait opposé à son employeur ou aurait fait preuve d'insubordination, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la gravité des manquements qui lui étaient reprochés et privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-6 du Code du travail ; alors que, enfin, en se bornant encore à énoncer que le fait pour un salarié de s'opposer à l'employeur ou de lui être insubordonné constitue une faute grave aux termes d'une jurisprudence constante, sans préciser en quoi le comportement de M. Simonin caractérisait en l'espèce une faute de cette nature, la cour d'appel a statué par un motif d'ordre général et violé l'article 5 du Code civil ; Mais attendu que la cour d'appel, appréciant l'ensemble des éléments de preuve soumis au débat, a constaté qu'il était établi que le salarié manifestait une opposition systématique à la politique de gestion de l'entreprise et se refusait à exécuter les directives concernant le contrôle des frais et de son activité ; qu'elle a pu décider que ces faits, qui étaient visés dans la lettre de licenciement, rendaient impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituaient une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé ; Sur le deuxième moyen : Attendu que le salarié reproche aussi à l'arrêt de l'avoir débouté de ses demandes en paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaires alors que, selon le moyen, d'une part, il appartient à l'employeur, qui se prétend libéré, de rapporter la preuve du paiement ; qu'il appartenait en conséquence à la société, qui ne contestait pas la réalité des sommes réclamées puisqu'elle affirmait les avoir payées, de rapporter la preuve de ses allégations ; qu'en déboutant le salarié de ses demandes au motif que la société affirmait avoir payé les sommes qu'elle devait, sans s'assurer de la réalité de telles allégations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1315 du Code civil ; alors que, d'autre part, en affirmant que le salarié ne semble plus réclamer quoi que ce soit à titre de rappel de commissions, de salaires et de frais divers, tout en constatant dans le même temps qu'il demandait paiement de diverses sommes à ce titre dans ses conclusions d'appel, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs et violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; alors que, enfin, en affirmant que le salarié ne formulait plus de demandes à titre de rappel de commissions, de salaires et de frais divers, la cour d'appel a dénaturé les conclusions et violé l'article 1134 du Code civil ; Mais attendu que la cour d'appel a estimé, au vu des éléments soumis au débat et sans encourir les griefs du moyen, que le salarié avait été rempli de ses droits ; que le moyen n'est pas fondé ; Sur le troisième moyen : Attendu que le salarié fait enfin grief à l'arrêt de l'avoir débouté de sa demande en paiement de l'indemnité compensatrice de l'obligation de non-concurrence alors que, selon le moyen, d'une part, la cessation de l'application d'une convention collective consécutive à une modification de l'activité de l'entreprise, dès lors qu'elle a pour effet d'affecter en substance les droits que les salariés tenaient du statut conventionnel jusqu'alors en vigueur, s'analyse en une modification substantielle de leur contrat de travail que l'employeur ne saurait leur imposer sans obtenir leur consentement préalable ; qu'en l'espèce, la société reconnaissait dans ses écritures qu'elle était soumise jusqu'en 1987-1988 à la convention des industries chimiques, laquelle avait cessé de s'appliquer en raison d'une modification de l'activité de l'entreprise ; qu'en déclarant que le salarié ne pouvait plus invoquer le bénéfice de cette convention collective qui avait cessé de recevoir application au jour de son licenciement, sans constater qu'il avait accepté cette modification substantielle de son contrat de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil ; alors que, d'autre part, il résulte des dispositions de l'article L. 132-8, alinéas 3 et 7 que lorsque l'application d'une convention collective est mise en cause du fait d'une modification de l'activité de l'entreprise, cette convention

continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué, et à défaut pendant un an à compter de l'expiration du délai de préavis ; que ce texte prévoit en outre qu'une négociation doit s'engager dans l'entreprise soit pour l'adaptation aux nouvelles dispositions conventionnelles applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions ; qu'en déduisant l'inapplicabilité de la convention collective des industries chimiques de la seule constatation que la société ne relevait plus de cette branche d'activité au jour du licenciement de M. Simonin, sans rechercher si l'employeur avait régulièrement dénoncé cette convention et fait courir le préavis de cessation d'application, et si une nouvelle convention ou un nouvel accord s'était substitué à cette convention après une négociation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ; Mais attendu, en premier lieu, que *lorsqu'une convention collective ou un accord collectif cesse de s'appliquer dans une entreprise, il n'en résulte aucune modification des contrats de travail en vigueur* ; Attendu, en second lieu, qu'ayant constaté qu'au jour du licenciement la convention collective des industries chimiques n'était plus applicable dans l'entreprise, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

165. Soc. 8 janvier 1997

Mme Pied c. Sté Gras Savoye

(*Bull. civ.* V, n° 8 ; *Dr. soc.* 1997. 323, obs. G. Couturier ;
D. 1997. 3321, note M. Crionnet)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon 10 juin 1993) que Mme Pied a été engagée en qualité d'agent de maîtrise à compter du 29 décembre 1990 par la société Gras Savoye ; qu'elle a été licenciée le 22 janvier 1991 ; qu'invoquant à l'encontre de la salariée des actes de démarchage après la rupture du contrat de travail, la société a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement de dommages-intérêts pour violation de la disposition conventionnelle applicable interdisant à tout salarié de démarcher la clientèle de l'employeur qu'il vient de quitter ;

Attendu que Mme Pied fait grief à l'arrêt d'avoir retenu sa responsabilité dans des actes de démarchage, de l'avoir condamnée à verser à la société Gras Savoye une somme à titre de dommages-intérêts et de l'avoir elle-même déboutée de sa demande en dommages-intérêts alors, selon le moyen, de première part, que seules peuvent constituer des actes de démarchage les offres de service faites ou les conseils donnés de façon habituelle au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur les lieux de travail, par l'envoi de lettres ou circulaires ou par communications téléphoniques, qu'en déduisant l'existence des actes de démarchage et, partant, la violation de l'article 41 de la convention collective, du nombre élevé de révocations de mandats de courtage, de la concomitance de ces révocations avec la rupture du contrat de travail de Mme Pied, sans constater ni l'existence d'offres de service faites par Mme Pied par l'envoi de lettres ou par tout autre moyen, ni celle du moindre acte positif de sa part, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard dudit article 41 de la Convention collective nationale de travail des cadres et employés salariés des cabinets de courtage d'assurance et/ou de réassurance, étendue par arrêté minis-

tériel du 12 juillet 1978 et de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1972 ; alors, de deuxième part, que la salariée faisait valoir (p 8, paragraphe 5) qu'elle n'avait jamais effectué de démarchages auprès de ses anciens clients mais qu'au contraire les clients de la société Gras Savoye ayant appris le départ de leur interlocutrice habituelle, avaient pris contact avec elle pour lui demander de continuer à gérer dans le cadre éventuel de ses nouvelles activités leurs contrats d'assurance, qu'en s'abstenant de répondre à ce chef des conclusions la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; alors, de troisième part, et en toute hypothèse, que les obligations mises par une convention collective à la charge d'un salarié ne peuvent lui être opposables qu'à la condition d'avoir fait l'objet d'une mention expresse dans le contrat de travail, qu'en disant applicables à Mme Pied les obligations de non-démarchage prévues par la convention collective, sans constater un engagement exprès de sa part, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu, d'abord, que *les obligations mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, dès lors qu'il a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance ;*

Et attendu, ensuite, qu'ayant rappelé qu'aux termes de l'article 41 de la convention collective applicable, tout salarié quittant, pour quelque cause que ce soit, un employeur relevant de ladite convention, s'interdit formellement de démarcher, directement ou indirectement, la clientèle appartenant à l'employeur qu'il vient de quitter, la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas soutenu par la salariée qu'elle n'avait pas connaissance de la convention collective applicable et qui a constaté que la salariée avait accompli aussitôt après la rupture du contrat de travail des actes positifs de démarchage auprès de clients de son ancien employeur, a, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

166. Soc. 19 novembre 1997

Mme Savart Dhenain

c. Maison familiale rurale d'éducation et d'orientation

(*Bull. civ. V*, n° 386 ; *Dr. soc.* 1998. 14, note J. Savatier ;

JCP 1998. II. 10043, note M. Rousseau)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 132-10 et L. 135-2 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes qu'*une convention collective s'applique dès le lendemain de son dépôt* auprès des services du ministre du Travail et au greffe du conseil de prud'hommes, et que *ses dispositions plus favorables se substituent de plein droit à celles des contrats de travail dans les entreprises relevant de son champ d'application ;*

Attendu que par contrat du 20 août 1992 avec effet au 27 suivant, Mme Savart-Dhenain a été engagée en qualité de monitrice, par la Maison familiale rurale d'éducation et d'orientation (MFREO) ; que le contrat prévoyait une période d'essai d'un an ; qu'une convention collective régissant les maisons familiales rurales d'éducation et d'orientation a été signée le 1^{er} mars 1993 et déposée le 15 mars 1993 ; que le 7 juin 1993 l'employeur a adressé à Mme Savart-Dhenain une lettre

l'informant que la période d'essai était non concluante ; que la salariée a alors invoqué la nouvelle convention collective en faisant valoir que celle-ci fixait la durée de la période d'essai à 6 mois et que, dans ces conditions, elle avait été licenciée après expiration de la période d'essai ;

Attendu que pour décider que la nouvelle convention collective était invoquée à tort par la salariée, la cour d'appel a retenu que si la convention collective est applicable immédiatement aux contrats en cours, elle ne peut, sauf disposition contraire expresse, avoir d'effet rétroactif ; que la convention collective est entrée en application le 1^{er} mars 1993 et que les six premiers mois de la période d'essai étaient terminés le 27 février 1993 ;

Attendu cependant qu'à la date du dépôt de la convention collective, soit le 15 mars 1993, la disposition fixant la période d'essai à 6 mois s'est substituée à celle moins favorable du contrat de travail ; que dès lors, lorsque le 7 juin 1993 l'employeur a prétendu mettre fin à l'essai, le contrat était devenu définitif, en sorte que la rupture s'analyse en un licenciement ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs : Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 novembre 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Angers.

OBSERVATIONS

La convention collective ne serait sans doute pas devenue l'acte juridique original qu'elle constitue aujourd'hui sans l'aide de la loi. Y voir une source de règles, et, de plus, de règles impératives, a supposé de vaincre de nombreuses résistances dont la version juridique était pour l'essentiel formée de références au droit commun des obligations. La physionomie juridique actuelle de la convention collective doit donc beaucoup aux quatre lois du 11 février 1950, 13 juillet 1971, 13 novembre 1982 et du 4 mai 2004. Et cette physionomie est la même pour la convention collective et pour l'accord collectif dont traite le Livre II de la 2^e partie du nouveau Code du travail (art. L. 2211-1 et s.). Aucune différence n'existe entre l'une et l'autre, sinon l'ampleur de leur contenu (v. art. L. 2221-2 qui se substitue à l'art. L. 132-1 C. trav.). L'une et l'autre ne représentent toutefois qu'une espèce d'accords collectifs, il est vrai, une sorte de modèle qui sert de référence pour caractériser ceux qui s'en distinguent, tels les accords préélectoraux (sur lesquels, v. obs. sous arrêts n^{os} 136-137) ou les accords relatifs à la protection sociale complémentaire (art. L. 911-3 CSS).

À quoi tient la puissante originalité comme acte juridique de la convention collective et de l'accord collectif (*brevitatis causae* on dira accord collectif) ? Cette originalité est identifiée par la jurisprudence qui cependant la dénomme rarement (v. toutefois n^o 163). En doctrine, il est parfois dit que l'accord collectif est un acte normatif ; ou encore

qu'il a une fonction normative. Dans les deux expressions, c'est l'efficacité juridique de l'accord collectif que l'on entend relever, cet effet normatif dont le mécanisme et le domaine sont précisés par la jurisprudence, non sans que persiste au moins une interrogation.

A. — Mécanisme de l'effet normatif

La première composante du mécanisme de l'effet normatif mise en évidence par la jurisprudence est ce qu'il est convenu d'appeler l'*effet impératif*. L'arrêt du 3 mars 1988 (n° 161) en formule la conséquence principale : « *les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, pendant toute la durée du contrat, déroger par un accord particulier, sauf dispositions plus favorables pour le salarié, aux stipulations de la convention collective dont ils relèvent.* » Cette condamnation de toute dérogation, sauf dans un sens favorable au salarié (sur la règle de faveur, v. *infra* n° 180) est ancienne, puisqu'elle remonte aux lendemains de la loi de 1936 (v. Civ. 17 nov. 1937, *DH* 1938. 68, *S.* 1938. 1. 63, *Gaz. Pal.* 1938. 1. 208), mais à l'époque la généralité de l'effet impératif était encore discutée. La formulation adoptée dans l'arrêt du 3 mars 1988 est la plus généreuse qui soit. À quelques nuances près, elle est reprise par de très nombreux arrêts (v. par ex. Soc. 6 juill. 1994, *Bull. civ.* V, n° 226, *JCP* 1995. II. 22363, concl. Y. Chauvy, qui mentionne à la fin de la formule les « *dispositions conventionnelles qui leur sont applicables* »). L'impérativité recule avec la fin du contrat ; les droits deviennent alors disponibles et la renonciation du salarié « *aux droits qu'il tient de la convention collective* », dont jusqu'à cet instant l'employeur ne peut en aucun cas se prévaloir (la solidité de cette solution n'a pas faibli en soixante ans, v. Soc. 7 mars 1940, *Quest. prud.* 1940. 293 ; 20 févr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 35 ; 30 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 117 ; 30 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 210), devient possible.

Cette impérativité, la Cour de cassation la rattache, par ses visas, à l'article L. 135-2 C. trav., devenu l'article L. 2254-1 nouv. C. trav. qui pourtant, dans sa rédaction, ne la suggère pas avec netteté puisqu'il prévoit que les clauses de la convention collective « *s'appliquent aux contrats de travail...* », alors que l'article L. 132-10, alinéa 3, dans sa rédaction antérieure à 1982 était plus vigoureux et indiquait que les dispositions de la convention « *s'imposent...* ». L'article L. 2254-1 (ex-L. 135-2) n'évoquant que l'effet des dispositions conventionnelles à l'égard des contrats de travail, il a été avancé que l'impérativité se limiterait à ces seuls rapports. L'argument de texte ne devrait pas suffire à convaincre de la pertinence d'une thèse au fond contestable, car, on l'a dit, sur l'impérativité même, le texte de l'article L. 2254-1

(ex-L. 135-2) est bien laconique. Cette thèse n'est d'ailleurs pas consacrée par la jurisprudence (v. *infra* B).

La deuxième composante de l'effet normatif est à l'œuvre dans l'arrêt du 19 novembre 1997 (n° 166) selon lequel la disposition d'une convention collective qui fixe la période d'essai à six mois se substitue de plein droit à la clause du contrat de travail qui prévoit un essai d'un an. Dans cette substitution, l'*effet automatique* de la convention collective, souvent exprimé sous la forme d'une application de plein droit, vient épauler l'effet impératif. Au nom de l'effet automatique, il n'y a pas lieu de rechercher si le salarié est individuellement engagé, ni si le contrat prévoit quelque chose : en bref il rend inutile toute médiation et dans sa combinaison avec l'effet impératif, il fonde une substitution des dispositions conventionnelles aux stipulations contractuelles contraires, sauf stipulation plus favorable (v. Soc. 11 juill. 2001, *Bull. civ.* V, n° 273). L'arrêt n° 166 met bien en lumière comment cette efficacité joue dans le temps. En l'occurrence, la convention collective, fixant à six mois la période d'essai était entrée en vigueur, alors que s'était déjà écoulée plus de la moitié de la période contractuelle d'essai prévue pour un an. L'impérativité doublée d'automatisme rend la convention collective immédiatement applicable aux contrats en cours : la substitution s'opère dès la « prise d'effet » (Soc. 11 juill. 2001, *préc.*) de l'accord collectif. Et cette prise d'effet n'est pas à la disposition des parties au contrat (v. Soc. 23 oct. 1985, *Bull. civ.* V, n° 485 ; 12 sept. 2007, *RJS* 11/07 n°1197).

En droit français, l'effet normatif comporte une troisième dimension qu'en règle générale les juges n'ont pas besoin d'explicitier mais que l'arrêt du 20 novembre 1991 (n° 163), en raison de l'objet du litige (v. *infra* B), souligne fermement. Usant, ce qui est très rare, de l'expression de « *dispositions conventionnelles à caractère normatif* », il leur attribue l'efficacité suivante : elles « *sont applicables de plein droit à tous les salariés et syndicats, sans distinction* ». À l'effet normatif est donc structurellement associé un effet général, dit encore effet *erga omnes*, qui, si l'on y réfléchit bien, n'est cependant qu'un petit effet général, car il vise non pas les entreprises (il faut, en droit français, pour ce résultat, un arrêt d'extension) mais la collectivité de travail et ses représentants. Quoi qu'il en soit, cette dimension fait, mieux que toute autre, saisir que l'accord collectif crée des règles et non pas seulement des obligations. En somme, c'est le modèle de la loi sociale qui inspire la conception de l'efficacité de l'accord collectif.

On peut dans ces conditions, comprendre l'accueil que la jurisprudence a réservé à une analyse, d'origine allemande, du mode d'action de la convention collective à l'égard du contrat : elle régit le contrat, et ne le garnit pas. En d'autres termes, les dispositions conventionnelles ne s'incorporent pas au contrat et lui restent extérieures, même si elles

se substituent aux stipulations contractuelles contraires qui sont moins favorables au salarié. Cette absence d'incorporation trouve l'une de ses traductions techniques dans l'arrêt du 17 mars 1993 (**n° 164**), qui, quoique non publié au bulletin des arrêts, n'en mérite pas moins de retenir l'attention : « *lorsqu'une convention collective ou un accord collectif cesse de s'appliquer dans une entreprise, y lit-on, il n'en résulte aucune modification des contrats de travail en vigueur* ». La formule parle d'elle-même et montre, chemin faisant, tout l'intérêt qu'il y a à rechercher le caractère contractuel d'un élément d'un rapport d'emploi. Contractuel, il subsiste et n'est pas affecté par la cessation des effets d'un accord collectif.

L'autonomie — ou extériorité — des dispositions conventionnelles par rapport aux contrats individuels, a, sans doute, inspiré à la Cour de cassation l'une de ses formules les plus fortes, mais dont la force même n'exclut pas les difficultés d'interprétation : « *un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié* » (v. Soc. 15 févr. 1998, *Bull. civ. V*, n° 104 ; 14 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 251 ; 13 nov. 2001, *Bull. civ. V*, n° 340 ; 27 juin 2002, *Bull. civ. V*, n° 222 ; 25 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 64).

La parenté entre cette dernière formule et la proposition forgée en 1993 (v. **n° 164**) est manifeste, mais elles concernent des situations pour ainsi dire inverses, la « *prise d'effet* » d'un accord collectif, dans un cas, la cessation de ses effets, dans l'autre. Or dans la première hypothèse, la substitution des dispositions conventionnelles aux stipulations contractuelles contraires moins favorables est une règle essentielle (rappelée d'ailleurs dans Soc. 13 nov. 2001, *préc.* ; v. aussi Soc. 7 févr. 2006, *JCP S* 2006.1220.). Il est toutefois difficile de ne pas y trouver la source d'une modification du contrat sauf à considérer que la substitution n'est qu'affectation provisoire — pour la durée d'efficacité des dispositions conventionnelles — distincte et exclusive d'une véritable modification.

B. — Le domaine de l'effet normatif

Lorsque l'article L. 2254-1 nouv. C. trav. (ex-art. L. 135-2) évoque l'application de l'accord collectif, il ne l'envisage qu'à l'égard des contrats individuels de travail. Comme c'est le texte dont la jurisprudence fait découler l'effet normatif, faut-il en déduire que ce dernier est réservé aux dispositions de l'accord collectif qui ont trait aux contrats individuels de travail, ou, si l'on veut être plus précis, au contenu des rapports d'emploi ? Aussi commode soit la tentation, la jurisprudence, à juste titre, n'y cède pas. L'efficacité juridique d'une disposition conventionnelle ne dépend donc pas de son objet et il faut se garder

de présenter la convention collective comme comportant deux parties, une première visant les contrats individuels et dotée d'un effet normatif et une seconde visant les relations professionnelles, dotée d'une valeur obligatoire sur le modèle d'un contrat.

L'arrêt du 20 novembre 1991 (**n° 163**) considère comme « *dispositions conventionnelles à caractère normatif* », comme telles « *applicables de plein droit à tous les salariés et syndicats, sans distinction* », des dispositions d'un accord collectif prévoyant, dans des entreprises de plus de trois cents salariés, la désignation par des organisations syndicales d'un représentant au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Il en résulte que des syndicats non signataires jouissent aussi de la faculté de désigner un représentant. La Cour de cassation avait suivi la même inspiration dans un arrêt précédent relatif à la faculté, prévue par un accord collectif, de désigner un délégué syndical suppléant (Soc. 15 janv. 1981, *Bull. civ. V*, n° 40). Ce qu'instaure l'arrêt **n° 163**, c'est une distinction, une nouvelle frontière entre d'une part les dispositions conventionnelles qui visent « *à améliorer les institutions représentatives du personnel* », dotées en principe d'un effet normatif et les dispositions conventionnelles qui créent un organisme paritaire ou une institution et sont privées d'effet normatif. Seuls les syndicats signataires peuvent prétendre bénéficier de la seconde catégorie de dispositions. D'où vient cette distinction ? Est-elle robuste ?

Un arrêt ultérieur relatif à la participation au comité paritaire pour la formation professionnelle créé par l'accord national interprofessionnel du 3 juillet 1991 fait référence, pour fonder la distinction entre les deux catégories de dispositions conventionnelles, à l'article L. 132-15 du Code du travail, devenu l'article L. 2261-4 nouv. C. trav. (Soc. 9 juill. 1997, *Dr. soc.* 1997, 994, obs. G. Couturier). Ce texte cependant a comme véritable objet l'adhésion d'un syndicat représentatif à une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, ce, pour lui assurer une égalité de droits et d'obligations avec les parties signataires, en particulier en vue de participer aux organismes paritaires créés par de tels accords. Le lien de ce texte avec la distinction entre les dispositions d'effet normatif et les autres paraît donc assez lâche. Au demeurant l'article L. 2261-4 (ex-art. L. 132-15) ne vise que les accords de branche, professionnel ou interprofessionnel. Et les autres ? Revenant à sa formulation générale de 1991, la chambre sociale préfère dorénavant se passer de la référence à l'article L. 132-15 devenu L. 2261-4, pour traiter de la même manière accords d'entreprise et autres accords collectifs, et les soumettre tous à la distinction entre accords ou dispositions d'amélioration, de portée normative et accords ou dispositions d'invention, dépourvues de portée normative (Soc. 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 219).

La difficulté de tenir cette distinction n'en apparaît pas moins patente comme le montre bien l'important arrêt rendu par la chambre sociale le 30 avril 2003 (*Bull. civ. V*, n° 155, *RJS* 10/03, p. 743, chr. M.-L. Morin ; *Dr. soc.* 2003. 732, note B. Gauriau ; *JCP E* 2003. 1557, note J.-P. Adom ; *Dr. ouvr.* 2003. 398, note M.-F. Bied-Charreton) à propos d'un accord collectif de groupe instituant une représentation syndicale de groupe à laquelle est donnée une compétence pour négocier sur des thèmes communs. Ce n'est pas le lieu d'analyser l'espace que cet arrêt paraît ménager à la négociation de groupe qui, depuis cet arrêt, a fait l'objet d'une attention législative particulière (v. art. L. 2232-30 et s. nouv. C. trav.). Ce qu'il faut relever c'est l'efficacité juridique que l'arrêt reconnaît à un tel accord, déclaré « *opposable aux organisations non signataires en sorte que, si elles entendent participer aux négociations de groupe qu'il prévoit, elles sont tenues de désigner leurs représentants conformément à ses dispositions* ». N'est-ce pas attribuer un effet normatif à un tel accord, dont la place exacte, au sein de la distinction entre accord d'amélioration de la loi et accord d'invention, n'est pas facile à identifier ? La distinction n'est d'ailleurs pas mentionnée dans l'arrêt. Il est vrai qu'en subordonnant la participation d'un syndicat non signataire au respect par lui des conditions prévues par l'accord, l'arrêt du 30 avril 2003 prive de son principal intérêt l'effet normatif des dispositions, puisque, ce faisant il oblige en fait un syndicat non signataire qui entend participer à la négociation à perdre sa qualité de non-signataire.

L'arrêt rendu le 19 décembre 1989 (n° 162) offre une autre illustration de l'absence de césure matérielle entre une partie nécessairement normative et une partie qui ne le serait pas dans un accord collectif. L'objet des clauses litigieuses était, en effet, la durée du travail, qui fait couramment l'objet de dispositions conventionnelles auxquelles est reconnue une efficacité normative. En l'occurrence l'entreprise, filiale du Commissariat à l'énergie atomique, s'était, aux lendemains des élections de 1981, associée à la lutte contre le chômage en concluant un accord de réduction progressive de la durée du travail : si l'échéance et le contenu des deux premières étapes étaient déterminées, si les étapes suivantes étaient renvoyées à des rencontres ultérieures, l'objectif conventionnel était clairement fixé, puisqu'il s'agissait de réduire la durée du travail à 35 heures pour tous en 1985. Une telle disposition est-elle de nature à se voir reconnaître un effet normatif ? L'action engagée par l'un des syndicats signataires n'allait pas jusqu'à prétendre que tout salarié pourrait revendiquer dès 1985 le bénéfice d'une durée ainsi réduite. Elle tendait seulement à ce que l'entreprise soit obligée de provoquer des négociations pour parvenir, à l'échéance prévue, à une fixation de la durée du travail à 35 heures. L'arrêt refuse de reconnaître cette force à la disposition conventionnelle controversée.

Dans la clause litigieuse « *qui ne détermine pas à quelles conditions précises la durée hebdomadaire sera réduite à 35 heures et quels seront les effets de cette réduction sur le montant de la rémunération* », il ne voit qu'« *un accord de principe* ». Et cette qualification signifie que l'entreprise est tenue d'engager une négociation sur la durée hebdomadaire mais non de parvenir à son terme à une durée de 35 heures. Affirmer qu'elle aurait souscrit un tel engagement, ce serait découvrir à la charge de l'entreprise une obligation de résultat que l'accord de principe n'a pas fait naître. L'efficacité juridique de la disposition controversée est très modeste, quoi qu'elle porte sur la durée du travail. À vrai dire, la disposition, telle qu'analysée par la chambre sociale, n'a plus guère d'intérêt ; elle n'ajoute rien à l'obligation annuelle de négocier telle qu'elle est prévue par les dispositions des articles L. 2242-1 et s. nouv. C. trav.. La contribution de l'arrêt du 19 décembre 1989 vient plus de l'enrichissement de la typologie des accords collectifs, avec la reconnaissance de l'*accord de principe*, accord qui, dépourvu d'effet normatif, marque une réduction conventionnelle des oppositions et devrait, au moins, être considéré comme rendant impossible la remise en cause du « *principe* » sur lequel est intervenu l'accord. L'accord de principe peut être rapproché de l'accord-cadre, terme utilisé pour désigner les accords qui organisent avec plus ou moins de minutie une négociation collective.

C. — Création d'obligations à la charge de salariés

Une convention collective peut-elle créer, de façon directe, une obligation à la charge des salariés ? La question doit être bien comprise. Il ne s'agit pas de savoir si un accord collectif peut altérer la situation de salariés, ce qui peut, à titre d'exemple, être le résultat d'une révision d'un accord. Il ne s'agit pas non plus de savoir si une convention collective peut déterminer le régime des obligations des salariés, ce qui est, pour ainsi dire, l'une de ses vocations historiques. Il ne s'agit pas non plus de savoir si un accord collectif peut établir des conditions, ressenties, le cas échéant, comme des charges, pour accéder à un avantage qu'il institue, tel un processus de formation, telle une protection sociale complémentaire. L'accord collectif doit être apte à instaurer des obligations accessoires, c'est-à-dire requises pour la mise en œuvre des avantages qu'il crée. Épurée, la question trouve des illustrations dans la création éventuelle de période d'essai, d'engagements de non-concurrence, de non-démarchage, ou de non-rétablissement, ou encore de système d'astreinte (sur l'institution de l'astreinte, v. *supra* obs. sous arrêts n^{os} 58-61). Elle a inspiré à la chambre sociale de la Cour de cassation une réponse libérale, formulée depuis l'arrêt du 8 janvier

1997 (**n° 165**) en termes généraux : « *les obligations mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, dès lors qu'il a été informé de l'existence de la convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance.* »

L'arrêt, rendu à propos d'une disposition instituant une obligation de non-démarchage en fin de contrat, poursuit un mouvement entamé avec l'essai (Soc. 29 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 112 ; *Dr. soc.* 1995. 454, rapp. J.-M. Desjardins, *D.* 1996. 127, note G. Pignarre ; 23 avr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 143) et prolongé par la reconnaissance de l'effet normatif d'une disposition conventionnelle créant un système d'astreinte (Soc. 16 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 556 ; 13 févr. 2002, *RJS* 5/02, n° 570) ou encore instituant une mobilité (Soc. 27 juin 2002, *Bull. civ.* V, n° 222 ; *D.* 2002, Somm. 3115, obs. M.-C. Amauger-Lattes).

La formule générale de l'arrêt **n° 165** est singulière dans sa rédaction : comment, en effet, comprendre la prétendue opposabilité aux salariés des obligations créées par une convention collective ? Si celle-ci a la même efficacité que la loi, la notion d'opposabilité est inappropriée ; si les salariés restent des tiers, la convention collective ne peut leur imposer des obligations et la notion d'opposabilité ne devrait rien pouvoir ajouter. La rédaction, que des arrêts postérieurs semblent avoir corrigée (v. Soc. 23 avr. 1997, *préc.*, qui use simplement des termes habituels par lesquels la Cour de cassation identifie l'effet normatif) signale peut-être un malaise. Comment en effet, justifier que le (s) syndicat(s) puisse(nt) se substituer au(x) salarié(s) pour l'(es) obliger ?

Selon l'arrêt **n° 165**, le salarié n'est tenu que s'il a été informé, et il sera précisé, dans un arrêt postérieur « *au moment de son embauche* » (Soc. 23 avr. 1997, *préc.*). Comme si le salarié devait être mis en mesure de manifester son assentiment, non pas certes en refusant la convention collective et la disposition créatrice d'obligation, mais en renonçant à la conclusion de son contrat. D'ailleurs, ce qui exprime le mieux le trouble de la jurisprudence, c'est le refus de mettre à la charge de salarié(s) des obligations par un accord collectif postérieur à la conclusion du contrat de travail (Soc. 27 juin 2002, *préc.*). Pour imposer des obligations aux salariés, une convention collective doit être antérieure à leur recrutement. Et lors de l'embauche à laquelle ils peuvent encore renoncer, ils doivent disposer des éléments qui leur permettent de mesurer ce à quoi ils s'obligent. On doit espérer que la Cour de cassation revienne, en fin de compte, sur l'idée même qu'une convention collective puisse directement créer des obligations à la charge des salariés. N'a-t-elle pas d'ailleurs déjà énoncé que « *l'engagement du salarié de suivre une formation à l'initiative de l'employeur et en cas de démission, d'indemniser celui-ci des frais*

qu'il a assumés doit, pour être valable, faire l'objet d'une convention particulière », ce qui exclut que le double engagement de suivre une formation et de rembourser trouve sa source exclusive dans un accord collectif (v. Soc. 4 févr. 2004, *Bull. civ. V*, n° 40) ?

II. — Détermination de la convention collective applicable

167. Soc. 6 décembre 1995

Brissy et autres c. Didier

(*Bull. civ. V*, n° 333)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 135-2 du Code du travail et l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que la convention collective applicable aux salariés d'une entreprise est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur, peu important les fonctions assumées ; qu'il n'en est autrement que dans l'hypothèse où les salariés exercent une activité nettement différenciée dans un centre d'activité autonome ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la Société des éditions parisiennes (SEPA), qui avait pour objet social la publication, la rédaction, l'édition et l'exploitation de livres, journaux, périodiques et supports publicitaires, exploitait également un atelier de photocomposition dans lequel étaient employés en permanence douze salariés ; que, le 23 novembre 1989, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'égard de cette société et l'ensemble du personnel a fait l'objet d'un licenciement pour motif économique ; que les indemnités de rupture ont été calculées, en ce qui concerne les salariés de l'atelier de composition, par application de la Convention nationale des imprimeries de labeur et industries graphiques, et, en ce qui concerne le reste du personnel, en vertu de la convention collective du travail et de la presse hebdomadaire parisienne ; qu'en revendiquant l'application de cette convention collective, M. Brissy et les onze autres salariés de l'atelier de photocomposition ont saisi le conseil de prud'hommes de demandes en rappel d'indemnités de rupture ;

Attendu que pour déclarer que la convention collective du travail de la presse hebdomadaire n'était pas applicable aux salariés et les débouter de leurs demandes, la cour d'appel a énoncé que l'atelier de photocomposition remplissait des tâches individualisées qui n'étaient pas « nécessairement » rattachées à l'activité principale de publication et d'édition, qu'il faisait sa propre publicité et travaillait « parfois » pour des clients extérieurs ;

Qu'en statuant par ces seuls motifs qui ne caractérisaient pas une activité autonome et nettement différenciée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 janvier 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Paris...

168. Soc. 15 novembre 2007***Dos Santos Martins c. SARL Oeno Conseil***

(D. 2008.325 note B. Reynes ; RDT 2008.44 obs.H.Tissandier ; JCP G 2008. II. 10010, note P. Pochet ; RJS 1/08 n° 54 ; JCP S 2007.1945, avis D. Allix)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 19 mai 2006), que Mme X... a été engagée en qualité d'employée de bureau le 1^{er} décembre 1986 par la société Oeno Conseil et a pris sa retraite le 1^{er} juin 2003 ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale le 7 avril 2004 pour obtenir le paiement de diverses sommes en application de la convention collective d'import-export indiquée sur les bulletins de salaire ;

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de ses demandes, alors, selon le moyen, que la mention de la convention collective sur le bulletin de salaire vaut reconnaissance par l'employeur de son application à l'égard du salarié ; que pour refuser à Mme X... le bénéfice de la prime d'ancienneté prévue par la convention collective de l'import-export, après avoir constaté que ladite convention était mentionnée sur les bulletins de paie de la salariée, la cour d'appel a retenu que cette mention procédait d'une erreur et ne suffisait en tout cas pas à caractériser l'intention claire et non équivoque de l'employeur d'appliquer volontairement cette convention collective ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article R. 143-2 du Code du travail ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article R. 143-2 du Code du travail relatif au bulletin de paie, interprété à la lumière de la Directive européenne 91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991, l'employeur est tenu de porter à la connaissance du salarié la convention collective applicable ; *que si, dans les relations collectives de travail, une seule convention collective est applicable, laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise, dans les relations individuelles, le salarié peut demander l'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie ; que cette mention vaut présomption de l'applicabilité de la convention collective à son égard, l'employeur étant admis à apporter la preuve contraire ;*

Et attendu qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que l'employeur apportait la preuve que la seule convention collective applicable au regard de l'activité principale de l'entreprise était celle du commerce de gros de vins, spiritueux et liqueurs, que la convention collective nationale de l'import-export revendiquée par la salariée n'avait jamais été appliquée en tout ou partie dans l'entreprise et que la mention portée sur les bulletins de paie procédait d'une erreur manifeste, la cour d'appel a pu décider que Mme Dos Santos ne pouvait prétendre à l'application de cette convention collective ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

169. Soc. 30 avril 2002**Brogue c. Soc. Cisatom et autres**

(*Bull. civ.* V, n° 140 ; *Dr. soc.* 2002. 791, obs. G. Couturier)

ARRÊT

Attendu selon l'arrêt attaqué (Douai 18 févr. 2000) que la société Fer et Maintenance Industrielle, créée en 1985 a connu des difficultés économiques qui ont entraîné sa liquidation amiable le 12 novembre 1991 ; que sur les 20 salariés qu'elle employait, certains ont accepté les reclassements qui leur ont été proposés, tandis que d'autres les ont refusés et ont été licenciés pour motif économique ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir dit que la convention sur l'emploi d'octobre 1990, dans les entreprises sidérurgiques ne s'appliquait pas à la SARL FMI et d'avoir débouté le salarié de ses demandes de ce chef alors, selon le moyen, *qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que la société FMI était une filiale de la société Cisatol et était gérée par un directeur industriel de cette dernière ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel ne pouvait s'abstenir de caractériser l'indépendance de la société FMI à l'égard de la société mère et, notamment, de rechercher, comme l'y invitaient les conclusions du salarié intéressé, si la société Cisatol n'était pas l'employeur réel du personnel FMI ; qu'il soulignait, en effet, que la politique économique et financière de la société FMI était déterminée par la société Cisatol qui, dès son rachat de la société FMI, avait supprimé deux activités essentielles de celles-ci pour ne garder que la ligne de galvanisation, l'arrêt de la production de cette ligne étant décidé dès la mise en route de la ligne de Florange Sollac ; que la société Sollac était le « client » majoritaire de la société FMI, les fonds impartis par la société Sollac n'étant d'ailleurs pas portés au compte clients, mais au « compte courant trésorerie » ; que la société Cisatol détenait en réalité le pouvoir de direction et de contrôle du travail de la société FMI ; que, de ce chef, l'arrêt attaqué n'est donc pas légalement justifié au regard des dispositions des articles L. 132-2, L. 132-5 et L. 132-9 du Code du travail ;*

Mais attendu qu'ayant constaté que la société FMI n'était ni signataire ni adhérente à la convention collective conclue postérieurement à sa constitution et qui a fait ressortir qu'elle n'était pas membre du groupement patronal signataire, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle n'était pas liée par cette convention qui avait été conclue sans fraude ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen : (*Publication sans intérêts*) ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS**A. — Assujettissement de l'employeur**

L'assujettissement de l'employeur ne suscite pas de discussion lorsqu'il s'agit d'un accord d'entreprise : l'engagement par voie de signature de l'accord se suffit à lui-même. Ce sont les accords conclus à

un niveau supérieur à l'entreprise, accord de branche, accord professionnel ou accord interprofessionnel, qui sont le cœur des contentieux intéressant l'assujettissement de l'employeur. Référence est alors faite d'une part à une disposition d'origine législative que la Cour de cassation interprète, en général, de manière assez stricte et d'autre part à une règle d'origine jurisprudentielle. La chambre sociale de la Cour de cassation a par ailleurs su concevoir un régime d'assujettissement ou d'application volontaire.

1. L'article L. 2262-1 nouv. C. trav., qui se substitue à l'article L. 135-1 alinéa 1, dispose que, sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement (sur lesquels v. *infra*, n°s 173 et s.), « l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires ». Les articles suivants déterminent la portée de l'adhésion à une organisation ou un groupement signataire, puis la portée de la démission de telles entités.

Du texte cité, la chambre sociale retient une interprétation littérale, à suivre au moins son arrêt en date du 30 avril 2002 (n° 169). Pour écarter l'application d'un accord collectif — la convention sur l'emploi dans la sidérurgie d'octobre 1990 — les juges peuvent, selon cet arrêt, se borner à relever que la société, employeur nominal, filiale d'une autre société, n'est ni signataire, ni adhérente à l'accord collectif et à faire ressortir qu'elle n'est pas membre du groupement patronal signataire. Pourtant le salarié, demandeur au pourvoi, faisait valoir que l'employeur réel du personnel était une autre société, membre du syndicat signataire, et qu'à tout le moins cette dernière société détenait le pouvoir de direction et le contrôle du travail de sa filiale. L'argumentation ainsi résumée ne trouve aucun écho dans l'arrêt de rejet, qui contraste avec certains arrêts antérieurs, plus ouverts, semble-t-il, à un certain dépassement de l'autonomie juridique d'une société filiale, en vue de son assujettissement à la convention collective, applicable à la société mère. La chambre sociale avait, en effet, montré une sensibilité à l'indépendance de l'activité de la société filiale (v. Soc. 23 oct. 1980, *Bull. civ.* V, n° 772), ou à la différence de cette activité (v. Soc. 30 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 410), laissant donc entendre que, dans les situations inverses, l'assujettissement de la société-mère et de la société filiale à une même convention collective serait justifié (rappr., arrêt qui tient compte de la pérennité de l'activité confiée à une filiale nouvellement créée, Soc. 7 déc. 2005, *Bull. civ.* V, n° 361, *Dr. ouvr.* 2006.299 note de F. Bied-Charreton).

L'arrêt n° 169 ménage seulement l'hypothèse de la fraude, mais moyennant une formule étrange : il ne vise en effet que la conclusion frauduleuse de l'accord collectif. Or dans certains arrêts antérieurs, la

chambre sociale avait signalé l'attention qu'il y avait lieu de porter à l'utilisation de sociétés comme écran pour échapper à l'application d'une convention collective (Soc. 30 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 208, *Dr. soc.* 2000. 803, obs. G. Couturier ; rapp. Soc. 4 avr. 1990, *Dr. soc.* 1990. 780, rapp. Ph. Waquet). La perspective ainsi tracée n'est pas condamnée, mais il ne faut pas non plus ignorer la raideur dont l'arrêt n° 169 fait montre.

Il est vrai que dorénavant la négociation de groupe a pleinement droit de cité (v. art. L. 2232-30 et s. nouv. C. trav.). Mais l'accord de groupe n'oblige que les entreprises qu'il vise.

2. L'arrêt du 6 décembre 1995 (n° 167) résume, dans un motif de la meilleure encre, la ou plutôt les règles d'origine jurisprudentielle, nécessaires pour déterminer si, une fois établi que l'employeur est membre du groupement signataire, la convention collective est applicable.

— « *La convention collective applicable aux salariés d'une entreprise est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur...* ».

Est ainsi énoncée la règle essentielle que la loi du 4 mai 2004 s'est bornée à inscrire dans le code (v. art. L 2261-2 nouv. C. trav.). Cette règle correspond, d'une part, à la conception, ancrée dans l'histoire française de la négociation collective, de la convention collective comme source de réglementation entre entreprises d'un même secteur ou branche, ce, afin d'éviter entre elles une concurrence dégradant les conditions de travail et de vie de salariés, et de leur permettre un minimum de prévision. Ce qui compte alors c'est bien l'activité exercée par l'employeur. D'autre part, la règle tend à assurer, au sein d'une même entreprise, une unité de « *statut collectif* », au moins, de la partie qui provient de la négociation collective d'un niveau supérieur à l'entreprise. En ce sens, la règle prévient le concours des conventions collectives de branche.

C'est sans le renfort d'aucun texte explicite que la règle a été dégagée par la jurisprudence qui, depuis cinquante ans n'a pas varié (v. Soc. 3 juin 1964, *Dr. soc.* 1964. 638, obs. J. Savatier ; 15 janv. 1969, *Dr. soc.* 1969. 319, obs. J. Savatier, qui mentionne l'activité prépondérante). Faute d'adaptation, elle a pour conséquence qu'en l'absence de convention collective applicable à l'activité principale, l'employeur, quoi qu'éventuellement membre d'un groupement patronal, ne relève d'aucune convention collective de branche (v. Soc. 6 juin 1984, *Bull. civ.* V, n° 238).

L'activité pertinente est l'activité réellement exercée. Sont donc sans portée les mentions qui figurent dans les statuts de la personne morale (Soc. 16 nov. 1993, *Bull. civ.* V, n° 274, *Dr. soc.* 1994. 52 ; 4 déc. 2001, *RJS* 2/02, n° 204 ; 26 janvier 2005, *RJS* 3/05 n°385), que ces

mentions aient trait au caractère lucratif ou non lucratif de l'activité ou qu'elles déterminent l'objet social. Quant à l'identification auprès de l'INSEE, elle constitue une indication, mais, en cas de contestation, le code attribué ne suffit pas à établir l'activité principale de l'employeur (v. Soc. 14 nov. 1973, *Bull. civ. V*, n° 566, *Dr. soc.* 1974. 146, obs. J. Savatier ; 3 juin 1981, *Bull. civ. V*, n° 500 ; 18 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 297).

Compte tenu des définitions qu'adoptent certaines conventions collectives pour fixer leur champ d'application professionnel, parti doit être parfois pris sur une manière de qualifier l'activité. Ainsi, dans certains cas, l'activité est qualifiée non au regard du produit (ou service) et de ses usages, mais au regard des méthodes de fabrication et des qualités professionnelles exigées (v. Soc. 19 juill. 1995, *Bull. civ. V*, n° 251). Aucune généralisation n'est toutefois possible, car dans d'autres cas, l'accent est mis sur des distinctions au sein même du processus qui va de la fabrication à la commercialisation (v. à propos de champagne, Soc. 18 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 60).

Une des questions pratiques courantes provient de la nécessité de mesurer le poids respectif des différentes activités de l'employeur et de trouver donc un critère pour déterminer la qualité d'activité principale. Si l'on se fie à un arrêt (Soc. 23 avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 140), référence doit être faite à l'importance de l'effectif affecté à chaque activité. Mais un arrêt antérieur mettait clairement en avant un critère tiré du chiffre d'affaires (Soc. 23 mai 1979, *Bull. civ. V*, n° 447). Faut-il voir dans ces variations le refus de critères, leur évolution ou simplement l'expression de la diversité des argumentations ? À dire vrai, la référence à l'effectif semble primer lorsque les activités sont de fabrication et de transformation et le volume du chiffre d'affaires est assez spontanément considéré lorsqu'il s'agit d'activités de service.

En présence d'activités diverses, mais évolutives dans leur importance respective, il pourrait être tentant de prévoir, dans la convention collective applicable — parce que celle de l'activité principale — une disposition autorisant les employeurs à certaines conditions, pour tous les salariés ou certains seulement, à faire choix d'une autre convention collective. Pareille disposition a été jugée nulle, au motif qu'à la règle de l'application de la convention collective de l'activité principale exercée par l'employeur, il ne peut être dérogé par une convention collective (Soc. 26 nov. 2002, *Bull. civ. V*, n° 359, *Dr. soc.* 2003. 183, note P.-H. Antonmattei, qui regarde, sans doute pour cette raison seulement, la règle comme un principe ; sur cette notion, v. *supra*, sous n° 7). La loi du 4 mai 2004, a entendu contrarier cet arrêt et prévu la possible insertion dans les accords collectifs de clause d'option, appelée aussi par l'administration clause de départage. Sa validité suppose un concours d'activités générateur d'incertitude sur l'applicabilité des

conventions et la reproduction de la clause dans les conventions ou accords concernés (v. art. L. 2261-2 al.2 nouv. C. trav.).

– « ... *peu important les fonctions assumées...* »

Avec cette déclaration d'indifférence à l'égard des spécialités professionnelles, se marque le refus d'une pluralité de conventions collectives applicables, chacune l'étant aux salariés en fonction des dites spécialités (on aurait dit autrefois : en fonction de leurs métiers). Un employeur ne peut donc invoquer la spécialité professionnelle du salarié pour le soustraire à la convention collective par ailleurs applicable dans l'entreprise. Réciproquement un salarié ne peut invoquer sa spécialité pour revendiquer l'application d'une autre convention collective. Ce dernier propos n'est pas absolu, car survivent en France, quelques conventions collectives de métier, telle la convention collective des VRP, qui supposent que tout ne dépende pas toujours de l'activité exercée par l'employeur. Dans l'exemple des VRP, une combinaison a été trouvée qui permet à la convention propre à cette catégorie de salariés de leur être applicable (v. Soc. 28 nov. 1985, *Bull. civ. V*, n° 566 ; 29 oct. 1986, *Bull. civ. V*, n° 501 ; 10 mars 2004, *Bull. civ. V*, n° 82).

– « ... *il n'en est autrement que dans l'hypothèse où les salariés exercent une activité nettement différenciée dans un centre d'activité autonome* ».

Logiquement, il est possible de distinguer deux hypothèses délicates. La première correspond à une pluralité d'activités au sein d'une entreprise. Vite, avec la règle de l'activité principale, la jurisprudence a interdit une application distributive des conventions collectives correspondant à chaque activité (rappr. Soc. 24 janv. 1990, *D.* 1992, *Somm.* 296, obs. G. Borenfreund, arrêt qui paraissait suggérer une application distributive en présence d'un secteur d'activité nettement individualisé).

La seconde hypothèse correspond à une pluralité d'activités réparties entre plusieurs établissements. Longtemps la Cour de cassation a semblé alors admettre que chaque établissement relevait de la convention collective correspondant à son activité (v. par ex. Soc. 6 déc. 1965, *Dr. soc.* 1966, 221, obs. J. Savatier ; 11 déc. 1968, *Bull. civ. V*, n° 572 ; 5 nov. 1987, *Bull. civ. V*, n° 615). Cette orientation a été abandonnée au profit d'une application distributive strictement circonscrite au cas d'une « activité nettement différenciée dans un centre d'activité autonome », selon la formule de l'arrêt **n° 167**, dont l'origine se trouve dans un arrêt antérieur (Soc. 21 mars 1990, *Bull. civ. V*, n° 138, *D.* 1992, *Somm.* 296, obs. G. Borenfreund ; puis 21 nov. 1991, *Bull. civ. V*, n° 516). L'exigence d'une nette différenciation exclut toute identité et surtout la complémentarité, même partielle, des activités ; quant à l'autonomie, elle semble se mesurer dans la gestion notamment des personnes ; ce qui justifie que la Cour de cassation ait évité de parler

d'établissements (sur la notion dans le droit de la représentation du personnel, v. *supra* obs. sous arrêts n^{os} 130-134). Les arrêts rendus par la chambre sociale révèlent en tout cas combien difficile d'accès est cette exceptionnelle application distributive (v. Soc. 5 oct. 1999, *Bull. civ. V*, n^o 369 ; 23 avr. 2003, *préc.* ; 18 oct. 2006, *RJS* 1/07 n^o83). Il resterait d'ailleurs à déterminer si l'application distributive serait retenue en présence d'activités nettement différenciées et autonomes mais dont l'une ne relève d'aucune convention collective. La règle générale devrait pouvoir retrouver son emprise, car la raison de l'exception ne serait plus présente.

3. Un employeur non assujéti à une convention collective peut-il décider néanmoins de l'appliquer dans son entreprise ? Depuis longtemps, la Cour de cassation donne force juridique à une telle volonté de l'employeur (v. par ex. Soc. 10 juin 1965, *Bull. civ. IV*, n^o 443 ; 31 janv. 1974, *Bull. civ. V*, n^o 89 ; Soc. 29 mai 1986, *Bull. civ. V*, n^o 268). Mais progressivement, il a fallu préciser, d'une part, le régime de cette application volontaire, d'autre part, la valeur de la mention d'une convention collective portée sur le bulletin de paie, enfin l'étendue des dispositions d'une convention collective susceptibles d'être ainsi volontairement appliquées.

Il y a application volontaire et application volontaire. En effet, employeur et salarié peuvent convenir par le truchement d'une stipulation contractuelle de rendre applicable tout ou partie d'une convention collective : l'efficacité d'une telle convention n'est pas, dans ce cas, normative, car les dispositions de la convention collective ont été incorporées au contrat auquel elles empruntent son régime et sa force (comp. Soc. 3 févr. 1993, *JS UIMM* 1993, n^o 562, p. 212 ; 28 oct. 1998, *Bull. civ. V*, n^o 463, 2 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999. 305, obs. J. Savatier). Différente est l'hypothèse d'une volonté unilatérale de l'employeur, même si elle peut répondre aux vœux ou aux pressions des salariés. C'est à cette hypothèse que l'on réserve en général la dénomination d'application volontaire. Cette dernière « a valeur d'un usage qu'un employeur peut dénoncer » (Soc. 4 déc. 1991, *Bull. civ. V*, n^o 553, *Dr. soc.* 1992. 197 ; 10 mai 1994, *Dr. soc.* 1994. 718, obs. G. Béliet). Sans doute serait-il aujourd'hui plus conforme au vocabulaire de la Haute juridiction de considérer que la volonté d'application vaut engagement unilatéral de l'employeur, susceptible comme tel, d'être dénoncé (v. sur l'engagement unilatéral, *infra* n^o 176). Mais tant qu'il est applicable, l'employeur ne peut méconnaître les dispositions de la convention collective sans courir le risque de se voir imputer la responsabilité de la rupture (v. Soc. 17 déc. 1997, *Dr. soc.* 1998. 204, obs. G. Couurier).

L'arrêt n^o 168, parent d'un autre rendu le même jour, détermine la

valeur de la mention d'une convention collective portée sur le bulletin de paie. Cette mention « *vaut présomption de l'applicabilité de la convention collective* » à l'égard du salarié. Dès lors l'employeur est « *admis à apporter la preuve contraire* ». La valeur qui lui est ainsi attribuée est bien moindre que celle que la Cour de cassation lui conférait jusqu'à cet arrêt du 15 novembre 2007. Jusqu'alors, elle considérait en effet que la mention valait « *reconnaissance de l'application de la convention à son égard* » (Soc. 18 juillet 2000, *Lapassouse c société ASD*, Bull. civ. V. n° 295, GA 3^e éd. n° 102, D. 2001.1202 note B. Reynes, *ibid.*, somm 739 obs. C. Kouchner, Dr. soc. 2000.921 rapp. J.Y. Frouin, *ibid.* p. 1024 note J.-Ph. Lhernould, RJS 11/00 p. 712 avis J. Duplat ; 29 avril 2003, Bull. civ. V. n° 143, Dr. soc 2003.792, obs. C. Radé).

Dans cette évolution de la valeur attribuée à la mention, la considération de la directive communautaire du 14 octobre 1991 (JOCE L 288) et de l'interprétation qu'elle a reçue a, semble-t-il, joué un rôle important et, de ce fait, paradoxal. Cette directive a pour objet d'obliger les États membres à instituer à la charge des employeurs des obligations d'information du salarié, notamment l'obligation de l'informer de la convention collective applicable (art. 2 par. 2ji). En France, l'obligation d'information de l'employeur est mise en œuvre par le biais du bulletin de paie, d'où la référence faite dans l'arrêt n°168, mais aussi dans les arrêts qu'il contredit, à l'article R. 143-2 Code du travail relatif au bulletin de paie et ses mentions obligatoires, parmi lesquelles figure la mention de la convention collective. Aujourd'hui cette information emprunte d'autres voies (v. art. L. 2262-5 nouv. C. trav. qui fait suite à l'article L. 135-7) ; mais l'arrêt n°168 n'en souffle mot.

S'agissant de la directive de 1991, la question s'est posée de savoir si celle-ci ménage la faculté pour l'employeur d'établir que les informations fournies sont fausses ou démenties par les faits. La Cour de justice des Communautés européennes a interprété la directive comme n'attribuant à la communication de l'employeur qu'une valeur de présomption de vérité (CJCE, 4 déc. 1997, *Kampelmann*, C 253/96 à C 258/96, Rec CJCE, p. I 6907). La jurisprudence française aux termes de laquelle la mention portée sur le bulletin de paie vaut reconnaissance de l'application de la convention collective à l'égard du salarié heurtait-elle la directive et son interprétation ? C'est ce que certains prétendaient. C'est en tout cas ce qui a justifié l'évolution que sanctionne l'arrêt n°168, dans lequel l'article R. 143-2 C. trav. est présenté comme (re)interprété à la lumière de la directive de 1991. Or de contradiction, on pouvait considérer qu'il n'y en avait point. La directive règle l'information due par l'employeur, son contenu, ses corrections éventuelles, la jurisprudence française détermine la portée d'une mention du bulletin de paie. Il ne s'agit pas pour elle de savoir si un fait

est ou non avéré, ou plutôt présumé ; il s'agit de savoir si la mention vaut ou non engagement de l'employeur. L'arrêt n°168 donne en vérité à la directive de 1991, qui au demeurant ménage l'application des dispositions plus favorables (art 7), plus d'importance qu'elle n'en a. La mention valant dorénavant présomption d'applicabilité de la convention collective visée, l'employeur est admis à rapporter la preuve qu'elle procède d'une erreur.

Lorsqu'il y a application volontaire d'une convention collective, il y a lieu de déterminer l'étendue des dispositions rendues volontairement applicables. Elle dépend d'abord de la volonté explicite de l'employeur ; ce peut être la convention, dans son état actuel et non dans sa teneur future, qu'il s'engage à appliquer (v. Ass. plén. 25 avr. 1986, *Bull. Ass. plén.* n° 6 ; 21 oct. 1998, *Dr. soc.* 1999. 103, obs. G. Béliet ; 21 mars 2006, *RDT* 2006.37 obs. G. Pignarre). Tout au plus peut-on s'étonner que, dans ses arrêts les plus récents, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce quelques propositions générales, en général restrictives, là où il en va avant tout de l'interprétation de la volonté (v. par ex. Soc. 2 avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 135, ou encore 10 juin 2003, *Bull. civ. V*, n° 193, *D.* 2004. Somm. 101, obs. B. Lardy-Pélissier). Cependant dans l'arrêt n° 168, la Cour de cassation indique une borne à l'application volontaire d'une convention collective dans une entreprise qui relève, par son activité principale, d'une autre convention collective : cette application ne porte que sur les dispositions relatives « *aux relations individuelles* » et ne s'étend pas aux « *relations collectives* » soumises à une seule convention collective, « *laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise* ». Avec ce partage déjà établi dans des arrêts précédents (v. Soc. 18 juillet 2000, *préc.*), la Cour de cassation traduit sa préoccupation pour les concours de règles. Là où les avantages sont individualisables, la convention collective de l'activité principale peut venir en concours avec la convention collective appliquée volontairement : le salarié peut réclamer le bénéfice des dispositions plus favorables (v. Soc. 18 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 297 ; Soc. 7 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 154). Là où les activités ne sont pas individualisables, il faut prévenir le concours dont le règlement serait redoutable et donc rendre impossible l'application de plusieurs conventions collectives.

On notera que la distinction d'origine doctrinale, entre relations individuelles et relations collectives, reçoit ici une consécration, accompagnée des incertitudes dont elle est parée.

B. — Salariés bénéficiaires

Une convention collective n'a pas pour seule vocation de régir des rapports d'emploi. Elle peut établir des règles qui intéressent les collec-

tivités de travail et leur représentation (v. arrêt **n° 163**). Peut-elle même imposer des obligations, par exemple des obligations de financement d'institutions paritaires, à des entrepreneurs qui n'emploient aucun salarié ? Soumise à la Cour de cassation, la question a donné lieu à une réponse trop générale pour être convaincante. Au motif qu'une convention collective a « *pour objet de régler les conditions générales de travail, et les rapports entre les employeurs et les salariés* », un travailleur indépendant échappe aux obligations qu'elle institue (v. Soc 21 mars 2007, *Bull. civ. V*, n° 52). S'il est bien vrai qu'une convention de secteur ou de branche tend à établir une certaine égalité dans la concurrence entre entreprises qui emploient de la main-d'œuvre, elle tend parfois à établir une certaine solidarité entre entrepreneurs. Dans ce cas, elle n'a guère de raison d'être limitée dans son applicabilité à des employeurs.

En tant qu'elle régit des rapports d'emploi, il y a parfois lieu de déterminer les salariés bénéficiaires, de préciser donc ce que l'on pourrait appeler le domaine personnel d'application. Cette détermination, à vrai dire, est au cœur d'une tension. D'un côté une convention collective — ici la convention de branche constitue à coup sûr un modèle — a vocation à régir tous les contrats de travail conclus avec les employeurs assujettis (v. art. L. 2254-1 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 135-2 C. trav.). À ce titre, elle mérite le titre de loi professionnelle. D'un autre côté, il appartient aux parties signataires de fixer librement le domaine qu'elles assignent à la convention qu'elles concluent et par là même, en définissant les catégories professionnelles couvertes, d'exclure certains salariés. N'existe-t-il d'ailleurs pas des conventions et accords collectifs propres aux cadres ou des VRP ?

Décèle-t-on, dans la jurisprudence, une façon particulière de considérer la volonté des parties signataires quant aux catégories professionnelles visées ? La Cour de cassation se montre particulièrement soucieuse d'imposer le respect de leur volonté, ce qu'elle parvient à faire en assurant l'unité d'interprétation des règles conventionnelles, traitées sur le même pied que les règles étatiques. Illustrent ce mouvement les arrêts rendus à propos de l'application de quelques importantes conventions collectives aux femmes de service (pour la convention des banques : Ass. plén. 29 nov. 1996, *Bull. Ass. plén.* n° 9 ; pour la convention de notariat : Soc. 4 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 190). Le raisonnement par analogie est-il admissible, sinon nécessaire, lorsque le salarié occupe un emploi qui n'est pas visé par la classification des emplois établie par la convention collective ? Certains arrêts anciens marquent une réserve à l'égard de l'analogie ; mais consciente sans doute de l'évolution des classifications, moins nomenclature exhaustive, que méthode assortie d'illustrations, la chambre

sociale énonce aujourd'hui que « *le seul fait que la fonction de... n'ait pas alors été prévue dans la classification des cadres ne pouvait exclure l'intéressé de l'application des dispositions conventionnelles* » (Soc. 30 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 49). Pour éviter des exclusions, la Cour de cassation admet aussi que là où la convention collective ne distingue pas, il n'y a pas lieu d'introduire des limites personnelles d'application (v. Soc. 3 novembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 309, *JCP S* 2006. 1009, note C. Willmann).

L'autonomie des parties signataires rencontre à coup sûr des limites, celles qui résultent des règles de non-discrimination ou d'égalité de traitement. Ainsi est-il interdit de tenir compte de l'affiliation syndicale (v. Soc. 25 janv. 1968, *Bull. civ. V*, n° 60). Mais la chambre sociale de la Cour de cassation a hésité avant de décider que l'article L. 212-4-2 (devenu l'art. L 3123-11 nouv. C. trav.) « *ne permet de prévoir que des modalités spécifiques d'application des droits conventionnels pour les salariés à temps partiel* », mais ne permet pas de les exclure du champ d'application d'une convention collective (Soc. 15 janv. 2002, *Bull. civ. V*, n° 17 ; 16 janv. 2008, *RJS* 4/08. 492 ; comp. Soc. 4 oct. 1989, *Bull. civ. V*, n° 564, *D.* 1990, Somm. 175, obs. A. Lyon-Caen). À terme, ce qui devrait se révéler plus corrosif de l'autonomie conventionnelle, c'est la notion de discrimination indirecte, telle qu'elle tend notamment à être comprise dans le domaine de l'égalité entre hommes et femmes (v. sur cette notion, obs. sous arrêts n°s 71-73).

III. — Fin de l'application d'une convention ou d'un accord collectif

170. Soc. 14 mai 1992

Sté Vaulx Distribution c. Mme Volet

(*Bull. civ. V*, n° 310 ; *D.* 1993. 67, note N. Decoopman ; *Dr. soc.* 1992. 631)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Dijon 4 oct. 1988), que Mme Volet, entrée au service de la société Union des coopérateurs de Lorraine le 20 septembre 1976, occupait un emploi de caissière vendeuse à mi-temps depuis le 1^{er} septembre 1986 lorsque le fonds de commerce a été acquis par la société Vaulx distribution, qui a repris les contrats de travail à compter du 1^{er} janvier 1987 ; que le 8 décembre 1986, la société Vaulx distribution avait informé Mme Volet qu'elle substituerait à la convention collective nationale des coopératives de consommateurs alors applicable dans l'entreprise, la convention collective nationale des magasins de vente d'alimentation et d'approvisionnement général, que toutes les

dispositions du statut collectif antérieur seraient sans effet au 1^{er} janvier 1987, et que les différents avantages acquis résultant d'accords ou d'usages d'entreprise seraient dénoncés à cette date ;

Qu'elle a proposé à cette salariée un emploi à plein-temps d'employée de libre-service troisième degré, coefficient 140 pour une rémunération horaire de 24,25 F, son ancienneté étant prise en considération à compter du 20 février 1984 ; que la salariée ayant refusé ces propositions, la société lui a alors proposé un emploi à mi-temps au coefficient 150 ; que Mme Volet maintenait son désaccord en ce qui concernait son ancienneté, un problème de congés payés, et la dénonciation du statut collectif ; que, par courrier du 3 février 1987, la société admettait l'ancienneté de Mme Volet à compter du 20 septembre 1976 ; que, cependant, le 11 février 1987, elle la convoquait à un entretien préalable en vue d'un licenciement pour motif économique ; que, par lettre reçue le 5 mars 1987, Mme Volet était licenciée pour refus des nouvelles conditions d'emploi et de travail résultant d'une réorganisation de l'entreprise ayant pour origine une modification de la structure du magasin ;

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer à Mme Volet une indemnité pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et un complément d'indemnité de licenciement sur le fondement des dispositions de la convention collective nationale des coopératives de consommateurs, alors, selon le pourvoi, qu'en cas de cession d'entreprise, les avantages résultant d'une convention collective qui liait l'ancien employeur, mais non le nouveau, ne s'imposent pas à ce dernier ; et que l'article L. 132-8 du Code du travail se borne à prévoir que lorsque l'application d'une convention collective est mise en cause à la suite d'une cession d'entreprise, cette convention ne continuera à produire effet que jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention qui lui est substituée ; que Mme Volet ne pouvait donc pas refuser l'application de la nouvelle convention collective dont relevait la société Vaulx distribution, et que la cour d'appel, en déclarant cette dernière responsable de la rupture du contrat de travail et en la condamnant au paiement de dommages-intérêts et d'un solde d'indemnité de licenciement, a violé l'article L. 132-8 du Code du travail ; et alors, en toute hypothèse, que la cour d'appel qui a constaté que la société avait en définitive accordé à Mme Volet le transfert de son contrat de travail avec l'ancienneté qu'elle réclamait, ne pouvait déclarer la rupture imputable à l'employeur et abusive sans préciser en quoi son contrat individuel de travail aurait été modifié et ce, indépendamment du statut collectif dont relevait la salariée ; qu'elle a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-4, L. 122-14-3 et L. 122-14-4 du Code du travail ;

Mais attendu, qu'en vertu des dispositions combinées des troisième et septième alinéas de l'article L. 132-8 du Code du travail, *lorsque l'application d'une convention ou d'un accord collectif est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, ladite convention ou ledit accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou à défaut pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure* ; que la convention ou l'accord substitué visé par ce texte est celui résultant de la négociation qui doit s'engager dans l'entreprise, soit pour l'adaptation des dispositions conventionnelles antérieures à celles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions selon le cas ;

D'où il suit que la cour d'appel qui a relevé que l'employeur avait prononcé un licenciement fondé sur le refus de la salariée de se voir imposer immédiatement l'application de la convention collective des magasins de vente, d'alimentation et

d'approvisionnement général en vigueur dans l'entreprise, a pu décider que la rupture était imputable à l'employeur et qu'elle n'avait pas de motif légitime ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

171. Soc. 30 novembre 1994

Consorts Blineau et autres c. Sté EGMO

(Bull. civ. V, n° 319 ; Dr. soc. 1995. 178, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes 14 mai 1991) que le Syndicat autonome des entreprises de carénage de Brest a dénoncé, le 21 janvier 1986, l'ensemble des accords collectifs conclu localement depuis 1957 avec les organisations syndicales représentatives ; que cette dénonciation a entraîné l'ouverture de négociations ; que ces négociations ont abouti le 3 mars 1986 à la signature d'un protocole d'accord ; que celui-ci prévoyait les dispositions applicables dans les entreprises de carénage à la suite de la dénonciation et précisait que les autres points du mémorandum remis le même jour par les employeurs aux organisations syndicales feraient l'objet de négociations ultérieures ; que les employeurs concernés ont, jusqu'au 22 avril 1987, maintenu au profit des salariés les avantages résultant des accords dénoncés ; qu'après cette date, ils n'ont plus appliqué que l'accord du 3 mars 1986, ainsi que les dispositions résultant des négociations ultérieures ; que, pour obtenir le maintien d'avantages acquis en vertu des anciens accords, les salariés se sont mis en grève en avril 1987 ;

Attendu que M. Blineau et 41 autres salariés de la société EGMO Car font grief à l'arrêt de les avoir déboutés de leurs demandes en paiement de salaires et accessoires de salaires sur le fondement de droits acquis, et en paiement des journées de grèves, alors, selon le moyen, qu'il résulte des constatations que l'accord conclu le 3 mars 1986 était partiel et imparfait puisqu'il renvoyait à la négociation pour les points non traités ; que faute d'un accord postérieur, aux termes de ces négociations, il n'avait donc pas vocation à se substituer aux précédents accords sur les points sur lesquels il n'avait pas été conclu ; qu'en décidant autrement, la cour d'appel a violé l'article L. 132-8, alinéa 6, du Code du travail ; alors, surtout, qu'il résulte encore des constatations de l'arrêt attaqué que les accords dénoncés étaient nombreux et constituaient une succession de dispositions négociées depuis 1957 ; que, dans ces conditions, faute d'un visa exprès des textes dénoncés et remplacés, l'accord signé le 3 mars 1986 ne pouvait se substituer qu'aux précédents accords portant sur le même objet ; qu'en décidant autrement, la cour d'appel a derechef violé les dispositions susvisées ; alors, enfin, que la cour d'appel ne pouvait sans violer l'accord en cause affirmer que la négociation avait porté sur tous les points du litige et s'était concrétisée par cet accord alors même que celui-ci renvoyait à la négociation sur de nombreux points, comme elle l'avait pas ailleurs constaté ; qu'elle a, ce faisant derechef violé l'article L. 132-8 et l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu que lorsque, conformément aux dispositions de l'article L. 132-8, alinéa 6, du Code du travail, un accord collectif a été dénoncé, les salariés des entreprises concernées ne conservent, à l'expiration des délais de préavis, les

avantages individuels qu'ils ont acquis que si les négociations engagées à la suite de la dénonciation n'ont pas abouti à la conclusion d'un nouvel accord ;

Et attendu qu'ayant constaté que les accords dénoncés portaient sur les salaires et les accessoires des salaires, la cour d'appel a pu décider que l'accord du 3 mars 1986, *qui avait le même objet, même si les parties étaient convenues de poursuivre les négociations, était un accord de substitution*, et dès lors, qu'à défaut de clause contraire plus avantageuse pour les salariés, qu'après la conclusion de nouvel accord, ils ne pouvaient se prévaloir de droits acquis sous l'empire des dispositions antérieures ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

172. Soc. 13 mars 2001

Association Domicile Action c. Mme Le Peuc'h et autres

(*Bull. civ. V*, n°90 ; *Dr. ouvr.* 2001. 261, note E. Dockès ; *Dr. soc.* 2001. 571, obs. C. Radé, *Sem. soc. Lamy*, n° 1021 du 26 mars 2001, avis P. Lyon-Caen)

ARRÊT

Attendu que le 19 juin 1995, les organisations d'employeurs, signataires de la Convention collective nationale des personnels des organismes de travailleuses familiales ont dénoncé les articles 16 et 29 de cette convention conformément à l'article 2.1 de ladite convention ; qu'aucun accord de substitution n'étant intervenu, les dispositions dénoncées ont cessé de produire effet le 19 septembre 1996 ; que, faisant valoir que les avantages prévus par l'article 16 de la convention constituaient des avantages individuels acquis, Mme André et 33 autres salariées, employées par l'association Domicile Action, ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à obtenir le maintien de ces avantages et en paiement du rappel de salaire correspondant ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'association Domicile Action fait grief à l'arrêt attaqué (Rennes 21 sept. 1999) d'avoir, par confirmation du jugement du conseil de prud'hommes de Brest du 25 février 1998, accueilli la demande et de l'avoir en conséquence condamnée à payer diverses sommes aux intéressées à titre de rémunération correspondant aux avantages qui leur avaient été supprimés depuis le 19 septembre 1996 jusqu'au 31 janvier 1998, alors, selon le moyen :

1° que l'article 16 du titre VI intitulé « durée du travail » de la Convention collective concernant les personnels des organismes des travailleuses familiales du 2 mars 1970, dénoncé le 19 juin 1995 par les fédérations et unions nationales signataires, stipulait sous le titre « temps de travail effectif » « est considéré comme temps de travail... pour les travailleuses familiales, d'une part, le temps de dépassement au-delà d'une heure par jour pour un trajet aller-retour, au cours de la même journée, lorsque la travailleuse familiale reste dans la même famille, d'autre part, le changement de famille au cours d'une même journée. Ce changement sera évalué à une demi-heure pour la journée » ; que viole ce texte conventionnel et fait une fausse application de l'article L. 132-8 du Code du travail l'arrêt attaqué qui retient comme constitutives d'un avantage acquis individuel des dispositions relatives à la durée collective du travail ; qu'il en est d'autant plus ainsi que le fait de consacrer un temps de travail effectif à un poste ou à une activité déterminés relève du pouvoir d'organisation de l'employeur et est étranger par

essence à la notion d'avantage acquis individuel ; qu'en outre, le caractère collectif de l'attribution de la qualification de temps de travail effectif à des périodes déterminées était encore souligné par la circonstance que la suppression par voie de dénonciation partielle de la convention collective n'a eu aucune incidence sur la rémunération globale des travailleuses familiales concernées :

2° que les dispositions dénoncées de la convention collective ayant été stipulées par le texte conventionnel au profit de toutes les travailleuses familiales remplissant certaines conditions, c'est-à-dire au profit de toute catégorie de salariées, ne justifient pas légalement sa solution au regard de l'ancien article 16 de la convention collective concernant les personnels des organismes des travailleuses familiales du 2 mars 1970 et de l'article L. 132-8 du Code du travail, l'arrêt attaqué qui retient qu'il se serait agi d'avantages individuels au motif inopérant que lesdits avantages pouvaient bénéficier à certaines salariées sans nécessairement influencer sur l'organisation collective du travail des autres ;

3° que l'assimilation à temps de travail effectif de certaines périodes non travaillées dépendait, dans le cadre de l'article 16 dénoncé de la convention collective, non seulement des choix de l'employeur lors de l'organisation des programmes mais également des demandes des familles dont l'employeur n'est pas maître, à savoir d'événements incertains, ce qui conférait aux soi-disant avantages un caractère simplement éventuel ; qu'il s'ensuit que l'arrêt attaqué a également violé l'article L. 132-8 du Code du travail pour avoir considéré comme acquis ces prétendus avantages en dépit de leur caractère éventuel ;

4° que viole les articles L. 120-1 et suivants et L. 131-1 et suivants du Code du travail l'arrêt attaqué qui considère que l'assimilation par la convention collective de certaines périodes non travaillées à un temps de travail effectif représenterait un avantage intégré aux contrats individuels de travail des travailleuses familiales à compter de l'application des dispositions conventionnelles aux intéressées ;

Mais attendu qu'*un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail est 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 ;*

Et attendu que l'article 16 dénoncé de la convention collective, sous le titre « durée du travail », accordait dans son paragraphe 16.4.2 une rémunération supplémentaire égale à une demi-heure de travail à la salariée qui, au cours d'une même journée, était amenée à changer de famille ;

D'où il suit que la cour d'appel a exactement décidé que *cet avantage salarial, qui profitait individuellement à chacune des salariées demanderesse à l'action, s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions de la convention collective avaient cessé de produire effet* et devait être maintenu pour l'avenir ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen : (*publication sans intérêt*) ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

OBSERVATIONS

Comme source de droit, la convention collective n'a pas une efficacité illimitée dans le temps. Comment donc sa durée d'application ou d'efficacité est-elle conçue ? Son entrée en vigueur (v. art. L. 2261-1 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 132-10) et sa prise d'effet

à l'égard des contrats (v. *supra* arrêt n° 165) ne provoquent pas de débats difficiles. Il n'en va pas de même de la fin de son application. Pourquoi ? Une explication, en superficie, se trouve, dans l'abstention traditionnelle de la loi qui n'a prévu de dispositions particulières qu'à partir de la loi du 13 juillet 1971, et surtout de la loi du 23 novembre 1982. Au fond, autour de la fin d'application d'une convention collective, se concentre un ensemble redoutable de questions pratiques et conceptuelles. Des questions pratiques, car il faut tenter de trouver un équilibre entre les évolutions que peut requérir le statut collectif négocié et les attentes légitimes de continuité attachées aux contrats de travail. Des questions conceptuelles aussi, car une vision générale de l'accord collectif est présente dans son régime temporel. Dorénavant les principales règles supposées parvenir à cet équilibre et constituant le régime temporel de l'accord collectif ont une source législative, qu'il s'agisse de sa durée (art. L. 2222-4 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 132-6) des causes de cessation de l'application d'un accord à durée indéterminée et des effets de leur survenance (art. L. 2261-9 et s. nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 132-8) ou encore de la révision de l'accord (art. L. 2261-7 et s. nouv. C. trav. qui se substituent à l'art. L. 132-7).

L'importance de la jurisprudence apparaît à plusieurs titres. Les dispositions relatives à la fin d'application, que la jurisprudence agence et complète, se greffent sur l'effet normatif de la convention collective qui, on l'a vu (v. *supra* n° 163), est son œuvre. Quant aux dispositions relatives à la révision, elles constituent l'archétype d'un effort législatif destiné à combattre une jurisprudence.

A. — Causes de la fin d'application d'une convention collective

Oublions les conventions à durée déterminée, que leur régime légal supplétif rapproche des conventions collectives à durée indéterminée (v. art. L. 2222-4 al. 2 nouv. C. trav.). La loi prévoit deux causes de fin d'application de ces dernières, la dénonciation émanant de « *la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés* » (art. L. 2261-10 nouv. C. trav.), dont les conditions sont précisées à défaut de stipulations conventionnelles, et la mise en cause (art. L. 2261-14 nouv. C. trav.).

Quant à la *dénonciation*, on peut considérer que les dispositions actuellement en vigueur, issues de la loi du 13 novembre 1982, prolongent les solutions dégagées antérieurement par la jurisprudence. Pour être efficace, elle doit donner lieu à notification aux autres signataires (art. L. 2261-9 al. 3 nouv. C. trav.) ce qui exclut la notification à d'autres que les syndicats représentatifs (v. Soc. 16 févr. 1989, *Bull.*

civ. V, n° 138, *Dr. soc.* 1990. 430, note J. Déprez, *Dr. ouvr.* 1989. 359 ; 19 avr. 1989, *Bull. civ.* V, n° 28, *D.* 1990, Somm. 165, obs. M.-A. Rotschild-Souriac ; 24 févr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 464). La dénonciation partielle qui, avant la loi du 13 novembre 1982, avait suscité des discussions, et une condamnation de la part de la jurisprudence, qui réservait néanmoins des stipulations expresses contraires (v. Soc. 21 nov. 1973, *Bull. civ.* V, n° 592 ; 16 oct. 1974, *Bull. civ.* V, n° 478, *Dr. soc.* 1975. 116, note P. Rongère), n'est pas plus admise par les dispositions actuelles (v. une application dans Soc. 12 oct. 2005, *Bull. civ.* V, n° 289, *RJS* 12/05, n° 1234). Il est vrai que les controverses qu'elle avait fait naître ont perdu une part de leur intensité depuis que, en 1992, la loi a ouvert libéralement la voie à la révision (v. *infra* C). Ce qu'il faut plutôt relever, c'est le refus de la chambre sociale de la Cour de cassation de transformer l'acte de dénonciation lui-même, d'acte de volonté unilatérale, discrétionnaire, en acte de raison, soumis comme tel à une exigence de justification (v. Soc. 20 oct. 1993, *Bull. civ.* V, n° 243, *Dr. soc.* 1994. 33, obs. J. Savatier). Certes il y a place pour d'éventuelles dénonciations illicites par leur motif, mais c'est à celui qui s'en prévaut d'établir l'illicéité du motif. L'existence de justification est toutefois présente avec l'obligation pesant sur le chef d'entreprise de consulter le comité d'entreprise sur la dénonciation de l'accord (v. Soc. 5 mars 2008, *RJS* 5/08.560, *D.* 2008. AJ. 855, obs. S. Maillard).

Les contributions de la jurisprudence récente portent avant tout sur la *mise en cause*, cause de fin d'application dorénavant visée par l'article L. 2261-14 nouv. C. trav.

Tout d'abord, dans un souci heureux de simplification, inspirée par l'architecture même de l'ancien article L. 132-8, la chambre sociale étend autant que possible les règles prévues pour la dénonciation à la mise en cause. Ainsi à l'une comme à l'autre est attachée l'exigence d'un préavis (Soc. 22 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 176, *Dr. soc.* 1993. 659, rapp. Ph. Waquet), préavis qui court respectivement à dater de la notification de la dénonciation, et à dater de l'événement même constitutif de la mise en cause. Mais que recouvre donc cette pâle expression ? Pas à pas, la chambre sociale a dégagé l'unité de la notion : il y a mise en cause d'une convention ou d'un accord collectif chaque fois qu'une collectivité sort du champ d'application de la convention ou de l'accord jusqu'alors applicable. La mise en cause joue alors de plein droit, sans qu'il y ait besoin d'une manifestation de volonté. La loi vise la fusion, la cession, la scission, refusant donc, dans ce cas, de considérer que l'accord collectif, d'entreprise ou d'établissement, suive le sort des contrats de travail, et la Cour de cassation a procédé à une généralisation à tout changement dans la personne juridique de l'employeur au sens de l'article L. 122-12 du C. trav. devenu l'art. L. 1224-1 nouv. C. trav. (v. Soc. 24 févr. 1993, *Bull. civ.* V, n° 67, *D.* 1993. Somm. 259, obs. J. Goineau). Cette extension

ne va pas sans susciter des réserves (v. H.-J. Legrand, controverse *RDT* 2008. 10). La loi vise aussi le changement d'activité, c'est-à-dire notamment le glissement d'une activité principale à une autre, qui, on le devine, peut être difficile à dater mais est susceptible d'affecter le statut collectif issu d'une convention de branche (v. *supra* n° 167). La jurisprudence n'a guère eu de peine à ajouter aux exemples cités, la sortie du champ territorial d'application, en particulier par mutation du siège, lorsqu'il est déterminant, hors la circonscription départementale — ou régionale — où s'applique la convention collective (Soc. 21 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 182, *Dr. soc.* 1997. 762, obs. G. Couturier) ou encore la disparition de l'organisation professionnelle signataire de la convention collective, lorsqu'elle était l'unique signataire d'un côté (Soc. 16 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 91, *D.* 1995, Somm. 369, obs. E. Dockès, *Dr. soc.* 1995. 372, concl. R. Kessous, *JCP* 1995. II. 22418, rapp. J.-Y. Frouin, *JCP E* 1995. II. 722, note P. Pochet).

Un arrêt a refusé l'extension de la notion de mise en cause à l'hypothèse d'une cession d'entreprise arrêtée par un tribunal de commerce dans le cadre d'un redressement judiciaire (Soc. 17 juin 2003, *Bull. civ.* V, n° 198, *D.* 2004, Somm. 97, obs. M.-C. Amauger-Lattes). L'arrêt préfère retenir une caducité, qui a des effets plus radicaux, puisque l'accord cesse d'exister. Mais cette qualification n'est pas dictée par l'analyse de l'opération de cession ; elle l'est par l'objet de l'accord collectif litigieux. Accord de réduction de la durée du travail, conclu en vue de la création d'emplois au titre de la loi du 11 juin 1966, dite loi Robien, il heurtait la décision judiciaire arrêtant le plan de cession et prévoyant des licenciements, ce qui entraînait la perte des aides publiques. La caducité est le fruit d'une incompatibilité juridique. La notion ne devrait donc pas connaître un grand épanouissement dans le droit des accords collectifs. Au nom du lien qu'elle établit entre le transfert d'entreprise et la « mise en cause » au sens du nouvel article L. 2261-14, la Cour de cassation refuse toute référence à cette dernière notion lorsqu'il y a cession des parts d'une société, entraînerait-elle un transfert du contrôle (v. Soc. 18 janv. 2006, *RDT* 2006.186, obs. S. Nadal).

B. — Effets de la dénonciation et de la mise en cause

Les dispositions légales ne sont intelligibles que si l'on se souvient des fondations qui les supportent. La principale n'est pas mentionnée par la loi ; elle l'est par la jurisprudence : « *lorsqu'une convention collective ou un accord collectif cesse de s'appliquer dans une entreprise, il n'en résulte aucune modification des contrats de travail en vigueur* » (Soc. 17 mars 1993, n° 164). Faute d'incorporation de l'ac-

cord collectif dans leurs contrats, les salariés ne peuvent plus se prévaloir de ces dispositions. Il n'existe donc pas de règle générale de maintien des droits et avantages résultant d'un accord collectif, lorsque celui-ci a cessé d'être applicable. Les dispositions légales ont comme raison d'être d'atténuer les effets de cette perte d'efficacité de l'accord collectif et d'organiser une transition, et combinent, à cet effet, trois séries de règles.

1. Les articles L. 2261-10 et L. 2261-14 nouv. C. trav. prévoient en premier lieu la survie provisoire de l'accord dénoncé ou mis en cause, qui, selon l'expression utilisée dans les textes « *continue de produire effet...* ». Le terme de cette survie est l'entrée en vigueur d'un accord de substitution (v. *infra* 2) ou, à défaut, l'expiration d'un délai d'un an qui court à compter de la fin du préavis (un délai supérieur peut être institué par accord, à condition qu'il soit d'une durée déterminée).

Ce que l'arrêt *Société Vaulx Distribution* (n° 170) rappelle opportunément, c'est la force même de cette survie, en cas de cession d'entreprise. Le nouvel employeur ne peut pendant la période de survie imposer immédiatement l'application de la convention applicable dans l'entreprise cessionnaire et la rupture qui répond à une résistance d'un salarié est non seulement imputable à l'employeur mais sans motif légitime (v. dans le même sens, Soc. 13 nov. 2007, *RJS* 1/08, n° 56). Autrement dit, l'effet normatif de l'accord collectif persiste avec toutes ses conséquences (v. Soc. 26 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 278, *Dr. soc.* 1998. 886, obs. G. Couturier, *JCP E* 1999. 126, obs. F. Bousez).

Si, au terme du délai de survie provisoire, aucun accord de substitution n'a été conclu, que néanmoins la convention collective dénoncée ou mise en cause continue d'être appliquée, il s'agit d'un exemple banal d'application volontaire (v. *supra* n° 168).

2. La dénonciation, comme la mise en cause, font naître une obligation de négocier, la négociation étant engagée à la demande d'une des parties intéressées (art. L. 2261-10, al. 2 et L. 2261-14 al. 3 nouv. C. trav.) en vue d'aboutir à un accord de substitution — en cas de dénonciation — ou à un accord d'adaptation ou de remplacement — en cas de mise en cause. Cette négociation de transition soulève de nombreux problèmes que la jurisprudence s'efforce de résoudre avec une fermeté variable.

En cas de dénonciation, le périmètre de la négociation est, en principe, celui-là même de l'accord dénoncé. Quant au temps de cette négociation, il doit respecter la logique même de la transition. Les discussions peuvent avoir commencé avant toute dénonciation, la négociation proprement dite ne peut débiter qu'après (v. Soc. 9 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 59) et l'accord de substitution ne peut entrer en vigueur

avant la fin du préavis (Soc. 7 janv. 1997, *Bull. civ. V*, n° 1, *Dr. soc.* 1997. 325, obs. G. Couturier). L'un des points délicats porte sur l'appréciation de la substitution qui suppose une certaine équivalence entre l'accord dénoncé et l'accord qui prétend le remplacer. Et s'il est délicat, c'est en raison des effets que la loi attache à l'entrée en vigueur d'un tel accord de substitution : il met fin à la survie provisoire de l'accord dénoncé et interdit aux salariés de prétendre à des avantages individuels acquis (v. *infra* 3).

L'arrêt *Consorts Blineau* (n° 171) exprime une conception très souple de l'accord de substitution. Plusieurs mesures de l'équivalence méritent une considération conjointe, le domaine couvert, la teneur des règles et le degré de perfection de l'accord, c'est-à-dire son autosuffisance. Or, la chambre sociale de la Cour de cassation ne prête une véritable attention qu'à la première mesure, allant jusqu'à se satisfaire d'un accord requérant des négociations ultérieures. Il lui suffit de la première mesure pour considérer que le nouvel employeur ne peut se prévaloir d'un accord de substitution à l'égard d'une catégorie de salariés dont les activités ont été exclues du domaine de l'accord (v. Soc. 7 juin 2005, *Bull. civ. V*, n° 192).

S'agissant d'une mise en cause, les données diffèrent, car, d'une part, elle peut concerner une convention d'un niveau supérieur à l'entreprise (par ex., en cas de changement d'activité principale ou de cession d'entreprise) et, d'autre part, l'entreprise peut ne plus relever d'aucune convention collective ou, entrer dans le champ d'une convention autre préexistante. La Cour de cassation n'en a pas moins fixé un cap dans l'arrêt *Société Vaulx Distribution* (n° 170) qu'elle maintient depuis lors (v. Soc. 1^{er} déc. 1993, *Bull. civ. V*, n° 296, *D.* 1994. 334, note E. Dockès ; 9 févr. 1994, *Bull. civ. V*, n° 50, *Dr. soc.* 1994. 384, note G. Béliet, *D.* 1994, Somm. 314, obs. M.-A. Rotschild-Souriac) : la négociation doit s'engager dans l'entreprise, qu'il s'agisse de combler un vide conventionnel ou d'adapter la convention déjà applicable dans l'entreprise. Au demeurant, dans cette dernière hypothèse, pendant la période de survie provisoire, deux conventions collectives sont également applicables, la convention mise en cause, survivante, et la convention en vigueur dans l'entreprise d'accueil. La négociation consécutive à une mise en cause exige donc de bien identifier dans l'entreprise, éventuellement reconfigurée après cession, les interlocuteurs syndicaux qui y seront associés. Il importe aussi de bien s'entendre sur ce qui est un accord d'adaptation, dont l'entrée en vigueur interdit aux salariés concernés de prétendre à des avantages individuels acquis. Comme pour la négociation consécutive à la dénonciation, la négociation consécutive à une mise en cause ne doit être engagée qu'une fois ce dernier événement intervenu ce qui montre, une nouvelle fois, que l'espace de la négociation peut ne pas correspondre au

domaine de l'accord mis en cause. Pourtant un singulier arrêt qualifie d'accord de substitution un accord antérieur (48 heures avant il est vrai) à la mise en cause, résultant d'une fusion (Soc. 27 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 247, *Dr. soc.* 2000. 831, note C. Radé, et p. 1006, note Ph. Waquet). Une telle qualification ne devrait pas être admise, sauf à ouvrir la voie à toutes les stratégies.

3. La troisième composante du régime légal de transition a pour cœur la notion d'avantages individuels acquis. Ces avantages ne sont pas assurés si la négociation collective de substitution, d'adaptation ou de remplacement aboutit dans le délai de survie de l'accord dénoncé ou mis en cause. Ils sont conservés dans l'hypothèse contraire, formant alors un statut collectif minimum. Ils le sont aussi si l'accord de substitution est annulé (v. Soc. 9 nov 2005, *Bull. civ. V*, n° 320, *D.* 2006, Pan. 416, obs E. Peskine, *JCP S* 2006. 1010, note C. Neau-Leduc, *RJS* 1/06, n° 69). Même si l'évaluation est difficile, la densité de la notion peut constituer un facteur d'équilibre de la négociation collective. Or l'acception qu'en retient l'arrêt du 13 mars 2001 (**n° 172**) est plutôt restrictive (v. Soc. 2 juill. 2003, *RJS* 10/03, n° 1195).

Individuel, un avantage l'est quand il procure — au jour de la dénonciation mais on peut ajouter, ou de la mise en cause — « *une rémunération ou un droit dont il (le salarié) bénéficiait à titre personnel* ». L'expression n'est pas parfaitement claire, même si elle est couramment employée. Elle exclut, certes, les droits dont tire parti directement ou par représentant(s) interposé(s) une collectivité, tels des moyens utiles au fonctionnement de la représentation du personnel : le bénéfice retiré ne l'est pas à titre personnel. Mais au-delà ? S'agit-il d'exclure seulement les droits dont l'exercice suppose une collectivité (tel l'ordre des licenciements) ou l'exclusion frappe-t-elle les droits dont bénéficiait un ensemble de salariés (comp. Soc. 12 févr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 62 ; 26 nov. 1996, *Bull. civ. V*, n° 406, *Dr. soc.* 1997. 103, obs. G. Couturier) ? Une telle interprétation aboutirait, ce qui n'est pas concevable, à écarter du statut collectif minimum tout ce qui résultait du droit conventionnel qui a cessé d'être applicable. C'est pourtant cette interprétation qu'a retenue un arrêt, à propos d'une heure d'entraînement quotidienne, accordée à des agents de sécurité, par un accord collectif dénoncé (v. Soc. 1^{er} juin 2005, *Bull. civ. V*, n° 187, *Dr. soc.* 2005. 1064, obs C. Rade). Il devrait pourtant être clair que la source de l'avantage ne devrait pas être prise en compte, et moins encore le nombre de bénéficiaires. Sont, à ce titre, plus justifiés les arrêts qui tout en considérant que le niveau atteint par le salaire (v. Soc. 26 janv. 2005, *Bull. civ. V*, n° 32, *RJS* 4/05, n° 420) ou le niveau de pension atteint au jour de la dénonciation (v. Soc. 17 mai 2005, *Bull. civ. V*, n° 170) constituent un avantage individuel acquis, refusent

cette qualité aux modalités de revalorisation instituées par l'accord dénoncé.

Acquis, un avantage l'est quand il correspond « à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel ». Faisant choix de cette formule déjà utilisée (v. Soc. 19 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 402 ; 27 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 103), la chambre sociale entend qu'il ne soit pas tenu compte du bénéfice que le salarié a pu tirer du droit par le passé (v. pourtant Soc. 11 déc. 1986, *Bull. civ.* V, n° 596). En opposant droit ouvert, ce qui paraît requérir qu'il soit exigible, et droit éventuel, elle condamne à la disparition les droits à formation successive, sauf à jouer sur la date d'exigibilité d'un droit (v. par ex. : le droit aux congés payés).

Individuel et acquis, un avantage « s'intègre » (Soc. 6 nov. 1991, *Bull. civ.* V, n° 479, *D.* 1992, *Somm.* 295, obs. M.-A. Rotschild-Souriac, *Dr. soc.* 1992. 81), « s'incorpore » aux contrats de travail, selon la formule de l'arrêt du 13 mars 2001. Aussi son altération ultérieure par l'employeur ne pourra intervenir sans le consentement de chaque salarié. L'avantage est devenu contractuel par l'effet du mécanisme légal prévu pour qu'en cas d'échec de la négociation postérieure à la dénonciation ou à la mise en cause, un statut minimum soit garanti.

C. — Révision

Les dispositions des articles L. 2261-7 et s. ont été introduites dans le Code du travail par une loi du 31 décembre 1992 puis modifiées par la loi du 4 mai 2004 avec le dessein initial de contrarier la jurisprudence dite *Basirico* (Soc. 9 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 200, *D.* 1990. 227, note J. Meunier, *Somm.* 165, obs. A. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 1989. 631, note M. Despax, *Dr. ouvr.* 1989. 359, note P. Bouaziz ; Ass. plén. 20 mars 1992, *Dr. soc.* 1992. 360, rapp. D. Tricot, *JCP* 1992. II. 21945, note G. Vachet ; Soc. 27 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 349). La révision est la modification conventionnelle d'une convention collective en vigueur : elle conduit à la conclusion d'un avenant. La jurisprudence *Basirico* réglait l'épineuse question suivante : quelle valeur attribuer à un avenant conclu par une partie seulement des organisations signataires de l'accord initial ? Avec beaucoup de finesse et de perspicacité, la jurisprudence admettait la validité de l'avenant mais, en l'absence d'unanimité, ou de prévision expresse en ce sens de l'accord initial, ne lui reconnaissant pas l'autorité pour priver les salariés du bénéfice de l'accord initial. La solution avait suscité certaines réactions critiques. On prétendait que la jurisprudence *Basirico* permettait à une minorité de paralyser l'évolution d'un droit conventionnel. Pareille critique oubliait que les signataires de l'avenant pou-

vaient très bien représenter une minorité et les autres, une majorité. On faisait encore valoir que, selon le droit français, chaque syndicat représentatif agit au nom de l'intérêt collectif des salariés. L'argument est, en vérité, bien court, car la situation réglée par la jurisprudence *Basirico* est celle dans laquelle un désaccord existe entre certains syndicats représentatifs signataires de l'accord initial et d'autres signataires en sus de l'avenant de révision. Il faut alors une règle d'arbitrage. Au contraire de la jurisprudence, la loi retient comme principe de solution qu'un avenant signé par au moins une organisation signataire de l'accord initial se substitue de plein droit aux dispositions conventionnelles modifiées. Elle apporte un tempérament qui, dorénavant, vaut aussi pour tout accord collectif, avec l'instauration d'un droit d'opposition des syndicats majoritaires au jeu délicat (v. les incertitudes qui entourent l'appréciation de la date de la signature de l'avenant, point de départ du délai d'exercice du droit d'opposition, Soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ. V*, n° 247). Depuis lors, la Cour de cassation a rappelé que la négociation tendant à la révision d'un accord collectif doit réunir tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise (v. *supra* n° 160) et qu'un accord de révision ne peut être conclu qu'avec l'une ou les organisations syndicales signataires de l'accord initial (Soc. 26 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 107, *D.* 2002. 3321, note F. Petit, *Dr. soc.* 2002. 620, note M.-L. Morin).

IV. — Extension, élargissement et agrément

173. CE 6 mars 1960

Société anonyme Le Peignage de Reims et autres

(*Lebon*, p. 178 ; *Dr. soc.* 1960. 274, note P. Nicolay)

ARRÊT

Requêtes : 1° de la Société anonyme « Le Peignage de Reims » ; 2° du Syndicat patronal de l'industrie textile rémoise ; 3° du Syndicat de teinturiers et apprêteurs de Reims, représentés par leurs présidents en exercice tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté du secrétaire d'État au Travail et à la Sécurité sociale du 17 juillet 1956, portant extension de trois avenants et d'une annexe n° 6 de la Convention collective nationale des industries textiles du 1^{er} février 1951 ;

Vu le Code du travail ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

Considérant que la requête susvisée tend à l'annulation d'un arrêté, en date du 17 juillet 1956, par lequel le secrétaire d'État au Travail et à la Société sociale a rendu obligatoires les dispositions de trois avenants et d'une annexe n° 6 à la Convention collective nationale des industries textiles conclue le 1^{er} février 1951 ;

qu'à l'appui de leur pourvoi les requérants font valoir que les signataires des accords au nom de l'Union des Industries textiles n'auraient pas eu qualité pour contracter, aux termes de l'article 31 b du Code du travail, du fait qu'à défaut d'habilitation résultant soit d'une stipulation statutaire, soit d'une délibération spéciale de cette organisation, ils ne justifiaient pas de mandats spéciaux de tous les adhérents de ladite Union, ainsi que cela résulte de l'exclusion expresse du champ d'application desdits accords de certains groupes patronaux membres de l'Union ; qu'ainsi ces accords seraient dépourvus de valeur juridique et, dès lors, n'auraient pu légalement faire l'objet de la procédure d'extension prévue aux articles 31 f et suivants du Livre I^{er} du Code du travail :

Considérant que la légalité d'un arrêté ministériel prononçant l'extension d'une convention collective de travail est nécessairement subordonnée à la validité de la convention en cause ; que, lorsqu'une contestation sérieuse s'élève sur ladite validité, la juridiction administrative, compétemment saisie d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté ministériel d'extension, est, eu égard au caractère de contrat de droit privé que présente la Convention collective de travail, tenue de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle ;

Considérant que le moyen ci-dessus analysé et qui commande la solution du litige soumis au Conseil d'État soulève une contestation sérieuse ; qu'il y a lieu, dès lors, pour le Conseil d'État de surseoir à statuer sur la requête jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle dont il s'agit ;... (Il est sursis à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question de savoir si les quatre accords signés respectivement les 15 septembre, 16 septembre et 4 octobre 1955 entre l'Union des industries textiles et les organisations syndicales de travailleurs (avenant n° 4 à l'annexe « salaires », avenant n° 2 à l'annexe n° 5, avenant n° 1 à l'annexe n° 4 et annexe n° 6 de la convention collective nationale du 1^{er} févr. 1951) constituent des conventions collectives valablement signées par les représentants de l'Union des industries textiles, au sens des dispositions du Code du travail. Les requérants devront justifier, dans le délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, de leurs diligences à l'effet de saisir de la question dont s'agit la juridiction compétente. Notification de la présente décision sera faite par les soins du secrétaire du contentieux du Conseil d'État).

174. CE 26 février 2003

Union des métiers et industries de l'hôtellerie

(*RJS* 5/03, n° 647 et p. 380, concl. P. Fombour)

ARRÊT

Considérant que, selon le premier alinéa de l'article L. 133-8 du Code du travail, les dispositions d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant à certaines conditions déterminées par les articles L. 133-1 à L. 133-7, peuvent être rendues obligatoires par le ministre chargé du Travail pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective ; que *si, en présence de clauses incomplètes au regard des textes législatifs et réglementaires, le ministre peut, en vertu du dernier alinéa du même article, après avoir également recueilli l'avis motivé de cette commission, en subordonner l'extension à l'application de ces*

textes, il ne saurait, en revanche, sans méconnaître les pouvoirs qu'il tient de l'article L. 133-8, se fonder sur ces dernières dispositions pour n'étendre certaines clauses d'une convention ou d'un accord que sous réserve qu'elles soient complétées par un accord collectif ultérieur, dont il n'est pas en mesure d'apprécier, comme il lui appartient de le faire avant de signer l'arrêté d'extension, la conformité avec les textes législatifs et réglementaires en vigueur ;

Considérant que, alors que l'article 2 de l'arrêté attaqué dispose que l'extension de l'avenant n° 1 du 15 juin 2001 conclu dans le cadre de la convention collective des hôtels, cafés, restaurants est faite à compter de la publication de l'arrêté et aux conditions prévues par cet avenant, l'article 1^{er} subordonne l'extension de plusieurs de ces clauses à la condition qu'elles fassent l'objet de précisions par voie d'accord collectif ultérieur ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le ministre a, ce faisant, méconnu les dispositions de l'article L. 133-8 du Code du travail ; qu'il ressort clairement, tant du contenu de ces stipulations que de celles des stipulations introductives de l'avenant indiquant que celui-ci « forme un tout indivisible pour son application et son suivi », que les clauses litigieuses n'en sont pas séparables ; que, par suite, les requérantes sont fondées à demander l'annulation de l'ensemble de l'arrêté attaqué ;

Décide : L'arrêté du 28 décembre 2001 portant extension d'un avenant conclu dans le cadre de la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants et annulé.

175. CE 30 juin 2003

MEDEF et autres

(Dr. soc. 2003. 1112, concl. P. Fombeur)

ARRÊT

(...)

Sur les moyens relatifs à la régularité de la procédure d'extension de l'accord du 12 décembre 2001 relatif au développement du dialogue social dans l'artisanat :

En ce qui concerne la régularité de l'avis exigé par l'article L. 133-14 du Code du travail :

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 131-14 du Code du travail que l'arrêté d'extension d'une convention collective doit être précédé de la publication d'un avis relatif à l'extension envisagée invitant les organismes professionnels et toutes personnes intéressées à faire connaître au ministre chargé du Travail leurs observations ; que, selon l'article R. 133-1, les organisations et les personnes intéressées disposent d'un délai de quinze jours à compter de la publication de l'avis au *Journal officiel* pour présenter leurs observations ;

Considérant, en premier lieu, que le ministre de l'Emploi et de la Solidarité a fait paraître au *Journal officiel* du 25 janvier 2002 un avis relatif à l'extension envisagée de l'accord du 12 décembre 2001 au développement du dialogue social dans l'artisanat ; que, par suite, le moyen tiré de ce que seul le ministre de l'Agriculture aurait satisfait à l'exigence posée par l'article L. 133-14 du Code du travail en fait ;

Considérant, en second lieu, que les dispositions analysées ci-dessus n'ont ni pour objet, ni pour effet d'imposer que la commission nationale de la négociation collective soit réunie après l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la publi-

cation de l'avis mentionné à l'article L. 133-14 ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'avis émis par la commission nationale de la négociation collective moins de quinze jours après la publication de l'avis précédant l'agrément de l'accord litigieux aurait été rendu à l'issue d'une procédure irrégulière ;

En ce qui concerne la motivation de l'arrêté d'extension :

Considérant que, selon l'article L. 133-11 du Code du travail, en cas d'opposition écrite et motivée de deux organisations de salariés ou de deux organisations d'employeurs représentées à la commission nationale de la négociation collective, le ministre chargé du Travail doit, comme il l'a fait, consulter à nouveau cette commission et qu'il peut alors décider l'extension, au vu du nouvel avis émis, par une décision motivée ; qu'en l'espèce, l'arrêté qui fait référence aux deux avis motivés de la commission nationale de la négociation collective et aux oppositions formulées par deux organisations syndicales d'employeurs, comporte des considérations justifiant l'extension de l'accord litigieux, sous les exclusions et réserves retenues, qui doivent être regardées comme satisfaisant à l'exigence de motivation posée par l'article L. 133-11 ;

Sur les conditions de conclusion de l'accord collectif :

Considérant que si, en vertu de l'article L. 132-2 du Code du travail, les organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au plan national, conformément à l'article L. 133-2 du même code, ainsi que celles qui sont affiliées à de telles organisations doivent être regardées comme représentatives, *il ne résulte ni de ces dispositions, ni d'aucun autre texte applicable à l'extension des conventions ou accords collectifs de travail que, pour l'application des dispositions de l'article L. 133-1 selon lesquelles ces conventions et accords « doivent, pour pouvoir être étendus, avoir été négociés et conclus en commission composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré », les organisations syndicales d'employeurs seraient dispensées de faire la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord dont l'extension est en cause ;*

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, d'une part, que l'accord dont l'extension est contestée a été signé, du côté des employeurs, par des organisations, telles que l'Union professionnelle artisanale, dont la représentativité dans le champ d'application de cet accord n'est pas contestée ; d'autre part, que les organisations requérantes, qui ne sauraient utilement se prévaloir des seules dispositions de leurs statuts, n'apportent aucun élément de nature à établir leur représentativité dans ce même champ d'application ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que l'arrêté d'extension serait intervenu en méconnaissance des conditions fixées par l'article L. 133-1 du Code du travail doit être écarté ;

Sur les moyens tirés de ce que l'avenant litigieux ne pouvait faire l'objet d'un arrêté d'extension en raison de l'illégalité de certaines de ses stipulations ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la violation des dispositions des articles L. 131-1, L. 132-1 et L. 133-8 du Code du travail :

Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles L. 131-1 et L. 132-1 du Code du travail que les conventions et accords collectifs s'inscrivent dans le cadre des relations collectives entre employeurs et salariés et ont vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que de leurs garanties sociales ; qu'il ressort des dispositions de l'article L. 133-8 du même code qu'il appartient au ministre chargé du Travail, après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective, d'exclure de l'extension d'une convention ou d'un accord collectif les clauses qui seraient en contradiction avec les textes législatifs et réglementaires en vigueur, ou de subordonner l'extension

à des réserves ayant pour effet de priver d'application les stipulations qui seraient contraires aux lois et règlements, sous réserve qu'il ne porte pas ainsi atteinte à l'économie générale de la convention ;

Considérant qu'il résulte clairement des stipulations de l'accord litigieux qu'il a pour objet le développement du dialogue social dans l'artisanat et comporte des clauses qui visent à favoriser la concertation professionnelle au sein de la branche par une meilleure information des entreprises artisanales et par le renforcement des relations collectives entre syndicats d'employeurs et de salariés en vue de développer la formation et l'information sur les métiers de l'artisanat ; que l'objet des clauses contestées relève du champ assigné aux conventions et accords collectifs par les articles L. 131-1 et L. 132-1 susmentionnés ; qu'il suit de là que la contestation de la validité des clauses litigieuses n'est pas sérieuse ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'il appartenait au ministre de les distraire ou de les neutraliser ne peut être accueilli ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la violation de la liberté syndicale reconnue par la Constitution et les engagements internationaux de la France :

Considérant que ni les dispositions du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le Préambule de la Constitution, aux termes desquelles : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix », ni les stipulations de l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui reconnaissent à toute personne le droit à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, n'interdisent qu'une convention ou un accord collectif étendu institue une contribution à la charge des employeurs pour favoriser le développement du dialogue social dès lors qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer, directement ou indirectement, à quiconque l'adhésion ou le maintien de l'adhésion à une organisation syndicale ;

Considérant qu'en l'espèce, il ressort des termes de l'arrêté attaqué, et notamment des réserves qu'il formule à l'égard de certaines des stipulations qu'il étend, que la contribution litigieuse ne bénéficie pas à une organisation en particulier ; que, tant au niveau interprofessionnel qu'à celui de la branche, l'institution de cette contribution obligatoire et l'attribution pour partie de son produit aux organisations d'employeurs, dans une proportion d'ailleurs équivalente à celle revenant aux organisations de salariés représentatives, ne sauraient être regardées comme une affiliation contrainte à une organisation syndicale ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'extension de l'accord contesté méconnaîtrait la liberté syndicale doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de ce que l'avenant ne pouvait être étendu en ce que son champ d'application recouvre pour partie celui de plusieurs conventions de branches :

Considérant qu'il résulte de la combinaison du premier alinéa de l'article L. 132-5 du Code du travail et de l'article L. 133-16 du Code du travail que le ministre chargé du Travail, lorsqu'il procède à l'extension d'une convention ou d'un accord collectif, doit rechercher si le champ d'application professionnel défini en termes d'activités économiques pour lequel l'extension est envisagée n'est pas compris dans le champ professionnel d'une autre convention ou accord collectif étendu par arrêté, compte tenu, le cas échéant, de l'objet respectif des stipulations étendues ou à étendre ; que, lorsqu'il apparaît que les champs d'application professionnels définis par les textes en cause de recourent, il appartient au ministre compétent, préalablement à l'extension projetée, soit d'exclure du champ de l'extension envisagée les activités économiques déjà couvertes par la convention ou l'accord collectif précédemment étendu, soit d'abroger l'arrêté

d'extension de cette convention ou de cet accord collectif en tant qu'il s'applique à ces activités ;

Considérant que, si les requérants font valoir que le champ d'application professionnel de l'accord litigieux recoupe celui de plusieurs accords de branche déjà étendus, et si plusieurs accords de branche déjà étendus, et si plusieurs de ces accords comportent des stipulations relatives au financement des instances paritaires et au maintien de la rémunération des participants aux négociations, il ressort clairement des stipulations combinées des articles 2, 5 et 6 de l'accord dont l'extension est contestée que, lorsqu'un accord de branche a déjà prévu une contribution au financement des instances paritaires, cette contribution s'impute sur celle qui est due en application de l'accord litigieux ; que, par suite, le moyen, tiré de ce que l'arrêté d'extension doit être annulé en tant qu'il comprend dans son champ d'application des activités relevant d'autres conventions préalablement étendues n'est pas fondé ;

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que l'accord étendu ne répond pas à la situation des entreprises artisanales :

Considérant que, si les requérants font valoir que la contribution de 0,15 % de la masse salariale devait être distraite par le ministre chargé du Travail en tant qu'elle ne répondrait pas à la situation particulière des entreprises artisanales relevant du champ de l'accord, il ne ressort pas des pièces du dossier que le ministre aurait, en procédant à l'extension contestée, commis une erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le Mouvement des entreprises de France et autres ne sont pas fondés à demander l'annulation de l'arrêté attaqué ;

Sur les conclusions du Mouvement des entreprises de France et autres tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code du travail :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que l'État, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, soit condamné à payer au Mouvement des entreprises de France et autres requérants la somme qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

Décide :

Art. 1^{er}. — La requête du Mouvement des entreprises de France, de la Confédération générale des petites et moyennes entreprises, de la Fédération française du bâtiment et de l'Union des industries et métiers de la métallurgie est rejetée.

Art. 2. — La présente décision sera notifiée au Mouvement des entreprises de France, à la Confédération générale des petites et moyennes entreprises, à la Fédération française du bâtiment, à l'Union des industries et métiers de la métallurgie, à l'Union professionnelle artisanale (UPA), à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (CAPEB), à l'Union nationale patronale des prothésistes-dentistes (UNPP), à la Confédération française de la boucherie, boucherie-charcuterie, traiteur, à la Confédération générale de l'alimentation en détail, à la Confédération nationale de l'artisanat des métiers et des services, à la Confédération nationale des charcutiers-traiteurs et traiteurs, à la Confédération de la pâtisserie-confiserie, chocolaterie et glacerie de France, à la Fédération nationale de la coiffure française, au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et au ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales.

OBSERVATIONS

Le droit français ménage certains pouvoirs à l'autorité administrative habilitée, dans certains cas exceptionnels, à conférer une efficacité juridique à une convention ou à un accord collectif (agrément), ou habilitée à en modeler l'applicabilité ou le domaine de validité (extension et élargissement). L'institution majeure demeure l'extension, non seulement en raison de l'usage qui en est fait, mais aussi en raison du rôle qu'elle a joué : inventée et organisée par la loi du 24 juin 1936, elle a permis de concevoir le pouvoir normatif des organisations syndicales et professionnelles. Jusqu'en 1936, effet normatif et effet général de la convention collective ne parvenaient pas à être intégrés dans un ordre juridique rétif à admettre autre chose que la loi parlementaire et le contrat. L'extension a constitué le mécanisme propre à emporter les résistances. Depuis lors avec la loi du 11 février 1950, la convention collective a un effet normatif et un certain effet général (v. *supra* n° 163) sans avoir besoin d'être étendue. L'extension a donc changé de visage.

Aujourd'hui, extension et élargissement correspondent à des procédures soigneusement dessinées par la loi (art. L. 2261-15 et s. nouv. C. trav. qui se substitue aux art. L. 133-1 et s.) ; l'agrément beaucoup moins. Leurs effets sont bien distincts. L'extension conserve toutefois une certaine valeur de modèle, moins pour définir les conditions nécessaires à l'extension, l'élargissement ou l'agrément que pour fixer les pouvoirs de l'autorité administrative.

A. — Signification

La signification de l'extension et de l'élargissement, qui se mesure aux effets de l'arrêté ministériel édicté à l'une ou l'autre de ces fins, ne souffre plus de discussion. Selon l'article L. 2261-15 nouv. C. trav. (V. ex-art. L. 133-8), l'extension est l'acte administratif qui rend obligatoires, pour tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application, les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif. Elle opère donc à l'intérieur du champ d'application attribué à l'accord collectif : elle le remodèle. L'élargissement, pour sa part, est l'acte administratif qui rend obligatoires les dispositions d'une convention ou d'un accord — déjà étendu — pour tous les salariés et employeurs d'un secteur territorial, ou d'un secteur professionnel non couvert par ladite convention ou ledit accord (art. L. 2261-17 nouv. C. trav. qui prend la suite de l'art. L. 133-12). Il opère donc à l'extérieur du champ d'application de l'accord collectif : il le remodèle aussi, de manière plus radicale, sans non plus en affecter l'efficacité. Ce par quoi extension et élargissement se distinguent de l'agrément.

L'agrément des conventions collectives du personnel des organismes de sécurité sociale est prévu à l'article L. 123-1 du Code de la sécurité sociale. Leurs dispositions « *ne deviennent applicables qu'après avoir reçu l'agrément de l'autorité compétente de l'État* ». Parfois, c'est seulement le budget d'une entreprise qui est soumis à l'agrément d'une autorité de tutelle. L'agrément est, dans ces cas, la manifestation d'un pouvoir de tutelle et il constitue un acte administratif non réglementaire, créateur de droits (CE, avis 11 févr. 1992, *Dr. soc.* 1992. 729, note X. Prétot), ce qui le distingue bien de l'arrêté d'extension — ou d'élargissement — qui, à suivre l'arrêt **n° 174**, a un caractère réglementaire. Il faut d'ailleurs relever que, si l'extension et l'élargissement concernent avant tout des accords de branche, et le cas échéant des accords professionnels ou interprofessionnels, l'agrément est requis pour tous les accords collectifs conclus dans les secteurs visés (CE 23 juill. 1976, *Lebon*, p. 362, *AJDA* 1976. 334, obs. M. Nauwelaers et L. Fabius) : l'exigence participe du souci de contrôle des comptes de la sécurité sociale. L'agrément est, à la lettre, conçu comme condition de la prise d'effet de l'accord collectif ; il n'en remodèle pas le champ d'application (Soc. 10 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 316). Cependant s'agissant de l'agrément des accords collectifs dans le secteur sanitaire et social à but non lucratif, la Cour de cassation admet que les salariés puissent à certaines conditions se prévaloir à l'égard de leur employeur d'un accord non agréé. Le titre d'application et les conditions d'efficacité de l'accord collectif non agréé ont varié, car, selon les arrêts, ils sont, tour à tour, passés sous silence (v. Soc. 7 déc. 1993, *Bull. civ. V*, n° 305 ; 19 juill. 1994, *Bull. civ. V*, n° 240, *Dr. soc.* 1994. 895, note X. Prétot), puisés dans l'engagement unilatéral de l'employeur (Soc. 4 janv. 2000, *Dr. soc.* 2000. 449, obs. J. Barthélémy, *RJS* 3/00 n°308) ou dans son caractère purement interprétatif de la convention initiale agréée (Soc. 29 oct. 2002, *Bull. civ. V*, n° 327). Plus récemment, la Cour de cassation a semblé tentée par la rigueur, requérant pour qu'un engagement unilatéral soit, dans ce contexte, efficace, qu'il soit lui-même agréé, avant d'emprunter une voie moyenne en demandant une ratification de l'autorité de tutelle, qui peut-être tacite (Soc. 14 nov. 2007, *RJS* 1/08, n° 57).

Cette efficacité au profit des salariés en dépit de l'absence d'agrément n'est guère concevable pour les accords ayant pour objet le versement d'allocations aux travailleurs sans emplois, et éventuellement, aux travailleurs partiellement privés d'emploi, qui sont, eux aussi, soumis à l'exigence d'un agrément (art. L. 5422-20 nouv. C. trav.). Lorsqu'ils ont exclusivement cet objet, ils s'apparentent à « *un règlement d'application d'une loi* » (v. l'analyse pénétrante de S. Boissard, concl. sous CE 11 juill. 2001, *Syndicat Sud Travail et autres*, *Dr. soc.* 2001. 857) ; car à défaut d'accord collectif agréé, il y a lieu de recourir à un décret

(art. L. 5422-20 al. 3, qui se substitue à l'art. L. 351-8). Littéralement, la formule utilisée pour décrire la force de l'exigence revêt une expression originale : l'agrément a pour effet de rendre « *obligatoires les dispositions de l'accord pour tous les employeurs et tous les salariés compris* » dans son champ d'application. L'agrément a le rayonnement d'une extension, mais surtout il est nécessaire à l'efficacité juridique de l'accord, car, selon le Conseil d'État, l'accord « *ne produit effet que du fait de cet agrément* » (CE 11 juill. 2001, *préc.*).

Extension, élargissement et agrément n'ont pas la même signification puisque les deux premiers mécanismes affectent l'applicabilité d'un accord collectif, alors que le troisième, avec les nuances que la jurisprudence introduit, intéresse « *sa prise d'effet* », ce que dans la langue du droit public on appelle, parfois, l'opposabilité (la survenance dans l'ordre juridique).

Mais ce qui est remarquable, c'est qu'aucun de ces actes administratifs n'absorbe l'accord collectif. Ce dernier n'est pas un acte préparatoire qui se muerait ensuite en acte administratif ; il conserve sa nature d'accord collectif, de « *contrat de droit privé* », selon l'expression qu'utilise l'arrêt n° 174 dans le contexte de l'extension. Par là, le Conseil d'État veut dire qu'en tant que tel, il continue à être un acte régi par le droit du travail. C'est ce qui explique que l'extension, l'élargissement et l'agrément soient, sous réserve de leur éventuelle annulation ou encore de leur abrogation (v. sur l'abrogation d'un agrément : CE 11 févr. 1992, *préc.*), acquis pour la durée et aux conditions prévues par l'accord. C'est encore ce qui explique qu'aucun de ces actes ne peut avoir pour effet de modifier les termes de l'accord collectif (v. en cas d'extension, Soc. 30 sept. 2003, *Bull. civ. V*, n° 246), pas plus qu'il ne purge l'accord des vices qui pourraient l'infecter (v. Civ. 12 juill. 1963, *Bull. civ. II*, n° 244, *GA* 2^e éd., n° 61). Mais rien n'exprime mieux leur original rapport d'intégration que la proposition énoncée dans l'arrêt n° 173 : « *la légalité d'un arrêté ministériel prononçant l'extension d'une convention collective de travail est nécessairement subordonnée à la validité de la convention en cause* » (v. aussi CE 4 mars 1960, *Fédération des industries chimiques et parties similaires* ; Lebon, p. 169, *GA*, 2^e éd., n° 62 ; 22 nov. 2000, *Fédération nationale du personnel de l'encadrement des sociétés de service informatique*, Lebon, T., p. 907 ; à propos de l'agrément des conventions d'assurance chômage, CE 29 juill. 1994, *Dr. soc.* 1994. 900, *D.* 1994. Somm. 353, obs. V. Soubise, *D.* 1996. Somm. 299, obs. D. Chelle et X. Prétot ; et à propos de l'agrément des conventions des institutions sociales, CE 26 févr. 2003, *Syndicat CGT du personnel de l'Association « Les genêts d'or »*, Lebon, T., p. 1012). L'acte administratif a bien un caractère second comme le souligne dans ses conclusions sous l'arrêt *Le Peignage de Reims*, le commissaire du gouvernement

P. Nicolay. Et cet arrêt de donner, en cas de contestation de la validité de l'accord collectif, la marche à suivre. Il y a lieu à question préjudicielle. Autrement dit, en cas de contestation sérieuse de la validité de tout ou partie de l'accord, la juridiction administrative, saisie d'un recours contre l'arrêt d'extension ou d'élargissement, ou encore contre l'agrément, doit surseoir à statuer et renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de la contestation.

Il a été proposé d'infléchir cette jurisprudence, née de l'arrêt *Le Peignage de Reims*, à propos des conventions d'assurance chômage et de leur agrément, pour étendre la compétence des juridictions administratives (v. S. Boissard, concl. sous CE 11 juill. 2001, *MEDEF et GPME, Dr. soc.* 2001. 842, spéc., p. 851). Mais est-ce bien nécessaire dès lors que depuis 1960, le Conseil d'État s'est éloigné d'une acceptation stricte de la question préjudicielle, ce en jouant sur le caractère sérieux ou non de la contestation dont l'accord collectif est l'objet ?

B. — Convention et accord collectif susceptibles d'extension

L'extension mérite une attention particulière ; et c'est à cette procédure que la loi consacre d'ailleurs l'essentiel de ses dispositions. Celles-ci ont comme référence implicite l'extension d'une convention collective de branche. Ce à quoi tend la procédure, c'est à organiser la représentation de la profession, de telle sorte que la convention étendue constitue sa loi.

Pour pouvoir ensuite être étendue, une convention collective doit être négociée dans le cadre d'une commission mixte paritaire, formée des organisations représentatives tant du côté des salariés que du côté des employeurs, et présidée par le ministre ou son représentant (art. L. 2261-19 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 133-1). Régulièrement, dans ses arrêts ou ses avis, le Conseil d'État rappelle que le respect de cette procédure est une condition de validité de l'arrêté même (v. déjà CE 23 juill. 1943, *Association de la presse médicale française, Lebon*, p. 204, *Gaz. Pal.* 1943. II. 149 ; 26 oct. 1988, *Dr. soc.* 1989. 237, note D. Aufrère-Philbert, *Dr. ouvr.* 1989. 228, note R. Pascré ; v. aussi CE 23 nov. 1978, *Dr. soc.* 1979. 259, note M. Despax, *Dr. ouvr.* 1979. 91, note S. Ballet).

L'arrêt *MEDEF et autres* du 30 juin 2003 (n° 175) aborde avec rigueur la question de la représentativité patronale, exigence inconnue du droit des conventions collectives ordinaires (non étendues) mais essentielle pour l'extension. Si les organisations syndicales de salariés affiliées aux organisations reconnues représentatives au plan national bénéficient, par emprunt, d'une représentativité (dite alors présumée, sur laquelle v. *supra* obs. sous arrêts n°s 127-129) il n'en va pas de

même des organisations syndicales d'employeurs. Elles doivent donc faire la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de l'accord (v. Soc 16 mars 2005, *Dr. soc* 2005. 640, note Ph. Langlois, *RJS* 5/05, n°547), ce qui était exigé du Medef dans le secteur de l'artisanat.

En vérité, sous couvert de cette exigence de représentativité de l'organisation patronale dans le champ d'application de l'accord et du contrôle que le ministre doit, à ce titre, exercer, c'est à la délimitation de la branche qu'il est procédé (v. S. Nadal, « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », *Dr. ouvr.* 2002. 423). En effet, non seulement le ministre doit veiller à la présence au sein de la commission mixte paritaire des organisations représentatives de toutes les activités couvertes, mais il doit écarter de l'extension les activités qui seraient représentées par des organisations représentatives non conviées (v. CE 4 mars 1960, *Fédération des industries chimiques et parties similaires*, *préc.* ; 2 mars 1962, *Fédération des industries chimiques et parties similaires*, *Dr. soc.* 1962. 346). Le souci d'une charte dont le champ recouvre toute l'activité professionnelle (P. Nicolay, concl. sous CE 4 mars 1960, *préc.*) était à l'origine tellement fort que toutes les catégories professionnelles devaient être concernées. Ce souci a cédé devant l'essor d'accords moins amples et dorénavant l'extension est possible alors même que l'ensemble des catégories professionnelles ne serait pas couvert (art. L. 2261-27, 3° nouv. C. trav. se substituant à l'art. L. 133-11, 3).

Une commission mixte doit assurer la représentation fidèle et complète d'une activité professionnelle, une branche lorsque telle est l'aire couverte. Une même activité ne peut donc être représentée par plusieurs commissions mixtes. Et, dans un arrêt *Fédération nationale des travaux publics* du 6 novembre 2000 (*Lebon*, p. 491, *RJS* 3/01, p. 199, concl. P. Fombeur), le Conseil d'État a paru condamner tout chevauchement. Le ministre compétent doit rechercher si le champ professionnel pour lequel l'extension est envisagée n'est pas déjà compris dans le champ d'une autre convention ou accord collectif étendu et, s'il y a recoupement, il doit soit, préalablement à l'extension, en exclure les activités déjà couvertes, soit abroger l'arrêté antérieur en tant qu'il s'applique à ces activités (v. CE 15 mai 2006, *RDT* 2006. 326, obs. S. Nadal). L'arrêt *MEDEF et autres* du 30 juin 2003 (**n° 175**) consacre une solution beaucoup plus souple, puisqu'en cas de chevauchement, il juge suffisante et, donc, satisfaisante, la prévision dans l'accord dont l'extension était contestée d'une clause de non-cumul avec les accords déjà applicables.

Dans le régime issu de la loi du 24 juin 1936, l'extension supposait l'unanimité des organisations représentatives tant du côté des salariés que du côté des employeurs. Telle était du moins l'interprétation rete-

nue par le Conseil d'État (CE 3 mars 1939, *Confédération nationale des coiffeurs de France et des Colonies*, Lebon, p. 140) et maintenue après la loi du 11 février 1950 (v. CE 4 mars 1960, *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*, préc.). Aujourd'hui, l'unanimité n'est plus exigée pour que le ministre ait pouvoir d'étendre l'accord (v. art. L. 2261-7 nouv. C. trav. se substituant à l'art L. 133-11, 1°). Mais logiquement il doit alors retrancher de l'extension les activités représentées par les organisations représentatives non signataires (v. arrêt précédent, en ce qui concerne les industries de l'amiante).

C. — Pouvoirs de l'autorité administrative

Il se peut que l'identification de l'autorité compétente soit, elle-même, objet de litige. Ainsi ce ne sont pas les ministères chargés de la Sécurité sociale et du Budget qui ont compétence pour étendre ou élargir un accord qui détermine des garanties mentionnées à l'article L. 911-1 du Code de sécurité sociale mais n'a pas cet objet exclusif ; la compétence revient au ministre chargé du Travail (CE 22 nov. 2000, *Fédération nationale du personnel de l'encadrement des sociétés de service informatique*, préc.). À raison de l'article L. 2212-1 nouv. C. trav. (qui se substitue à l'art. L. 132-3), le partage peut être délicat entre ministre chargé du Travail et ministre chargé de l'Agriculture (v. pour les centres équestres, CE 8 déc. 2000, *Groupement hippique national et autres*, Dr. soc. 2001. 518, concl. I. Da Silva, D. 2001. Somm. 1916, obs. D. Chelle et X. Prétot). Le ministre chargé de l'Emploi a seul compétence pour agréer les conventions de l'article L. 5422-20 nouv. C. trav. en dépit de leur incidence sur les finances publiques (CE 11 juill. 2001, *Syndicat Sud travail et autres*, préc.).

Le Conseil d'État veille, par ailleurs, au respect de la procédure préalable à la décision ministérielle, qu'elle se traduise en matière d'extension ou d'élargissement par la saisine et la délibération de la Commission nationale de la négociation collective ou dans le cas des conventions d'assurance chômage par la saisine et la délibération du Comité supérieur de l'emploi. L'arrêt n° 175 offre un exemple d'un tel contrôle, qui a trait à la légalité externe de l'arrêté.

Quant aux pouvoirs du ministre compétent, ils varient selon l'effet attaché à sa décision. Mais dans tous les cas, ses pouvoirs se dédoublent : un contrôle de légalité de l'accord collectif et une appréciation d'opportunité. Cette dernière est évoquée par l'article L. 133-8 (devenu l'art. L. 2261-25 nouv. C. trav.) relatif à l'extension lorsqu'il fait état de la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré. À cette appréciation, répond un simple contrôle de

l'erreur manifeste d'appréciation comme l'indique l'arrêt *MEDEF* du 30 juin 2003 (n° 175). Cette appréciation d'opportunité est expressément consacrée par le Conseil d'État, à propos de l'agrément des conventions d'assurance-chômage lorsqu'il énonce que « *dans le cas où l'accord satisfait à cette exigence [de compatibilité avec la loi], le ministre n'est pas pour autant tenu d'accorder l'agrément ; qu'il conserve en effet un pouvoir d'appréciation qui lui permet, pour des motifs d'intérêt général, tirés notamment de la nécessité de garantir l'équilibre financier du régime ou de la protection des droits des travailleurs privés d'emploi, de s'opposer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, à l'agrément sollicité* » (CE 11 juill. 2001, *MEDEF et CGPME*, *préc.*).

Il n'y a, à vrai dire, rien de surprenant dans cette marge d'appréciation concédée au ministre. Ce qui est beaucoup plus étonnant, et préoccupant, c'est la dilatation que le Conseil d'État fait subir à la légalité à laquelle le ministre doit veiller dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'article L. 2261-25 nouv. C. trav. (ex-L. 133-8). En effet, dans un arrêt remarqué, il est vrai annoncé (v. CE 16 janv. 2002, *RJS* 4/02, n° 468 et p. 308, concl. P. Fombeur), le Conseil d'État demande dorénavant au ministre de veiller à ce que l'extension n'ait pas un effet anticoncurrentiel et précise qu'il lui faut donc opérer une conciliation, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, entre les objectifs d'ordre social justifiant que les dispositions de la convention soient étendues et les impératifs de préservation de la concurrence. Et d'annuler les dispositions de l'arrêté qui étendait des stipulations de la convention collective des services d'eau et d'assainissement (CE 30 avr. 2003, *AJDA* 2003. 1150, chr. F. Donnat et D. Casas, *ibid.* p. 1849, note P. Subra de Bieusses, *Dr. ouvr.* 2003. 261, note G. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 2003. 999, note P.-H. Antonmattei et S. Destours). Cette irruption du droit de la concurrence est peut-être dans l'air du temps. Mais elle encourt la critique, car sous couvert d'un contrôle de l'arrêté au regard du droit de la concurrence, c'est la convention collective qui lui est soumise. Or, selon la conception française de la convention collective, c'est elle qui est supposée assurer, par elle-même, une conciliation entre des exigences contradictoires et elle bénéficie, pour cette raison, d'une immunité contre les intrusions du droit de la concurrence. Par ailleurs, sous le couvert d'un appel à la conciliation, c'est une prééminence éminemment contestable du droit de la concurrence sur le droit du travail qui est retenue.

Au terme du contrôle qu'il exerce, le ministre est habilité à exclure de l'extension les clauses illégales ou inopportunes (art. L. 2261-25 nouv. C. trav. qui se substitue à l'art. L. 133-8, al. 4). Ce même pouvoir lui est reconnu lorsqu'il est sollicité d'agréer un accord d'assurance-chômage (CE 11 juill. 2001, *MEDEF et autres*, *préc.*). Et c'est

dans l'exercice de ce pouvoir que le Conseil d'État fait, depuis longtemps, intervenir la notion d'indivisibilité qui oblige le ministre à ne pas porter atteinte, sur un point essentiel, à l'économie de l'accord (CE 9 déc. 1943, *Chambre syndicale des négociants en draperie, Lebon*, p. 1983 ; 4 mars 1960, *Fédération nationale des Industries chimiques et parties similaires, préc.* ; 26 févr. 2003, arrêt n° 174 ; et pour une application à l'abrogation : CE 19 févr. 1982, *Fédération parisienne du bâtiment et des activités annexes, Lebon*, p. 78, *Dr. soc.* 1982. 567, concl. Ph. Dondoux). Le Conseil d'État manifeste aujourd'hui une sensibilité à l'indivisibilité qui peut exister avec un autre accord conclu par les parties, mais ne craint pas de tenir pour non avenue une stipulation d'indivisibilité incompatible avec la législation en vigueur (CE 11 juill. 2001, *MEDEF et CGPME, préc.*).

Plutôt que d'exclure certaines clauses de l'extension, le ministre est habilité à étendre l'accord, tout en exprimant ses réserves. Mais les conditions de formulation de telles réserves demandent à être précisées. On aurait pu penser qu'elles devaient être mentionnées dans l'avis publié au *Journal officiel* au début de la procédure d'extension (art. D. 2261-5 et s. nouv. C. trav. qui remplacent l'art. L. 133-14.) et soumises à la délibération de la Commission nationale de la négociation collective. Le Conseil d'État en a décidé autrement (CE 8 déc. 2000, *Groupement hippique national, préc.*). On aurait pu penser que l'incomplétude au regard des textes législatifs et réglementaires, qui, est la condition d'émission des réserves ferait l'objet d'une interprétation stricte. Et bien, telle est l'orientation suivie par l'important arrêt *Union des métiers et industries de l'hôtellerie* du 26 février 2003 (n° 174). Il dénie au ministre le pouvoir d'étendre sous réserve que le complément soit apporté par accord collectif ultérieur. Il faut donc que l'écart avec les dispositions d'ordre étatique puisse être comblé ou corrigé de façon immédiate sans l'intervention d'un acte quelconque. Ainsi comprise, comme une sorte de clause de sauvegarde, la réserve n'empêche pas l'extension de produire ses effets et la disposition frappée de réserve de s'appliquer à l'ensemble des travailleurs et employeurs compris dans le champ d'application de la convention (v. un ex. dans Soc. 19 févr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 71). La réserve signale une possible contravention future de la convention collective à l'égard du droit étatique et la substitution de l'un à l'autre à laquelle il y aurait lieu de procéder si la contravention était avérée.

176-178

LES NORMES NON CONVENTIONNELLES D'ENTREPRISE

**176. Soc. 4 avril 1990 — 177. Soc. 25 septembre 1991 —
178. Soc. 3 décembre 1996**

176. Soc. 4 avril 1990

Soc. des Établissements Maguin c. Courtin et autres

(Bull. civ. V, n° 161 ; Dr. soc. 1990. 803, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que, selon le jugement attaqué, la société Maguin assurait depuis 1978, la couverture sociale complémentaire de son personnel par une adhésion à la Mutuelle familiale et chirurgicale de l'Aisne, en prenant en charge un pourcentage constant du montant de la cotisation pour chacune des catégories de personnel concerné ; que cette participation concernait également les retraités et qu'à l'occasion de l'établissement d'un plan social en vue de la réduction des effectifs, l'employeur s'était engagé, en 1981, à assurer cette prise en charge, dans les mêmes conditions, en faveur des préretraités ; que, cependant, à compter du 1^{er} juillet 1985, il a supprimé cet avantage consenti aux retraités et préretraités, après en avoir informé le comité d'établissement et les intéressés ;

Attendu que la société fait grief au jugement de l'avoir condamnée à payer à dix préretraités, qui avaient été inclus dans le plan social une somme représentant la quote-part de l'entreprise dans la cotisation de la mutuelle pour les troisième et quatrième trimestres de 1985, alors, selon le pourvoi, que, d'une part, le fait que la décision prise en 1978 par l'employeur, de prendre en charge une partie de la cotisation due par les retraités à la Mutuelle familiale et chirurgicale ait été confirmée « dans les conditions qui ont été offertes aux personnes touchées par les licenciements pour motif économique de 1982 », ne lui a pas fait perdre son caractère unilatéral, et n'a pas constitué une condition du licenciement des personnes concernées, les licenciements constituant un acte juridique unilatéral qui n'est pas soumis, pour sa validité, à l'accord du salarié ; que, dès lors, en estimant que la suppression, par les établissements Maguin, de sa participation à la cotisation de la mutuelle constituait pour les demandeurs une modification *a posteriori* des conditions du licenciement, le conseil a violé l'article 1134 du Code civil ; alors que, d'autre part, et en tout état de cause, l'employeur était en droit de

revenir unilatéralement sur la décision prise en 1978, et confirmée en 1981, et de supprimer pour l'avenir, après avoir prévenu les intéressés sa participation à la cotisation de la mutuelle ; qu'en lui déniaient ce droit, le conseil de prud'hommes a violé l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu que *l'employeur n'est en droit de revenir à tout moment sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée ;*

Qu'en l'espèce, le conseil de prud'hommes a retenu que la mesure, incluse dans le plan social établi fin 1981, figurait parmi les conditions qui avaient été offertes aux personnes touchées par les licenciements pour motif économique de 1982, et qui leur avait permis d'opter pour le régime général de l'assurance chômage ou pour celui d'une convention de FNE ;

Qu'il a ainsi fait ressortir qu'en ce qui concernait les salariés bénéficiaires d'une telle convention, *l'employeur s'était engagé jusqu'à la cessation des effets de cette dernière ;*

Que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

177. Soc. 25 septembre 1991

Soc. Unigrains c. Mme Geffroy

(*Bull. civ. V*, n° 387 ; *Dr. soc.* 1992. 24, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles L. 122-13 et suivants du Code du travail et l'article 2 du titre 2 du règlement intérieur de la société Unigrains du 13 juillet 1983 ;

Attendu que le *règlement intérieur* dont l'établissement est obligatoire et par lequel l'employeur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise et les règles générales relatives à la discipline et énonce les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés, *s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise, dès lors qu'il est régulièrement pris, et constitue un acte réglementaire de droit privé ;*

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Geffroy a été engagée le 20 juin 1980 par la société Unigrains en qualité de secrétaire de direction ;

Qu'elle a été licenciée le 13 janvier 1984 ; que, répondant à sa demande d'énonciation des motifs du licenciement, son employeur lui a fait connaître, par lettre du 25 janvier 1984, qu'il était dû à des faits fautifs survenus entre le 12 juillet 1983 et le 28 décembre qu'il a énumérés ;

Attendu que pour condamner la société à verser à Mme Geffroy une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et ordonner le remboursement par l'employeur aux organismes concernés des indemnités de chômage, la cour d'appel a décidé que le règlement intérieur ne permettant pas à l'employeur de prononcer une sanction au-delà du délai de deux mois à compter du jour où il a eu connaissance des faits reprochés, seules les fautes commises au mois de décembre pouvaient être retenues et qu'elles ne constituaient pas des motifs suffisamment sérieux de licenciement ;

Attendu cependant que l'article 2 du titre 2 du règlement intérieur dispose seulement qu'aucune sanction ne peut être appliquée au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits, à moins que

des poursuites pénales n'aient été engagées dans le même délai ; qu'une telle disposition, qui a pour effet que ces agissements ne peuvent plus donner lieu au prononcé d'une sanction, n'interdit pas à l'employeur de les invoquer à l'appui d'une mesure prononcée pour des faits commis dans le délai de deux mois la précédant ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé, par fausse application, le règlement intérieur de la société ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du premier moyen et sur le second moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 mars 1987, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

178. Soc. 3 décembre 1996

Syndicat CFDT de la métallurgie d'Orbec, Lisieux, Livarot c. Soc. Sameto-Technifil

(*Bull. civ. V*, n° 412 ; *Dr. soc.* 1997. 102, obs. Ph. Waquet)

ARRÊT

Sur la deuxième branche du moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil et *les règles de la dénonciation des usages de l'entreprise* ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué statuant en référé, que la société Sameto-Technifil (la société) a, le 8 avril 1994, informé chaque salarié de son établissement de Saint-Germain-de-Livet par lettre recommandée avec accusé de réception, de ce qu'elle envisageait, en raison de difficultés économiques, de supprimer le 13^e mois, de remplacer la prime d'équipe par une majoration de 5 % du salaire, de remplacer la prime de nuit par les dispositions légales ou conventionnelles en vigueur et de recourir à la possibilité du travail en équipe de jour et de nuit selon les nécessités du carnet de commandes ; que le 24 avril 1994, le syndicat CFDT de la métallurgie Orbec, Lisieux, Livarot (le syndicat) a saisi en référé le tribunal de grande instance de demandes tendant à ce qu'il soit fait défense à la société de modifier les contrats de travail jusqu'à la mise en œuvre des procédures légales pour chacune des modifications envisagées ;

Attendu que pour rejeter la demande du syndicat tendant à ce qu'il soit fait obligation à l'employeur de dénoncer régulièrement les usages de l'entreprise, lesquels avaient rendu obligatoires les avantages qu'il était envisagé de supprimer, la cour d'appel énonce qu'à supposer que les éléments substantiels des contrats de travail sur lesquels porte la modification aient leur origine dans les usages maintenus à la suite de la dénonciation régulière d'accords collectifs, l'employeur n'a pas procédé en l'espèce à leur révocation mais a soumis aux salariés une proposition de révision des contrats individuels, auxquels les avantages en question étaient intégrés, et que les salariés étaient libres de refuser ;

Attendu cependant, en premier lieu, que *les avantages résultant pour les salariés d'un usage d'entreprise ne sont pas incorporés aux contrats de travail* ;

Attendu, en second lieu, que *l'employeur ne peut supprimer les avantages devenus obligatoires dans l'entreprise, par voie d'usages, que par une dénonciation régulière de ces derniers et que, pour que cette dénonciation soit opposable à l'ensemble des salariés concernés, il est nécessaire que cette décision de l'em-*

ployeur soit précédée d'une information, en plus de celle donnée aux intéressés, aux institutions représentatives du personnel, dans un délai permettant d'éventuelles négociations ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui, à tort, s'est prononcée sur une modification des contrats de travail et qui n'a pas caractérisé une dénonciation régulière des usages de l'entreprise, a violé le texte et le principe susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 juillet 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rennes.

OBSERVATIONS

Le *statut collectif* des salariés de chaque entreprise ou établissement comprend, à côté de règles portées par les dispositions de conventions et accords collectifs applicables dans cette unité, un segment composite de *normes non conventionnelles*. Le Cour de cassation voit aujourd'hui dans le *règlement intérieur*, dont l'élaboration voit obligatoire dans toute entreprise ou tout établissement d'une certaine taille (art. L. 1311-2, al. 1 nouv. C. trav.), un acte unilatéral générateur de règles juridiques ayant pour champ de validité l'entreprise ou l'établissement (A).

À cette réglementation privée peuvent s'ajouter des *usages*, autres règles juridiques privées naissant de pratiques homonymes (B), et des *engagements unilatéraux de l'employeur*, sources, sinon d'une autre famille de règles de droit, du moins d'obligations particulières pour cet employeur (C). Ces normes privées ou obligations patronales pourraient être qualifiées de paraconventionnelles, car la portée reconnue, par une construction prétorienne, aux pratiques ou actes en question paraît fondée sur l'idée d'accord implicite : le maintien de la confiance entre partenaires de l'entreprise requiert le respect des attentes légitimes suscitées par des pratiques constantes ou des propos tenus dans certains contextes (un arrêt semble traiter l'usage comme un « accord collectif de travail ne répondant pas aux conditions de [l'article L. 2232-16] C. trav. » : Soc. 25 févr. 1988, *Dr. soc.* 1989. 82, note A. Penneau ; D. 1988, Somm. 319, obs. A. Lyon-Caen). Une interprétation analogue vaudrait pour une autre innovation prétorienne : *l'effet obligatoire de la recommandation d'une organisation patronale* invitant ses adhérents à suivre les règles ou pratiquer les barèmes de salaires qu'elle a proposés à ses partenaires syndicaux au cours d'une négociation infructueuse (Soc. 29 juin 1999, deux arrêts, *Dr. soc.* 1999. 795, concl. J. Duplat ; D. 2000. 50, note R. de Quénadon, et Somm. 79, obs. A. Bouilloux). On trouve ainsi — à côté d'un régime du règlement intérieur, plus interprété et précisé que forgé par la Cour

de cassation (ex. l'arrêt n° 177) et le Conseil d'État — *un secteur du droit du travail d'origine essentiellement jurisprudentielle*. Les arrêts n° 176 et 178 ne sont que deux exemples, choisis pour la vigueur de leur contribution, dans la cohorte de décisions qui ont construit ce régime de l'usage et de l'engagement unilatéral de l'employeur. Nombre de ces arrêts illustrent *l'aisance avec laquelle la Cour de cassation se réfère, aux seules règles qu'elle a pu dégager antérieurement ou qu'elle inaugure à cette occasion*. Si l'arrêt n° 178 les vise en partie à côté de l'article 1134 du Code civil, des décisions plus récentes n'hésitent pas à prononcer une cassation au seul visa de ces règles ou « principes ».

A. — Le règlement intérieur

1. La loi a peiné à encadrer le « règlement d'atelier », pratique de législation domestique dans laquelle se manifeste, à la fois, l'autorité patronale et une démarche de coordination de l'activité collective. À la veille de la loi du 4 août 1982, le Code du travail imposait l'élaboration d'un règlement intérieur dans les entreprises ou établissements occupant au moins vingt salariés, sa soumission à l'avis des représentants du personnel, sa transmission à l'inspecteur du travail chargé d'en contrôler la légalité, son dépôt au conseil de prud'hommes, son affichage dans les locaux d'embauchage et de travail, et il interdisait de réagir par des sanctions pécuniaires aux manquements à ses prescriptions. Aucune disposition ne limitait de manière générale son contenu, et les règlements comportaient des dispositions très diverses, y compris sur la conclusion et la cessation du contrat de travail, la rémunération, les congés.

Pour régler les questions de droit concernant l'application et la portée de cet instrument, les juges avaient le choix entre *deux analyses* : l'une, dite « contractuelle », interprétait le règlement comme une annexe du contrat de travail à laquelle le salarié aurait souscrit lors de l'embauchage, tenant de ce contrat sa force obligatoire et supplétive de ses stipulations ; l'autre, qualifiée d'« institutionnelle », attribuait nature réglementaire à cet acte du chef d'entreprise, « législateur naturel de la société professionnelle » selon la formule de P. Durand. La première prévalait en jurisprudence (ex. : Soc. 21 avr. 1961, *Dr. soc.* 1961. 48, parlant d'une disposition du règlement « constitutive d'une clause du louage de services » ; 3 oct. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 672). Elle rendait compte de certaines solutions justifiées de manière peu explicite par les arrêts : inopposabilité au salarié de la disposition fixant un âge de la retraite et introduite dans le règlement après son engagement (Soc. 1^{er} mars 1972, *D.* 1972. 540, note G. Lyon-Caen),

exclusion de tout contrôle judiciaire de proportionnalité de la sanction disciplinaire prise en vertu du règlement intérieur (Soc. 6 nov. 1959, *Bull. civ.* IV, n° 1089 ; 16 nov. 1959, *JCP* 1960. II. 11477), mais impossibilité pour l'employeur de se prévaloir de ce règlement pour infliger une sanction à raison d'un fait survenu pendant une grève, qui suspend le contrat de travail (Soc. 16 déc. 1968, *Bull. civ.* V, n° 593 ; 4 juill. 1972, *JCP* 1973. II. 17464, note J. Pélissier), faculté de convenir dans le contrat individuel d'une durée d'essai plus longue que celle prévue par le règlement (Soc. 5 oct. 1978, *Bull. civ.* V, n° 644). D'autres arrêts n'illustraient pas vraiment cette analyse (ex. : Soc. 10 juin 1982, *Bull. civ.* V, n° 392) et quelques autres pouvaient accréditer la thèse adverse (le règlement intérieur légalement adopté et affiché est opposable au salarié, sans qu'il y ait à rechercher si celui-ci y avait « souscrit » lors de son embauchage : Soc. 24 févr. 1971, *Bull. civ.* V, n° 146 ; 4 mai 1977, *Bull. civ.* V, n° 285). Le régime jurisprudentiel apparaissait comme « un régime de transition entre la thèse contractuelle classique et la thèse institutionnelle moderne avec un caractère encore prédominant de la conception contractuelle » (A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, Sirey, 1967, p. 403).

La loi du 4 août 1982 allait conserver cette figure d'acte unilatéral de l'employeur, que l'on avait envisagé de supprimer ou de transformer en acte négocié. Selon les actuels articles L. 1321-1 et s. nouv. C. trav., l'édiction d'un règlement intérieur reste un attribut du pouvoir de l'employeur (un « règlement intérieur » prévu par une convention collective, négocié et signé par des organisations syndicales, constitue un accord collectif annexé à cette convention : Soc. 3 juill. 2001, *Bull. civ.* V, n° 245) et une obligation pour ce dernier dans toute entreprise où établissement où sont employés habituellement au moins vingt salariés. La procédure d'élaboration ou de modification de l'instrument, ainsi que les modalités du contrôle de sa légalité ont été précisées. Son contenu, qu'il s'agisse de l'objet ou de la teneur des dispositions, a été limité (art. L. 1321-1 à 1321-3), en des termes qui ont notamment pour conséquence d'exclure le prononcé d'une sanction disciplinaire non prévue par ce règlement (v. *supra*, sous arrêt n° 65). En outre, tout document (« note de service » ou autre) ayant le même objet est assimilé au règlement intérieur et soumis à son régime (art. L. 1321-5 ; pour des exemples d'une telle assimilation : Crim. 26 juin 1990, *Bull. crim.*, n° 261 ; CE 27 juill. 2005, *La Roseaie*, *JCP S* 2005. 1266, note X. Prétot, *Dr. ouvr.* 2006. 11, note D. Boulmier ; on s'interroge aujourd'hui sur la qualification des chartes d'éthique, « codes de conduite » ou dispositions instituant un système d'alerte, introduits dans nombre d'entreprises, et des juridictions du fond ont vu dans ces instruments des adjonctions au règlement intérieur, mais la Cour de cassation

n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question). Tout donnait à penser, dès 1982, que la nature de l'instrument avait définitivement changé. L'arrêt *Société Unigrains* du 25 septembre 1991 (n° 177) le confirme en qualifiant le règlement intérieur d'« *acte réglementaire de droit privé* ».

La formule est heureuse. Limité par la loi, l'objet du règlement n'empiète pas sur le contenu du contrat de travail (contenu obligationnel et champ contractuel). Il y a là raison supplémentaire d'admettre que le rapport d'emploi présente une double dimension, contractuelle et institutionnelle, liée au dualisme du contrat de travail, à la fois véritable contrat et acte-condition soumettant le salarié aux pouvoirs patronaux tout en l'intégrant au personnel d'une entreprise qui constitue le champ de validité de règles juridiques privées. Le recours à la fiction d'un consentement du salarié au règlement (l'idée d'adhésion de l'ouvrière au règlement affiché à la porte de la fabrique et ainsi doté d'un caractère conventionnel, illustrée par le fameux « arrêt des sabots » rendu le 14 février 1866 par la Cour de cassation) tenait précisément à la difficulté d'admettre qu'un acte unilatéral puisse créer des règles de droit pour un cercle de sujets privés. Cette idée irréaliste, liée à une conception routinière de la règle de droit (il n'y aurait de droit que procédant de l'État), est en recul. D'ailleurs, le pouvoir que la loi reconnaît à l'employeur de poser unilatéralement des règles juridiques ne se limite pas à celui d'édicter le règlement intérieur et les actes assimilés par l'article L. 1321-5 nouv. C. trav. On songe aux dispositions l'habilitant à prendre, à défaut d'accord collectif, des « mesures » qui ont pour signification objective de porter des règles (normes en matière de salaires ou de temps de travail après échec de la négociation obligatoire, règles fixant les critères de détermination de l'ordre des licenciements, etc. ; v. *infra*, C).

La nature désormais reconnue au règlement intérieur exclut l'incorporation de ses clauses au contrat de travail. Selon la Cour de cassation, la signature, par le salarié, d'un exemplaire du règlement ne manifeste pas une volonté claire et non équivoque d'accepter l'intégration dans son contrat d'une clause (de mobilité) étrangère à l'objet de cet instrument limité par le code (Soc. 2 oct. 1997, *RJS* 11/97, n° 1236 ; 19 nov. 1997, *Bull. civ.* V, n° 383). La clause en question ne pouvant valoir comme disposition du règlement, sa requalification en clause du contrat était la seule manière de la rendre opposable au salarié. Mais, le fait que le contrat de travail se réfère à une disposition du règlement intérieur prévoyant un avantage pécuniaire étranger à la matière de cet instrument n'a pas non plus pour effet de contractualiser cet avantage, dans lequel on verra plutôt l'objet d'un engagement unilatéral de l'employeur (Soc. 10 mars 2004, *Dr. soc.* 2004. 834, note M. Véricel, *Dr. ouvr.* 2004. 547, note I. Meyrat ; v. *infra*, C).

2. L'arrêt *Société Unigrains* souligne en deux autres points la nature d'acte porteur de règles juridiques (acte de « législation privée ») du règlement intérieur.

En premier lieu, il prononce une *cassation pour violation, par fausse application, d'un article du règlement intérieur*, qui, nommé au visa à côté des dispositions du Code du travail, est ainsi assimilé au « texte de loi » que doit viser tout arrêt de censure (art. 1020 C. pr. civ.). Il est d'ailleurs banal que des arrêts visent ces autres composantes du statut collectif de salariés que sont les dispositions de conventions ou accords collectifs.

En second lieu, la Cour observe que le règlement intérieur « *s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise* ». La formule est intéressante mais doublement incomplète. D'une part, elle néglige que cet instrument régit toutes les personnes œuvrant dans l'entreprise ou l'établissement, y compris le personnel d'entreprises extérieures et les travailleurs temporaires ou les stagiaires, sauf en ce qui concerne l'exercice du pouvoir disciplinaire dont l'employeur ne dispose qu'à l'égard des personnes auxquelles le lie un contrat de travail (CE 12 nov. 1990, *Atochem*, *AJDA* 1991. 484, obs. X. Prétot) ; ce qui souligne au passage la dissociation de ce règlement et du contrat de travail. D'autre part, il faudrait dire « au chef d'entreprise et à l'employeur », c'est-à-dire à la personne physique exerçant l'essentiel des pouvoirs patronaux et à la personne (une société en l'espèce) partie aux contrats de travail, titulaire de ces pouvoirs, à laquelle sont imputables les faits et actes relevant de leur exercice. La formule utilisée par l'arrêt a toutefois le mérite d'évoquer la fonction de référence, de mesure commune pour la validité, la licéité, la portée des actions, opérations et situations les plus diverses, qui est celle de toute règle ou de tout corps de règles. Loin de se réduire à une série de prescriptions adressées aux salariés, qui s'imposeraient à ces derniers sans jamais lier l'employeur, le règlement peut être opposé à celui-ci par ceux-là (comme par toute autre personne). Il est mesure et donc limitation de ce que peut faire cet employeur, par exemple en ce qu'il borne autant qu'il peut fonder certains contrôles (Soc. 11 déc. 2001, *ibid.*, n° 377 : pour l'ouverture et la fouille des armoires individuelles des salariés), limite le choix des sanctions (Soc. 13 oct. 1993, *Bull. civ. V*, n° 231 ; 17 déc. 1997, *ibid.*, n° 453 ; 15 janv. 2002, *ibid.*, n° 13 ; rapp. : Soc. 2 mai 2000, *ibid.*, n° 159) ou prévoit la consultation d'un organisme chargé de donner un avis sur la sanction envisagée (Soc. 28 mars 2000, *Dr. soc.* 2000. 653, obs. J. Savatier : le salarié peut se prévaloir du règlement même s'il n'a pas été communiqué à l'inspecteur du travail). Que ces dispositions privées et non négociées relatives aux sanctions soient impuissantes à priver le juge de son pouvoir de qualification (Soc. 2 mai 2000, *préc.* : qualification de faute

grave) n'affecte en rien la cohérence de cette *conception normative* du règlement intérieur.

3. En qualifiant celui-ci d'« *acte juridique de droit privé* », une décision postérieure (Soc. 16 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993. 267, note A. Jeammaud ; *D.* 1993. 334, note X. Prétot) n'a pas remis en cause la qualification plus complète (« *acte réglementaire de droit privé* ») retenue par l'arrêt de 1991. En l'espèce, il importait surtout de souligner ce caractère « de droit privé » afin de fonder la compétence du juge judiciaire de droit commun pour connaître d'une action principale en annulation de dispositions d'un règlement, et son pouvoir d'apprécier, sans se heurter à une question préjudicielle, la validité de dispositions sur lesquelles l'autorité administrative ne s'était pas prononcée (« le contrôle de légalité dévolu à l'inspecteur du travail par [l'art. L. 1322-1 et s. nouv.] C. trav., ne saurait lui ôter sa nature pour le transformer en un acte administratif »).

Cet éventuel contrôle de légalité par voie d'action devant le tribunal de grande instance coexiste avec celui que le juge prud'homal peut pratiquer, par voie d'exception, à l'occasion d'un litige relevant de sa compétence d'attribution. Confronté à une question de validité d'une clause du règlement à l'occasion d'un contentieux du licenciement ou d'une sanction disciplinaire par exemple, et fondé à écarter son application pour cause d'illégalité (art. L. 1322-4 nouv. C. trav.), un conseil de prud'hommes ne saurait se dérober à cette appréciation (Soc. 18 févr. 1998, *Dr. soc.* 1998. 506, obs. A. Jeammaud). Mais ces contrôles judiciaires ne sont pas les plus visibles, et le contrôle par voie d'action en annulation semble rarement mis en œuvre. Ils sont pourtant à l'origine d'arrêts de la Cour de cassation éclairant le sens et la portée des dispositions légales qui gouvernent l'objet et la teneur du règlement intérieur (ex. : Soc. 12 déc. 1990, *Bull. civ.* V, n° 670 ; 7 oct. 1992, *JCP* 1993. II. 22148, note D. Corrigan-Carsin ; 30 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 187 ; 18 févr. 1998, *préc.* ; 9 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 315 ; *D.* 1999, Somm. 35, obs. C. Giraudet ; 22 mai 2002, *Dr. soc.* 2002. 781, obs. F. Duquesne, et 24 févr. 2004, *Bull. civ.* V, n° 60 : ces deux derniers arrêts admettent la légalité d'une disposition prévoyant un contrôle d'alcoolémie pour les salariés qui occupent certains postes et ouvrant une possibilité de contestation de ce contrôle ; Soc. 7 nov. 2006, *Dr. soc.* 2007. 364, obs. J. Savatier : mise à l'écart des dispositions incompatibles avec celles de la convention collective). Mais ils restent plus exceptionnels que ceux pratiqués par l'administration du travail, qui ont engendré un contrôle indirect par les juridictions administratives saisies de recours en annulation de décisions des fonctionnaires de cette administration ou du ministre (le Conseil d'État avait dû rappeler que le juge administratif était alors « compétent », sans

devoir ni pouvoir renvoyer cet examen au juge judiciaire, pour apprécier la conformité au Code du travail d'un règlement intérieur établi par un employeur privé : 12 juin 1987, *Soc. Gantois*, *Dr. soc.* 1987. 651, 2^e esp., note J. Savatier).

4. Aussi la jurisprudence relative au règlement intérieur est-elle, pour l'essentiel, d'origine administrative.

C'est elle qui précise à quel niveau, entreprise ou établissement, doit être établi ce règlement (CE 5 juin 1987, *UAP*, *Dr. soc.* 1987. 651, 1^{re} esp., note J. Savatier ; 5 mai 1993, *SAT*, *RJS* 7/93, n° 741) ou quelles personnes se trouvent soumises au règlement intérieur d'une entreprise (ex. : CE 12 nov. 1990, *Atochem*, *préc.*). C'est elle qui complète le régime du contrôle administratif (ex. : CE 21 oct. 1994, 18 mars 1998, *Comité d'entreprise Soc. de bourse A. Ferri*, *RJS* 6/98, n° 734), notamment en ce qui concerne la motivation des décisions (CE 23 juill. 1993, *Institution privée de Monistrol-sur-Loire*, *Dr. soc.* 1993. 842, concl. M. Pochard : comme celle de l'inspecteur du travail, la décision du directeur régional et celle du ministre doivent être motivées), et du contrôle contentieux des décisions auxquelles il donne lieu (CE 12 juin 1987, *Soc. Gantois*, *préc.* ; 8 juill. 1988, *Soc. Comp-toir Lyon, Alemand, Louyot, Lebon*, Tables p. 1403 ; *D.* 1990, *Somm.* 134, obs. D. Chelle et X. Prétot ; 5 mai 1993, *SAT*, *préc.*).

Ce corps de décisions juridictionnelles offre de nombreuses illustrations ou interprétations des règles du code limitant l'objet du règlement intérieur (ex. : CE 9 déc. 1994, *Soc. Obi-France, Lebon*, p. 547 ; 18 mars 1998, *Groupe Crédipar, Lebon*, p. 99) et encadrant sa teneur. On y découvre les contours de l'interdiction de dispositions contraires aux lois et règlements (ex. : CE 12 juin 1987, *Soc. Hapian Frères*, *Dr. soc.* 1987. 651, 3^e esp., note J. Savatier ; *D.* 1988. *Somm.* 104, obs. J. Péliissier : cas de prévision d'une sanction pécuniaire) ou aux dispositions des conventions et accords collectifs (ex. : CE 28 janv. 1991, *Crédit du Nord*, *Dr. soc.* 1992. 227, note J. Savatier ; *D.* 1992, *Somm.* 153, obs. D. Chelle et X. Prétot : cas de prévision d'une mise à pied non prévue par la convention collective).

Surtout, cette cohorte d'arrêts illustre et concrétise la portée de la disposition légale n'autorisant les restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives qui si elles sont « justifiées par la nature de la tâche à accomplir » et « proportionnées au but recherché » (art. L. 1321-3 nouv. C. trav.). On pense aux arrêts relevant une restriction excessive de l'exercice du droit de retrait et d'alerte, ou le caractère excessif d'une disposition qui permet à la direction de faire ouvrir à tout moment les armoires individuelles des salariés (CE 12 juin 1987, *Soc. Gantois*, *préc.*), fixant les conditions dans lesquelles le règlement peut prévoir la fouille des salariés (CE 8 juill. 1988, *Soc.*

Comptoir Lyon, Alemand, Louyot, préc. ; 11 juill. 1990, *Soc. Griffine-Maréchal*, *RJS* 10/90, n° 769) ou leur soumission à l'alcootest (CE 9 oct. 1987, *Centre Renault Agriculture, Lebon*, T., p. 969 ; 12 nov. 1990, *Cie des Signaux et entreprises électriques*, *RJS* 2/91, n° 178), retenant l'illégalité d'une interdiction de toute conversation étrangère au service (CE 25 janv. 1989, *SITA*, *Dr. soc.* 1990. 201, concl. J. de Clausade) ou de l'interdiction faite à des caissières d'accepter à leur caisse un membre de leur famille (CE 9 déc. 1994, *Soc. Obi-France*, *préc.*), admettant l'imposition d'un badge pour circuler dans des installations nucléaires (CE 29 déc. 1995, *Eurodif*, *Dr. soc.* 1996. 394, 2^e esp., concl. C. Maugüe), jugeant illégale une réglementation de l'exercice du droit de grève mais licites sa restriction pour certains postes au nom d'impératifs de sécurité (CE 12 oct. 1992, *Soc. Sofrapain*, *Dr. soc.* 1993. 163, concl. G. Le Chatelier ; 12 nov. 1990, *Atochem*, *préc.* ; 21 oct. 1994, *Sa Teintureries de la Turdine*, *RJS* 1/95 ; D. 1996, Somm. 225, obs. D. Chelle et X. Prétot ; 29 déc. 1995, *Eurodif*, *Dr. soc.* 1996. 394, 1^{re} esp., concl. C. Maugüe ; 27 juill. 2005, *La Roseraie*, *JCP S* 2005, 1266, note X. Prétot, *Dr. ouvr.* 2006. 11, note D. Boulmier), estimant illégale la disposition qui prescrit aux employés d'une banque d'informer leur employeur de l'existence de comptes qu'ils détiennent dans d'autres établissements (CE 3 oct. 1997, *Synd. FO des employés et cadres de la CRCA du Midi*, *RJS* 12/97, n° 1371), précisant les conditions dans lesquelles un règlement peut imposer le respect du caractère propre d'un établissement privé d'enseignement (CE 20 juill. 1990, *Assoc. Saint-Joseph*, *Dr. soc.* 1990. 862, concl. M. Pochard ; 23 juill. 1993, *Institution privée de Monistrol-sur-Loire*, *préc.*).

Des éléments de jurisprudence pertinente apparaissent d'ailleurs dans d'autres domaines que le contrôle de légalité du règlement intérieur. Par exemple dans le contentieux de l'autorisation administrative du licenciement des salariés protégés, qui peut donner lieu à une appréciation — par voie d'exception — de la légalité de ses dispositions ou de celles d'une note de service (ex. : CE 11 juin 1999, *Mme Chicard, Lebon*, p. 198, concl. G. Bachelier).

B. — Les usages

L'usage est une *pratique* répétée telle que cette répétition, même sur une assez courte période, rend sa poursuite obligatoire et fonde ceux qui en bénéficient à la réclamer. Ils obtiendront ou devront obtenir satisfaction en vertu d'une *règle* que cette pratique, si elle est attestée, est censée suivre et dont cette constance dans la manière de faire assure la positivité. Cette valeur normative des usages trouve une base

textuelle dans le Code du travail. L'usage-pratique est parfois pris en compte (l'« usage constant » de l'art. L. 1242-2, 3° nouv. C. trav., les usages en matière de période des congés de l'art. L. 3141-13, al. 2). Surtout, nombre d'articles renvoient à des usages-règles ou réservent leur application (art. L. 1234-1, 1234-8, al. 1, L. 1237-1, art. L. 1242-14, L. 2325-4, 3121-3, al. 2, L. 3121-9, al. 2, etc.). Mais la jurisprudence reconnaît plus généralement caractère *obligatoire* à l'usage : dès lors qu'il est établi, il doit être suivi ; en particulier, l'employeur est tenu de servir l'avantage et respecter la garantie devenus « d'usage ». Les *usages généraux* (les deux heures quotidiennes de liberté pour le salarié en cours de préavis de licenciement ou de démission : Soc. 7 février 1957, *Dr. soc.* 1957. 362), *professionnels* ou *locaux* sont moins nombreux que les *usages d'entreprise*. Ces derniers concernent des primes (prime de fin d'année, treizième mois, prime de bilan, etc.), des congés et des pauses, la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles gérées par le comité d'entreprise, les moyens d'action des représentants du personnel et des syndicats ou de leurs délégués, l'application d'une convention collective à laquelle l'employeur n'est pas assujéti, etc. C'est essentiellement à leur propos que la Cour de cassation a dû se prononcer, et assez souvent depuis un quart de siècle pour qu'on trouve là l'indice d'une réelle fréquence de la discussion des usages devant les juridictions du fond, signalant elle-même une banalisation de leur mise en question ou en cause par des employeurs.

1. D'assez nombreux arrêts ont contribué à préciser *les conditions d'établissement des différentes catégories d'usages*. À commencer par la règle selon laquelle il appartient à celui qui invoque un usage — le salarié en général — d'en établir l'existence. Que la pratique invoquée soit née d'une initiative patronale (le versement régulier d'une prime, l'application volontaire d'une convention collective) ou d'un acquiescement tacite de la direction à une pratique des salariés (non-déduction du temps de travail de la durée d'une pause), l'usage n'est établi que s'il s'agit d'une *pratique générale, constante, fixe* (ex. : Soc. 26 oct. 1979, *Bull. civ.* V, n° 786 ; 21 janv. 1987, *Dr. soc.* 1987. 637, 1^{re} esp. note J. Déprez ; 28 févr. 1996, *Bull. civ.* V, n° 74 ; v. en particulier Soc. 12 févr. 1985, *D.* 1985. IR. 454, obs. Ph. Langlois : la décision de l'employeur de suivre volontairement une convention collective déterminée ne peut être créatrice d'un usage que si elle a été effectivement appliquée dans l'entreprise, ce qui n'est pas le cas si les salariés se sont opposés à cette application). L'erreur exclut l'usage (Soc. 10 mai 1979, *Bull. civ.* V, n° 408). La simple tolérance ne suffit pas, mais de déclarations de l'employeur reconnaissant la persistance de l'avantage on pourra déduire l'existence d'un usage et non d'une

simple tolérance (9 juill. 1986, *Dr. soc.* 1987. 637, 2^e esp., note J. Déprez ; *D.* 1987, Somm. 202, obs. M.-A. Souriac).

L'usage peut subordonner à certaines conditions (d'ancienneté par exemple) l'avantage qu'il fonde (ex. : Soc. 11 janv. 2000, *Bull. civ.* V, n° 17). Mais son intérêt et sa légitimité est d'assurer aux salariés davantage que la loi ou la convention collective, ce qui est *a priori* possible même si les conventions collectives du secteur ou le budget de l'organisme employeur sont soumis à l'agrément d'une autorité publique de tutelle (Soc. 8 oct. 1996, *Bull. civ.* V, n° 315 : pour les conditions de travail du personnel des organismes de sécurité sociale ; 14 nov. 2007, n° 06-43.345 PB, *D.* 2007, AJ. 3073 : pour le personnel de l'Association pour la formation des adultes).

D'ailleurs, son application suppose qu'il soit plus favorable aux salariés que la loi ou la convention collective. Par exemple, un usage d'entreprise ne saurait imposer au salarié le paiement d'heures supplémentaires selon un système de forfait (Soc. 31 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 184 ; 6 juill. 1999, *Dr. soc.* 1999. 955, obs. B. Gauriau), alors qu'il peut permettre la participation à la négociation d'entreprise d'un représentant syndical extérieur (19 oct. 1994, *Bull. civ.* V, n° 281), ou limiter le choix de l'employeur dans la fixation des dates de congés payés (16 mai 2000, *Dr. soc.* 2000. 915, obs. J. Barthélémy). On devine à l'œuvre, même s'il n'est pas nommé, « le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application » (v. *infra*, arrêt n° 180). La Cour de cassation s'inspire d'une idée proche d'un critère de faveur pour le salarié (comme celui de l'art. L. 2251-1 nouv. C. trav.) lorsqu'elle affirme que, si une période d'essai peut être prévue par la convention collective ou stipulée dans le contrat de travail, elle ne saurait être imposée par l'usage d'une profession (Soc. 23 nov. 1999, *Dr. soc.* 2000. 204, obs. J. Mouly ; v. *supra*, Troisième partie, sous arrêts n° 41-43). Mais on ne décèle plus cette idée lorsque la Cour exclut qu'un usage de l'entreprise (ou un engagement unilatéral de l'employeur, v. *infra*) puisse augmenter le nombre de délégués syndicaux alors qu'un accord collectif peut le faire (Soc. 5 mars 2008, n° 07-60.305 P, *D.* 2008, AJ. 926). L'aptitude à déroger *in melius* au droit légiféré n'est donc pas également reconnue à toutes les sources du statut collectif.

C'est à d'autres aspects du régime de l'usage que touche l'arrêt *Syndicat CFDT de la métallurgie d'Orbec, Lisieux et Livarot* du 3 décembre 1996 (n° 178). À savoir, deux points d'importance majeure en période de remise en cause des « acquis » : il énonce que « les avantages résultant pour les salariés d'un usage d'entreprise ne sont pas incorporés aux contrats de travail », avant d'invoquer et mettre en œuvre les « règles de la dénonciation des usages de l'entreprise ».

2. Une société ayant informé chacun des salariés d'un de ses établissements de son projet de revenir sur divers avantages découlant d'usages, un syndicat (agissant en vertu de ce qui était alors l'art. L. 411-11, devenu l'art. L. 2132-3, al. 2 nouv. C. trav.) avait saisi le tribunal de grande instance en référé afin que défense soit faite à cet employeur de modifier les contrats de travail jusqu'à mise en œuvre des procédures requises pour chacun des changements envisagés. Le problème avait donc été posé en termes de modification des contrats individuels. Selon la cour d'appel, l'employeur n'avait pas entendu révoquer les usages et s'était borné à soumettre à chaque salarié une proposition de révision de son contrat auquel les avantages se trouvaient intégrés. Dans son arrêt du 3 décembre 1996, la Cour de cassation rejette expressément cette thèse de l'incorporation des usages au contrat de travail, comme elle avait jadis écarté celle de l'incorporation de la convention collective (voir *supra* n° 164). Ainsi rompt-elle avec sa doctrine antérieure considérant que les avantages nés d'un usage s'incorporaient au contrat de travail, l'usage puisant alors sa force dans l'acceptation tacite de chaque salarié (lecture plausible de l'art. 1135 C. civ.). On est loin de la formule d'un arrêt longtemps classique selon lequel le doublement de son salaire mensuel ne pouvait être exigé par un employé, à défaut de convention expresse des parties, « qu'en exécution d'un usage constant *auquel les contractants doivent être présumés avoir adhéré* » (Ch. réunies, 5 août 1941, *DH* 1941. 321 ; *GA*, 2^e éd., n° 99).

En conséquence, deux analyses ou solutions retenues en jurisprudence devaient être abandonnées. Il n'était plus possible d'analyser la révocation de l'usage comme une modification du contrat de travail de chaque salarié (Soc. 20 févr. 1986, *Dr. soc.* 1986. 915 en annexe d'une étude de J. Déprez ; 10 déc. 1987, *Dr. soc.* 1989. 82, note A. Penneau). Et si l'usage ne s'intègre plus au contrat, donc n'est plus réputé objet d'accord tacite ou supplétif d'accord exprès, on ne pouvait plus admettre qu'une stipulation contractuelle moins favorable au salarié prévale sur lui (Soc. 30 avr. 1987, *Bull. civ.* V, n° 240). L'arrêt *Syndicat CFDT de la métallurgie d'Orbec, Lisieux et Livarot* tire la première de ces conséquences en reprochant à la cour d'appel de s'être prononcée sur une modification des contrats de travail, et d'avoir ainsi violé l'article 1134 du Code civil convoqué par le visa de cassation. Des décisions ultérieures allaient confirmer cette nouvelle interprétation de la dénonciation de l'usage dans son rapport au contrat de travail (Soc. 13 févr. 1996, *Bull. civ.* V, n° 53 ; 12 févr. 2003, *RJS* 4/03, n° 548).

L'arrêt de 1991 reconnaît clairement, dans l'usage, *une règle s'appliquant aux rapports d'emploi et aux relations professionnelles* établis dans son champ de validité professionnel ou spatial, c'est-à-dire un

élément du statut collectif. Cette nature convient plus encore aux usages généraux, professionnels ou locaux qu'aux usages d'entreprise, et aux usages relatifs au droit syndical ou à la représentation du personnel (dont on concevait mal qu'ils puisent leur autorité dans la force obligatoire des contrats individuels) plus encore qu'à ceux touchant aux rapports d'emploi et bénéficiant individuellement aux salariés. De cette nature semble logiquement découler la solution retenue quant à l'incidence d'une modification dans la situation juridique de l'employeur : les usages étant des règles en vigueur dans l'entreprise, ils *sont opposables et s'imposent au nouvel employeur* tant que ce champ de validité demeure identifiable (Soc. 23 sept. 1992, *Dr. soc.* 1992. 926 ; 18 oct. 1995, *JCP* 1996.II.22628, note Ph. Coursier ; 7 mai 1996, *RJS* 6/96, no 740 ; 9 oct. 2001, *Bull. civ.* V, n° 311). Puisqu'il ne s'incorpore pas au contrat de travail, l'usage n'est pas « porté » par la règle désormais formulée par l'article L. 1224-1 nouv. C. trav. C'est pourtant à cette disposition que se réfère désormais la Cour de cassation pour fonder la transmission de l'usage ou de l'engagement unilatéral (à propos duquel cette question et cette incohérence seront évoquées : v. *infra*, C, 4).

Ce statut de *norme juridique* (non étatique et infra-étatique) reconnu à l'usage exclut désormais qu'une clause contractuelle soit moins favorable au salarié qu'un usage doté d'une force indépendante de son incorporation tacite à ce contrat ; même et surtout s'il s'agit d'un usage local et professionnel et non d'entreprise (Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106 : cassation pour violation du principe de l'application de la norme la plus favorable). Mais s'il est bien règle de droit, l'usage-règle ne constitue pas une « disposition légale impérative » au sens de l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Soc. 12 nov. 2002, *supra*, arrêt n° 16).

Un avantage découlant d'un usage *peut être contractualisé*, c'est-à-dire « intégré aux dispositions du contrat de travail » du salarié, de sorte que sa remise en cause emporte modification de ce contrat (Soc. 22 mars 1995, *RJS* 5/95, n° 539 ; 7 avr. 1998, *Dr. soc.* 1998. 623, obs. J. Savatier ; la dénonciation de l'usage de faire application d'une certaine convention ne s'imposant pas dans l'entreprise n'est pas opposable au salarié qui bénéficie de cette convention en vertu des stipulations de son contrat : Soc. 3 févr. 1993, *RJS* 3/1993, n° 294 ; *D.* 1993, Somm. 264, obs. E. Dockès). Un arrêt promis à modeste audience (Soc. 11 juill. 2006, *Dr. soc.* 2006. 1053, obs. Ph. Waquet : décision rendue en formation restreinte et non publiée au *Bulletin*) a énoncé que l'intégration d'un avantage d'usage dans le contrat de chacun des salariés mettait fin à cet usage sans qu'il soit besoin pour l'employeur de le dénoncer selon la procédure prescrite à cet effet (*infra*). Choix

normatif d'autant plus discutable que cet arrêt paraissait admettre que la contractualisation en question ait pu résulter d'une décision unilatérale de l'employeur d'intégrer les primes d'usage dans le salaire de ses collaborateurs. Un arrêt postérieur s'est heureusement montré plus exigeant en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas caractérisé l'accord de chacun des salariés à la cessation du versement des primes litigieuses (Soc. 12 juin 2007, *Dr. soc.* 2007. 966, obs. F. Duquesne). Mais il semble traiter cet assentiment comme un accord à la modification du contrat, ce qui impliquerait que l'usage se trouve incorporé au contrat de chaque salarié alors que le Cour a par ailleurs écarté cette « lecture » avec force et constance dans l'arrêt *Syndicat CFDT de la métallurgie d'Orbec, Lisieux et Livarot* et d'autres qui l'ont suivi. Plutôt que de parler d'incertitude jurisprudentielle, admettons que, si le droit prétorien est assez net, quelques arrêts de la Cour peinent à le suivre.

S'agissant des actes ou opérations qui peuvent valoir contractualisation d'un usage ou révéler semblable transformation volontaire, la chambre sociale considère que la remise au salarié, lors de l'embauche, d'un document résumant les usages et engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits (Soc. 11 janv. 2000, *Dr. soc.* 2000. 833, 2^e esp., note M. Véricel), qu'en proposant de reprendre dans un avenant aux contrats une version modifiée de l'usage l'employeur n'admet pas nécessairement que cet usage s'est incorporé à ces contrats (Soc. 10 févr. 1998, *Bull. civ.* V, no 83), et qu'un avantage d'usage ne se transforme pas en avantage découlant du contrat du seul fait que l'employeur a recherché un accord avec ses salariés sur sa modification (Soc. 16 nov. 2005, *Bull. civ.* V, n° 329, *D.* 2006, Somm. 417, obs. G. Borenfreund) ou a sollicité leur accord à sa remise en cause (Soc. 26 avr. 2006, *JCP S* 2006. 1674, note P.-Y. Verkindt).

3. L'employeur ne peut prétendre mettre fin instantanément à un usage en cessant de s'y conformer. Mais si nul ne proteste, et bien que l'absence de réclamation des salariés n'entraîne pas cessation de l'usage (Soc. 23 oct. 1991, *Bull. civ.* V, n° 440), la pratique perdra bientôt la constance qui fondait ou attestait la règle, de sorte que celle-ci s'évanouira par une sorte de désuétude. Avant qu'advienne semblable événement, le fait de se soustraire à un usage favorable à la représentation du personnel consomme le délit d'entrave (Crim. 2 oct. 1981, *Dr. ouvr.* 1982. 101 ; 12 janv. 1982, *Bull. crim.*, n° 12 ; 4 nov. 1982, *Dr. ouvr.* 1983. 392 ; sauf si les usages en cause n'avaient pas pour finalité d'améliorer le fonctionnement de la représentation du personnel : Crim. 14 mai 1985, *Dr. soc.* 1986. 916, note A. Pecyna), et le refus de servir un avantage d'usage provoque la rupture du contrat

de travail qui s'analyse en un licenciement, comme lorsque cet avantage résulte du contrat ou d'un accord collectif (Soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999. 97, obs. J.-E. Ray). En revanche, l'employeur a la faculté de *dénoncer l'usage d'entreprise* comme il peut dénoncer un accord collectif d'entreprise à durée indéterminée, sauf, bien entendu, si cet usage a été « intégré aux dispositions du contrat de travail » (Soc. 7 avr. 1998, *préc.*).

L'arrêt n° 178 évoque ces solutions bien assurées en énonçant que « l'employeur ne peut supprimer les avantages devenus obligatoires dans l'entreprise, par voie d'usages, que par une dénonciation régulière de ces derniers ». Surtout, il rappelle une partie de ces « règles de la dénonciation des usages de l'entreprise » mentionnées dans son visa, qui sont des créations de la Cour de cassation elle-même, en partie imitées du régime des conventions et accords collectifs.

L'arrêt confirme que la dénonciation doit être portée à la connaissance des *institutions représentatives du personnel*, ainsi que de *chaque salarié* si l'usage en cause lui profite individuellement, et bien que ce salarié n'ait pas à accepter ou refuser une mesure n'affectant pas son contrat (v. aussi Soc. 13 févr. 1996, *préc.*, alors qu'un arrêt antérieur parlait d'une dénonciation de l'usage qui « modifiait les droits attachés au contrat de travail » : Soc. 7 janv. 1992, *Bull. civ.* V, n° 2). Il reproche donc à la cour d'appel d'avoir violé ce « principe » en ne recherchant pas si la dénonciation litigieuse avait été régulière au regard de l'exigence d'information des représentants du personnel. La Cour a eu, par ailleurs, l'occasion de préciser que « l'absence de dénonciation aux délégués du personnel », faute pour l'employeur d'avoir organisé l'élection de ces représentants, entraînait l'irrégularité de la dénonciation de l'usage (Soc. 16 nov. 2005, *préc.*) Dans d'autres cas, la carence peut concerner l'information due à chaque salarié aussi bien que celle des représentants du personnel (ex. : Soc. 9 avr. 2002, n° 00-41.783 : la dénonciation à l'occasion d'une réunion du personnel et la mention de la modification de la prime en cause sur le bulletin de paie sont insuffisantes ; mais l'employeur qui dénonce l'usage portant sur l'application volontaire d'une convention collective n'a pas à préciser davantage la portée de son acte : Soc. 19 oct. 2005, *JCP S* 2006. 1051, note J.-M. Olivier). La chambre sociale ayant tout récemment jugé que le comité d'entreprise devait être consulté avant la dénonciation d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de cette entreprise (Soc. 5 mars 2008, *Sem. soc. Lamy*, 31 mars 2008, n° 1347, p. 10, comm. M. Séguineau, *D.* 2008, AJ. 855, obs. S. Maillard), on a pu se demander si, désormais, la dénonciation d'un usage ne devait pas également donner lieu à une consultation au lieu d'une simple information de la représentation du personnel (d'autant plus qu'elle ne laissera subsister aucun avantage

individuel acquis, v. *infra*). La Cour paraît cependant s'en tenir à l'exigence d'un préavis suffisant pour permettre les négociations et à une « notification » aux représentants du personnel (Soc. 27 mars 2008, n° 07-40.437 à 07-40.450). Mais ménager une éventualité de négociations ne suppose-t-il pas, en tout cas, une consultation de ces élus ?

Selon une autre règle évoquée par l'arrêt n° 178, la *dénonciation ne produit effet qu'au terme d'un délai de « prévenance » ou « préavis »* (v. aussi : Soc. 16 mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 221 ; 8 oct. 1996, *ibid.*, n° 315), que doit mentionner l'information adressée aux salariés et à leurs représentants. Ce délai doit être *suffisant* pour permettre ce que la Cour a appelé une « conciliation » puis, comme dans l'arrêt rapporté, « d'éventuelles négociations » (pour une cassation au visa du « principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant » : Soc. 12 févr. 1997, *Dr. soc.* 1997. 430, obs. J. Savatier). Il incombe, le cas échéant, à l'employeur, d'établir que ce délai a été ménagé (Soc. 22 oct. 1996, *Bull. civ. V*, n° 343) et il appartient au juge d'apprécier son caractère suffisant (Soc. 20 févr. 1986, *préc.* ; 6 juill. 1994, *Bull. civ. V*, n° 229 et 12 févr. 1997, *préc.*). En effet, la Cour de cassation n'a pas poussé l'imitation du régime de la convention collective jusqu'à affirmer que ce délai était celui prévu pour la dénonciation de la convention applicable (ex. : Soc. 11 janv. 2000, *Bull. civ. V*, n° 17), ni à faire naître de la dénonciation d'un usage une obligation de négocier en vue de son éventuel remplacement par une norme conventionnelle (Soc. 12 juin 1986, *Dr. soc.* 1986. 890, note J. Savatier ; 9 juill. 1986, *Dr. soc.* 1987. 637, note J. Déprez ; *D.* 1987. Somm. 202, obs. M.-A. Rotschild-Souriac). L'application analogique des règles valant pour la dénonciation des conventions et accords collectifs (ou l'application de règles prétorienne qui les imitent) a donc des limites.

Faute de dénonciation notifiée aux représentants du personnel et aux salariés, ou de délai suffisant, l'usage demeure en vigueur (Soc. 13 févr. 1996, *Bull. civ. V*, n° 53 ; 16 déc. 1998, *ibid.* n° 570), et les salariés sont fondés à réclamer cet avantage jusqu'à dénonciation régulière de cette norme ou conclusion d'un accord d'entreprise ayant le même objet (un récent arrêt, non sélectionné pour le *Bulletin* il est vrai, formule à nouveau la règle prétorienne dans toute son extension : Soc. 27 mars 2008, *préc.*). Si l'employeur cesse de respecter l'usage qu'il a irrégulièrement dénoncé (défaut d'information, préavis insuffisant), la rupture du contrat de travail dont le salarié prend l'initiative (« prend acte », dirait-on désormais) s'analyse en un licenciement, au surplus dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc. 6 avr. 1993, *Dr. soc.* 1994. 360, note F. Duquesne ; 27 mai 1997, *Bull. civ. V*, n° 190). S'il n'y a pas d'obligation, pour l'employeur, de motiver la dénonciation, celle-ci peut se révéler abusive, et la preuve de son motif illicite

entraîne sa nullité (Soc. 13 févr. 1996, *Dr. ouvr.* 1996. 217, concl. Y. Chauvy : dénonciation d'un usage pour tenter de faire échec à l'exercice normal du droit de grève). Que la critique de la dénonciation vise la procédure ou, exceptionnellement, les motifs, le salarié qui ne réunit pas, à la date de cette suppression de l'usage, les conditions de son bénéfice, ne peut contester cette dénonciation (Soc. 12 févr. 2008, n° 06-45.397 PB, *D.* 2008, AJ. 617, obs. B. Ines). Ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes.

La dénonciation conforme aux règles ainsi dégagées est *opposable aux salariés*, qui devront en subir les conséquences sans pouvoir utilement prétendre que leur contrat de travail a été modifié (Soc. 25 févr. 1988, *Dr. soc.* 1989. 82, note A. Penneau ; *D.* 1988, Somm. 319, obs. A. Lyon-Caen ; 30 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 401 ; 23 sept. 1992, *JCP E* 1993. II. 466, note P. Pochet ; 13 févr. 1996, *Bull. civ.* V, n° 53 ; 10 févr. 1998, *ibid.*, n° 83). Elle produit effet au terme du délai de préavis, sans maintien d'aucun « avantage acquis » (sauf si la prime s'est transformée en avantage de retraite : Soc. 30 nov. 2004, *Dr. soc.* 2005. 327, obs. C. Radé), et doit affecter également tous les salariés placés dans la même situation (en vertu du principe « à travail égal, salaire égal », ainsi qu'on le conçoit à la lecture d'un arrêt concernant la dénonciation d'un engagement unilatéral : Soc. 12 févr. 2008, n° 06-45.397 PB, *Sem. soc. Lamy*, 25 févr. 2008, p. 12, comm. F. Champeaux, *D.* 2008, AJ. 617, obs. B. Ines). Cela ne signifie pas que la décision de l'employeur exerçant son pouvoir de direction occupe aussitôt le terrain laissé libre par la règle d'usage. S'agissant de rémunération, la Cour de cassation souligne que le contrat de travail recouvre son empire : « dans le cas où la rémunération résulterait exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur », la dénonciation régulière de ce dernier « ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire », qui doit alors « résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer » (Soc. 20 oct. 1998, *Dr. soc.* 1999. 125, note Ph. Langlois ; *D.* 1999. 525, note F. Jault-Seseke et M. Moreau ; v. *supra*, Quatrième partie, sous n° 55).

Sa dénonciation régulière n'est pas, pour l'usage-règle, la seule manière de perdre sa validité. L'*accord collectif* met fin à l'usage d'entreprise (Soc. 19 déc. 1990, *Bull. civ.* V, n° 688 ; 9 juill. 1996, *Dr. soc.* 1996. 983, obs. J. Savatier ; 14 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 106 ; 8 janv. 2002, *ibid.*, n° 4 ; 26 janv. 2005, *ibid.*, n° 31), dès lors qu'il a le même objet (Soc. 9 juill. 1996, *Bull. civ.* V, n° 276) ou qu'il énonce mettre en cause « tous les usages, engagements unilatéraux et accords atypiques » en ne reconduisant que certains usages déterminés (Soc. 23 nov. 2005, *Bull. civ.* V, n° 340), et que l'avantage né de l'usage n'a pas été contractualisé (Soc. 5 oct. 1999, *Dr. soc.*

2000. 112, obs. J.-P. Laborde ; *D.* 2000, Somm. 382, obs. T. Aubert-Monpeyssen) ou « conventionnalisé » (par exemple à travers un accord collectif garantissant le maintien des avantages nés des usages ou des engagements unilatéraux : Soc., 10 juill. 2001, *Bull. civ.* V, n° 257). À l'appui de cette solution, la Cour de cassation a observé que l'usage était « par nature supplétif de la volonté des parties » à la convention collective (Soc. 25 janv. 1995, *D.* 1995. 593, note P. Pochet ; *Dr. soc.* 1995. 274, obs. G. Borenfreund).

C. — Les engagements unilatéraux de l'employeur

Si le Code du travail fait de l'édiction du règlement intérieur un attribut autant qu'une obligation de l'employeur, il l'habilite aussi, expressément ou implicitement, à faire des actes dont le contenu aura (quelle que soit la terminologie légale : « décision unilatérale », « mesure », etc.) la signification d'une décision ou d'un corps de règles juridiques valides dans le cadre de l'entreprise, de l'établissement ou d'une unité plus réduite (ex. : art. L. 1233-5 et 6, L. 2242-4, L. 2281-12, L. 3121-4, L. 3121-7, L. 3123-2, L. 3141-13 nouv. C. trav., etc.). L'édiction de règles constituant un procédé élémentaire d'organisation et direction des collectivités, le pouvoir de direction dont l'ordre juridique investit cet employeur l'habilite d'ailleurs à prendre de multiples actes « innommés » qui auront signification de décisions ou créeront des règles. En l'absence même de prévision légale, une note de service, un courrier circulaire, une déclaration relatée par un procès-verbal de réunion du comité d'entreprise, etc., dans lesquels une direction fixe, par exemple, les horaires ou d'autres conditions de travail, les conditions d'obtention ou modalités de fourniture d'un avantage, ou les modes et critères d'évaluation des salariés, sont banalement générateurs de règles d'entreprise. Et, pas plus que celui né de l'usage, l'avantage résultant d'un « règlement » adopté par un employeur ne s'incorpore aux contrats de travail, la seule référence du contrat à cet avantage n'ayant pas pour effet de le contractualiser (Soc. 12 juill. 2007, *JCP S* 2008. 1031, note J.-Ph. Tricoit). Si ces « petites normes » privées sont opposables et s'imposent en tant que telles aux salariés comme à l'employeur, ce dernier est *a priori* maître de leur persistance, c'est-à-dire de leur validité, et il a licence de les « abroger » dans l'exercice de l'habilitation même qui le fonde à les édicter (sous réserve d'une exigence procédurale : l'information et la consultation des représentants du personnel si elles s'imposent en vertu des dispositions fixant les attributions de ces derniers). Mais il en va autrement si l'on peut déceler, dans l'acte normateur et parce qu'il apporte un avantage ou une garantie nouvelle aux salariés, un *engagement unilatéral de l'em-*

ployeur : celui-ci ne pourra alors se libérer par une simple manifestation de volonté produisant immédiatement son effet. Cependant, tout acte normateur ou décision de l'employeur ne recèle pas semblable engagement, et celui-ci n'est pas seulement repérable dans des actes unilatéraux.

1. Cette variété d'engagement est une assez récente découverte — une « invention » diront certains — de la chambre sociale de la Cour de cassation. L'arrêt *Société des établissements Maguin* du 4 avril 1990 (n° 176) n'est pas la première décision à parler d'engagement unilatéral de l'employeur, puisque deux arrêts, de quelques semaines antérieurs et non publiés au *Bulletin*, avaient employé l'expression. Il mérite cependant d'être distingué parce que, le premier, il a consacré cette source d'obligation à travers une proposition générale : « *L'employeur n'est en droit de revenir à tout moment sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée* » (v. : E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994. 227). Des arrêts ultérieurs ont pu se borner à prononcer une cassation « vu les règles régissant la dénonciation et la mise en cause des engagements unilatéraux de l'employeur » (Soc. 2 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 143 ; 25 sept. 2007, *JCP S* 2007. 1887, note M. Del Sol) ou même « vu les règles régissant (ces engagements) » (Soc. 23 janv. 2002, 00-41.478). Quelques décisions ont feint de trouver dans l'article 1370 du Code civil un fondement de la force obligatoire de l'engagement unilatéral (Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 106 ; 11 juill. 2002, n° 00-44.462 ; 29 sept. 2004, *TPS* 2004, n° 369, et un autre arrêt du même jour n° 02-41.845 ; 30 nov. 2005, n° 04-41.934 D), mais ce « montage » argumentatif est resté trop inconstant pour que l'on puisse tenir cet acte pour une nouvelle espèce de quasi-contrat. La place reconnue à l'engagement unilatéral dans les relations du travail est d'autant plus remarquable que le droit commun des obligations reste hésitant à son égard, même si sa composante jurisprudentielle ne l'ignore plus (ex. : Civ. 1^{re} 28 mars 1995, *D.* 1996. 180, note J.-L. Mouralis ; *D.* 1995, Somm. 227, obs. Ph. Delebecque).

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 176, une société avait assuré la couverture sociale complémentaire de son personnel et de ses retraités par une adhésion à une mutuelle en prenant à sa charge un pourcentage du montant de la cotisation, puis s'était engagée, à l'occasion d'un plan social (« plan de sauvegarde de l'emploi » dans la terminologie légale actuelle), à assurer cette prise en charge aux salariés partant en préretraite. Mais elle allait bientôt supprimer cet avantage consenti aux retraités et préretraités, en informant le comité d'entreprise et les intéressés. Retenant que cette mesure figurait parmi les conditions offertes aux personnes touchées par la réduction d'effectifs, le conseil de prud'hommes l'avait condamnée à payer à des prére-

traités une somme représentant sa quote-part dans leur cotisation à la mutuelle. À l'appui de son pourvoi, la société soutenait que sa décision initiale de prendre en charge une partie de la cotisation des retraités n'avait pas perdu son caractère unilatéral du fait de son extension aux salariés optant pour une préretraite, de sorte qu'elle était toujours en droit de revenir sur cette décision et de mettre fin à sa participation en prévenant les intéressés. La Cour de cassation, au contraire, a vu dans cette décision un engagement unilatéral de sa part, et un engagement pour une durée déterminée.

Une telle qualification a d'abord concerné des accords conclus entre un employeur et des partenaires autres que des syndicats représentatifs (délégués du personnel, comité d'entreprise, comité de grève, salariés directement consultés), et ne constituant donc pas des accords collectifs du Code du travail (des art. L. 2221-1 et s. nouv. C. trav.). La Cour avait pu recourir à l'idée d'usage afin de permettre aux salariés de se prévaloir de ces accords dits « atypiques », même si parfois affleurait l'idée d'« engagement de l'employeur envers ses salariés » (Soc. 14 juin 1984, *Dr. soc.* 1985. 188, 2^e esp., note J. Savatier ; 7 janv. 1988, *Dr. soc.* 1988. 464, note Ch. Freyria). Les choses sont aujourd'hui plus claires : il convient de voir dans l'acte, en fait conventionnel, un *engagement unilatéral de l'employeur* qui suffit à obliger celui-ci et fonde les salariés à obtenir le bénéfice de cet engagement (Soc. 23 oct. 1991, *Bull. civ.* V, n° 433). Sans doute est-il préférable de dire que l'accord recèle un engagement unilatéral portant sur l'avantage ou la garantie consenti par l'employeur (voir une formule proche dans : Soc. 18 mars 1997, *Dr. soc.* 1997. 544, obs. G. Couturier et J. Savatier ; D. 1998, Somm. 256, obs. A. Lyon-Caen), ou que l'accord « a (n'a que) valeur d'engagement unilatéral » (Soc. 19 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998. 89, 1^{re} esp., obs. G. Couturier ; v. aussi : 4 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 532, obs. C. Radé). Il paraît plus naturel, en tout cas, d'avancer qu'une décision prise par le chef d'entreprise, représentant de l'employeur, devant le comité, les délégués du personnel ou les délégués syndicaux, constitue un engagement unilatéral de l'employeur ou « s'analyse » en un tel engagement (ex. : Soc. 16 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993. 156, note J. Savatier ; 19 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998. 89, 2^e esp., obs. G. Couturier ; rapp. : Crim. 28 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 130).

Quelle est la pertinence de cette qualification ? Ne se trouve-t-on pas simplement en présence d'une décision arrêtée par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, en réponse le cas échéant à une demande des salariés ou de leurs représentants ? S'il ne s'agissait que d'une telle décision, on ne voit guère comment l'employeur serait privé de la faculté de la rapporter, mettre un terme à ses effets ou la modifier sur le champ, sauf abus (ou détournement) de ce pouvoir

constitutif d'une faute et générateur d'une éventuelle responsabilité délictuelle à l'égard de salariés. Déceler un *engagement* sous une décision de l'employeur ou son consentement à un accord ne valant pas accord collectif au sens du Code du travail, ajoute bien quelque chose. Et ce saut qualitatif trouve une justification objective dans un fait social : les décisions ou déclarations patronales en question étant annoncées ou faites devant des représentants des salariés, ou figurant dans des notes de service ou des courriers adressés aux salariés, ceux-ci ou ceux-là « retiennent », en quelque sorte, ces manifestations unilatérales de volonté, de sorte que naît une attente légitime de l'avantage ou de la garantie en question.

L'avènement de cette figure réduit le domaine des usages, puisque des engagements qui, naguère, ne faisaient naître d'obligation d'en maintenir le bénéfice qu'à travers la pratique régulière qu'ils pouvaient amorcer, produisent désormais cet effet par leur seule expression. Une place demeure cependant pour le pur usage, car on ne trouve pas toujours de déclaration ou de décision patronale à l'origine d'une pratique méritant cette qualification d'usage. En sens inverse, la variabilité de l'avantage fourni, qui fait normalement obstacle à la reconnaissance d'un usage, n'empêche pas que l'employeur reste tenu de le servir jusqu'à dénonciation régulière pour l'avenir, dès lors qu'il a été institué par un acte constituant ou recélant un engagement unilatéral (Soc. 5 juin 1996, *Dr. soc.* 1996. 973, obs. G. Couturier ; 28 oct. 1997, *Dr. soc.* 1998. 77, obs. G. Couturier ; 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999. 97, obs. J.-E. Ray ; 7 nov. 2001, n° 99-45.537 : « lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement, peu important son caractère variable »).

2. Un engagement unilatéral peut donc être décelé dans un accord entre employeur et représentation du personnel ou autre partenaire inhabile à signer un accord collectif au sens de l'article L. 2231-1 nouv. C. trav., dans une déclaration du chef d'entreprise devant le comité d'entreprise, dans une note de service ou un courrier individuellement adressé aux salariés (ex. : Soc. 23 oct. 1991, *préc.* ; 20 mai 1992, *RJS* 6/92, n° 471 ; 16 déc. 1992, *préc.* ; 18 mars 1997, *préc.* ; 19 nov. 1997, deux arrêts, *préc.* ; 15 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 378 ; 7 nov. 2001, *préc.* ; 4 févr. 2003, *préc.*). Cette identification dépend, si est en cause une déclaration ou un projet de la direction, des termes employés et du contexte d'énonciation ou présentation (ex. : Soc. 25 nov. 2003, *Bull. civ.* V, n° 294 : limitation du nombre de licenciements à intervenir jusqu'à une certaine date, prévue par un projet présenté au comité central d'entreprise, interprétée comme « un engagement uni-

latéral de l'employeur de ne pas procéder à davantage de licenciements pendant la même période »), et il y aura parfois lieu d'écarter la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur (ex. : Soc. 16 déc. 2005, *JCP S* 2006. 1268, note R. Vatinet ; 14 févr. 2007, n° 05-42.505, *RDT* 2007. 243, obs. Ph. Waquet ; 19 mars 2008, n° 06-44.509). L'engagement peut évidemment être logé dans un accord, tel l'engagement de maintenir le niveau de l'effectif, valant clause de garantie d'emploi, inséré dans un accord de réduction du temps de travail (Soc. 7 févr. 2007, n° 05-43.298 D, *RDT* 2007. 243, obs. Ph. Waquet). Il peut aussi être imputé à la signature d'un accord collectif n'ayant pas fait d'objet de l'agrément ministériel qui, dans le secteur médico-social, conditionne son effet (Soc. 4 janv. 2000, *Bull. civ.* V, n° 5). Il peut être décelé dans une circulaire de la direction (Soc. 3 févr. 1993, *Bull. civ.* V, n° 31) ou un « règlement » par elle élaboré (Soc. 5 juin 1996, *préc.*).

Le plan de sauvegarde de l'emploi, que l'employeur doit établir en cas de projet de licenciements pour motif économique (art. L. 1233-61 nouv. C. trav.), recèle d'ordinaire un certain nombre d'engagements unilatéraux, créateurs de droits pour les salariés (Soc. 7 févr. 2007, *préc.* ; chaque salarié peut donc en réclamer l'exécution ou la sanction devant le conseil de prud'hommes : Soc. 23 févr. 1994, *Dr. soc.* 1994. 516). C'est ce qu'illustre, au fond, l'arrêt *Société des établissements Maguin*. De tels engagements peuvent aussi être découverts dans les dispositions d'un règlement intérieur qui ne peut plus, depuis 1982, contenir de clauses relatives à des avantages (Soc. 22 janv. 1992, *D.* 1992. 378, note B. Mathieu ; 10 janv. 1995, *Bull. civ.* V, n° 18 ; *D.* 1995, Somm. 357, obs. E. Dockès : cas d'un règlement qu'un nouveau règlement n'avait pu remplacer faute de mesures de publicité régulière ; 7 juill. 1998, *Dr. soc.* 1998. 955, obs. J. Savatier ; *D.* 1999, Somm. 176, obs. M.-C. Amauger-Lattes ; 26 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 236 ; 10 mars 2004, *Dr. soc.* 2004. 834, note M. Véricel, *Dr. ouvr.* 2004. 547, note I. Meyrat). Enfin, un engagement unilatéral à l'égard et au profit des salariés peut être découvert dans une délibération de l'organe de direction ou des règles internes de la personne morale employeur (Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106 : clause du règlement de copropriété disposant que le concierge serait logé gratuitement par les copropriétaires ; 23 janv. 2002, n° 00-41.478).

L'engagement unilatéral peut porter sur un mode de calcul ou un élément (prime) du salaire, la prise en charge de certains frais, l'octroi de congés supplémentaires, l'organisation d'un élément de protection sociale non imposé par la loi ou la convention collective, un traitement des licenciements plus favorable que celui imposé par la loi, l'absence de licenciements pendant une période déterminée, etc. Est assurément concevable et licite l'engagement d'un employeur de se conformer aux dispositions d'une convention collective à laquelle il n'est pas assujetti.

3. Si les conditions d'établissement de l'engagement unilatéral sont naturellement toutes différentes de celles de l'usage, le droit étatique jurisprudentiel réserve le même régime à ces deux catégories de normes professionnelles en ce qui concerne leur possible teneur et leur pérennité.

Sous l'une ou l'autre de ses formes concevables, *l'engagement unilatéral ne vaut que dans la mesure où il apporte une garantie ou un avantage aux salariés* (Soc. 23 oct. 1991, *préc.*). Il ne peut créer d'obligation à la charge des salariés et ne peut déroger à la loi ou à la convention collective qu'en leur faveur (Soc. 26 oct. 1999, *Dr. soc.* 2000. 381, note C. Radé ; 17 mai 2006, n° 04-965 : l'employeur peut accorder des avantages s'ajoutant à ceux résultant d'une convention ou d'un accord collectif, mais ne saurait substituer à ces derniers des avantages différents). Peu importe, à cet égard, que les mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi et objets de l'engagement de l'employeur aient bénéficié de l'assentiment du comité d'entreprise (Soc. 13 juill. 1993, *Dr. soc.* 1993. 879) ou que l'engagement soit tiré d'un accord conclu avec ce comité (Soc. 19 nov. 1997, 1^{re} esp., *préc.*). Dans le même ordre d'idées, un « accord atypique » n'est pas opposable aux salariés (par exemple s'il prévoit une obligation de non-concurrence), tandis que ceux-ci peuvent « se prévaloir d'un avantage contenu dans cet accord, qui ne vaut alors que comme engagement unilatéral de l'employeur » (Soc. 15 juill. 1998, *Bull. civ.* V, n° 378). Mais, pas plus qu'un usage d'entreprise, un engagement unilatéral de l'employeur n'a pouvoir d'augmenter le nombre de délégués syndicaux (Soc. 5 mars 2008, n° 07-60.305 P, *D.* 2008, AJ. 926).

Si l'employeur a licence de soumettre l'avantage qu'il institue à certaines conditions, celles-ci ne doivent pas porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié — il s'agit là, aujourd'hui, d'une simple application de l'article L. 1121-1 nouv. C. trav. — par exemple à la liberté du travail (Soc. 18 avr. 2000, *D.* 2001. 263, note J. Mouly : encore que cet arrêt ne traite pas la prime en cause comme objet d'un engagement unilatéral). Surtout, car la portée de cette règle paraît plus importante en pratique, nul doute qu'un engagement unilatéral est tributaire du principe « à travail égal, salaire égal » et de ce principe d'égalité de traitement des salariés d'un même employeur qui paraît s'affirmer (on pourrait tirer argument d'un arrêt concernant, non un engagement unilatéral, mais une disposition conventionnelle paraissant laisser à l'employeur le choix d'accorder ou non un avantage : Soc. 27 mars 2007, *RDT* 2007. 393, obs. T. Aubert-Monpeyssen). S'il n'est pas inconcevable que l'engagement soit pris au bénéfice d'un salarié déterminé en raison de ses attributions (ex. : Soc. 13 nov. 2002, *Dr. soc.* 2003. 228, obs. C. Radé), il est désormais assuré que l'avantage promis devrait bénéficier à tous les collègues de ce salarié « placés dans une situation identique ».

Le salarié ne peut, dans son contrat de travail, renoncer à une disposition du statut collectif, donc au bénéfice d'un engagement de l'employeur, sauf disposition contractuelle plus favorable (Soc. 5 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 208 ; D. 2001, Somm. 3014, obs. M.-C. Amauger-Lattes ; 4 févr. 2003, *préc.* ; 18 oct. 2006, *Dr. soc.* 2007. 108, obs. A. Mazeaud). L'avantage né d'un engagement unilatéral peut d'ailleurs, comme celui découlant de l'usage, être « conventionnalisé » (Soc. 10 juill. 2001, *Bull. civ.* V, n° 257) ou contractualisé. Mais « la remise au salarié, lors de son embauche, d'un document mentionnant les engagements unilatéraux de l'employeur, fût-il mentionné au contrat de travail à titre de renseignement sur le statut collectif de l'entreprise, n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits » (Soc., 2 mai 2001, *Dr. soc.* 2001. 1002, obs. B. Gauriau ; dans le même sens : Soc. 25 sept. 2007, *JCP S* 2007. 1887, note M. Del Sol), et l'octroi contractuel d'un avantage particulier n'a pas pour effet de contractualiser l'ensemble d'un régime supplémentaire né d'un engagement unilatéral (Soc. 6 juin 2007, *RJS* 11/07, n° 1210).

4. L'engagement qu'il a pris oblige l'employeur tant qu'il ne l'a pas régulièrement dénoncé (Soc. 19 déc. 2007, n° 06-43.520 D), et il est tenu de l'exécuter de bonne foi (Soc. 9 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 231 : pour un engagement de sauvegarder l'emploi ; l'employeur ne respectant pas les engagements pris dans le plan de sauvegarde de l'emploi se verra reprocher un manquement à son obligation de reclassement : Soc. 6 juin 2000, *RJS* 7/00, n° 786). Le régime jurisprudentiel de la mise en cause des engagements unilatéraux de l'employeur est identique à celui des usages. Certains arrêts de cassation visent d'ailleurs « les règles régissant la dénonciation des usages et des engagements unilatéraux de l'employeur » (voire « la règle de la dénonciation ... ») ou la dénonciation des seuls engagements unilatéraux, parfois alliées à l'article 1134 du Code civil (ex. : Soc. 2 mai 2001, *préc.*).

Le défaut de versement d'une rémunération due en vertu d'un engagement unilatéral provoque la rupture du contrat de travail qui s'analyse en un licenciement (Soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999. 97, obs. J.-E. Ray). Comprenons, aujourd'hui, que si le salarié prend acte de la rupture en invoquant ce manquement, il a les plus grandes chances de faire juger que la rupture par lui « constatée » produit les conséquences d'un licenciement injustifié (v. *supra*, n° 86-88).

En revanche, l'employeur est libre de revenir à tout moment sur un engagement, dès lors que celui-ci est à exécution successive et à condition, ce que souligne l'arrêt *Société des Établissements Maguin*, qu'il n'ait pas été pris pour un temps déterminé (v. aussi : Soc. 16 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999. 194, obs. F. Gaudu ; : 25 sept. 2007, *préc.* : la dénonciation « n'est pas illicite »). L'introduction d'une condition à

laquelle sera dorénavant subordonné le bénéfice de l'avantage requiert une dénonciation de l'engagement initial (Soc. 7 mai 1998, *Dr. soc.* 1998. 730, obs. G. Couturier ; 11 juin 2003, *Sem. soc. Lamy*, 15 juill. 2003, n° 1131). Cette *dénonciation doit être notifiée aux représentants du personnel, ainsi qu'à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition qui leur profite, et assortie d'un délai de préavis suffisant pour permettre d'éventuelles négociations* (Soc. 16 déc. 1992, *préc.* ; 10 janv. 1995, *préc.* ; 13 févr. 1996, *RJS* 4/96, n° 481 ; 18 mars 1997, *préc.* ; 7 juill. 1998, *préc.* ; 1^{er} juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 251). La signature, par chaque salarié, d'un avenant à son contrat de travail tendant à modifier dans un sens moins favorable les conditions de versement d'une prime prévues par un « accord collectif valant engagement unilatéral de l'employeur » demeure sans effet tant que cet accord n'a pas été régulièrement dénoncé (Soc. 4 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 532, obs. C. Radé) ; c'est dire qu'elle n'opère pas dénonciation. Régulière, la dénonciation doit affecter également tous les salariés placés dans la même situation, en vertu du principe « à travail égal, salaire égal » (Soc. 12 févr. 2008, n° 06-45.397 PB, *Sem. soc. Lamy*, 25 févr. 2008, p. 12, comm. F. Champeaux, *D.* 2008, AJ. 617, obs. B. Ines).

Comme pour l'usage encore, un accord collectif portant sur le même objet met fin à l'engagement unilatéral (Soc. 9 juill. 1996, *Bull. civ. V*, n° 276 ; 5 mars 1997, *Bull. civ. v*, n° 92 ; 19 nov. 1997, 2^e arrêt, *préc.*), mais l'identité d'objet manque parfois d'évidence (ex. : Soc. 16 sept. 2003, n° 01-44.587 D ; *D.* 2004, Somm. 385, obs. L. Camaji).

S'il n'a pas été dénoncé ou éteint par un accord collectif, l'engagement unilatéral n'est pas affecté par la modification dans la situation juridique de l'employeur. La Cour de cassation n'a jamais hésité à affirmer qu'il était *opposable au nouvel employeur* dès lors que l'entreprise subsistait après « transfert » (Soc. 16 déc. 1992, *préc.* ; 20 févr. 1994, *RJS* 4/94, no 443 ; 17 mars 1998, *RJS* 5/98, n° 570 ; 6 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 213 ; 9 oct. 2001, *ibid.*, n° 311). Elle considère pourtant, avec une égale constance, que l'obligation née de cet engagement reste extérieure, et que l'avantage procuré ne s'incorpore pas, aux contrats de travail des salariés. Le paradoxe est devenu plus manifeste lorsque la chambre sociale a choisi, pour fonder cette solution, de faire référence à l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail, devenu l'article L. 1224-1 nouv. C. trav. Elle a d'abord usé d'une formule équivoque, ou prudente, en disant que l'engagement était transmis « en cas d'application » plutôt que « par application » de ce fameux texte (Soc. 4 févr. 1997, *Dr. soc.* 1997. 416, obs. G. Couturier ; 21 sept. 2005, *JCP S* 2005. 1371, note P. Morvan). Mais, aujourd'hui, elle énonce très directement qu'en cas de « transfert d'une entité économique autonome » cet engagement unilatéral est transmis à l'employeur cessionnaire « *en application* » de cette disposition (Soc. 22 nov. 2006,

RDT 2007. 102, obs. Ph. Waquet ; 22 janv. 2008, n° 06-43.534 ; 12 mars 2008, n° 06-45.147 PB). Le rattachement de la transmission de l'engagement à cette règle et au « transfert du contrat de travail » (terminologie de la nouvelle codification) est confirmé et souligné par une précision également constante : « le nouvel employeur n'est tenu d'appliquer les usages et engagements unilatéraux pris par l'ancien employeur qu'à l'égard des salariés dont le contrat était en cours au jour du transfert », c'est-à-dire de la modification dans la situation juridique de l'employeur » (Soc. 7 déc. 2005, *Dr. soc.* 2006. 232, obs. J. Savatier, *D.* 2006. 1867, note G. Loiseau, et Pan. 417, obs. G. Borenfreund ; 22 nov. 2006 et 12 mars 2008, *préc* ; rappr. : Soc. 18 avr. 2008, n° 06-45.328). Sans parler des difficultés que peut parfois engendrer cette solution, elle est *clairement incompatible avec celle de la non-incorporation au contrat de travail des avantages et garanties nés d'un engagement unilatéral ou d'un usage*. Paradoxe supplémentaire, ces normes s'avèrent ainsi plus résistantes à une modification visée par l'article L. 1224-1 que les normes conventionnelles, dont l'application est, dans cette hypothèse, « mise en cause » en vertu de l'article L. 2261-14 nouv. C. trav. Il serait plus satisfaisant de compléter le régime prétorien de cet engagement unilatéral et de l'usage en imitant ou en appliquant par analogie la règle contenue dans ce dernier texte. Le régime du statut collectif y gagnerait en cohérence.

179-181

LES CONCOURS ET CONFLITS DE NORMES

**179. Ass. Plén. 18 mars 1988 — 180. Soc. 17 juillet 1996 —
181. Cons. const. 13 janvier 2003**

179. Ass. plén. 18 mars 1988

Ambelouis c. Mme Chevallier

*(Bull. Ass. plén. n° 3 ; D. 1989. 221, note J.-P. Chauchard ;
Dr. ouvr. 1988. 518, note S. Ballet)*

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 132-1 du Code du travail dans sa rédaction applicable à la cause ;

Attendu qu'en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ;

Attendu que Mme Chevallier, caissière-comptable de M. Ambelouis, notaire, a été licenciée en 1977 dans l'année du changement du titulaire de l'étude ; qu'en pareil cas, l'article 15 de la convention collective régionale du notariat du 1^{er} décembre 1960 (ressort de la cour d'appel de Paris, département de la Seine excepté) prévoyait que le licencié avait droit à une indemnité spéciale en plus de toutes les autres indemnités auxquelles il pouvait prétendre en vertu de cette convention et de la convention collective nationale ; que l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation, a dit qu'il y avait lieu de lui accorder non seulement cette indemnité spéciale mais également la majoration stipulée dans la même hypothèse par la convention collective nationale du 13 octobre 1975 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la convention nationale du 4 mai 1955, en vigueur lors de la conclusion de la convention régionale, ne prévoyait pas une indemnité particulière dans une telle situation et que les avantages supplémentaires édictés par cette convention régionale ne pouvaient se cumuler avec ceux accordés postérieurement, dans le même cas de licenciement, par la convention nationale du 13 octobre 1975, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen,

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 décembre 1983, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans.

180. Soc. 17 juillet 1996**SNCF c. Vizcaino, Boj et FGTE-CFDT**

(*Bull. civ.* V, n° 297 ; *Dr. soc.* 1996. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier ; *JCP* 1997. II. 22798, note J. Chorin)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 200-1 et L. 223-11 du Code du travail, le chapitre 10 du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel, et le règlement PS 2 ;

Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que MM. Vizcaino et Boj, employés de la SNCF en qualité de cadres permanents, soutenant ne pas avoir perçu pendant leurs congés payés une rémunération équivalente à celle qu'ils auraient dû percevoir s'ils avaient travaillé, diverses primes et indemnités s'ajoutant à leur rémunération de base n'ayant pas été prises en considération dans le calcul des indemnités de congés payés, ont saisi la juridiction prud'homale, le 18 novembre 1992, d'une demande en paiement d'un rappel d'indemnités de congés payés pour les cinq dernières années ; que la Fédération générale des transports et de l'équipement (FGTE-CFDT) est intervenue à l'appui de cette demande ;

Attendu que, pour condamner la SNCF à verser à MM. Vizcaino et Boj diverses sommes à titre de rappel de congés payés pour les années 1987 à 1991, le jugement a énoncé, d'une part, que les dispositions du Code du travail sont applicables de plein droit aux salariés de la SNCF, toutes les fois qu'elles sont plus favorables que les règles statutaires, quand bien même ces dernières auraient été agréées par l'autorité administrative, et d'autre part, que, si le règlement PS 2 relatif à la rémunération du personnel du cadre permanent de la SNCF énonce les indemnités qui continuent à être versées à un agent pendant la durée de son congé annuel, les dispositions de ce règlement ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 223-11 du Code du travail, relatif au calcul de l'indemnité de congé à laquelle a droit tout salarié pendant la durée de son congé annuel ;

Attendu, cependant, qu'il résulte des termes de l'article L. 200-1 du Code du travail que sont soumis aux dispositions du livre II de ce Code les établissements industriels et commerciaux, qu'ils soient publics ou privés ; que les dispositions du livre II et spécialement celles des articles L. 223-1 et suivants, relatives aux congés annuels, sont donc, en principe, applicables aux agents de la SNCF ;

Attendu que ces agents sont, en outre, soumis aux dispositions d'un statut prévu par le décret n° 50-637 du 1^{er} juin 1950, qui comporte diverses règles spécifiques relatives aux congés payés, concernant à la fois les conditions de leur attribution, leur durée et leur rémunération ;

Attendu qu'en vertu du principe fondamental, en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable, il convient, dès l'instant qu'aucune illégalité d'une disposition particulière du statut propre à la SNCF n'est invoquée, de déterminer si les dispositions de ce statut concernant les congés payés sont plus favorables que celles résultant du régime légal ; que cette appréciation doit être globale à raison du caractère indivisible de ce régime de congés payés institué en tenant compte des nécessités du service public ; que cette comparaison n'implique aucune appréciation sur la légalité du décret précité, puisqu'il s'agit seulement de choisir entre deux textes, également applicables, le plus avantageux pour les salariés ;

Et attendu qu'il apparaît que, même si en ce qui concerne les bases de calcul de l'indemnité de congés payés, le statut de la SNCF prévoit une disposition moins favorable, l'ensemble du régime des congés payés prévu par ce statut accorde aux agents des avantages supérieurs à ceux qui résulteraient de l'application du Code du travail ;

D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a violé les textes et le principe susvisés ;

Et attendu que la cour étant en mesure de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée, la cassation encourue sera prononcée sans renvoi, par application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 19 décembre 1994, entre les parties, par le conseil de prud'hommes de Martigues ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Rejette la demande des deux salariés.

181. Cons. const. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003

Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi

(D. 2003. 642, avec étude B. Mathieu, p. 638, et Somm. 1280,
obs. V. Ogier-Bernaud ; *Dr. soc.* 2003. 260, note X. Prétot)

DÉCISION

Vu la Constitution ;

[...]

Vu le Code du travail ;

Vu la loi du 24 juin 1936 « modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du Code du travail *De la convention collective de travail* » ;

[...]

1. Considérant que les auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; qu'ils contestent plus particulièrement le B de son article 2 et son article 16 ; qu'à l'encontre de l'une et l'autre de ces dispositions ils invoquent l'atteinte qu'aurait portée le législateur au *principe dit « de faveur »* et à la liberté contractuelle ;

Sur le grief tiré de l'atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République ;

2. Considérant que, selon les députés requérants, les dispositions déferées porteraient atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République en vertu duquel la loi ne pourrait permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large dans un sens plus favorable aux salariés ;

3. Considérant que *le principe ainsi invoqué ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, par suite, le grief n'est pas fondé ;*

[...]

Décide :

Art. 1^{er}. — Sont déclarées conformes à la Constitution...

OBSERVATIONS

Deux ou plusieurs règles de droit, ou corps de règles de droit, se trouvent en *concours* lorsqu'une relation juridique se situe objectivement dans le champ d'application de chacune d'elles ou de chacun d'eux. La situation s'analyse comme un *conflit de compétence* si l'on souhaite, en retenant la compétence de l'une d'elles ou de l'un d'eux, prévenir la difficulté résultant du fait qu'elles ou ils risquent de soumettre cette relation à des régimes différents ou lui attacher des conséquences différentes. Ce risque suffit, par exemple, pour que soit reconnue l'existence d'un conflit de lois dans l'espace international en présence d'une relation ayant des contacts avec plusieurs pays, ou un conflit de lois dans le temps lorsqu'une relation se trouve en contact avec deux lois successives. En d'autres circonstances, aucune raison décisive n'apparaît de poser et régler semblable question de compétence tant que ne surgit pas la difficulté d'appliquer simultanément les normes concurrentes pour cause de différence des régimes auxquels elles soumettent ou des conséquences qu'elles attachent à une relation concrète ; c'est-à-dire tant que n'apparaît pas de *conflit de résultats* entre ces règles ou corps de règles.

À s'en tenir aux relations internes, et sans envisager la succession dans le temps des dispositions légales ou réglementaires ou des conventions et accords collectifs, on imagine que des situations donnant lieu à conflit de l'un ou l'autre type sont banales dans le champ des relations du travail en raison du *pluralisme juridique* qui s'y manifeste. En raison, notamment, de la présence, à côté du droit étatique, de multiples composantes de statuts collectifs. Le Code du travail recèle quelques règles pertinentes, plus complexes depuis la loi Fillon du 4 mai 2004. Mais c'est à la Cour de cassation que l'on doit les solutions de plus grande portée : *non-cumul des avantages* (A) et *principe de l'application de la norme la plus favorable aux salariés* (B). Le Conseil constitutionnel, cependant, n'a pas reconnu l'existence d'un « principe de faveur » qui appartiendrait au niveau le plus élevé de l'ordre juridique de la République (C).

A. — Le non-cumul des avantages

De prime abord, les *concours de conventions ou accords collectifs de travail* — un même rapport d'emploi ou les relations entre un employeur, son personnel et les syndicats représentatifs relèvent *a priori* de plusieurs conventions ou accords — semblent constituer la principale source de conflits de règles juridiques. Une jurisprudence constante prévenait la difficulté : était seule applicable la convention

correspondant à l'activité principale de l'entreprise, à celle de « l'établissement distinct » ou du « centre d'activité autonome ». Le Code du travail a, avec la loi du 4 mai 2004, repris cette solution comme règle de principe (art. L. 2261-2, al. 1 nouv. C. trav.) Est ainsi réglé un pur conflit de compétence entre instruments conventionnels.

Il en va autrement en présence de plusieurs accords ou conventions couvrant le même secteur professionnel (un accord national interprofessionnel et un accord national de branche ; un accord national et un accord régional ou local de la même branche), ou d'une convention ou un accord de branche et d'un instrument d'entreprise. Ces conventions et accords doivent alors faire l'objet d'une *application combinée*, mais un problème surgit chaque fois qu'ils règlent différemment un même objet ; chaque fois que, sur un même point et dans des circonstances identiques, ils reconnaissent des droits ou des obligations différents aux salariés. Jusqu'à la réforme réalisée par la loi du 4 mai 2004, le Code du travail excluait en tout cas qu'une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel puisse comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Le texte disposant en ce sens (art. L. 132-13, al. 1), littéralement relatif à la teneur ou à la création des instruments conventionnels — celui de moindre rayonnement ne peut contenir que des règles plus favorables aux salariés — suggérait la *règle de solution d'un conflit* entre dispositions de ces conventions ou accords en concours en cas de différence sur un même objet (ex. : Soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999. 852, obs. J. Savatier : la disposition d'une convention nationale de branche limitant la période d'essai à un mois prévaut sur celle d'un accord local prévoyant une période d'essai de trois mois), en retenant le *critère de la plus grande faveur pour les salariés*. La Cour de cassation allait conférer à ce critère une portée plus générale.

L'attendu de principe de l'arrêt d'Assemblée plénière du 18 mars 1988 (n° 179) commence par *exclure tout cumul des avantages ou garanties ayant même objet ou même cause et découlant respectivement d'instruments conventionnels en concours*, avant d'ajouter que « le plus favorable » de ces avantages *peut seul être accordé* aux salariés. À proprement parler, en effet, il s'agit bien de déterminer quel avantage doit être fourni ou quelle garantie doit être assurée, plutôt que de dire quelle règle doit recevoir application. Consacrée à l'occasion d'un concours entre convention ou accord national de branche et convention ou accord régional ou local, la règle valait aussi pour les conflits, sans doute les plus fréquents, résultant de concours entre instruments conventionnels de branche et convention ou accord d'entreprise. Elle avait déjà été pratiquée, avant l'arrêt *Ambelouis*, par des

décisions refusant tout cumul d'avantages (notamment : Soc. 28 avr. 1983, deux arrêts, *Bull. civ. V*, n° 221 et 222 ; 30 avr. 1987, *ibid.*, n° 245), mais aussi, de manière implicite, par des arrêts admettant le cumul d'avantages n'ayant pas même objet ou même cause (ex. : Soc. 10 mai 1983, *Bull. civ. V*, n° 253 ; 17 mars 1988, *ibid.*, n° 197). Des arrêts postérieurs devaient la confirmer en l'appliquant (Soc. 16 mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 225 ; 24 juin 1992, *RJS* 10/92, n° 1135 ; 22 oct. 1992, *Bull. civ. V*, n° 339 : cumul d'avantages n'ayant pas exactement le même objet ; 23 juin 1999, *ibid.*, n° 296 : non-cumul des dispositions d'un accord collectif et d'un engagement unilatéral inscrit dans un plan social, mais application du plus favorable aux salariés) ou en l'énonçant de manière plus synthétique (Soc. 18 janv. 2000, *Bull. civ. V*, n° 27 : « au cas où deux conventions collectives ou accords collectifs sont applicables, il convient de n'appliquer que le plus avantageux d'entre eux »).

La loi du 4 mai 2004 a réduit la portée de la règle consacrée par l'arrêt de 1988. Désormais, une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'un instrument conventionnel au champ territorial ou professionnel plus large, sauf si ce dernier interdit expressément toute dérogation ou certaines dérogations aux règles qu'il pose (art. L. 2252-1, al. 1 nouv. C. trav.). De plus, en dehors de certains domaines (salaires minima, classifications, garanties collectives complémentaires, etc.), « la convention ou l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement » (art. L. 2253-3 nouv. C. trav.). Ces dispositions légales nouvelles impliquent évidemment que l'avantage ou la garantie assuré par l'instrument auquel dérogation conventionnelle a été régulièrement apportée par une convention ou un accord de moindre envergure ne soit plus procuré aux salariés auxquels celle-ci ou celui-ci est applicable. En d'autres termes, les dispositions légales introduites en 2004 impliquent autant de règles spéciales faisant exception à celle prescrivant la fourniture de l'avantage ou de la garantie la plus favorable, consacrée par l'arrêt *Ambe-louis*. Il n'empêche que cette dernière demeure la règle de principe.

La règle du non-cumul des avantages ou garanties concerne également ceux qui découlent, d'une part de la loi, d'autre part d'une disposition conventionnelle. Cela paraît impliqué par l'article L. 2251-1 nouv. C. trav., dont la première phrase (« Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur ») n'aurait guère de sens si un temps

de congé ou une indemnité conventionnels, par exemple, pouvaient se cumuler avec ceux prévus par le Code du travail pour les mêmes causes ou dans les mêmes circonstances (peu importerait, alors, que le droit conventionnel soit moins généreux que le droit étatique). La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette évidente lecture de ce qui était naguère l'article L. 132-4 de ce code (ex. : Soc. 4 juin 1986, *Dr. soc.* 1986. 764, 1^{re} esp. : si un accord d'entreprise prévoit la désignation de délégués syndicaux dans des conditions plus généreuses que celles du Code du travail, « les deux institutions conventionnelles et légales ayant le même objet, leurs avantages ne peuvent se cumuler », l'article L. 2141-10 nouv. C. trav. appelant d'ailleurs la même interprétation que l'art. L. 2251-1 *principio*).

En affirmant un principe, qui implique ou abrite l'exclusion de tout cumul d'avantages ou garanties découlant de normes en concours, l'arrêt du 17 juillet 1996 (n° 180) marque une montée en généralité de la solution consacrée par celui du 18 mars 1988.

B. — Le principe de l'application de la norme la plus favorable aux salariés

1. Décision de cassation, l'arrêt *SNCF* s'ouvre, comme un arrêt *EDF-GDF* rendu le même jour (*Bull. civ.* V, n° 296), par un visa retentissant du « *principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* ». La démarche paraît d'autant plus illustrative de la promotion des « principes » dans la jurisprudence de la Cour de cassation (v. *supra*, sous arrêt n° 7) qu'un motif reprend ce principe. Celui-ci fonde, dans les deux décisions, le règlement d'un conflit entre des dispositions du Code du travail (art. L. 223-11 et s. relatifs aux congés annuels, désormais art. L. 3141-22 et s. nouv. C. trav.) et des dispositions réglementaires du statut du personnel d'entreprises publiques, engendré par le concours de ces normes qui résultait alors de l'article L. 200-1 du Code du travail et perdure avec l'article L. 3111-1 nouv. C. trav. (rendant les dispositions sur la durée du travail, les repos et les congés applicables aux établissements publics à caractère industriel et commercial). Le même « principe fondamental » est encore visé par un arrêt rendu quelques semaines plus tard pour justifier la primauté d'un usage sur les clauses d'une convention collective (Soc. 8 oct. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1046, note J. Savatier), puis par une décision cassant l'arrêt d'une cour d'appel auquel reproche est adressé d'avoir ignoré qu'une clause d'un contrat de travail ne pouvait faire obstacle à l'application d'un usage local plus favorable (Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106 : une clause contractuelle

est alors traitée comme une norme, ce qui implique une perception du contrat comme source d'obligations mais aussi de normes juridiques réglant celles-ci ou la vie du contrat). Un arrêt plus récent, mais non publié au *Bulletin*, confirme la positivité de ce « principe fondamental » tout en précisant qu'il « ne s'applique qu'autant que les normes en concours prévoient des avantages ayant le même objet ou la même cause » (Soc. 19 sept. 2007, *JCP S* 2007. 1947, note G. Vachet).

Nul doute que ce principe opère également, sans être nommé ni même évoqué, dans tel arrêt observant qu'un accord conclu avec les représentants du personnel et n'ayant que « valeur d'un engagement unilatéral de l'employeur » ne peut être appliqué au lieu des dispositions de la convention collective que s'il est plus favorable au salarié (Soc. 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998. 89, 1^{re} esp., obs. G. Couturier), ou dans une décision de rejet affirmant que les articles du Code du travail relatifs aux sanctions disciplinaires s'imposent à la SNCF et doivent s'appliquer dans la mesure où ils sont plus favorables aux salariés que les dispositions statutaires (Soc. 17 déc. 1997, *Dr. soc.* 1998. 286, obs. A. Jeammaud).

On pourrait le voir à l'œuvre, combiné avec d'autres règles, dans maintes décisions de la chambre sociale. Notamment lorsque celle-ci affirme qu'une norme non conventionnelle d'entreprise ou de profession (usage, engagement unilatéral de l'employeur) prime la loi si elle est plus favorable ou ne vaut que sous cette condition (ex. : Soc. 19 oct. 1994, *Bull. civ.* V, n° 281, et divers arrêts cités *supra* à propos de l'usage ou de l'engagement unilatéral). Enfin, il paraît gouverner la lecture de ce qui est aujourd'hui l'article L. 1321-3 nouv. C. trav. — « le règlement intérieur ne peut contenir (...) des dispositions *contraires* aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement » — puisque la « contrariété » en question est seulement celle qui défavorise les salariés (CE 28 janv. 1991, *Crédit du Nord*, *Dr. soc.* 1992. 227, note J. Savatier ; D. 1992, Somm. 153, obs. D. Chelle et X. Prétot : l'introduction de la mise à pied dans l'échelle des sanctions prévues par un règlement intérieur, alors qu'elle ne figure pas parmi les sanctions admises par la convention collective, « ne constitue pas une disposition nécessairement plus favorable aux salariés »).

2. L'application de ce principe, mais aussi de dispositions comme les articles L. 2251-1 et L. 2254-1 nouv. C. trav. ou, malgré les innovations héritées de la loi du 4 mai 2004, les articles L. 2251-1, L. 2253-1 et L. 2253-3, appelle détermination de la disposition ou la clause la plus favorable. Pour cette « pesée des avantages ou garanties », *deux règles complémentaires* s'évincent du rapprochement des arrêts. Encore ne s'agit-il que de règles générales souffrant quelques exceptions.

En ce qui concerne *l'objet de la comparaison*, la détermination de la disposition la plus favorable doit résulter d'une appréciation de « chaque ensemble d'avantages se rapportant à la même cause », a d'abord dit la Cour de cassation (Soc. 20 mars 1963, *JCP* 1963. II. 13357, note G.-H. Camerlynck), d'une appréciation « *avantage par avantage* » a-t-elle ensuite décidé (Soc. 17 janv. 1996, *Dr. soc.* 1996. 643, obs. J. Barthélémy ; 18 janv. 2000, *Bull. civ.* V, n° 27). C'est-à-dire, si la construction des instruments en cause le permet, en comparant les dispositions qui « tranchent la même question » (Soc. 21 janv. 1984, *Bull. civ.* V, n° 33). Cette démarche, dite *analytique*, n'a que l'apparence de la simplicité pour les juges du fond, auxquels la cour régulatrice reconnaît un assez large pouvoir d'appréciation (v. par exemple : Soc. 24 juin 1992, *RJS* 10/92, n° 1135 ; 18 janv. 2000, *préc.*).

Au demeurant, plusieurs dispositions d'un des instruments en concours peuvent présenter un *caractère indivisible*, et c'est alors *leur ensemble qu'il convient de comparer aux dispositions de l'instrument rival*. Ainsi procède l'arrêt n° 180 (comme l'arrêt du même jour concernant EDF-GDF) pour conclure que l'ensemble du régime des congés payés prévu par le statut du personnel de la SNCF (règles concernant à la fois les conditions d'attribution, la durée et la rémunération de ces congés) accordait à ses agents des avantages supérieurs à ceux résultant du Code du travail.

Surtout, la Cour de cassation a fait sensation en jugeant qu'un accord d'entreprise contenant un engagement patronal de maintien de l'emploi, en contrepartie d'une suppression partielle de la prime accordée par un accord antérieur, était plus favorable que celui-ci (Soc. 19 févr. 1997, *Dr. soc.* 1997. 432, obs. G. Couturier). Conforté par une autre décision (Soc. 3 mars 1999, *Dr. soc.* 1999. 1101, obs. Ph. Waquet), cet arrêt marquait-il le passage à une méthode *globale* ? Un autre arrêt a bientôt montré qu'il n'en était rien en rejetant un pourvoi qui se réclamait de cette méthode et en approuvant les juges du fond d'avoir simplement comparé des dispositions conventionnelles en conflit, l'une et l'autre relatives à la durée de la période d'essai (Soc. 8 juin 1999, *Dr. soc.* 1999. 852, obs. J. Savatier). La règle générale resterait donc la comparaison analytique, mais une règle spéciale imposerait une approche globale (comparaison d'instruments plutôt que de certaines de leurs dispositions) en présence d'un accord « *donnant donnant* » qui enregistre des concessions de la part de salariés en contrepartie d'engagements patronaux en matière d'emploi.

S'agissant, non plus de l'objet, mais du *cadre de la comparaison*, la Cour de cassation pose en règle générale qu'elle doit être pratiquée *en tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux* (Soc. 11 janv. 1962, *Dr. soc.* 1962. 290, obs.

J. Savatier ; 25 janv. 1984, *Bull. civ.* V, n° 33 ; 1^{er} juin 1976, *ibid.*, n° 338 ; 17 janv. 1996, *ibid.*, n° 15 ; 19 févr. 1997, *préc.* On parle d'appréciation *in abstracto*. Mais « l'ensemble des salariés » s'entend de la collectivité de travail à laquelle les dispositions ou instruments en cause se trouvent également applicables. La configuration de l'entreprise ou de l'établissement concerné, son effectif, peuvent alors exercer une influence sur le résultat de la comparaison (ex : Soc. 22 oct. 1984, *Bull. civ.* V, n° 396).

D'ailleurs, la comparaison en considération de la situation d'un salarié semble préférée lorsque l'intéressé réclame, en présence d'un concours de dispositions de la loi et du statut collectif ou entre dispositions de ce dernier, le bénéfice de la plus favorable (Soc. 11 oct. 1994, *Bull. civ.* V, n° 265 ; 26 oct. 1999, *Dr. soc.* 2000. 381, note C. Radé, qui invoque d'autres arrêts en ce sens). Une appréciation *in concreto* paraît en tout cas plus adaptée dans le jeu de l'article L. 2254-1 nouv. C. trav., lorsqu'il s'agit de déterminer qui, de son contrat ou de la convention collective, est plus favorable à un salarié : il conviendrait de considérer le résultat de l'application de la norme du statut collectif à sa situation (Soc. 4 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 40 ; *D.* 2003, Somm. 1658, obs. S. Frossard, ne peut être cité en ce sens, la disposition conventionnelle étant, à seule lecture, plus favorable que la clause du contrat).

3. Le principe mis en évidence et en œuvre par les arrêts *SNCF* (n° 180) et *EDF-GDF* est-il autre chose ou davantage que « le principe fondamental du droit du travail énoncé dans l'article L. 132-4 [L. 2251-1] du Code du travail », auquel se réfèrent un arrêt antérieur (Soc. 25 nov. 1992, *Dr. soc.* 1993. 63) et un arrêt postérieur (Soc. 26 oct. 1999, *préc.*) pour en déduire qu'une disposition conventionnelle ou un engagement unilatéral de l'employeur dérogeant à une règle légale ne peut être opposé au salarié s'il est moins favorable ? L'article L. 2251-1 a signification de *règle relative à la validité ou au contenu* de la convention ou de l'accord collectif de travail. La norme consacrée par les arrêts de 1996 a plutôt pour objet le *règlement de conflits de règles* et vise bien d'autres hypothèses que la concurrence d'une disposition légale ou réglementaire et d'une disposition conventionnelle : des conflits entre règles appartenant également au droit étatique, comme dans les arrêts du 17 juillet 1996, ou entre éléments du statut collectif, comme dans celui du 8 octobre 1996. Il est fâcheux que, venant après ces trois décisions, l'arrêt du 26 octobre 1999 ait qualifié de « principe fondamental » un contenu normatif ne correspondant qu'à une part de celui qui avait naguère mérité cette qualification. Assimilation de la partie au tout et tentation de la grandiloquence (« principe », « fondamental ») compromettent le minimum requis de rigueur termino-

logique et conceptuelle (sur les différentes catégories de « principes » consacrés en jurisprudence, v. *supra*, sous arrêt n° 7).

En vérité, le principe formulé par les arrêts de 1996 n'est ni la règle de l'article L. 2251-1 nouv. C. trav., ni celle de l'article L. 2254-1 (« Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables »). Il s'agit plutôt d'une règle dégagée par induction amplifiante à partir de ces deux dispositions et de quelques autres, concluant à la présence, en droit positif, d'une norme dépourvue d'expression dans les textes et dont la teneur propre, d'un plus haut degré de généralité, excède l'addition des contenus de ces dispositions légiférées, pour appréhender des conflits de règles échappant à ces dernières. Dégagée par la classique démarche de découverte des « principes généraux » du droit ou de telle de ses branches, cette norme est investie d'une valeur idéologique et politique, qui conforte son autorité dans l'ordre juridique. Cette autorité est d'abord celle de toute *règle de principe*, imposant l'interprétation stricte des dispositions contraaires, ayant donc statut de « règles d'exception », sans pour autant faire obstacle à leur création par le législateur dès lors qu'elle n'a pas valeur constitutionnelle.

Ce dernier effet dépend de la position hiérarchique reconnue au principe en question : s'impose-t-il seulement au pouvoir réglementaire, y compris celui de l'article 37 de la Constitution, ou bien s'impose-t-il aussi au législateur parce qu'il a valeur constitutionnelle ?

Le « principe fondamental » consacré par l'arrêt n° 180 évoque ce « *principe général du droit du travail* » sous le patronage duquel un avis du Conseil d'État du 22 mars 1973 avait placé le texte figurant aujourd'hui à l'article L. 2251-1 nouv. C. trav. Un principe tel que « les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine (du droit du travail) présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux (...), mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus » (*Dr. soc.* 1973. 514 ; *GA*, 2^e éd., n° 50). Ce « principe général du droit du travail dont s'inspirent [les dispositions de l'article L. 2251-1] », dirait aujourd'hui le Conseil, excluant que le pouvoir réglementaire, sauf habilitation législative (donc par voie d'ordonnance), permette que des conventions collectives comportent des dispositions moins favorables aux travailleurs que celles qu'il a lui-même édictées (CE, Ass., 8 juillet 1994, *CGT*, *RJS* 12/94, n° 1386, et note X. Prétot, p. 819). Ou encore ce « *principe général du droit du travail selon lequel un accord collectif de travail peut toujours comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* », de sorte que le gouvernement pouvait autoriser des accords collectifs à comporter des dispositions plus favorables aux sala-

riés, mais non à déroger dans un sens défavorable à ceux-ci aux règles posées par son propre décret (CE 21 juillet 2001, *Féd. nationale des transports FO, RJS* 1/02, n° 107, et note F. Bocquillon, p. 9 ; *Dr. ouvr.* 2002. 211, note F. Saramito et A. de Senga).

« Principe général » dégagé par la Haute juridiction administrative et « principe fondamental » identifié par la Cour de cassation ne s'énoncent pas dans les mêmes termes et, surtout, n'ont pas le même objet. C'est que le Conseil d'État se prononce sur la compétence ou le pouvoir d'une autorité émettrice de règlements, tandis que la Cour résout, ou se prononce sur la manière de résoudre, un conflit entre règles de droit (publiques ou privées). Mais leurs objets sont connexes et leurs teneurs complémentaires. Ils procèdent d'une commune inspiration. Plus, ils expriment et concrétisent partiellement une valeur ou exigence unique dominant ces deux règles positives, dotées pour cette raison d'un prestige que dénote leur qualification de « principes ». Mais une valeur ou exigence qui n'appartient pas elle-même au droit positif, n'a pas statut de norme valide de ce système contribuant à l'ordonnement juridique des relations du travail, de règle de droit au sens de l'article 12, al. 1 du Code de procédure civile. Si l'on souhaite nommer « principe de faveur » cette exigence ou valeur — pour user de cette expression d'origine doctrinale récente — c'est donc à condition d'entendre alors par « principe » une donnée métajuridique, relevant de ce qui inspire et légitime des règles juridiques positives (les deux principes connexes évoqués ci-dessus, mais aussi certaines dispositions légales, comme le « si un doute subsiste il profite au salarié » inscrit dans quelques textes). Donc quelque chose qui relève des représentations, de l'idéologie, des orientations de politique du droit. À moins que cette expression désigne simplement une tendance dominante du droit positif, c'est-à-dire qu'elle appartienne au langage de la description synthétique du droit en vigueur (auquel cas la description qu'offrirait cette formule mériterait d'être nuancée afin de tenir compte de l'évolution législative de la dernière période).

C. — L'absence d'un « principe de faveur » de rang constitutionnel

Si cette expression de « principe de faveur » est (trop) facilement employée, aujourd'hui, par les juristes français du travail, elle reste étrangère au langage même du droit légiféré de ce pays, et aucune juridiction suprême ne l'a adoptée pour désigner une norme de ce système (même si elle peut apparaître dans le titrage d'arrêts publiés au *Bulletin* de la Cour de cassation). Le Conseil constitutionnel ne l'a employée qu'en évoquant la terminologie de recours en déclaration d'inconstitutionnalité.

Tout en censurant l'excès de pouvoir par violation d'un « principe général du droit du travail », le Conseil d'État réserve l'hypothèse dans laquelle le gouvernement serait habilité par la loi à s'en affranchir (CE, Ass., 8 juill. 1994, *CGT*, et 21 juil. 2001, *Féd. nationale des transports FO, préc.*). On lit, certes, dans deux décisions du Conseil constitutionnel, les décisions 67-48 DC du 12 juillet 1967 (*Rec. Cons. const.*, p. 31) et 89-257 du 25 juillet 1989 (*Dr. soc.* 1989. 627, et note X. Prétot, p. 701, *AJDA* 1989. 796, note F. Benoît-Rohmer), que le principe suivant lequel une convention collective peut contenir des dispositions plus favorables que celles de la loi « est un principe fondamental ». Mais référence est alors faite à la catégorie de « principes fondamentaux » de l'article 34 de la Constitution, qui sert à délimiter le domaine de compétence du législateur, celui où ce dernier seul a pouvoir de produire du droit ; un pouvoir qui lui permettrait *a priori* d'abroger l'article L. 2251-1 nouv. C. trav. et la règle majeure qu'il signifie !

À quatre reprises, pourtant, le Conseil constitutionnel a été invité à affirmer la présence d'un « principe de faveur » au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » au sens de l'alinéa 1^{er} *in fine* du Préambule de la Constitution de 1946, et à déclarer en conséquence inconstitutionnelles des dispositions d'une loi votée et non encore promulguée qui l'auraient méconnu.

Dans une première décision, le Conseil s'est dispensé de prendre parti sur la positivité et la valeur du principe invoqué (« principe de faveur ... fondateur de la démocratie sociale », soutenait la saisine de députés de l'opposition) en estimant que le grief tiré de sa méconnaissance manquait en fait (Cons. const., 6 nov. 1996, 93-383 DC, *Dr. ouvr.* 1996. 479, note G. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 1997. 25, note M.-L. Morin, *D.* 1998, Somm. 152, obs. J. Trémeau). Une décision rendue quelques mois plus tard à propos de la loi créant les plans d'épargne-retraite a jugé « inopérant » le moyen tiré de la loi du 24 juin 1936 (loi du Front populaire sur les conventions collectives) pour asseoir la dénonciation d'une violation du « principe, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable qui doit recevoir application » (formule empruntée à la Cour de cassation), qui aurait appartenu à la catégorie de l'alinéa 1 *in fine* du Préambule de 1946. Moyen « inopérant », parce que le texte de la loi de 1936 n'avait pas, selon le Conseil, le contenu prétendu (Cons. const., 20 mars 1997, 97-388 DC, *RJC* 1994-1999, I p. 701, *Dr. soc.* 1997. 476, note X. Prétot, *JCP* 1997. I. 4039, obs. M. Fabre-Magnan).

Les députés auteurs de la saisine visant certaines dispositions d'une loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, devenue loi du 17 janvier 2003, invoquaient à nouveau « un principe fondamental reconnu par les lois de la République en vertu

duquel la loi ne pourrait permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ». La décision 2002-465 DC du 13 janvier 2003 (n° 181) ne les a pas suivis : « *le principe ainsi invoqué ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936* » ; ce « principe dit “de faveur” », estime le Conseil, *ne saurait donc être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule*, c'est-à-dire comme une norme constitutionnelle. Cette position a été réaffirmée par le Conseil dans sa décision 2004-494 DC du 29 avril 2004, concernant la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, qui allait être promulguée le 4 mai suivant (JO 5 mai 2004, p. 7998, D. 2004. Somm. 3029, obs. C. Chelle et X. Prétot). Il est exact que la généalogie du principe prétendu dans la période antérieure à 1946 — le critère chronologique est essentiel compte tenu de la lettre du Préambule — paraît bien modeste. On ne trouve d'autre antécédent que la disposition insérée par la loi du 24 juin 1936 dans un article 31 vc du livre I^{er} du Code de travail de l'époque et qui préfigurait l'article L. 132-4 du Code de 1973, donc l'article L. 2251-1 nouv. C. trav. C'est bien peu quand on sait avec quelle prudence le Conseil constitutionnel reconnaît les principes de cette catégorie-là. Mais cette institution, qui sait à l'occasion faire preuve d'audace, a sans doute considéré, aussi, que la reconnaissance, au nombre des principes et règles constitutionnelles, d'une norme ayant la teneur du « principe de faveur » invoqué par les auteurs des saisines, restituerait à notre droit français du travail une rigidité dont l'évolution législative du dernier quart de siècle a entendu le dépouiller et que les « experts » les plus écoutés disent néfaste.

L'articulation de la loi et de la convention collective à partir d'un critère de faveur pour les salariés appartient toutefois à cette matière de production normative que l'article 34, en la nommant « principes fondamentaux » (« du droit du travail ») réserve à la loi (Cons. const. 29 avr. 2004, 2004-494 DC, *préc.*). Le législateur, précisément, a fait usage de cette compétence et de son pouvoir en élargissant, avec l'adoption de la « loi Fillon » de mai 2004, les possibilités offertes à des conventions et accords collectifs de déroger à des dispositions légales dans un sens qui n'est pas plus favorable aux salariés.

TREIZIÈME PARTIE

LES CONFLITS COLLECTIFS

Le livre V de la deuxième partie du Code du travail réordonné (art. L. 2511-1 et s.) frappe par sa relative brièveté et son déséquilibre interne ; six articles consacrés à l'exercice du droit de grève (dont cinq aux « dispositions particulières dans les services publics »), contre une quarantaine à des procédures spécifiques de règlement des conflits collectifs (conciliation, médiation, arbitrage) dont on sait qu'elles sont très rarement mises en œuvre. L'expression « conflit collectif », choisie pour l'intitulé de ce livre, n'est pas synonyme de grève. Celle-ci est une arme que les salariés peuvent utiliser dans une confrontation, mais un conflit collectif du travail peut exister sans qu'il y ait recours à la grève et donner lieu à d'autres formes d'action (pétitions, délégations, manifestations, etc.). Dans ce segment du code, il n'est pourtant question, à côté de procédures de règlement sophistiquées mais en léthargie, que de grève, et encore l'expression « droit de grève » n'est-elle apparue qu'à l'occasion de la récente recodification, alors que ce droit a été consacré par la Constitution de 1946. Mais qui s'en tiendrait à ces dispositions légales n'aurait qu'une vue très partielle du régime des conflits collectifs du travail en droit français. Parce que ces dispositions sont assez sommaires, ce régime, en particulier celui des « armes » que sont la grève et, pour les employeurs, la suspension d'activité de l'entreprise (on parle de « lock-out », car le langage du droit local ne possède pas de terme particulier pour désigner cette opération), est principalement prétorien. Le premier mérite de la Cour de cassation est d'avoir donné pleine portée à l'alinéa 7 du Préambule

de la Constitution de 1946, qui impose d'emblée une asymétrie entre le régime de l'action des salariés (arrêts n° 182 à 198) et celui des réactions de l'employeur (arrêts n° 199 à 213), les employeurs ne disposent pas d'un « droit de lock-out » qui ferait pendant au droit de grève.

On ne trouvera pas, ici, d'arrêt relatif aux procédures des articles L. 2521-1 et s. nouv. C. trav. On aurait pu songer à quelque décision de la Cour supérieure d'arbitrage, mais il y en a bien peu depuis la fin des années 1930. La Cour de cassation, pour sa part, a dû se prononcer sur des questions relatives aux « accords atypiques » conclus en fin de conflit, et elle a su leur assurer une portée obligatoire (ex. : Soc. 25 avr. 1979, Bull. civ., n° 330), avant d'y découvrir de ces engagements unilatéraux de l'employeur (Soc. 30 janv. 1991, Bull. civ., V, n° 46 ; 2 déc. 1992, *ibid.*, n° 579 ; 15 janv. 1997, Dr. soc. 1993. 192) évoqués dans la partie précédente.

Nombre d'arrêts sélectionnés ont été rendus dans des affaires prud'homales en série (affaires du type « X et autres c. Y »). La banalité de cette configuration procédurale livre deux enseignements sur le contentieux des conflits collectifs qui est le cadre de la production jurisprudentielle. D'abord qu'il s'agit pour l'essentiel d'un contentieux post-grève naissant de la contestation, par des salariés, de mesures prises à leur encontre pendant l'arrêt ou après la reprise du travail (licenciements, autres sanctions, abattements de salaires apparemment disproportionnés, suppression ou réduction de primes, etc.), c'est-à-dire de mesures marquant l'échec de leur mouvement sur le plan revendicatif ou social (le contentieux de la grève, dit-on, est celui de l'échec de la grève). En second lieu, cette donnée confirme que l'interprétation compréhensive de la compétence des conseils de prud'hommes (v. obs. sous arrêt n° 18) permet à ces juridictions de traiter certains aspects des conflits collectifs, mais qu'il s'agit d'un contentieux de l'action des salariés, non d'un contentieux des revendications. Ces dernières sont le cas échéant traitées par une négociation que stimule parfois l'intervention d'un tiers, inspecteur du travail sollicité par les protagonistes ou médiateur désigné par l'autorité administrative ou le juge des référés hors des canons fixés par le code pour les procédures de règlement qu'il offre en vain.

182-198

L'ACTION DES SALARIÉS

**182. Soc. 28 juin 1951 — 183. Cons. const. n° 79-105 DC
du 25 juillet 1979 — 184. Soc. 20 mai 1992 — 185. Soc. 5 mars 1953
— 186. Soc. 23 mars 1953 — 187. Soc. 18 avril 1963 —
188. Soc. 3 octobre 1963 — 189. Soc. 23 novembre 1978 —
190. Soc. 29 mai 1979 — 191. Soc. 18 mars 1982 —
192. Soc. 11 juillet 1989 — 193. Soc. 2 juin 1992 —
194. Soc. 4 novembre 1992 — 195. Soc. 18 juin 1996 —
196. Soc. 18 janvier 1995 — 197. Soc. 7 juin 1995 —
198. Soc. 25 février 2003**

L'action des salariés au soutien de leurs revendications peut s'appuyer sur le droit de grève que la jurisprudence a doté d'une « épaisseur » (I), qui se manifeste aussi dans le dessin qu'elle a donné à la qualification de grève (II), dont l'application à un mouvement conditionne la protection inhérente à la reconnaissance de ce droit, comme dans la conception des restrictions qu'il peut subir (III).

I. — Le droit de grève

182. Soc. 28 juin 1951

Maïseries de la Méditerranée c. Mme Roth

(*Bull. civ. IV*, n° 524 ; *Dr. soc.* 1951. 523 (6^e esp.), note P. Durand)

ARRÊT

Attendu que la dame Roth, Secrétaire à la Société des Maïseries de la Méditerranée, était déléguée du personnel dans l'entreprise ;

Attendu que, le 12 novembre 1947, elle a abandonné son travail, sans motif d'une revendication professionnelle quelconque et a exhorté ses camarades à la suivre pour aller participer devant le Palais de Justice de Marseille à un mouvement de protestation contre l'arrestation de trois ouvriers ;

Attendu que ce mouvement de grève, ayant ainsi débuté pour des raisons étrangères au travail, se transforma en un mouvement général de revendications portant

sur l'augmentation des salaires ; que la reprise du travail ayant eu lieu au début du mois de décembre, la dame Roth se présenta à l'entreprise pour reprendre son poste, mais qu'elle se heurta à un refus au motif que pour son attitude elle avait elle-même rompu le contrat de travail ; que, néanmoins, l'intéressée persistant à se rendre à son bureau, la société dut la faire expulser par ordonnance de référé ;

Attendu que la dame Roth a assigné cette dernière en paiement de diverses indemnités ; attendu que le jugement attaqué, confirmant la sentence du conseil des Prud'hommes, a validé les offres de la société en ce qui concerne l'indemnité de congé payé, le *prorata* sur le treizième mois de salaire et le rappel de salaire, et, pour le surplus de la demande, a renvoyé les parties à suivre la procédure instituée par l'article 16 de la loi du 16 avril 1946, tous droits des parties demeurant réservés, à raison de la qualité de déléguée du personnel qu'avait la dame Roth ;

Attendu que, selon le pourvoi, c'est à tort que le jugement s'est fondé, pour statuer comme il l'a fait, sur ce que l'exercice du droit de grève, garanti par la Constitution du 27 octobre 1946, n'entraînait pas la rupture du contrat de travail si ce n'est au cas d'abus dudit droit de grève, alors que toute grève entraîne ce résultat et que la proclamation de principe formulée dans le Préambule de la Constitution susvisée est sans incidence sur les conséquences juridiques d'un acte dont la licéité est seule affirmée par cette proclamation ;

Mais, *attendu que l'affirmation solennelle par les Constituants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels, ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit ;*

Attendu, d'autre part, que le tribunal a retenu, par adoption des motifs des premiers juges, qu'il était reproché à la dame Roth d'avoir communiqué des renseignements confidentiels sur les prix pratiqués par la société à des journaux qui s'en étaient emparés pour déclencher une campagne de presse tendancieuse contre la société, et d'avoir incité le personnel de l'entreprise à abandonner le travail pour aller manifester devant le Palais de Justice ;

Attendu que les juges du fond ont ainsi constaté l'existence de fautes graves commises par un délégué du personnel ;

Que, dès lors, c'est à bon droit qu'ils ont fait application de l'article 16 de la loi du 16 avril 1946, aux termes duquel tout licenciement d'un délégué du personnel envisagé par l'employeur, devra être obligatoirement soumis à l'assentiment du comité d'entreprise et, en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

183. Cons. const. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979

Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail

(*RJC* 1959-1993. 71 ; *D.* 1980. 101, note M. Paillet ; *Dr. soc.* 1980. 7, note C. Leymarie ; *JCP* 1981. II. 19547, note J.-C. Béguin ; *GDCC*, n° 25)

DÉCISION

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment les articles figurant au chapitre II du titre II de cette ordonnance ;

Où le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant qu'aux termes du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » ; *qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ;

2. Considérant que les dispositions contenues au paragraphe I de l'article 26 de la loi du 7 août 1974, tel qu'il est modifié par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, se bornent à réglementer les conditions dans lesquelles doit être déposé le préavis de grève ; que ce texte n'est contraire à aucune disposition de la Constitution ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ;

3. Considérant qu'il en va de même des dispositions du paragraphe II du même article qui, après avoir indiqué les conditions dans lesquelles doivent être assurées la création, la transmission et l'émission des signaux de radio et de télévision, prévoit qu'un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'application de ces conditions, conformément à la répartition des compétences opérée entre le domaine de la loi et celui du règlement par les articles 21, 34 et 37 de la Constitution ;

4. Considérant que si, dans ce même paragraphe II de l'article unique de la loi, le législateur fait usage du terme « requérir », s'agissant des appels qui peuvent être éventuellement adressés aux catégories de personnels dont le concours peut être indispensable pour l'exécution de la mission ci-dessus rappelée des sociétés de programme et de l'établissement public de diffusion, il résulte clairement des débats parlementaires et des déclarations faites à cette occasion par le ministre de la Culture et de la Communication qu'en usant de ce terme la loi ne se réfère pas au droit de réquisition tel qu'il résulte de l'ordonnance du 6 janvier 1959 et des autres textes qui régissent ce droit ; que le paragraphe II ne peut donc, de ce fait, être entaché de non conformité à la Constitution ;

5. Mais, considérant qu'en prévoyant dans la première phrase du paragraphe III de la loi que : « lorsque les personnels des sociétés nationales de programme de télévision sont en nombre insuffisant pour assurer le service normal, le président de chaque société peut, si la situation l'exige, requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonctions pour assurer la continuité des éléments du service nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1^{er} et 10 », le législateur permet aux présidents des sociétés, lorsqu'une cessation concertée du travail empêche l'exécution du service normal et afin de garantir que soit cependant assurée la généralité des missions dont il assigne l'accomplissement à ces sociétés, de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que, dès lors, les dispositions contenues dans cette phrase doivent être regardées comme non conformes à ces principes en tant qu'elles font référence, d'une part, à l'exécution d'un service normal, d'autre part à l'accomplissement des missions définies aux articles 1^{er} et 10 de la loi du 7 août 1974 ;

6. Considérant en conséquence que les termes suivants du paragraphe III de l'article 26 de la loi du 7 août 1974, tel qu'il est modifié par l'article unique de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel : « pour assurer le service normal » et « nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1^{er} et 10 » doivent être regardés comme ayant été adoptés en méconnaissance de ces principes ;

7. Considérant qu'il ne résulte ni des dispositions précitées ni les débats auxquels l'examen de la proposition de loi a donné lieu devant le Parlement que lesdites dispositions soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi déferée au Conseil constitutionnel ;

Décide :

Art. 1^{er}. — Sont déclarés non conformes à la constitution les termes suivants du paragraphe III de l'article 26 de la loi du 7 août 1974 tel qu'il a été modifié par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel : « pour assurer le service normal » et « nécessaire à l'accomplissement des missions définies aux articles 1^{er} et 10 ».

Art. 2. — Les autres dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont déclarées conformes à la Constitution.

184. Soc. 20 mai 1992

Pouget et autres c. Soc. Unigarde et autre

(*Bull. civ. V*, n° 319 ; *Dr. soc.* 1992. 717 ; *Dr. ouvr.* 1992. 386)

ARRÊT

Vu l'article L. 521-1 du Code du travail ;

Attendu que, pour débouter les salariés de leur demande, l'arrêt infirmatif attaqué énonce, d'abord, que les intéressés ont cessé le travail à un moment où la preuve de revendications professionnelles déjà déterminées, refusées par l'employeur, n'était pas rapportée ;

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que *le rejet préalable des revendications des salariés n'est pas une condition d'exercice du droit de grève*, alors, d'autre part, qu'elle constate, que, dans une pétition du 15 avril 1988, le personnel avait contesté le plan de restructuration de l'entreprise, ce qui constituait une revendication professionnelle, la cour d'appel, en déniant que les salariés avaient exercé le droit de grève, a violé le texte susvisé ;

Sur le moyen unique, pris en sa quatrième branche : (sans intérêt) ;

Et sur le moyen unique, pris en sa sixième branche :

Vu l'article L. 521-1 du Code du travail ;

Attendu que l'arrêt énonce, aussi, pour caractériser une faute lourde, que les salariés ont participé à la rédaction et à la distribution d'un tract syndical dans lequel étaient critiqués le mauvais état des véhicules dont ils se servaient, l'absence de liaisons et de système de sécurité, ainsi que la formation insuffisante des convoyeurs au tir, et ajoute que les salariés, qui ont violé une obligation de réserve, n'avaient pas à faire connaître au public des révélations pouvant susciter des troubles et des dangers ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'*au cours d'une grève les salariés peuvent exprimer librement leurs réclamations et leurs revendications sur leurs conditions de travail*, la cour d'appel, qui ne pouvait leur imputer une faute lourde à raison de l'exercice de ce droit, a encore violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 juillet 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux.

OBSERVATIONS

L'arrêt n° 182 consacre, à la lumière du Préambule de la Constitution de 1946, l'accès de la grève au statut *d'objet d'un droit* (A). Un droit dont il souligne le *caractère constitutionnel*, qui allait faire du Conseil constitutionnel, créé en 1958, l'un de ses protecteurs. Mais un protecteur soucieux de le concilier avec d'autres droits ou exigences de même valeur (B). Et un protecteur non exclusif, car c'est principalement aux juridictions judiciaires qu'il appartient, à l'occasion de contentieux relevant de leur compétence, de préciser *la substance ou la portée* de ce droit de grève (C).

A. — La grève, objet d'un droit reconnu à chaque travailleur subordonné

1. Ayant cessé d'être un délit pénal depuis l'abrogation de l'incrimination de la coalition en 1864, la grève continuait, jusqu'à la fin de la III^e République, à rompre le contrat de travail du salarié gréviste. La Cour supérieure d'arbitrage, active dans la courte période entre Front populaire et Seconde Guerre mondiale avait cependant retenu une analyse différente : « la cessation du travail, dans la mesure où elle constitue une inexécution fautive des contrats individuels de travail de la part des salariés, peut autoriser l'employeur à prendre contre tout ou partie de ces derniers des sanctions susceptibles d'aller jusqu'au licenciement sans préavis ni indemnité, mais elle ne saurait par elle-même entraîner la rupture des contrats de travail, en l'absence de toute volonté expresse ou implicite des salariés d'abandonner définitivement leurs emplois » (C. sup. arb. 19 mai 1939, *Gaz. Pal.* 1939. 1. 903, concl. P. Laroque). Surtout, le Préambule de la Constitution de 1946 allait, au titre des « principes particulièrement nécessaires à notre temps », reconnaître dans la grève l'objet d'un droit : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » (alinéa 7). En bonne logique, cela impliquait davantage que la simple licéité du déclenchement d'un mouvement de grève et de la participation à cette action, plus qu'une immunité et une absence de responsabilité civile pour ce qui avait cessé de constituer une faute civile. Cela imposait que la grève cessât d'opérer rupture du contrat.

L'arrêt *Maïseries de la Méditerranée* du 28 juin 1951 (n° 182) consacre cette déduction en se référant au seul texte constitutionnel : « l'affirmation solennelle par les constituants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels, ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit ». Les faits étaient antérieurs à la loi du 11 février 1950, qui venait d'introduire dans le Code du travail un énoncé — « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié » — logé jusqu'à la recodification à l'article L. 521-1, et désormais remplacé par une formule plus précise : « l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde... » (art. L. 2511-1, al. 1 nouv. C. trav.). La Cour de cassation aurait pu appliquer cette disposition tenue pour interprétative (des décisions ultérieures allaient tirer argument de ce caractère : ex. *infra*, n° 199). Qu'elle ne le fasse pas rend cet arrêt de 1951 plus significatif encore.

La chambre criminelle devait affirmer, quelques jours plus tard, que la faute commise par des ouvriers au cours de leur mouvement de grève (l'occupation des locaux de l'usine) n'avait pu par elle-même rompre leurs contrats de travail et constituait seulement, pour l'employeur, un motif de les résilier, de sorte que le chef d'entreprise avait bien commis l'infraction consistant, à l'époque, à licencier des salariés sans solliciter l'autorisation du service de la main-d'œuvre (Crim. 3 juill. 1951, *D.* 1951. 542 ; *Dr. soc.* 1951. 474, rapport M. Patin ; *GA*, 2^e éd., n° 12). Les deux chambres allaient confirmer cette position (Soc. 5 mars 1953, *infra* n° 185 ; 25 avr. et 26 juin 1952, *Dr. soc.* 1953. 533 et 535 ; 5 avril 1957, *JCP* 1957. II. 10137 ; Crim. 18 juill. 1952, *JCP* 1953. II. 7530 ; et plus tard : Soc. 9 mai 1973, *Bull. civ.* V, n° 282).

La grève est bien objet d'un droit, ainsi que l'énonce désormais la première et principale disposition que le Code du travail lui consacre, puisque, d'une part elle entraîne une simple suspension du contrat de travail du gréviste, d'autre part elle ne saurait constituer un motif de rupture, le licenciement ne pouvant être prononcé qu'en raison d'une faute lourde commise par ce salarié à l'occasion du mouvement. Ce droit a gagné en consistance depuis que la Cour de cassation a admis que le licenciement prononcé hors le cas de faute lourde était nul et que cette nullité fondait le salarié à exiger la reprise d'exécution de son contrat (v. *infra*, arrêt n° 202).

2. Il s'agit véritablement d'un droit subjectif, car, à la différence de ce qui a lieu dans d'autres pays où il est reconnu, ce droit de grève a pour titulaire, non une collectivité de travailleurs ou les syndicats, mais chaque salarié. Il est le type même du droit individuel d'exercice

collectif : un droit individuel de suspendre l'exécution de son contrat de travail pour se joindre à un mouvement collectif.

Cette titularité individuelle a quelques conséquences pratiques. En premier lieu, la qualification de faute lourde, qui conditionne un licenciement ou toute autre sanction, ne saurait être appliquée qu'à un comportement personnel de l'intéressé (v. *infra*, arrêt n° 199). En deuxième lieu, les syndicats ne sont pas les commettants des grévistes, et ne sauraient donc être tenus, sur le seul fondement de l'art. 1384, al. 5 du Code civil, de réparer les dommages causés par des salariés, qui « exercent individuellement le droit de grève » (Soc. 9 nov. 1982, *infra*, n° 211). En troisième lieu, lorsque la loi impose le dépôt d'un préavis de grève par un syndicat (régime des services publics), les salariés « seuls titulaires du droit de grève » ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée annoncée dans cet acte, ce qui peut avoir des conséquences sur la régularité de ce mouvement (Soc. 12 janv. 1999, *Bull. civ.* V, n° 6 ; 29 févr. 2000, *RJS* 4/00, n° 435 ; 30 avr. 2003, n° 00-22.328 D), et on ne saurait imposer à un salarié d'indiquer à son employeur son intention de participer à la grève avant le déclenchement de celle-ci (Ass. plén. 23 juin 2006, *Dr. soc.* 2006. 935, obs. E. Dockès, *JCP S* 2006, 1843, note R. Vatinet, *RDT* 2006. 248, obs. N. Olszak et 404, obs. O. Leclerc). En quatrième lieu, que tout salarié ait « un droit personnel à la grève », selon la saisissante formule d'un arrêt (Soc. 10 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 434), fragilise les dispositions de conventions collectives soumettant à une procédure (préavis, tentative de conciliation) le déclenchement d'une grève : en cas de non-respect de cette procédure, une faute (lourde) ne peut être imputée à un salarié que si l'employeur établit qu'il a sciemment enfreint la clause ou incité les autres salariés à le faire (Soc. 10 oct. 1990, *préc.*). Enfin, l'irrégularité du préavis déposé par un syndicat ne fonde pas à reprocher une faute à un salarié pour avoir participé à l'arrêt de travail dans le respect du délai de prévenance assuré par cet acte (Soc. 25 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 554, obs. C. Radé). L'impuissance de la convention collective à imposer une procédure préalable à l'arrêt de travail (v. *infra*, n° 198) tient d'abord au fait qu'aucun syndicat ne saurait disposer de l'exercice d'un droit individuel des salariés.

B. — Un droit constitutionnel

1. C'est sans conteste en matière de grève que l'on rencontre la plus forte proportion d'arrêts de cassation rendus par la chambre sociale au visa, parfois exclusif, d'une disposition de bloc de constitutionnalité (« Vu l'alinéa 7 du Préambule... ») ou évoquant, dans leurs motifs, cette position hiérarchique de la règle consacrant le droit en cause.

Explicite ou non, cette référence constitutionnelle pèse sur la solution d'importantes questions juridiques. On pense à l'arrêt n° 188 lui-même, à la jurisprudence relative à la qualification de grève et aux formes que peut revêtir l'arrêt de travail tout en méritant cette qualification (v. *infra*, arrêts n° 190 et s. ; Soc. 13 nov. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1108, obs. J.-E. Ray et *ibid.* 1997. 368, note C. Radé ; 23 oct. 2007, *D.* 2008. 662, note A. Bugada, et Pan.450, obs. O. Leclerc), à la nullité du licenciement du gréviste hors le cas de faute lourde (v. *infra*, arrêt n° 202) et à l'indemnisation du salarié gréviste dont le licenciement est nul de plein droit (Soc. 2 févr. 2006, *RDT* 2006. 42, obs. O. Leclerc, *JCP S* 2006, act. 63, obs. S. Miara), au refus de voir le juge apprécier le caractère raisonnable des revendications (v. *infra*, arrêt n° 193), à l'exclusion du préavis conventionnel (v. *infra*, arrêt n° 197), ou encore à la nullité pour cause illicite de la dénonciation d'un usage en vue de dissuader les salariés d'exercer « le droit de grève constitutionnellement reconnu » (Soc. 13 févr. 1996, *Bull. civ.* V, n° 54 ; *Dr. ouvr.* 1996. 217, concl. Y. Chauvy).

Bien que le Conseil d'État n'évoque pas la disposition constitutionnelle, celle-ci ne pouvait que l'encourager à reconnaître, dans une disposition visant certaines réactions à l'égard des grévistes (désormais art. L. 2511-1, al. 2 nouv. C. trav. : la grève « ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux »), l'expression d'un « principe général du droit du travail » rendant illégales certaines dispositions de statuts du personnel d'entreprises publiques (CE 12 nov. 1990, *Mahler*, *AJDA* 1991. 332, note M. Hécquard-Théron ; *D.* 1992, Somm. 159, obs. D. Chelle et X. Prétot ; v. *supra*, sous arrêts n° 7 et 9). La Haute juridiction ne pouvait faire moins que de reconnaître au droit de grève le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA, dont le juge administratif des référés peut et doit assurer la sauvegarde face aux actes de l'autorité (CE 9 déc. 2003, *Mme Aguillon et autres*, *Dr. soc.* 2004. 172, concl. J.-H. Stahl).

Il est étonnant que ce droit de grève garanti par la Constitution ne bénéficie, à la différence du droit syndical, d'aucune protection pénale. Des licenciements, des sanctions, des mesures de rétorsion, frappant ceux qui ont participé à l'arrêt de travail ou toute autre manœuvre contre l'exercice du droit de grève ne constituent pas des agissements anti-syndicaux visés par l'art. L. 2141-5 et 2141-7 nouv. C. trav., et ne consomment donc pas l'infraction de l'art. L. 2146-2 (Crim. 19 juin 1979, *Bull. crim.*, n° 217 ; *D.* 1980. IR. 88, obs. J. Péliissier). C'est que la seule participation à une grève ne suffit pas à caractériser une action syndicale (Crim. 4 déc. 1979, *Bull. crim.*, n° 349 ; *D.* 1980. IR. 337, obs. M. Puech) ou à révéler une affiliation syndicale (Crim.

31 mars 1981, *JS UIMM* 1981, n° 422, p. 406 ; *D.* 1982. IR. 83, obs. J. Pélessier). Il en va autrement si les mesures prises à l'encontre de grévistes ne visent que des syndiqués (Crim. 21 nov. 1989, *Dr. ouvr.* 1990. 410), ou si un lien de causalité est établi entre l'appartenance ou l'activité syndicale et la mesure (Crim. 12 mai 1981, *Bull. crim.*, n° 154), ou encore si une relation apparaît entre cette réaction à une grève déclenchée par un syndicat et la volonté du chef d'entreprise de briser cette organisation (Crim. 15 déc. 1981, *Bull. crim.*, n° 330 ; *D.* 1982. IR. 321, obs. J.-M. Béraud ; 22 oct. 1986, *Dr. soc.* 1987. 852, note J. Déprez ; 4 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 146). Dans ces circonstances, le droit syndical est atteint à travers les agissements visant la grève. En revanche, la mesure frappant des syndiqués n'est pas délictueuse lorsqu'elle réagit à une action constitutive d'un manquement des intéressés à leurs obligations contractuelles (Crim. 12 mai 1981, *préc.*) ou qu'elle est la sanction d'une faute lourde commise dans le cadre de la grève (Crim. 4 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 146). Cela étant, un syndicat peut demander au civil, sur le fondement de l'art. L. 2132-2, al. 2 nouv. C. trav. (v. *supra*, Partie 2 sous arrêt n° 33), des dommages-intérêts en raison d'une atteinte au droit de grève lésant l'intérêt collectif de la profession (Soc. 27 mars 1968, *JCP* 1969. II. 16047, note J.-M. Verdier).

2. La consécration constitutionnelle du droit de grève n'exclut pas sa limitation. Le Conseil d'État n'a pas tardé à relever que l'Assemblée constituante de 1946 avait prévu sa « réglementation » par la loi, pour ajouter qu'en l'absence d'encadrement législatif général « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure des limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public », et reconnaître au gouvernement pouvoir de fixer ces limitations pour le bon fonctionnement des services publics (CE 7 juill. 1950, *Dehaene*, *D.* 1950. 538, note A. Gervais ; *Dr. soc.* 1950. 317, concl. A. Gazier ; v. plus récemment : CE 8 mars 2006, *Onesto et autres*, *JCP S* 2006, 1316, note B. Gauriau, *RDT* 2006. 259, obs. O. Leclerc ; 15 mai 2006, *CFDT Finances*, *JCP S* 2006, 1699, note R. Vatinet). Discutable au regard du texte constitutionnel (« les lois »), mais réaliste dit-on, cette doctrine a été maintes fois réaffirmée, le pouvoir de réglementation dans l'intérêt du service public étant aussi reconnu aux chefs de services et aux organes dirigeants d'établissements publics (sur les compétences respectives du gouvernement et de ces organes dirigeants, et les pouvoirs de ces derniers, v. : CE 8 mars 2006, *préc.*), tandis que le juge administratif doit veiller à ce que le droit de grève des agents ne subisse pas « une atteinte excessive » (ex. : CE 13 nov. 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études*

de l'aviation civile, *RJS* 2/93, n° 173 ; *D.* 1993, *Somm.* 253, obs. F. Debord ; 25 sept. 1996, *Ministre du Budget, Lebon.*, p. 351 ; 30 nov. 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, *RJS* 2/99, n° 256). Ce régime jurisprudentiel concerne les agents publics (l'art. 10 de la loi du 13 juillet 1983, paraphrase, pour les fonctionnaires, le texte constitutionnel), mais aussi les salariés « de droit privé » concourant à un service public, tels les salariés de la SNCF (CE 23 oct. 1964, *Fédé. syndicats chrétiens de cheminots*, *JCP* 1965. II. 14271, note G. Bélorgey), d'EDF-GDF (CE 17 mars 1997, *Hotz et autres*, et *Fédération nationale des syndicats du personnel de l'énergie électrique*, *Dr. soc.* 1997. 533, obs. J.-E. Ray ; *AJDA* 1997. 533, note M. Bellanger et G. Darcy) ou de la RATP (CE 8 mars 2006, *préc.*).

Le législateur, en tout cas, a pouvoir d'encadrer l'exercice du droit de grève. Selon la décision rendue le 25 juillet 1979 par le Conseil constitutionnel (n° 183), les constituants « ont entendu marquer » que ce droit a des limites que le législateur est habilité à tracer « en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte », notamment pour assurer « la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ». Ces limitations, précise le Conseil, peuvent aller jusqu'à priver du droit de grève les agents dont la présence est indispensable au fonctionnement des « éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ». La loi en cause, relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, concernait des salariés de droit privé. Tout comme la loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, dont l'examen de constitutionnalité a permis au Conseil de reprendre, un an plus tard, les formules de la décision ci-dessus rapportée en observant que pouvait se dresser, face au droit de grève, cette composante de l'intérêt général qu'est « la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens », autre principe de valeur constitutionnelle (Cons. const. n° 80-117 DC, 22 juill. 1980, *Dr. soc.* 1980. 441, note D. Turpin ; pour une réitération de cette doctrine à propos d'un texte concernant la retenue sur rémunération imposée aux agents publics, v. : Cons. const. n° 87-230 DC, 28 juill. 1987, *RJC* 1959-1993. 315 ; pour le pouvoir du législateur d'édicter des mesures propres à éviter le recours répété à des grèves de courte durée mettant en cause la continuité du service public des transports terrestres de voyageurs et, « eu égard à la nature particulière du droit de grève », de confier à des syndicats représentatifs des prérogatives particulières pour le déclenchement de l'action, dès lors qu'est laissée « entière la liberté de chaque salarié de décider personnellement de participer ou non à la grève », v. : Cons. const. n° 2007-556 DC, 16 août 2007, comm. V. Bernaud, *Dr. soc.* 2007. 1221). Le

juge constitutionnel a, plus nettement encore, affirmé que la mission du législateur de protéger le droit de grève (et le droit syndical) ne l'autorisait pas, en réduisant trop la possibilité d'obtenir réparation des dommages causés par un conflit du travail, « à dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs (...) à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques » (Cons. const. n° 82-144 DC, 22 oct. 1982, *D.* 1983. 189, note F. Luchaire ; *Dr. soc.* 1983. 155, 1^{re} esp., note L. Hamon).

La Cour de cassation a, dès les années 1950, emprunté à l'arrêt *Dehaene*, en affirmant que « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif » (Soc. 17 janv. 1956, *D.* 1956. 481 ; 11 oct. 1957, *Gaz. Pal.* 1957. 2. 319 ; v. aussi ci-dessous : Soc. 3 oct. 1963, n° 188). Ainsi le droit constitutionnel de grève est-il susceptible d'abus, encore que la Cour de cassation distingue mal ce qui est grève abusive et ce qui est action ne méritant même pas la qualification de grève (v. *infra*, II, A).

Le contexte juridique international et européen dans lequel évolue le droit français pourrait avoir une incidence sur la garantie et des limitations du droit de grève. Certes, aucune norme de l'OIT n'offre cette garantie. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne imite l'article 6 de la Charte sociale européenne révisée en reconnaissant aux travailleurs et aux employeurs le droit « de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève » (art. 28). La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'influence croissante sur la jurisprudence sociale française a été signalée (v. *supra*, sous arrêt n° 18 et s.), se borne, dans son article 11, à garantir la liberté syndicale. Mais la Cour européenne des droits de l'homme admet aujourd'hui que, si cette disposition ne garantit pas expressément le droit de grève, la grève représente l'un des moyens les plus importants dont disposent les syndicats pour défendre les intérêts professionnels, de sorte qu'une interdiction ou une restriction de son exercice affecte la liberté syndicale et doit donc respecter les conditions auxquelles l'article 11, § 2 soumet ces restrictions : prévision par la loi, légitimité de l'objectif, proportionnalité (CEDH, *Unison*, 10 janv. et 27 juin 2002, OFS, *D.* 2003. 939, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly).

En revanche, on sait aujourd'hui que le droit de grève « à la française », ou tel que le régulent des droits nationaux moins libéraux à son égard, est exposé à des restrictions imposées par ces piliers de la Communauté européenne que sont les libertés économiques, liberté d'établissement et liberté de prestation de services. En effet, si la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît que « le droit de

mener une action collective, y compris le droit de grève, doit (...) être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect », elle considère que son exercice peut être soumis à certaines limitations, requises notamment par la sauvegarde de la liberté d'établissement à laquelle l'action collective apporte elle-même des restrictions. Et de « préciser » l'équilibre requis : ces restrictions de la liberté d'établissement « peuvent, en principe, être justifiées au titre de la protection d'une raison impérieuse d'intérêt général, telle que la protection des travailleurs, à condition qu'il soit établi qu'elles sont aptes à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif » (CJCE 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking* ; rapp., à propos de la liberté de prestation de services : 17 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval, Sem. soc. Lamy*, 7 janv. 2008, n° 1335, p. 8, comm ; S. Laulom ; v. aussi : S. Robin-Olivier et E. Pataut, *RDT* 2008. 80). On imagine l'incertitude qui risque de peser sur la légitimité et l'immunité d'un mouvement qui se révélerait affecter ces libertés communautaires de circulation !

3. La disposition de valeur constitutionnelle, par son caractère tout à fait général, ne reconnaît-elle pas le droit de grève à toute personne qui travaille pour gagner sa vie ? On pense aux professionnels libéraux, aux commerçants et artisans, aux exploitants agricoles, dont le revenu provient du versement d'honoraires ou de prix de ventes ou de services, et dont le droit de grève pourrait être celui de suspendre leur activité personnelle, en perdant certes le revenu correspondant, mais en échappant en principe à toute responsabilité en raison des dommages causés par cette suspension (l'équivalent d'un maintien de l'emploi est difficile à concevoir). La première chambre civile de la Cour de cassation a cependant cassé un jugement selon lequel, le droit de grève étant une liberté individuelle garantie par la Constitution, il convenait de s'écarter de sa définition « travailliste » et de considérer qu'en participant à un mouvement de refus de paiement des cotisations ordinaires, pour protester contre les positions du conseil de l'ordre, un médecin avait exercé ce droit. L'arrêt se contente d'avancer que le mouvement en question ne constituait pas une cessation concertée du travail (Civ. 1^{re} 15 janv. 1991, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *D.* 1991, *Somm.* 353, obs. J. Penneau ; *D.* 1992, *Somm.* 297, obs. A. Lyon-Caen). Quant à la chambre sociale, elle a relevé, à l'occasion d'un pourvoi dans une affaire de recherche de responsabilité civile d'organisations professionnelles de transporteurs routiers (entrepreneurs ou artisans) qui avaient organisé le blocage d'un entrepôt pétrolier par des véhicules poids lourds, que ce mouvement collectif « ne constituait pas une grève au sens de l'article L. 521-1 [art. L. 2511-1] du Code du travail »

(Soc. 11 janv. 2006, *RJS* 3/06, n° 377, avis J. Duplat, p. 201, *Dr. soc.* 2006. 470, obs. P.-Y. Verkindt). Il reste donc convenu que le droit de grève ne bénéficie, en raison de son objet même, qu'aux travailleurs dépendants, c'est-à-dire aux salariés (de droit privé ou de droit public) et fonctionnaires, à l'exception de certaines catégories d'agents publics que la loi prive expressément de ce droit (magistrats, militaires, fonctionnaires de police, personnels de l'administration pénitentiaire, etc.).

C. — La substance du droit de grève

Le droit de grève se réduit-il à la faculté, juridiquement protégée, de suspendre l'exécution du travail pour la défense d'intérêts professionnels ? N'autorise-t-il pas d'autres actions dans le cadre de cette suspension, seraient-elles nuisibles à l'employeur ?

L'arrêt *Pouget* du 20 mai 1992 (n° 178) reproche à une cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une faute lourde à la charge de salariés d'une entreprise de convoyage de fonds auxquels leur employeur reprochait la rédaction et la distribution, à l'occasion d'une grève, d'un tract syndical critiquant l'état de leurs équipements, l'insuffisance de leur formation et de leur sécurité. Pour les juges du fond, ces salariés avaient ainsi violé « une obligation de réserve ». La chambre sociale est d'un avis contraire : au cours d'une grève, les salariés peuvent exprimer librement leurs réclamations et leurs revendications sur leurs conditions de travail, dont on imagine qu'elles étaient la cause de leur mouvement. Dans ce que l'arrêt attaqué avait qualifié de faute lourde, la Cour de cassation voit « l'exercice d'un droit ». On comprend qu'il s'agit moins d'un droit spécifique que d'un corollaire du droit de grève lui-même.

En parlant d'une « obligation de réserve », on vise l'obligation générale d'exécuter tout contrat de bonne foi ; obligation continue dont diverses solutions jurisprudentielles attestent qu'elle demeure en cas de suspension du contrat de travail, et qui subsiste donc pendant la durée de la grève. Mais la grève comporte une dimension d'expression — inhérent à son statut de liberté — et le droit de grève est celui d'exercer sur l'employeur une pression, dont l'expression publique constitue un instrument légitime. Vouloir une grève discrète, que rien ne signalerait au monde extérieur, sans information du public par les grévistes sur les bonnes raisons que ceux-ci pensent avoir d'arrêter le travail, serait ignorer ou prétendre éradiquer une part de la réalité sociologique de ce type d'action. Il paraît donc sage d'admettre que le droit de grève autorise une expression qui, hors de ce mouvement, méconnaîtrait l'obligation de bonne foi, de la même façon qu'il fonde le salarié à refuser d'exécuter l'obligation principale née du contrat.

Notons que s'il autorise à s'exprimer librement sur les motifs du mou-

vement, « le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise ». L'arrêt *Lopez et autres* du 21 juin 1984 (*infra* n° 212) est aussi net mais plus péremptoire que l'arrêt *Pouget*.

II. — La qualification de grève

185. Soc. 5 mars 1953

Soc. des Pneumatiques Dunlop c. Plisson

(*Bull. civ. IV*, n° 185 ; *Dr. soc.* 1953. 226 ; *D.* 1954. 109)

ARRÊT

La Cour : — Sur le moyen unique : Vu le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 4 de la loi du 11 février 1950 :

Attendu qu'en vertu du premier de ces textes, le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent, et qu'en vertu du second, la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ;

Attendu qu'en application de ces textes, *le contrat de travail liant les employeurs aux salariés est suspendu tant que dure la grève ;*

Attendu que par l'effet de cette suspension, d'une part, le rapport contractuel est maintenu entre les parties jusqu'au jour de la reprise ultérieure du travail et, d'autre part, chacune des parties se trouve dispensée de mettre à exécution les obligations qui lui incombent, à savoir : les salariés de fournir un travail et les employeurs de verser un salaire ;

Attendu qu'il n'y a pas arrêt du travail lorsque le travail est exécuté au ralenti ou dans des conditions volontairement défectueuses ;

Attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond qu'à la suite du rejet par la Société Dunlop de diverses revendications d'ordre professionnel présentées par eux, les ouvriers de cette société ont décidé de pratiquer une grève dite « grève perlée », le 23 novembre 1949, en effectuant un travail réduit, coupé par de fréquentes interruptions, spécialement dans l'atelier chargé de la vulcanisation des pneumatiques 50 x 15 destinés à l'équipement des poids lourds automobiles ; que, malgré l'intervention de l'ingénieur chef de service en date du 10 décembre, cet état de chose persista ; que la consigne était de porter à la cuisson un unique pneumatique par homme et par équipe ; qu'enfin Plisson, qui appartenait à l'atelier susvisé, a été congédié le 13 décembre, sans préavis ni indemnité, pour avoir contrevenu aux instructions données en vue de la reprise de la production normale ;

Attendu qu'il résulte de ces constatations qu'il n'y a pas eu arrêt de travail ;

Attendu dès lors, que les parties demeuraient soumises à leurs obligations contractuelles régies par l'article 23 du livre I^{er} du Code du travail, et que Plisson ne pouvait exciper du droit de grève invoqué par le jugement pour protester contre son congédiement, malgré le caractère interprétatif qui s'attache à l'article 4 de la loi du 11 février 1950 ;

Attendu qu'en décidant le contraire et en condamnant la Société Dunlop à verser à Plisson des dommages et intérêts pour renvoi abusif de ce salarié, ainsi qu'une indemnité de délai-congé, le jugement attaqué a faussement appliqué et, par suite, violé les textes visés au moyen ;

Par ces motifs, casse et annule...

186. Soc. 23 mars 1953**Grenier c. SNCF**

(*Bull. civ.* V, n° 253 ; *JCP* 1953. II. 7709, note Delpech ;
D. 1954. 89, note G. Levasseur)

ARRÊT

La Cour ; — *Sur le moyen unique*, tiré de la violation des articles 1382 du Code civil, 4 de la loi du 11 février 1950, et 7 de la loi du 20 avril 1810 ; — Attendu que le pourvoi fait grief au jugement attaqué d'avoir débouté Grenier, cheminot au dépôt de la gare Saint-Charles à Marseille, de sa demande en remboursement de la somme de 200 francs retenue par la SNCF sur sa prime à la production ainsi que de sa demande en dommages et intérêts au motif que la grève à laquelle il a participé n'avait pas un caractère professionnel et n'avait pas été précédée de la procédure de conciliation instituée par les articles 5 et suivants de la loi du 11 février 1950, alors que le jugement se borne à affirmer qu'il s'est agi d'une grève politique, sans permettre à la Cour de cassation d'exercer son droit de contrôle sur le caractère de cette grève, et que l'absence de la procédure de conciliation n'est pas obligatoirement constitutive d'une faute lourde dès lors qu'il n'est pas constaté par les juges du fond qu'il en est résulté un trouble dans le fonctionnement des services de la SNCF ; — Mais attendu, d'une part, *qu'il résulte des énonciations du jugement que le caractère essentiellement politique de la grève à laquelle ont pris part, le 4 mars 1950, les cheminots du dépôt de la gare Saint-Charles à Marseille, lesquels ont abandonné le travail avant l'heure normale, ne saurait être sérieusement contesté dès lors que la résolution émanant du bureau syndical a revêtu la forme d'une violente protestation contre les incidents qui avaient marqué la veille la séance de l'Assemblée Nationale à Paris*, et que la revendication relative au versement d'un acompte mensuel en faveur des cheminots n'avait la valeur que d'un simple prétexte ; — Attendu que de l'analyse qu'ils ont faite de la résolution susvisée, les juges ont pu déduire que la cause de la grève était « essentiellement politique » ; — Attendu, d'autre part, que le jugement n'a relevé l'absence de la procédure de conciliation que pour affirmer davantage le caractère non professionnel de cette grève ; — Qu'ainsi le moyen n'est fondé dans aucune de ses branches ;

Par ces motifs : — Rejette le pourvoi.

187. Soc. 18 avril 1963**Soc. Papeteries Chancel c. Paolieri et autres**

(*Bull. civ.* IV, n° 316 ; *D.* 1963. 505, note A. Rouast ;
JCP 1963. II. 13370, note P. Bizière)

ARRÊT

Sur le moyen unique pris de la violation de l'article 1134 du Code civil, de l'article 4 de la loi du 11 février 1950, ensemble violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, pour défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la Société anonyme

de Papeteries Chancel de sa demande en résolution judiciaire des contrats de travail de Paolieri et de douze autres délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise, et d'avoir estimé que la répétition d'arrêts de travail qui avaient chacun le caractère d'une grève, entre lesquels les cadences de travail avaient été respectées, qui s'étaient déroulés sans incident et qui avaient été annoncés préalablement, ne revêtait pas les caractères d'une faute lourde, cette forme de grève ayant été choisie sans aucune intention malveillante, parce que la privation partielle de salaire est plus facile à supporter pour les ouvriers et que, dans une usine à feu continu, elle gêne la production en brisant le rythme, — alors d'une part que s'il est licite pour les ouvriers d'arrêter la production, le désir de la désorganiser révèle précisément l'intention malicieuse dont l'arrêt attaqué n'a pu nier l'existence qu'en se mettant en contradiction avec ses propres constatations, — et alors d'autre part, qu'indépendamment même de toute intention frauduleuse, la seule pratique d'arrêts de travail rapprochés, à des heures variables, est un manquement grave aux conditions de travail telles qu'elles sont définies par le contrat de travail ou les usages, même si les arrêts sont préalablement annoncés, et qu'un tel manquement constitue une faute lourde de nature à justifier la, résolution du contrat de travail ;

Mais attendu que les juges du fond ont constaté que si les ouvriers avaient interrompu à plusieurs reprises leur travail pour appuyer des revendications professionnelles, ils avaient eu le souci d'éviter que ces interruptions n'entraînent des perturbations trop importantes dans le fonctionnement de l'usine ; que les arrêts de travail, dont l'employeur était prévenu à l'avance, n'avaient été marqués par aucun incident ni aucun acte de sabotage ; que les mesures indispensables à la conservation des machines avaient été prises ; qu'entre les arrêts, les cadences de travail avaient été normales et que les ouvriers avaient accompli leur tâche au rythme habituel ; qu'après avoir fermé l'usine pendant 24 heures la société avait considéré qu'il était de son intérêt de la laisser en marche même avec des arrêts de travail temporaires ;

Attendu qu'en l'absence de tout texte légal ou réglementaire précisant les formes que doivent revêtir les arrêts de travail pour constituer la grève, la répétition d'interruption de travail ayant chacune le caractère d'une grève licite ne peut être considéré, en principe, comme un abus du droit de grève ;

D'où il suit que l'arrêt attaqué a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 5 juillet 1961 par la cour d'appel de Nîmes.

188. Soc. 3 octobre 1963

Goazioux et autres c. Soc. Krieg et Zivry

(*Bull. civ. IV, n° 645 ; D. 1964. 3, note G. Lyon-Caen*)

ARRÊT

Sur la recevabilité du pourvoi (sans intérêt) ;

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Vu l'article 4 de la loi du 11 février 1950 et l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu qu'il est constant que les délégués du personnel de la Société Krieg et Zivry avaient déposé un cahier de revendications demandant une augmentation de salaires et le paiement d'une prime de vacances ; que, devant le refus de la

direction, un certain nombre d'ouvriers, variant de 48 à 106, avait participé à des arrêts de travail inopinés et répétés ; que la société avait alors fait afficher une note de service précisant qu'elle ne considérait pas de telles interruptions comme l'exercice du droit de grève et que tout nouvel arrêt de travail, constituant une mauvaise exécution de celui-ci, serait sanctionné par une mise à pied d'une journée, que Goazieux et 57 autres ouvriers furent ainsi frappés de cette sanction pour un nouvel arrêt de travail ; que, sur la demande en paiement d'une indemnité compensatrice des salaires perdus pendant la journée de mise à pied, le jugement attaqué qui ne s'est pas prononcé sur le moyen tiré par l'employeur du caractère intermittent et imprévu des arrêts de travail répétés, a estimé que les différents arrêts de travail qui avaient eu lieu ne sauraient être considérés comme l'exercice régulier du droit de grève au motif que la majorité du personnel n'avait pas suivi l'ordre de grève ;

Qu'en statuant ainsi, alors que *si la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif, l'arrêt de travail concerté de 58 ouvriers d'une entreprise dans le but d'obtenir une amélioration des conditions de travail ne saurait perdre le caractère de grève par le seul fait qu'il n'a pas été observé par la majorité du personnel*, les juges du fond n'ont pas légalement justifié leur décision ;

Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin d'examiner la deuxième branche du moyen :

Casse et annule le jugement rendu entre les parties par le conseil des prud'hommes de la Seine le 5 mai 1961 : remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le conseil des prud'hommes de Versailles.

189. Soc. 23 novembre 1978

Bardot et autres c. SAMI

(*Bull. civ.* V, n° 790 ; *D.* 1979. 304, note J.-C. Javillier et IR. 226, obs. J. Pélissier ; *JCP* 1980. II. 19278, note J.-P. Karaquillo ; *Dr. ouvr.* 1990. 12, note M. Bonnechère)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation des articles L. 122-8, L. 122-9, L. 122-14-3, L. 521-1 du Code du travail, 7 de la loi du 20 avril 1810 et 455 du Code de procédure civile, dénaturation des documents de la cause, défaut de motifs et manque de base légale ;

Attendu qu'après des négociations infructueuses avec leur employeur, la Société d'application du marquage industriel (SAMI), en vue d'obtenir la suppression du travail le samedi, les demandeurs au pourvoi ne se sont pas présentés au travail les samedis 10, 17 et 24 avril 1976, après en avoir prévenu la direction par lettre du 5 avril ; que prenant acte de ce qu'ils avaient ainsi rompu unilatéralement leur contrat, la société s'est opposée à ce qu'ils reprennent le travail le 26 avril ; que l'arrêt infirmatif attaqué les a déboutés de leurs demandes en paiement d'indemnités de préavis et de licenciement et de dommages-intérêts pour congédiement abusif ;

Attendu qu'il est fait grief à la cour d'appel d'avoir ainsi statué, aux motifs qu'il résultait des termes de la lettre du 5 avril 1976, que cette cessation de travail,

bien que collective et concertée, ne relevait pas du droit de grève auquel ce document ne faisait aucune référence et n'avait pas pour but d'appuyer des revendications professionnelles, et qu'il ne s'agissait que d'une décision unilatérale et définitive de modifier des conditions essentielles du contrat de travail, alors que, d'une part, le droit de grève n'est soumis à aucun formalisme, et qu'il importait peu que les salariés n'aient pas employé le terme de « grève », alors, d'autre part, qu'il n'était même pas contesté par l'employeur que ces cessations de travail avaient pour but des revendications professionnelles dont il avait été précédemment saisi et qui étaient rappelées expressément dans la lettre du 5 avril ainsi dénaturée, et, alors, enfin, que la grève manifeste par définition la volonté des salariés de se placer provisoirement hors contrat en en modifiant certains éléments, et qu'il ne pouvait être jugé que le 5 avril, les salariés avaient manifesté leur intention définitive de ne plus travailler le samedi, dès lors que cette décision ayant été renouvelée chaque samedi, il s'agissait d'une mesure provisoire devant se prolonger jusqu'à l'ouverture des négociations réclamées ;

Mais attendu que par leur lettre du 5 avril 1976, les salariés avaient avisé la direction que ses propositions, en réponse à une demande de changement d'horaire ne leur convenaient pas et qu'ils avaient pris la décision de ne plus travailler le samedi ; qu'abstraction faite d'un motif surabondant relatif à l'absence dans cette lettre du mot « grève », la cour d'appel, qui n'en a pas dénaturé les termes, a pu en déduire qu'en s'absentant trois samedis de suite, les demandeurs au pourvoi n'avaient pas eu pour but de faire aboutir d'autres revendications professionnelles, qu'ils avaient décidé de satisfaire unilatéralement leurs désirs par une modification des conditions essentielles de leur contrat de travail et qu'il n'y avait pas eu exercice du droit de grève, lequel n'autorise pas les salariés à exécuter leur travail dans des conditions autres que celles prévues par leur contrat ; que sans encourir les griefs du moyen, elle a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 22 avril 1977 par la cour d'appel de Bourges.

190. Soc. 29 mai 1979

Soc. Lhomme c. Journiac

(Bull. civ. V, n° 464 ; JS UIMM 1980, n° 410, p. 341 ;

D. 1980, Somm. 23, obs. Ph. Langlois)

ARRÊT

Sur le premier moyen, pris de la violation du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et des articles L. 521-1 du Code du travail, 12 et 455 du nouveau Code de procédure civile, défaut de motifs, défaut de réponse à conclusions, et manque de base légale :

Attendu que Journiac, ouvrier au service de la société des Établissements Lhomme, s'étant, seul dans cette entreprise, absenté le 7 octobre 1976 pour participer à une grève nationale, a été licencié avec effet immédiat et sans indemnités par son employeur ;

Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué, de l'avoir condamnée notamment à payer à Journiac des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail, une indemnité compensatrice de préavis, une indemnité de licenciement, aux motifs que la société ne pouvait ignorer l'existence de la grève en

raison de la publicité qui lui avait été donnée et que peu importait que des revendications n'eussent pas été préalablement formulées à l'intérieur de l'entreprise, alors, d'une part, que la grève est la cessation concertée et collective du travail et que la Cour ne s'est pas expliquée sur l'ampleur du mouvement dont il s'agissait, d'autre part, que la grève ayant pour but d'appuyer des revendications professionnelles déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction, la cour d'appel ne pouvait dire qu'il importait peu que des revendications professionnelles n'eussent pas été formulées à l'intérieur de l'entreprise, enfin, que, dans des conclusions demeurées sans réponse, la société avait fait valoir qu'aucune revendication professionnelle propre à l'entreprise n'avait été formulée par le personnel de celle-ci et qu'il n'était pas possible de se fonder sur des considérations d'ordre général pour légitimer l'absence d'un seul salarié de l'entreprise ;

Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la grève du 7 octobre 1976 avait pour but d'appuyer *des revendications professionnelles formulées sur le plan national* ; qu'il importait peu, dans ces conditions, que Journiac eût été le seul à faire grève dans son entreprise et qu'aucune revendication professionnelle particulière à celle-ci n'eût été formulée ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, pris de la violation du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et des articles L. 521-1 du Code du travail et 12 et 455 du nouveau Code de procédure civile, défaut de motifs, contradiction de motifs, dénaturation des conclusions d'appel du demandeur et manque de base légale :

Attendu que la société fait encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que Journiac avait participé à une grève licite au motif que le caractère professionnel des revendications formulées sur le plan national ne saurait être contesté puisqu'il s'agissait du pouvoir d'achat des salariés à l'augmentation duquel se serait heurtée la réalisation du « plan Barre » de stabilisation de la monnaie, ceci en dépit du caractère politique de la décision syndicale alors, d'une part, que la grève devient illicite lorsqu'elle s'imisce dans l'exercice des actes réservés à la puissance publique, d'autre part, que la cour d'appel, qui avait constaté le caractère politique de la décision syndicale ne pouvait, sans se contredire, déclarer licite la grève suivie par les salariés parce que le caractère professionnel des revendications ne saurait être contesté, enfin, que la cour d'appel n'a pu déclarer la grève licite que par une dénaturation des conclusions du salarié qui avait affirmé son caractère politique en rappelant que la grève avait été déclenchée pour protester contre la politique économique et sociale du gouvernement qualifiée par la presse de « Plan Barre » ;

Mais attendu que les juges du fond ont constaté que *la grève avait pour objet le refus du blocage des salaires, la défense de l'emploi et la réduction du temps de travail, revendications étroitement liées aux préoccupations quotidiennes des salariés au sein de leur entreprise* ; que la cour d'appel appréciant la portée et la valeur probante des éléments qui lui étaient soumis, a estimé que *la grève avait ainsi pour but d'appuyer des revendications professionnelles* ; qu'il s'ensuit qu'elle a légalement justifié sa décision ;

Sur le troisième moyen, pris de la violation des articles 1134 du Code civil, L. 521-1 et L. 523-7 et suivants du Code du travail et 12 et 455 du nouveau Code de procédure civile, défaut de motifs et manque de base légale :

Attendu que la société fait enfin grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que Journiac avait participé à une grève licite, au motif qu'il n'avait pas à prévenir son employeur de sa participation à une grève qui présentait un caractère national et dont ce dernier ne pouvait ignorer l'existence en raison de la publicité qui lui avait été donnée, alors que tous les conflits collectifs de travail sont obligatoirement soumis aux procédures de conciliation et que c'est en violation de ces dispositions impératives que la Cour a admis que le salarié n'avait pas à informer son

employeur de sa participation à un mouvement de revendication étranger à l'entreprise ;

Mais attendu, d'une part, que *les revendications qui avaient été portées sur un plan professionnel national n'intéressaient pas le seul employeur de Journiac, qui n'avait pas à l'informer spécialement de sa participation à la grève*, d'autre part, *qu'il ne résulte pas des articles L. 523-1 et suivants du Code du travail que les procédures de conciliation doivent précéder la grève* ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 31 janvier 1978 par la cour d'appel d'Amiens.

191. Soc. 18 mars 1982

Cora c. Soc. Le Colisée

(*Bull. civ. V*, n° 182 ; *Dr. ouvr.* 1983. 118, note M. B. ;
D. 1983. IR. 169, obs. J. Pélissier)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris de la violation des articles L. 121-1 et L. 122-14-3 du Code du travail :

Attendu que M. Cora, cuisiner au service de la société nouvelle Albrighi, devenue par la suite société Le Colisée, a été licencié, le 14 novembre 1977, pour avoir participé à un arrêt de travail dont l'objet était de protester contre le congédiement d'un serveur de la même entreprise ; qu'il fait grief à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir dit que cette grève avait eu un caractère illicite et que son licenciement avait donc eu une cause réelle et sérieuse, alors que la grève revêt un caractère licite que ne perd pas une grève de solidarité protestant contre un licenciement, quel qu'en soit le mérite ;

Mais attendu que les juges d'appel ont relevé que le serveur avait été licencié pour avoir insulté des clients ; *que ce licenciement, fondé sur un motif apparemment sérieux et strictement personnel, n'avait donc pas un caractère abusif évident pouvant légitimement entraîner une réaction de défense collective* ; qu'en en déduisant que *l'arrêt de travail motivé par le renvoi du serveur, n'ayant eu pour objet ni un intérêt collectif professionnel ni la modification ou l'amélioration des conditions de travail, même de façon indirecte, n'avait pas eu le caractère d'une grève licite*, ils ont donné une base légale à leur décision ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 30 novembre 1979 par la cour d'appel de Toulouse.

192. Soc. 11 juillet 1989

Soc. Sogarde c. Cousin

(*Bull. civ. V*, n° 569 ; *Dr. soc.* 1989. 717, note J. Déprez)

ARRÊT

Sur le moyen unique ; Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers 4 déc. 1986), qu'une grève a été déclenchée le 27 septembre 1984 à 17 heures par les salariés

du service de gardiennage de la société Sogarde ; que, toutefois, M. Cousin, gardien, a effectué son service le 27 septembre 1984 et ne s'est joint à la grève qu'à partir du 28 septembre 1984 au matin ; que la société a licencié, le 10 octobre 1984, pour faute lourde, sept grévistes, dont M. Cousin ;

Attendu que la société Sogarde fait grief à la cour d'appel qui a débouté les autres salariés de leurs prétentions, de l'avoir condamnée à payer à M. Cousin les indemnités de rupture ainsi que des dommages-intérêts alors, selon le moyen d'une part, que le salarié qui participe à une grève illicite commet de ce seul fait une faute lourde ; d'où il suit qu'en allouant à ce salarié, qui avait participé à une grève dont elle constatait expressément l'illicéité, des indemnités de préavis et de licenciement et des dommages-intérêts, la cour d'appel a violé les dispositions combinées des articles L. 122-6, L. 122-8, L. 122-9, L. 122-14-3, L. 124-14-4 et L. 521-1 du Code du travail ; et alors, d'autre part, qu'il est nécessaire, pour qu'elle soit licite, que la grève se rattache à des revendications professionnelles déjà déterminées que l'employeur a refusé de satisfaire qu'en considérant licite la grève commencée dès le lendemain matin du soir ou l'employeur avait été informé des revendications de ses salariés, sans constater qu'il aurait refusé de satisfaire lesdites revendications, la cour d'appel a violé l'article L. 521-1 du Code du travail ;

Mais attendu que *si la présentation de revendications professionnelles doit être préalable, la grève n'est pas soumise en principe à la condition d'un rejet desdites revendications par l'employeur ;*

Qu'ainsi la seconde branche du moyen n'est pas, fondée ;

Et attendu que si la cour d'appel a retenu une faute lourde à la charge des autres grévistes qui avaient cessé le travail avant que leurs revendications fussent formulées, elle a relevé que M. Cousin avait travaillé le 27 septembre et ne s'était joint à la grève que le 28 septembre 1984, après que ces revendications eurent été présentées à l'employeur ; que le moyen ne peut donc être accueilli ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi ;

Condamne la société Sogarde, envers M. Cousin, aux dépens et aux frais d'exécution du présent arrêt.

193. Soc. 2 juin 1992

Zaluski c. Soc. Ipem Hom

(*Bull. civ.* V, n° 356 ; *Dr. soc.* 1992. 696, 1^{re} esp., rapport Ph. Waquet, note J.-E. Ray)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, repris par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Attendu que *si la grève suppose l'existence de revendications de nature professionnelle, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé de ces revendications ;*

Attendu que M. Zaluski, engagé le 20 octobre 1972 en qualité de représentant exclusif par la société Ipem Hom, a été convoqué à une session de travail de tous les représentants en vue du lancement de la campagne commerciale 1984-1985 ; qu'au début de la réunion du 23 août 1984, le porte-parole des représentants a

fait connaître au président-directeur général, par une déclaration suivie de la remise d'un écrit, que l'équipe de vente était préoccupée par le lancement d'une sous-marque vendue directement dans les grandes surfaces et par ses conséquences sur les ventes dans le réseau de détaillants démarché par les représentants ; qu'il a réclamé une communication écrite faisant connaître la politique commerciale qui serait désormais menée ; que les représentants ont ensuite refusé de poursuivre la réunion et ont cessé le travail ; qu'à la suite de ces événements, tous les représentants, dont M. Zaluski, ont été licenciés le 30 août 1984 ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes en paiement des indemnités de préavis et de clientèle et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel, après avoir reconnu que l'arrêt de travail concerté de l'ensemble des représentants constituait bien une grève, énonce que si la volonté exprimée et explicitée de voir l'employeur définir clairement en début de campagne la politique commerciale de la société constitue bien une revendication professionnelle, la lettre de convocation de l'employeur avait annoncé la communication de la nouvelle politique commerciale ; que les représentants ne se sont pas satisfaits de cet engagement et ont exigé de la part du président-directeur général une communication écrite et signée ; que cette exigence constituait pour ce dernier une manifestation de défiance, voire une humiliation que rien ne justifiait, quelles que soient les préoccupations des salariés et qui ne pouvait décemment être satisfaite ; que la revendication telle que formulée ne pouvait constituer un préalable à une grève légitime et qu'en conséquence l'arrêt de travail était illégitime ;

Attendu cependant que cour d'appel, qui a constaté le caractère professionnel de la revendication et *qui n'a caractérisé aucun abus de la part des salariés*, a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 janvier 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

194. Soc. 4 novembre 1992

Cherki et autres c. Soc. France Glaces Findus

(Bull. civ. V, n° 529 ; Dr. soc. 1992. 1007 ;

JCP E 1993. II. 420, note J. Savatier)

ARRÊT

Attendu qu'une grève, avec occupation des lieux, a commencé le 18 octobre 1988 dans l'usine de la société France Glaces Findus à Beauvais ; qu'à la suite des débordements survenus au cours de ce mouvement, la société a licencié pour faute lourde, les 10 et 12 novembre 1988, 17 salariés ; que ces derniers ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la nullité des licenciements et leur réintégration ;

Sur le troisième moyen : (sans intérêt).

Sur le premier moyen en tant qu'il concerne MM. Ageon, Cocher, Paudeloux, Tourillon, Philippe, Sanher, Duval et Pelletier : (sans intérêt).

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche, s'agissant de M. Leveque :

Vu l'article L. 521-1 du Code du travail ;

Attendu que pour rejeter la demande de M. Leveque, la cour d'appel retient qu'il a omis de prendre une mesure de sécurité, à savoir de fermer les vannes d'arrivée de gaz de deux fours et que ce comportement est constitutif d'une faute lourde ;

Qu'en statuant ainsi, sans préciser en vertu de quelle obligation le salarié gréviste aurait été tenu de prendre des mesures de sécurité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche, s'agissant de MM. Cherki, Madry, Bracikowski, Noel et Mme Lelouvel : (sans intérêt).

Et sur le deuxième moyen, vu l'article 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article L. 521-1 du Code du travail ;

Attendu que la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles caractérise l'exercice du droit de grève ; que la commission, par certains salariés grévistes, d'actes illicites au cours de leur mouvement, ne modifie pas la nature de ce dernier ; que ce n'est qu'au cas où la grève entraîne la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus ;

Attendu que pour débouter MM. Ben Jilali et Douvry de leur demande, la cour d'appel, qui ne relève à leur charge aucun fait personnel, énonce que des faits illicites, tels que la fermeture de la vanne principale de gaz et l'obstruction apportée à sa réouverture, ont été commis par des grévistes, que cette situation a rendu la grève illicite et que la seule participation à un mouvement qui n'entre pas dans le cadre licite du droit de grève constitue une faute lourde à forme collective ;

Qu'en statuant ainsi, alors que seuls les auteurs des faits illicites devaient répondre de leurs actions et alors qu'elle n'a pas caractérisé un abus du droit de grève, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qui concerne MM. Cherki, Ben Jilali, Douvry, Madry, Leveque, Bracikowski, Noel et Mme Lelouvel, l'arrêt rendu le 23 janvier 1990, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen ;

Condamne la société France Glaces Findus, envers MM. Cherki, Ben Jilali, Douvry, Madry, Lévêque, Bracikowski, Noel et Mme Lelouvel, aux dépens et aux frais d'exécution du présent arrêt.

195. Soc. 18 juin 1996

Belkedim et autres c. SORMAE

(*Bull. civ.* V, n° 243 ; *D.* 1998, Somm. 258, obs. A. Lyon-Caen)

ARRÊT

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ensemble l'article L. 521-1 du Code du travail ;

Attendu que, le 7 juin 1989, plusieurs salariés de la société Sormae, affectés à un chantier situé à Verdun-sur-le-Doubs, ont refusé de s'y rendre et ont réclamé soit la mise à leur disposition d'un moyen de transport, soit le paiement des indemnités de grand déplacement ; que, le 15 juin 1989, la société Sormae les a

licenciés pour faute grave au motif que leur refus de se rendre sur le chantier désorganisait l'entreprise ;

Attendu que, pour débouter les salariés de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour rupture abusive, l'arrêt infirmatif attaqué retient qu'il résulte des pièces du dossier que le refus de se rendre sur le chantier de Verdun-sur-le-Doubs n'avait pas été décidé pour appuyer des revendications non satisfaites, mais était motivé par l'impossibilité alléguée dans laquelle se trouvaient les salariés de se rendre à leur lieu de travail faute de moyens de transport, et à laquelle il était demandé à la direction de remédier par la mise à disposition d'un véhicule ou le versement d'indemnités de grand déplacement ; qu'aucun des éléments soumis aux débats ne fait apparaître chez les salariés concernés la volonté non équivoque de cesser le travail et de faire grève ; que la suspension de l'exécution du contrat de travail par les salariés, qui n'était ni dans les faits ni dans la volonté des intéressés la réponse à des revendications non satisfaites, ne présentait pas les caractères d'une grève ;

Attendu, cependant, que *l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles* ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résulte de ses propres constatations que *les salariés avaient demandé à la direction la fourniture d'un moyen de transport ou l'octroi des indemnités de grand déplacement, ce qui constituait une revendication professionnelle et cessé leur travail*, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ces énonciations, a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 16 octobre 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Dijon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Besançon.

OBSERVATIONS

Garant du droit de grève quand il connaît d'un contentieux lié à un arrêt de travail, le juge doit parfois se prononcer sur la qualification de l'action en cause au regard de la catégorie juridique de grève. En l'absence de définition légale, les éléments caractéristiques et contours de ce type d'action ont été dégagés par la Cour de cassation. Les arrêts **n° 185 à 195** ont contribué à l'élaboration d'une qualification assez compréhensive, certains arrêts tirant argument de la carence de législation : ex. **n° 187**).

A. — Une définition d'inspiration jurisprudentielle

La Cour de cassation n'a jamais formulé de définition de la grève (ou, si l'on préfère, n'a jamais « décrit » la définition qu'elle serait censée trouver « déjà là », dans le corps des règles de droit dont tout

juge se bornerait à faire application). Pas même, malgré ce que l'on a pu avancer, dans le récent arrêt rendu dans une affaire de grève à la Société des transports de Marseille (Soc. 23 oct. 2007, *D.* 2008. 662, note A. Bugada, et Pan. 450, obs. O. Leclerc) : l'énoncé « l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif... » exprime sans doute l'application, sur un point, d'une règle de qualification du mouvement mais ne constitue pas, à proprement parler, une définition. Pas plus que du contrat de travail (v. *supra*, sous arrêts n° 1 à 3), il n'existe donc de définition prétorienne de la grève. Mais il est exact, comme pour la catégorie de contrat de travail, que la définition « doctrinale », qu'il faut construire pour tenter de rendre exactement compte de la teneur du droit positif et guider sa mise en œuvre (v. *infra*, fin de ce A), puise essentiellement dans les arrêts de la Cour de cassation.

Un temps, la grève s'entendait de « la cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction » (Soc. 17 janv. 1968, *Bull. civ. V*, n° 35 ; dans le même sens : Soc. 23 janv. 1969, *Bull. civ. V*, n° 50 ; 26 mars 1980, *ibid.*, n° 297 ; 16 oct. 1985, *Dr. soc.* 1986. 610, 1^{re} esp., note J. Déprez). Mais cette formule, supposant que l'employeur ait refusé de répondre favorablement aux demandes des salariés, ne correspond plus à la qualification telle que la comprend aujourd'hui la cour régulatrice (v. *infra*, sous n° 192). La définition la plus adéquate emprunterait principalement à l'arrêt *Cherki et autres* du 4 novembre 1992 (n° 194) : la grève est « la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles » (v. déjà : Soc. 16 mai 1989, *Bull. civ. V*, n° 360 ; v. aussi : Soc. 18 janv. 1995, *Dr. soc.* 1995. 183, rapport Ph. Waquet ; 18 juin 1996, arrêt n° 195), avec cette précision capitale que « la commission, par certains salariés grévistes, d'actes illicites au cours de leur mouvement, ne modifie pas la nature de ce dernier » (v. aussi : Soc. 18 janv. 1995, *préc.*).

Logiquement, une action qui ne répond pas à cette définition — il y a ralentissement plutôt qu'arrêt du travail, les revendications ne sont pas véritablement professionnelles (grève de pure solidarité, grève politique) — ne constitue pas, en droit, une grève. Il s'agit d'un mouvement illicite, d'une inexécution de leurs contrats de travail par les salariés, qui, ne pouvant invoquer le droit de grève et la protection qu'il emporte, s'exposent à des licenciements ou à d'autres sanctions même en l'absence de faute lourde.

Une autre démarche consiste à voir dans une telle action une grève abusive ou illicite ou encore un exercice anormal du droit de grève pour faire référence à une terminologie plus récemment consacrée (depuis une loi du 27 juillet 1985, dont on trouve trace dans l'art. L. 1132-2 nouv. C. trav. : « usage normal du droit de grève »). En

effet, la Cour de cassation n'a pas tardé à admettre un possible abus dans l'usage de ce droit reconnu par la Constitution (Soc. 17 janv. 1956, *D.* 1956. 481 ; 11 oct. 1957, *Gaz. Pal.* 1957. 2. 319 ; v. aussi arrêt n° 188). Par ailleurs, et quoi qu'on en dise, la notion de grève illicite n'a rien de paradoxal ou contradictoire dans les termes, car, à proprement parler, la grève n'est pas un droit (l'expression « grève illicite » serait alors absurde) mais l'objet d'un droit. Or, l'exercice d'une telle prérogative attribuée par l'ordre juridique peut être soumis par celui-ci à des modalités ou procédures, dont la méconnaissance fait de l'action qui paraît s'en réclamer un acte ou un comportement irrégulier — illicite, donc — sans le rendre nécessairement abusif (d'autant plus que la grève abusive suppose une désorganisation de l'entreprise, v. arrêt n° 194 et *infra* arrêt n° 196). Cette qualification de grève illicite ou abusive, ou d'exercice anormal du droit de grève, est moins sévère pour les salariés, la condition de faute lourde s'imposant pour tout licenciement ou autre sanction d'un salarié dès lors que le mouvement reste une grève. D'ailleurs, il paraît difficile d'affirmer qu'il n'y a pas « en droit » grève, lorsque des salariés cessent le travail pour suivre un « appel à la grève », celui-ci aurait-il un objectif politique (ex. : arrêt n° 186), ou « se mettent en grève » afin de manifester leur solidarité avec un collègue sanctionné, même régulièrement (ex. : arrêt n° 192).

Tributaires de la formulation des prétentions et moyens des parties, comme des termes des décisions critiquées, les arrêts ne distinguent pas clairement les deux démarches. Par exemple, l'arrêt n° 191 approuve les juges du fond d'avoir estimé que l'arrêt de travail, faute d'appuyer une revendication professionnelle, « n'avait pas eu le caractère d'une grève licite » (on entend qu'il y avait eu grève, mais qu'elle était illicite ou abusive), alors que l'enjeu paraissait être le refus de la qualification de grève. Tandis que, à propos d'un cas semblable, un arrêt postérieur se prononce bien sur la qualification en déduisant du fait que « l'arrêt de travail ne constituait pas l'exercice du droit de grève » la conséquence que le licenciement ne supposait pas une faute lourde (Soc. 16 nov. 1993, *Dr. soc.* 1994. 35, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray). D'ailleurs, lorsque la qualification de grève est acquise ou n'est pas discutée, il y a place pour des questions de licéité de certaines modalités ou d'abus de l'action.

En fin de compte, selon une définition qu'inspire directement l'arrêt n° 194, pour qu'une action soit juridiquement une grève il faut qu'elle consiste en un arrêt de travail (B), collectif et concerté (C), appuyant des revendications professionnelles (D). En général, la qualification de grève est favorable aux salariés, qui la recherchent. Il est plus rare qu'elle soit invoquée par l'employeur.

B. — Un arrêt de travail

1. Une action ne peut constituer une grève que si elle se déroule pendant ce qui est normalement un temps de travail. Tel n'est pas le cas d'actions revendicatives menées durant les pauses, et si le temps des pauses est rémunéré en vertu du statut collectif, les salariés ne peuvent être privés de la rémunération correspondant aux pauses occupées à ces actions (Soc. 18 décembre 2001, *Bull. civ. V*, n° 387). Mais le choix des salariés de prendre simultanément leur pause au lieu de la prendre par roulement, et de provoquer ainsi l'arrêt des machines, engendre un arrêt de travail constitutif d'une grève, même si le temps travaillé par chacun d'eux reste inchangé (Soc. 21 juillet 1986, *JS UIMM* 1986, n° 479, p. 460, *D.* 1987, *Somm.* 204, obs. M.-A. Rotschild-Souriac). Au contraire, le mouvement de refus d'assurer les seules périodes d'astreinte ne mériterait pas la qualification de grève parce que ces périodes ne sont pas assimilées, par la loi, à du temps de travail effectif et que la grève « ne peut être limitée à une obligation particulière du contrat de travail (Soc. 2 févr. 2006, *Bull. civ. V*, n° 52). Pourtant, une telle « grève de l'astreinte » consiste à refuser à l'employeur un service contractuellement dû (comme l'est la prestation de travail), et à refuser d'exécuter toute éventuelle intervention, dont la durée est traitée comme un temps de travail effectif, en perdant corrélativement le bénéfice de la compensation prévue. On comprend d'autant moins cette position de la Cour que les débrayages sont traités comme une forme de grève, et de grève licite (*infra*, 3.). S'agissant du refus d'accomplir des heures supplémentaires régulièrement instaurées, la Cour de cassation a pu y voir un acte d'indiscipline, puisque cette instauration relève du pouvoir de l'employeur (Soc. 16 oct. 1985, *Bull. civ. V*, n° 459 ; 19 juin 1987, *Dr. ouvr.* 1988. 314), mais il doit en aller différemment si ce refus (refus de fournir le travail entraînant privation de la part correspondante de rémunération) appuie des revendications professionnelles (Soc. 12 avr. 1995, *Bull. civ. V*, n° 129).

2. Le moment de l'arrêt de travail est en principe sans incidence. Le déclenchement du mouvement peut être inattendu : la « grève surprise » est en principe licite (Soc. 20 janv. 1956, *Bull. civ. IV*, n° 71 : grève inopinée le jour du lancement d'un navire ; 27 févr. 1985, *JS UIMM* 1986, n° 477, p. 361 ; 24 mars 1988, *JS UIMM* 1988, n° 505, p. 335 ; v. aussi : Soc. 16 oct. 1985, *Dr. soc.* 1986. 610, 1^{re} esp., note J. Déprez). Les salariés ont le choix du moment qui leur paraît le plus opportun pour l'efficacité de la pression exercée par leur mouvement, et il n'est besoin ni d'avertissement, ni de préavis (Soc. 5 oct. 1960, *Bull. civ. IV*, n° 819 ; 13 nov. 1980, *Bull. civ. V*, n° 251 :

grève surprise des salariés d'un supermarché à une heure d'affluence), hors régime particulier comme celui de la grève dans les services publics ou celui de la grève dans toute « entreprise ou régie, chargée d'une mission de service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique » (loi du 21 août 2007). L'imposition légale d'un préavis dont le dépôt incombe à des organisations syndicales ne signifie pas qu'il soit « imposé à un salarié d'indiquer à son employeur son intention de participer à la grève avant le déclenchement de celle-ci » (Ass. plén. 23 juin 2006, *Dr. soc.* 2006. 935, obs. E. Dockès, *JCP S* 2006, 1843, note R. Vatinet, *RDT* 2006. 248, obs. N. Olszak et 404, obs. O. Leclerc).

Il n'y a aucune obligation de tenter, avant l'arrêt de travail, une procédure de conciliation (obligatoire pour tout conflit collectif jusqu'à 1982, désormais mise à la disposition des protagonistes par l'article L. 2522-1 nouv. C. trav.), ni même d'attendre le résultat de la tentative de conciliation éventuellement engagée conformément à la convention collective (Soc. 28 oct. 1954, *D.* 1955. 84 ; 24 mai et 15 juill. 1955, *Dr. soc.* 1955. 567 et 492 ; 26 févr. 1981, *Bull. civ.* V, n° 161, *D.* 1981. IR. 428, obs. Ph. Langlois ; 8 oct. 1987, *JS UIMM* 1987, n° 496, p. 538 ; v. aussi arrêt n° 190). Notons toutefois que l'échec préalable d'une recherche de conciliation assure la régularité du mouvement (ex. : Soc. 13 mars 1980, *préc.*). La convention collective peut certes prévoir le dépôt d'un préavis, voire une procédure de conciliation suspendant de déclenchement de la grève, mais si une telle restriction conventionnelle de l'exercice du droit de grève est valide et produit son effet à l'égard des organisations syndicales signataires lorsqu'elles envisagent d'appeler à la grève, leur portée à l'égard des salariés, seuls titulaires du droit de grève, est douteuse (v. *infra*, arrêt n° 197). D'ailleurs, on voit mal comment la méconnaissance d'une procédure ou d'un préalable quelconque, propre à en faire une grève abusive ou illicite, pourrait priver la cessation du travail de cette qualification.

3. Le travail peut cesser pour une durée indéterminée (« grève illimitée jusqu'à satisfaction des revendications ») ou pour un temps déterminé (« grève de vingt-quatre heures »). L'arrêt de travail peut être de brève durée, et même de quelques minutes (Soc. 13 juin 1957, *D.* 1957. 578 ; 6 nov. 1958, *Dr. soc.* 1959. 291). La répétition de courtes suspensions de l'activité, ne prive aucun de ces « débrayages » de sa nature de grève et ne fait pas, en principe, dégénérer l'action en usage abusif du droit de grève. L'arrêt *Papeteries Chancel* du 18 avril 1963 (n° 187) le pose clairement et tire argument de « l'absence de tout texte légal ou réglementaire précisant les formes que doivent revêtir les arrêts de travail pour constituer une grève ». En l'espèce, il est vrai, la direction avait été prévenue, il n'y avait eu aucun incident ni

sabotage, et entre les débrayages la cadence du travail avait été normale, la circonstance que les grévistes soient demeurés sur les lieux de travail lors de chaque suspension (« grève sur le tas ») restant indifférente (dans le même sens : Soc. 11 mars 1964, *Bull. civ.* IV, n° 194).

Il ne s'agit pas « en principe » d'un abus de droit, énonce la Cour, qui parle aussi d'« exercice normal du droit de grève » (Soc. 25 févr. ; 1988, *Bull. civ.* V, n° 133). L'abattement de salaire subi par chaque salarié doit donc être proportionnel à la durée totale des arrêts de travail, sauf si l'employeur établit qu'il n'y a pas eu reprise normale d'activité après chaque suspension. Cette position est constante : « la répétition des arrêts de travail, même de courte durée, ne constitue pas un abus du droit de grève dès lors que ces arrêts n'entraînent pas la désorganisation de l'entreprise », même si, naturellement, la production s'est trouvée désorganisée (Soc. 10 juill. 1991, *Dr. soc.* 1991. 743 ; v. aussi : Soc. 14 janv. 1987, *Bull. civ.* V, n° 16 ; 1^{er} mars 1989, *ibid.*, n° 157 ; 30 mai 1989, *ibid.*, n° 404 ; 10 oct. 1990, *ibid.*, n° 434 ; 7 avr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 607). L'abus n'apparaît que si l'action a désorganisé l'entreprise (Soc. 30 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 404, *D.* 1990, Somm. 168, obs. G. Borenfreund ; comp. : Soc. 7 janv. 1988, *Dr. soc.* 1988. 251, 6^e esp., note J. Savatier), ou a risqué de la désorganiser, puisque tel est le critère de l'abus du droit de grève (v. *infra*, n° 196). La Cour de cassation a toutefois considéré que des arrêts fréquents, inopinés, désorganisant la production, équivalaient à une inexécution de leurs obligations contractuelles par les salariés, fondant l'employeur à décider d'une fermeture temporaire ou d'une réduction du temps de travail dont ces travailleurs devaient subir les conséquences sur leur rémunération (Soc. 26 févr. 1975, *Dr. soc.* 1975. 449, obs. J. Savatier ; 1^{er} mars 1984, *Bull. civ.* V, n° 85, *D.* 1985. IR. 246, obs. J. Frossard).

4. En effet, « le droit de grève permet au salarié de suspendre sans le rompre son contrat de travail, mais ne l'autorise pas sous couvert de ce droit, à exécuter son travail dans des conditions autres que celles prévues par son contrat ou pratiquées dans la profession » (Soc. 23 mars 1953, *Bull. civ.* IV, n° 224). D'où le refus de voir dans la « grève perlée », action consistant à réduire délibérément le rythme du travail ou à s'abstenir de certaines tâches de l'emploi, l'exercice (ou « l'exercice normal ») du droit de grève. Si une telle action est entrecoupée de nettes suspensions du travail, celles-ci ne sont plus de simples débrayages licites et l'ensemble du mouvement ne peut prétendre à la qualification de grève. Cette disqualification est illustrée par l'arrêt *Dunlop* du 5 mars 1953 (n° 185) : « il n'y a pas arrêt de travail lorsque le travail est exécuté au ralenti ou dans des conditions volontairement défectueuses », or il n'y a pas de grève sans arrêt du

travail, et le salarié ne peut alors « exciper du droit de grève ». Des décisions ultérieures ont maintenu cette position (Soc. 18 févr. 1960, *JCP* 1960. II. 11704, note F. D. ; 22 avr. 1964, *JCP* 1964. II. 13883, note B. A. ; 6 janv. 1972, *Bull. civ.* V, n° 3), au motif que « la grève n'est caractérisée légalement que par un arrêt de travail » (Soc. 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 360 ; 16 mars 1994, *ibid.*, n° 92 : n'exercent pas le droit de grève des contrôleurs de la SNCF qui s'abstiennent de contrôler les titres de transport tout en assurant leurs autres missions). On perçoit, ici, l'enjeu de chacune des démarches plus haut distinguées : refuser la qualification de grève à cette forme d'action autorise un licenciement ou des sanctions en l'absence de faute lourde. D'ailleurs, certaines décisions se bornent à traiter la grève perlée comme une grève abusive ou illicite (Soc. 11 oct. 1957, *Dr. soc.* 1957. 628 ; 11 octobre 1962, *Bull. civ.* IV, n° 702), le litige ne portant parfois que sur la part de la rémunération retenue et non sur un licenciement ou une autre sanction.

La preuve d'une réduction volontaire d'activité dans un but revendicatif peut s'avérer délicate (v. par exemple deux décisions du même jour que l'arrêt *Dunlop* : 5 mars 1953, *Bull. civ.* V, n° 187), et cette réduction est spécialement difficile à identifier en cas de travail rémunéré au rendement (il n'est pas certain qu'il y ait lieu de se référer aux rendements habituels ou moyens, v. : Soc. 22 avr. et 5 mai 1964, *Bull. civ.* IV, n° 263 et n° 371). Surtout, ce refus jurisprudentiel de la qualification de grève est discutable lorsque le mouvement vise à obtenir une diminution de l'intensité du travail, une réduction des cadences. Cette forme d'action n'est-elle pas adaptée à l'objectif — et en tout cas légitime — dans cette hypothèse ? On objectera qu'admettre la qualification de grève et sa licéité reviendrait à autoriser les salariés à se rendre (partiellement et temporairement) maîtres de l'organisation de leur travail, alors même qu'ils poursuivent la fourniture de leur prestation, au mépris de leur subordination et du pouvoir de direction de l'employeur. Mais les salariés s'exposent de toute façon à perdre au moins la fraction de leur salaire correspondant à la baisse de production engendrée, ce qui relativise beaucoup le risque ou l'ampleur de la « subversion » de l'ordre de l'entreprise. On rencontre là le problème plus général de la grève dite « d'autosatisfaction » (*infra*, sous n° 189).

C. — Une action collective et concertée

1. Nombre de mouvements de grève sont déclenchés à partir d'un mot d'ordre lancé par une ou plusieurs organisations syndicales. Mais l'exigence d'une initiative syndicale, logique dans une « conception organique » de la grève, serait incompatible avec la conception du

droit de grève qui prévaut dans l'ordre juridique français. Manifestation de l'usage d'un droit individuel d'exercice collectif, une grève n'a pas besoin d'être précédée d'un mot d'ordre syndical (Soc. 21 juin 1967, *D.* 1967. 753 ; 19 févr. 1981, *D.* 1981. 417, note J.-R. Bonneau). On parle de « grève sauvage ». De même, reste une grève, et une grève licite, la poursuite de l'arrêt de travail malgré une directive syndicale contraire (Soc. 19 juill. 1952, *Dr. soc.* 1952. 533). Inversement, a observé le Conseil constitutionnel (dans une incidente aux allures de réserve d'interprétation), l'existence d'un appel à la grève et du dépôt régulier d'un préavis par un ou plusieurs syndicats représentatifs, laisse obligatoirement « entière la liberté de chaque salarié de décider personnellement de participer ou non à la grève » (Cons. const. n° 2007-556 DC, 16 août 2007, comm. V. Bernaud, *Dr. soc.* 2007. 1221).

Il n'est pas besoin de consultation préalable des salariés par voie de référendum (Soc. 20 janv. 1956, *Dr. soc.* 1956. 287). D'ailleurs, si un référendum est organisé (par des syndicats, des élus du personnel, ou un « comité d'action » ou « de lutte » ou encore une « coordination » d'action), aucun salarié n'est lié par son vote : qui a voté contre la grève peut toujours y participer si elle est déclenchée, qui a voté en faveur de cette forme d'action reste libre de ne pas arrêter le travail.

Constitue une grève toute cessation concertée du travail à l'appui de revendications professionnelles. Par exemple un rassemblement spontané des salariés à l'annonce d'une interruption des négociations sur les revendications et afin d'obtenir leur reprise (Soc. 19 févr. 1981, *Bull. civ.* V, n° 143) ou une réunion pendant les heures de travail réalisant une suspension concertée de l'activité au soutien de revendications (Soc. 4 juill. 1972, *JCP* 1973. II. 17 464, note J. Pélissier ; v. aussi : Soc. 11 janv. 1979, *Bull. civ.* V, n° 26 ; 8 nov. 1988, *Dr. ouvr.* 1989. 240). Au contraire, ne mérite pas cette qualification la participation à une réunion organisée, pendant le temps de travail, par des représentants syndicaux et élus du personnel afin d'informer les salariés et de discuter d'une éventuelle grève (Crim. 9 nov. 1971, *JCP* 1972. II. 17074, note J. Pélissier).

2. La grève est une action par définition collective et le droit de grève, individuel, est celui de participer à ce mouvement. À cet égard, la première contribution jurisprudentielle d'importance est celle de l'arrêt *Goazioux* du 3 octobre 1963 (n° 188) : « l'arrêt de travail concerté » d'un certain nombre d'ouvriers d'une entreprise, dans le but d'obtenir une amélioration de leurs conditions de travail, « ne saurait perdre le caractère d'une grève par le seul fait qu'il n'a pas été observé par la majorité du personnel ». La Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens (ex. : Soc. 1^{er} juin 1956, *Dr. soc.* 1951. 530), mais avait

aussi statué en sens contraire (Soc. 5 juin 1953, *Dr. soc.* 1953. 545 ; 22 juin 1957, *D.* 1957. 675). Elle allait bientôt confirmer cette position désormais constante (Soc. 21 juin 1967, *D.* 1967. 753).

Ainsi un mouvement minoritaire est-il bien une grève, en principe licite. La solution paraît logique lorsque les grévistes sont minoritaires dans l'entreprise ou l'établissement parce qu'ils sont seuls concernés par les revendications en cause : grève d'un atelier, d'un service, d'une catégorie du personnel (Soc. 9 juin 1982, *D.* 1982. IR. 328). Que cette action perturbe l'activité des autres ateliers, services ou établissements de l'entreprise (« grève bouchon » ou « grève thrombose »), n'altère pas en principe sa licéité (Soc. 10 janv. 1973, *D.* 1973. 453, note H. Sinay).

Demeure également une grève licite celle que poursuit une minorité de salariés après reprise du travail par la majorité (Soc. 19 juill. 1952 *préc.*). Mais l'action peut perdre cette qualité si elle perdure alors que les revendications ont été satisfaites et si elle est désavouée par la majorité ou les représentants des travailleurs (Soc. 6 nov. 1985, *Dr. soc.* 1986. 610, 2^e esp., note J. Déprez ; 19 juin 1987, *JS UIMM* 1987, n° 495, p. 495, *D.* 1988, Somm. 325, obs. G. Borenfreund). Pour que le refus de travail de quelques-uns soit et reste une grève, il faut au moins qu'il vise à la satisfaction d'une revendication de caractère collectif (Soc. 10 déc. 1986, *Dr. soc.* 1987. 852, 1^{re} esp., note J. Déprez : tel n'est pas le cas d'une cessation de travail de deux salariés pour protester contre le refus de l'employeur de les autoriser à se rendre à une réunion intersyndicale).

En revanche, l'arrêt de travail d'un seul salarié peut-il constituer une grève ? Non, en principe, puisque la grève est un mouvement collectif (Soc. 17 déc. 1987, *JS UIMM* 1988, n° 500, p. 109 ; 29 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 111). Mais, seul dans son entreprise à suspendre le travail, un salarié s'inscrit bien dans une action collective s'il participe à un mouvement national d'arrêt de travail et exerce alors le droit de grève, ainsi que le juge l'arrêt *Société Lhomme* du 29 mai 1979 (n° 190 ; dans le même sens : 27 juin 1989, *Bull. civ.* V, n° 470 ; 29 mars 1995, *préc.*).

Dans une tout autre hypothèse, les deux seuls salariés d'un employeur conduisent une action collective s'ils cessent le travail dans un but de revendication professionnelle (Soc. 30 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 181). Plus, le salarié unique d'un employeur, qui peut avoir des revendications évidemment personnelles à faire valoir, ne saurait être privé du droit constitutionnel de grève et doit être traité comme gréviste lorsqu'il suspend le travail pour appuyer ces demandes (Soc. 13 nov. 1996, *Dr. soc.* 1997. 368, note C. Radé, *JCP* 1997. II. 22754, rapport Ph. Waquet, note D. Corrignan-Carsin, *Dr. ouvr.* 1997. 143, note F. Saramito). Différente est l'hypothèse du salarié détaché, seul,

dans l'entreprise d'un autre employeur : il exerce normalement le droit de grève en participant, dans cette entreprise, à un arrêt de travail pour appuyer des revendications dont certaines (réception des délégués du personnel, amélioration de conditions de travail) concernent sa situation (Soc. 17 déc. 2003, *Dr. soc.* 2004. 327, obs. C. Radé).

3. L'arrêt de travail reste-t-il collectif s'il n'est pas pratiqué simultanément par tous les grévistes, mais affecte successivement ou alternativement un atelier après l'autre, ou un service après l'autre ? La Cour de cassation a admis que cette « grève tournante » constituait une modalité licite de la grève ou un exercice non abusif du droit de grève (Soc. 14 janv. 1960, *Dr. soc.* 1960. 491 ; *GA*, 2^e éd., n° 11). Avec la même réserve que pour les autres formes d'action : elle dégénère en abus si elle entraîne une désorganisation, non seulement de la production, mais de l'entreprise (ex. : Soc. 16 juill. 1964, *D.* 1964. 705, note G. Lyon-Caen, dans une hypothèse où se cumulaient grève tournante et grève perlée ; 9 nov. 1978, *Bull. civ.* V, n° 754). Une désorganisation qu'il appartient à l'employeur d'établir, par exemple s'il sollicite le juge des référés pour faire cesser cette grève tournante (Soc. 22 janv. 1981, *Bull. civ.* V, n° 49).

D. — Des revendications professionnelles

La grève constitue, selon l'arrêt du 28 juin 1951 (n° 182), « une modalité de défense des intérêts professionnels ». La cessation du travail doit donc avoir pour but d'obtenir une amélioration des conditions de travail, une réduction du temps de travail, une augmentation des salaires, etc. Si aucune revendication n'est formulée, l'arrêt de travail n'est qu'un mouvement illicite ou un exercice anormal du droit de grève (ex. : Soc. 19 nov. et 17 déc. 1996, *RJS* 1/97, n° 85). De cette condition de la qualification, la Cour de cassation a déduit que ne constituaient pas l'exercice régulier du droit de grève certains mouvements que le sens commun tient pour grèves.

1. La notion de revendication professionnelle est largement entendue. Malgré ce que pourraient accréditer certaines formules (ex. : Soc. 8 juin 1979, *Bull. civ.* V, n° 501), il ne s'agit pas seulement d'une demande d'amélioration des conditions d'emploi et de travail (demande d'un changement des règles ou de décisions prises), par opposition à la réclamation de ce qui est dû (exigence de respect des règles). Le motif du mouvement peut être la réclamation à l'employeur de l'exécution de ses engagements (Soc. 12 mars 1959, *D.* 1959. 241), la défense du droit syndical et « le respect des règles légales et conventionnelles » (Soc. 9 févr. 1961, *JCP* 1961. II. 12186 bis ; 26 sept. 1990, *infra*,

n° 202 ; 18 janv. 1995, *infra*, n° 196 ; 30 mars 1999, *Bull. civ. V*, n° 140), voire la protestation contre des violences de l'employeur (Soc. 26 oct. 1977, *Bull. civ. V*, n° 565), l'opposition au licenciement d'un représentant du personnel (Soc. 13 nov. 1954, *Dr. soc.* 1955. 163), autant que l'augmentation des salaires, la réduction de la durée du travail, l'abandon d'un projet de licenciement collectif pour motif économique (Soc. 24 févr. 1974, *Bull. civ. V*, n° 140 ; 22 nov. 1995, *ibid.*, n° 307) ou d'un plan de restructuration de l'entreprise (Soc. 20 mai 1992, *supra*, n° 184). Constitue une grève l'arrêt du travail manifestant la crainte qu'une initiative commerciale de l'employeur entraîne une baisse du revenu des salariés et appuyant une demande d'explication de la nouvelle politique commerciale (Soc. 2 juin 1992, *Dr. soc.* 1992. 696, 2^e esp., rapport Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; v. aussi n° 193).

Une revendication peut être professionnelle mais revêtir un caractère illicite (ex. : Soc. 25 oct. 1979, *D.* 1980. 313, note H. Sinay, et IR. 348, obs. Ph. Langlois : illicéité de revendications du personnel métropolitain d'une compagnie aérienne, dans la mesure où elles tendaient à obtenir une discrimination au préjudice des « travailleurs d'outre-mer », encore que cette analyse des revendications litigieuses ait sans doute procédé d'un contresens). À ce point apparaît une question cruciale : la revendication sur un point réglé par une convention ou un accord collectif en cours (ex. : revendication d'une augmentation des salaires en cours de validité d'un accord salarial) est-elle licite, et l'arrêt de travail mérite-t-il la qualification de grève ? Si oui, s'agit-il grève licite ? Les deux questions appellent réponse affirmative (ex. : Soc. 21 mai 1959, *Dr. soc.* 1959. 485), signe qu'en droit français n'existe pas de « devoir de paix », ni absolu (prohibition de toute grève durant le temps de vigueur de la convention), ni relatif (exclusion de la grève à l'appui d'une revendication sur un point réglé par cet instrument), malgré ce que pourrait suggérer la lecture de l'article L. 2262-4 nouv. C. trav. C'est, une fois encore, que le droit de faire grève appartient à chaque salarié et non à des organisations, par ailleurs qualifiées pour signer conventions ou accords collectifs.

On a pu penser, quelques années durant, qu'était illicite ou constitutif d'une grève abusive l'arrêt de travail appuyant une revendication « déraisonnable ». En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait approuvé la suspension, en référé, des préavis déposés (on était dans un secteur de service public) et des « ordres de grève » lancés dans trois compagnies aériennes par des syndicats de navigants de l'aviation civile afin d'obtenir, d'une part que le ministre retire l'autorisation accordée à une autre compagnie d'utiliser, avec un équipage réduit à deux pilotes, de nouveaux appareils conçus à cet effet, et, d'autre part, que les employeurs s'engagent à confier ces avions à des équipages de trois personnes. Pour l'Assemblée plénière, le juge

des référés avait justement relevé un « trouble manifestement illicite » parce que les syndicats exigeaient des compagnies ce que « de toute évidence » elles ne pouvaient accorder — un « engagement déraisonnable » au mépris des contraintes financières et des progrès techniques — et que la décision ministérielle contestée échappait à la compétence de ces employeurs (Ass. plén. 4 juill. 1986, *Dr. soc.* 1986. 745, concl. F. Bouyssic, note G. Lyon-Caen, *D.* 1986. 477, concl. F. Bouyssic, note J.-E. Ray, *JCP* 1986. II. 20694, note B. Teyssié). Dans cette même affaire, pourtant, la chambre sociale avait estimé que les juges « ne pouvaient, sans porter atteinte au libre exercice du droit de grève, substituer leur appréciation à celle des syndicats » sur l'opportunité d'accorder ou non un délai de réponse aux compagnies (Soc. 9 nov. 1982, *Dr. ouvr.* 1983. 156 ; v. déjà : Soc. 8 juin 1979, *Bull. civ.* V, n° 501). Dans un épisode ultérieur du même conflit, la Cour d'appel de Paris allait adopter une position plus proche de celle de la chambre sociale — et plus nette — que de celle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : « le juge judiciaire, qui n'a reçu ni de la loi ni des parties, mission d'arbitrer ou de trancher un conflit collectif du travail n'a pas qualité ni compétence pour apprécier le bien-fondé et, par suite, la légitimité des revendications d'ordre professionnel présentées par l'une ou l'autre des parties au conflit » (27 janv. 1988, *D.* 1988. 351, note J.-C. Javillier, *Dr. soc.* 1988. 242, note J.-E. Ray). Faute de pourvoi contre cette décision, la Cour de cassation n'a pas eu, alors, l'occasion de choisir entre ces conceptions divergentes.

Mais, dans son arrêt *Zaluski* du 2 juin 1992 (n° 193), prononçant une cassation au visa du seul alinéa 7 du Préambule de 1946, la chambre sociale a adopté une position très claire : « si la grève suppose l'existence de revendications de nature professionnelle, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé de ces revendications ». D'où la censure d'une cour d'appel qui avait dénié la qualification de grève à un arrêt de travail, et débouté de ses demandes d'indemnités un VRP licencié pour faute grave, au motif qu'une exigence d'explication écrite du président-directeur général sur la nouvelle politique commerciale de la société constituait, pour ce dirigeant, « une manifestation de défiance, voire une humiliation que rien ne justifiait quelles que soient les préoccupations des salariés » et qui « ne pouvait décemment être satisfaite ». La chambre sociale a par la suite repris l'énoncé de principe de cet arrêt *Zaluski* (Soc. 19 oct. 1994, *Bull. civ.* V, n° 133).

2. La règle jurisprudentielle ainsi consacrée paraît opportune. Notamment parce que les revendications peuvent ne pas s'adresser à l'employeur des grévistes, ou seulement à lui, mais viser le patronat d'une

branche professionnelle, l'ensemble du patronat, les pouvoirs publics. Inversement, que le caractère « raisonnable » des revendications avancées ne soit pas une condition de la qualification de grève ou d'un exercice légitime du droit de grève, conforte la licéité de principe des grèves au soutien de revendications qu'il n'appartient pas à l'employeur de satisfaire.

La Cour de cassation a rencontré la question à propos de journées nationales d'action (« pour la défense de l'emploi », « contre la politique sociale du gouvernement », « contre la remise en cause de la Sécurité sociale », « contre la réforme des retraites », etc.) qui ne saisisent pas un employeur déterminé d'une revendication. En effet, si un employeur entend faire récupérer le temps perdu lors d'une de ces journées, il en a la faculté si ses salariés se sont trouvés empêchés de travailler par l'ampleur du mouvement (privation de transport ou d'énergie motrice), mais non s'ils se sont associés à une grève dépassant les limites de l'entreprise. La Cour avait d'abord estimé qu'il n'y avait pas grève de la part de ces derniers, faute de revendications auxquelles leur employeur aurait pu donner satisfaction, de sorte que les salariés absents le jour de récupération avaient commis une faute (Soc. 25 oct. 1960, *Dr. soc.* 1961. 163 ; 6 janv. 1966, *Bull. civ.* IV, n° 10 ; 23 janv. 1969, *ibid.*, n° 50). Puis elle a dénié à l'employeur la faculté de faire récupérer son personnel si certains salariés avaient, le jour de la grève nationale, entendu suivre le mot d'ordre (Soc. 30 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 265), l'imposition d'une récupération exposant à condamnation pénale pour la contravention de l'article R. 3124-3 nouv. C. trav. (Crim. 23 oct. 1969, *D.* 1970. 128, note H. Sinay ; 12 janv. 1971, *Dr. soc.* 1971. 547, obs. J. Savatier, *GA*, 2^e éd., n° 15).

La Cour de cassation admettait dans le même temps, il est vrai, que des revendications restaient professionnelles même si leur objet ne relevait pas du pouvoir de l'employeur (Soc. 2 juin 1961, *Bull. civ.* IV, n° 598 ; 15 janv. 1964, *D.* 1964. 397 ; v. aussi : Crim. 27 nov. 1973, *Dr. ouvr.* 1974. 178). La réponse de l'arrêt *Établissements Lhomme* du 29 mai 1979 (n° 190) au deuxième moyen du pourvoi de l'employeur, qui avait licencié un salarié « coupable » d'avoir participé à la grève nationale contre un plan d'action économique et sociale gouvernemental, a une portée générale. La Cour approuve les juges du fond d'avoir considéré que cette grève appuyait des revendications professionnelles dès lors qu'elle avait pour objet le refus du blocage des salaires, la défense de l'emploi et la réduction du temps de travail, « revendications étroitement liées aux préoccupations quotidiennes des salariés au sein de leur entreprise » (rapp. : Soc. 27 juin 1989, *Bull. civ.* V, n° 470). Elle a, plus récemment, réitéré cette analyse (Soc. 15 févr. 2006, *Dr. soc.* 2006. 577, obs. C. Radé, *JCP S* 2006, 1364, note R. Vatinet).

Dans un ordre d'idées voisin, la Cour de cassation a été conviée

à se prononcer sur la nature d'un mouvement de grève, unitaire et massive, des salariés de la Régie des transports de Marseille, s'opposant à la décision de la Communauté urbaine de cette ville de recourir à la délégation de service public pour l'exploitation de la future ligne de tramway. Ce mouvement avait pour objectifs, mentionnés dans le préavis régulièrement déposé par huit syndicats, le « développement du transport » dans cette métropole, le refus de la privatisation, mais aussi les salaires et l'emploi. La cour d'appel avait estimé que la revendication effectivement soutenue par la grève, telle qu'elle s'était développée, ne touchait ni aux salaires, ni à l'emploi, mais visait plutôt à contraindre la Communauté urbaine à revenir sur son choix de la délégation de service public, et décidé en conséquence de confirmer l'ordonnance de référé qui avait déclaré le préavis des syndicats sans effet à l'égard de l'employeur (la Régie) en raison du trouble manifestement illicite qui était ainsi causé à ce dernier (Aix-en-Provence, 21 mars 2006, *D.* 2006. 2652, note A. Bugada, *Dr. soc.* 2006. 881, note E. Dockès, *Dr. ouvr.* 2006. 430, note E. Millard, *RDT* 2006. 191, obs. O. Leclerc). L'arrêt cassant cette décision rappelle d'abord que « l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles » — formule reprise de l'arrêt n° 195 — avant d'affirmer que « la défense du mode d'exploitation du réseau des transports urbains constituait, pour les employés de la RTM, établissement public industriel et commercial, une revendication d'ordre professionnel », la capacité de l'employeur à satisfaire celle-ci étant « sans incidence sur la légitimité de la grève » (Soc. 23 oct. 2007, *D.* 2008. 662, note A. Bugada, et Pan.450, obs. O. Leclerc). La qualification de revendication professionnelle tiendrait donc moins à quelque nature « intrinsèque » de ce qui est demandé ou rejeté, que de son lien avec — son incidence sur — la vie professionnelle, son cadre (l'entreprise, son organisation, son statut, etc.) et ses conditions.

3. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Établissements Lhomme*, l'employeur soutenait que le mot d'ordre syndical contre un plan gouvernemental de stabilisation de la monnaie (« plan Barre ») revêtait un caractère politique. Il est de jurisprudence constante, en effet, qu'une grève politique n'est pas couverte par le droit de grève, faute de tendre à la satisfaction de revendications professionnelles (dans le droit fil de la position adoptée à la fin des années 1930 par la Cour supérieure d'arbitrage : 15 févr. 1939, *DH* 1939. 186). Sans se prononcer explicitement sur la qualification du mouvement litigieux, ni sur la caractérisation d'un abus, l'arrêt *Grenier* du 23 mars 1953 (n° 186) approuve les juges du fond d'avoir refusé à un agent de la SNCF une prime qu'il n'aurait pas perdue en cas de grève licite, au motif que la cause

de la grève apparaissait, à l'analyse d'une résolution de l'organisation syndicale initiatrice, « essentiellement politique » (rapp. : Soc. 14 févr. 1957, *Dr. soc.* 1957. 294). La Cour allait s'exprimer plus nettement dans un arrêt relatif au licenciement d'une salariée de la SNCF pour participation à une grève de protestation contre la politique générale du gouvernement à l'occasion de l'arrestation de dirigeants de la CGT, mais à laquelle certaines préoccupations professionnelles (blocage des salaires, compression de personnel) n'avaient pas été « complètement étrangères » : « la participation à une grève qui n'a pas pour objet principal la modification ou l'amélioration des conditions du travail constitue une faute lourde imputable au salarié » (Soc. 10 mars 1961, *Dr. soc.* 1961. 363, obs. J. Savatier ; v. aussi : Soc. 5 oct. 1960, *D.* 1960. 710 ; 1^{er} mars 1961, *D.* 1961. 420, *GA*, 2^e éd., n° 22). La chambre sociale condamne donc ce qui lui paraît être, sous couvert d'exercice du droit de grève, une immixtion dans l'exercice de la puissance publique « faussant le jeu des institutions constitutionnelles » (Soc. 4 mai 1956, *D.* 1956. 487). Elle devait toutefois estimer abusif le congédiement d'un salarié ayant participé à l'arrêt général de travail d'une heure organisé par les confédérations syndicales ouvrières en réponse à un appel à la mobilisation civique du chef de l'État contre une insurrection menaçant la République (tentative de putsch à Alger en avril 1961) : la participation à ce mouvement manifestait « un sens élevé du devoir » (Soc. 19 juin 1963, *D.* 1963. 686, note G. Lyon-Caen, *JCP* 1963. II. 13428, note H. Sinay). Et reste une grève celle qui proteste contre le licenciement d'un certain nombre de salariés — elle conserve un « but professionnel » — même s'il y a parmi ses « causes profondes » des « éléments d'ordre politique » (Soc. 5 juin 1959, *Bull. civ.* IV, n° 660). Mais la qualification d'un tel mouvement peut alors être en question à un autre égard.

4. La condition que l'arrêt du travail appuie des revendications professionnelles fait surgir la question de la licéité, sinon de la qualification, de la grève de solidarité. Le droit de grève fonde-t-il à suspendre le travail pour la défense des intérêts professionnels d'autrui ou pour appuyer l'action d'autrui dans la défense de ses propres revendications ?

La grève de solidarité externe est, selon un arrêt déjà ancien, une action illicite (Soc. 4 mai 1966, *Bull. civ.* IV, n° 411 : est justifié l'avertissement infligé à un ouvrier de l'automobile pour avoir participé à une grève de solidarité avec les mineurs grévistes). Encore que la chambre criminelle ait paru admettre que la volonté de se solidariser avec d'autres travailleurs justifiait la participation à une grève nationale contre la politique économique du gouvernement (23 oct. 1969, *D.* 1970. 128, note H. Sinay ; mais un second arrêt dans cette affaire est plus équivoque : 12 janv. 1971, *Dr. soc.* 1971. 547, obs. J. Savatier, *GA*, 2^e éd., n° 15).

La position de la chambre sociale en ce qui concerne la grève de solidarité interne a été clarifiée par un arrêt du 8 janvier 1965 (*Dr. soc.* 1965. 380, obs. J. Savatier), affirmant l'illicéité, faute d'intérêt collectif professionnel, de cette forme de soutien à un salarié sanctionné pour un acte d'indiscipline. Des arrêts postérieurs allaient manier ce critère de l'absence ou de l'existence d'un intérêt collectif fondant la manifestation de la solidarité (*Crim.* 27 nov. 1973, *Dr. ouvr.* 1974. 178 ; *Soc.* 30 juin 1976, *Bull. civ.* V, n° 402 ; 30 nov. 1977, *ibid.*, n° 655 : les grévistes étaient « concernés » par les raisons qui avaient donné lieu à sanction contre leurs collègues). L'arrêt *Cora* du 18 mars 1982 (n° 191) consacre la ligne directrice ainsi dégagée, en approuvant les juges du fond d'avoir débouté, au motif que cette grève avait eu un caractère illicite, le cuisinier d'un restaurant licencié pour avoir participé à un arrêt de travail protestant contre le licenciement d'un serveur. Ce dernier ayant été sanctionné pour avoir insulté des clients, la mesure, fondée sur « un motif apparemment sérieux et strictement personnel, n'avait donc pas un caractère abusif évident pouvant légitimement entraîner une réaction de défense collective ». Selon la Cour, les juges du fond avaient pu en déduire que l'arrêt de travail litigieux « n'ayant eu pour objet ni un intérêt collectif professionnel, ni la modification ou l'amélioration des conditions de travail, même de façon indirecte, n'avait pas eu le caractère d'une grève licite ».

Un tel critère est délicat à manier. D'abord pour les salariés, prêts à manifester leur solidarité avec un collègue au prix d'une perte de salaire mais ainsi contraints de vérifier avant toute chose que la mesure qui le frappe est « évidemment abusive » (v. aussi : *Soc.* 16 oct. 1985, *Bull. civ.* V, n° 460). La Cour de cassation a simplifié ce critère : dès lors que la sanction suscitant la réaction de solidarité « n'impliquait rien d'autre que la faute personnelle du salarié sanctionné et qu'aucune revendication professionnelle n'est en cause », l'arrêt de travail solidaire « ne constitue pas l'exercice du droit de grève » (*Soc.* 16 nov. 1993, *Dr. soc.* 1994. 35, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; v. déjà *Soc.* 30 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 405). Cet ajustement de la qualification (ce n'est pas une grève) expose les salariés à une sanction même si leur faute n'est pas lourde, et le domaine de la grève ou de la grève licite paraît se réduire, le mouvement de solidarité avec un collègue auteur d'une « faute personnelle » semblant en être exclu, même si la sanction peut paraître « évidemment abusive » à ses camarades par son caractère disproportionné. Une place demeure cependant pour la grève de solidarité licite : soutien à des collègues licenciés pour avoir refusé un fractionnement du congé annuel, car l'action n'est pas étrangère à des revendications intéressant l'ensemble du personnel (*Soc.* 27 nov. 1985, *Dr. soc.* 1988. 143, 2^e esp., note J. Déprez) ; arrêt

de travail pour protester, à la fois, contre le licenciement d'une employée et contre une modification de l'horaire de travail (Crim. 22 oct. 1986, *Dr. soc.* 1988. 143, 1^{re} esp. ; dans le même sens : Soc. 15 janv. 2003, n° 00-44.693 D).

5. Parce que la grève tend à obtenir quelque chose d'autrui — de l'employeur, d'une organisation patronale, des pouvoirs publics — la jurisprudence dénie cette qualification au refus de travail dont les modalités (de temps) procurent aux salariés ce qu'ils revendiquent. Annoncée par un arrêt de quelques mois antérieur (Soc. 15 juin 1978, *Dr. ouvr.* 1980. 12, note M. Bonnechère, *D.* 1979. IR. 25, obs. Ph. Langlois), la condamnation résolue de la « grève d'autosatisfaction » est l'œuvre de l'arrêt *Bardot et autres* du 23 novembre 1978 (n° 189), rendu au détriment de salariés qui avaient décidé de ne plus travailler le samedi afin d'obtenir un changement d'horaire libérant cette journée-là. Pour la Cour de cassation, ces salariés « n'avaient pas eu pour but de faire aboutir d'autres revendications », mais avaient plutôt « décidé de satisfaire unilatéralement leurs désirs par une modification des conditions essentielles de leur contrat de travail », alors, ajoute-t-elle en usant d'une formule déjà classique, que le droit de grève « n'auto-rise pas les salariés à exécuter leur travail dans des conditions autres que celles prévues par leur contrat ».

Cette position a été maintes fois confirmée (Soc. 7 nov. 1984, *Jur. soc.* 1985, F 7 ; 7 nov. 1984, *Bull. civ.* V, n° 418 ; 16 janv. 1985, *JS UIMM* 1986, n° 470 ; 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 361 ; 21 juin 1989, *ibid.*, n° 457 ; *D.* 1990, Somm. 167, obs. G. Borenfreund). Constitue cependant une grève l'arrêt de travail de fin de semaine qui appuie des revendications portant à la fois sur cette période de travail, les horaires et la sécurité (Soc. 25 juin 1991, *Dr. soc.* 1992. 60, concl. J. Graziani ; rappr. : 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 607), ou la suspension du travail visant à obtenir un aménagement d'horaire et coïncidant fortuitement avec un temps que cet aménagement aurait libéré (Soc. 27 juin 1989, *JS UIMM* 1989, n° 520, p. 431). Exercent également leur droit de grève les salariés ne refusant d'effectuer qu'une partie des heures supplémentaires dont ils contestent l'instauration (Soc. 18 avr. 1989, *Bull. civ.* V, n° 278). C'est qu'on trouve alors ces « autres revendications » évoquées par l'arrêt *Bardot*.

On pourrait voir dans l'exclusion de cette forme de grève une conséquence de la force obligatoire des contrats de travail, que les salariés ne sauraient donc modifier unilatéralement. Mais elle procède surtout d'une volonté de sauvegarder l'autorité de l'employeur : les salariés ne doivent pas pouvoir s'accorder ce qu'il leur refuse. Pourtant, les salariés ne s'octroient pas ce qu'ils revendiquent puisqu'ils subissent une perte de salaire, comme ils la subiraient si la qualification de grève était retenue. Il n'y a donc pas d'« autosatisfaction ».

6. Une cessation du travail n'est une grève, ou une grève licite, que si les revendications sont présentées avant le déclenchement de l'arrêt du travail. C'est ce qu'énonce d'abord l'arrêt *Sogarde*, du 11 juillet 1989 (n° 192). Il en résulte que ces revendications doivent être déjà déterminées. Ce qui exclut de la qualification de grève l'arrêt de travail pour tenir une réunion du personnel, même destinée à établir des revendications et décider d'une éventuelle grève (Crim. 9 nov. 1971, *JCP* 1972. II. 17074, note J. Pélissier ; Soc. 30 mars 1978, *Bull. civ.* V, n° 246), ou pour préparer une journée nationale d'action (Soc. 26 mars 1980, *Bull. civ.* V, n° 297), alors qu'est licite une réunion d'une partie du personnel en cours de grève afin d'expliquer et appuyer les revendications des grévistes (Soc. 8 nov. 1988, *JCP* 1989. II. 21254, note M. G.). De même, l'arrêt de travail ayant pour seul objet de permettre aux salariés d'assister à une audience de référé dans le cadre d'un litige entre leur syndicat et leur employeur sur l'application d'une convention collective ne constitue pas l'exercice normal du droit de grève (Soc. 7 juin 1995, *Dr. soc.* 1995. 836). Si la grève ne suppose pas un mot d'ordre syndical, les revendications peuvent être présentées par une union syndicale qui les a arrêtées avec les salariés concernés (Soc. 27 juin 1990, *Bull. civ.* V, n° 316).

La chambre sociale s'est, un temps, montrée plus exigeante : pour que les salariés prétendent exercer le droit de grève, il était nécessaire que l'employeur ait rejeté ces revendications (Soc. 9 mai 1979, *Bull. civ.* V, n° 403). Elle a ensuite manifesté quelque hésitation, en admettant qu'arrêts de travail et présentation d'un cahier de revendications soient concomitants (Soc. 12 févr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 96), avant de revenir à son exigence antérieure inspirée d'une conception de la grève comme « ultime remède » (Soc. 16 oct. 1985, *Dr. soc.* 1986. 610, note J. Déprez, *D.* 1986. IR. 614, obs. J. Goineau ; 6 nov. 1985, *Dr. soc.* 1986. 610, 2^e esp., note J. Déprez ; 14 mai 1987, *JS UIMM* 1987, n° 493, p. 419, *D.* 1988, Somm. 98, obs. J. Pélissier), mais en admettant que le silence de l'employeur saisi des revendications pouvait valoir rejet de celles-ci (Soc. 14 mai 1987, *préc.* ; et implicitement : Soc. 19 juin 1987, *JS UIMM* 1987, n° 495, *D.* 1988, Somm. 327, obs. G. Borenfreund). La condition d'un rejet préalable ouvrant à l'employeur la faculté d'imposer une sorte de préavis qui suspend jusqu'à sa réponse le déclenchement de la grève, voire de paralyser l'exercice de ce droit en se gardant de répondre, il convenait de traiter une absence circonstanciée de réponse comme un rejet. La Cour estimait, par ailleurs, que l'arrêt de travail ne perdait pas son caractère de grève licite du seul fait qu'il avait immédiatement suivi le refus de l'employeur (Soc. 19 févr. 1981, *D.* 1981. 417, note J.-R. Bonneau, *préc.* ; 12 févr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 96 ; 27 février 1986, *ibid.*, n° 47).

La Cour de cassation est ensuite revenue à sa position antérieure : il suffit que l'employeur soit informé des revendications et, « aucun préavis n'étant obligatoire », la grève peut être régulièrement déclenchée avant toute réponse (Soc. 24 mars 1988, *Dr. soc.* 1988. 646, note J. Déprez, *D.* 1988, Somm. 327, 2^e esp, obs. G. Borenfreund). L'arrêt *Société Sogarde* du 11 juillet 1989 (n° 192) confirme cette règle pour en déduire que la grève de l'espèce avait perdu son caractère illicite à l'instant où les revendications avaient été formulées et que le salarié en cause n'avait donc pas commis de faute lourde en s'y joignant : « si la présentation des revendications professionnelles doit être préalable, la grève n'est pas soumise en principe à la condition d'un rejet desdites revendications par l'employeur ». Des arrêts postérieurs confirment l'ancrage de cette règle (Soc. 13 déc. 1989, *Bull. civ. V*, n° 707 ; 7 févr. 1990, *ibid.*, n° 42 ; 4 avr. 1990, *ibid.*, n° 156 ; 10 oct. 1990, *ibid.*, n° 434 ; 20 mai 1992, arrêt n° 184). L'employeur doit avoir connaissance des revendications, au moins au moment de l'arrêt du travail (Soc. 27 juin 1990, *Bull. civ. V*, n° 316 ; 19 novembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 391), même s'il n'a pas eu encore le loisir de répondre aux salariés. Et il suffit qu'il soit « informé » (Soc. 24 mars 1988, *Dr. ouvr.* 1988. 521, note F. S.), « peu important les modalités de cette information, la présentation des revendications étant ainsi dispensée de tout formalisme (Soc. 28 févr. 2007, *JCP S* 2007, 1425, note R. Vatinet, *Dr. ouvr.* 2007. 578). À lire l'arrêt *Établissements Lhomme* (n° 190), le salarié participant à une grève nationale n'a pas à informer spécialement son employeur de cette participation. Quant à l'arrêt de travail concomitant à l'annonce d'un projet de licenciement pour motif économique, il a sens d'exercice (normal) du droit de grève en tant que réaction face à cette menace immédiate pour l'emploi (22 nov. 1995, *Bull. civ. V*, n° 307).

L'expression des revendications professionnelles n'étant soumise à aucun formalisme, un employeur peut parfois contester qu'elles aient été formulées. Cette hypothèse est illustrée par l'espèce à l'origine de l'arrêt du 26 septembre 1990, si important à un autre égard (*infra*, n° 202). Des ouvriers envoyés sur un chantier avaient refusé, en raison des conditions climatiques, d'exécuter la tâche prescrite, et réclamé sur le champ le bénéfice du régime des intempéries propre à leur branche d'activité ; puis ils avaient, après le refus opposé par le représentant de l'employeur, déclaré cesser le travail dans l'attente de l'intervention de l'inspecteur du travail. Attrait en justice par ceux qu'il n'avait pas hésité à licencier pour faute grave, l'employeur faisait valoir qu'un arrêt de travail, en raison des intempéries, de salariés ayant déjà usé de leur droit de retrait d'une situation dangereuse (art. L. 4131-1 et 4131-3 nouv. C. trav.), ne tendait pas à la satisfaction de revendications. Les juges du fond avaient cependant distingué deux

démarches successives des intéressés : un refus d'exécuter un ordre dangereux pour leur santé, puis une demande de bénéfice du chômage-intempéries, qui constituait bien une revendication professionnelle. En présence d'une telle chronologie des actions, il importait peu, pour la qualification du mouvement et l'appréciation de sa licéité, que les salariés aient ou non parlé de « revendications » puis de « grève » !

Cette nouvelle manifestation de réalisme dans l'application des règles du droit du travail est plus nette encore dans l'arrêt *Belkedim et autres* du 18 juin 1996 (n° 195). Affectés à un chantier éloigné, des salariés avaient refusé de s'y rendre par leurs propres moyens et réclamé, soit un moyen de transport, soit le paiement des indemnités de grand déplacement. Leur licenciement pour faute grave ne bafouait-il pas le droit de grève ? Il appartenait, là encore, aux juges d'interpréter le comportement des acteurs. Et la chambre sociale de livrer une formule hautement significative : « l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles », or la demande alternative adressée à la direction de l'entreprise constituait bien une revendication professionnelle. Que le droit de grève s'exerce sans que les salariés aient précisément conscience d'exercer une telle prérogative, et surtout sans qu'il soit besoin de formulations rituelles ou élaborées, ne saurait surprendre. Il en va ainsi de tous les droits subjectifs, et qui prétendrait réserver aux juristes ou autres initiés l'invocation et la protection de leurs droits ? La Cour de cassation maintient heureusement son analyse et sa formule de l'arrêt *Belkedim* (Soc. 12 déc. 2000, *Bull. civ. V*, n° 414 ; 23 oct. 2007, *D.* 2008. 662, note A. Bugada, et Pan. 450, obs. O. Leclerc). La condition de « concertation » n'est pourtant pas devenue obsolète, hors le cas de la grève du salarié unique.

III. — Les restrictions du droit de grève

196. Soc. 18 janvier 1995

Syndicat du livre CGT c. Soc. Publicom et autres

(*Bull. civ. V*, n° 27 ; *Dr. soc.* 1995. 186, note Ph. Waquet)

ARRÊT

Sur les quatre premiers moyens communs aux demandeurs, réunis :

Vu l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article L. 521-1 du Code du travail et l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles caractérise l'exercice du droit de grève ; que

la commission, par certains salariés grévistes, d'actes illicites au cours de leur mouvement, ne suffit pas, à elle seule, à modifier la nature de ce dernier ; que ce n'est qu'au cas où la grève entraîne ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus ; qu'enfin, la responsabilité d'un salarié ou d'un syndicat à l'occasion soit d'une grève, en raison d'actes illicites commis pendant celle-ci, soit d'un abus du droit de grève, ne peut être engagée qu'à raison du préjudice découlant directement de son comportement fautif ;

Attendu que, pour condamner, *in solidum*, le Syndicat du livre CGT, MM. Combebiac et Cuallado, M. Michaud et dix-sept autres salariés à payer la somme de 1 242 023,39 francs, la cour d'appel retient d'abord que si le motif de cessation du travail invoqué était licite en tant qu'il était fondé sur une solidarité interne à l'entreprise, cette justification cessait à partir de la saisine de la juridiction compétente : le tribunal d'instance, même si celui-ci devait par la suite donner raison aux deux salariés, les exigences de la solidarité cessant de s'imposer à partir du moment où était mis en œuvre l'arbitrage judiciaire prévu par la loi pour le type de conflit concerné ; qu'elle ajoute qu'en toute hypothèse une grève, même licite, peut devenir illicite en raison des moyens employés par ceux qui y recourent ; qu'en l'espèce, la présence voulue de personnes étrangères à l'entreprise, les piquets de grève, les violences et intimidations, l'utilisation non consentie par l'employeur du matériel et du papier de l'imprimerie, le refus de vote en vue de la reprise du travail, le maintien de l'occupation après les décisions de justice, les dégâts importants commis aux locaux et au matériel caractérisent l'existence de l'illicéité de la grève considérée, l'abus du droit de grève étant très largement caractérisé ; qu'elle conclut que le syndicat, les permanents syndicaux et les dix-huit salariés assignés doivent réparer l'entier préjudice matériel et commercial subi par l'employeur au cours de la période du 9 novembre 1983 au 11 février 1984, sous déduction de la somme mise à la charge de l'État par la juridiction administrative en raison du refus de concours de la force publique pour procéder à l'expulsion des occupants des locaux de l'entreprise ;

Attendu, cependant, en premier lieu, que la cessation collective et concertée du travail a été précédée de revendications qui se rattachaient tant à l'exercice du droit syndical qu'à l'exigence du respect de règles légales et conventionnelles, et présentaient donc un caractère professionnel ; qu'elle constituait l'exercice du droit de grève, constitutionnellement reconnu, peu important la saisine par l'employeur du juge compétent pour statuer sur la validité des désignations contestées par lui ;

Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel a énuméré un certain nombre d'actes illicites commis au cours de la grève, en se bornant à relever une désorganisation de la production, sans préciser si, et à quel moment, ces actes illicites avaient révélé un risque de désorganisation de l'entreprise elle-même ; que, dès lors, elle n'a pas caractérisé un abus du droit de grève ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel ne pouvait mettre à la charge du syndicat, de MM. Combebiac et Cuallado et de dix-huit salariés grévistes la réparation de l'entier préjudice subi par l'entreprise ; qu'il lui appartenait de préciser, en ce qui concerne chacune des personnes concernées, à quel acte fautif précis elle avait participé et qu'elle ne pouvait prononcer condamnation qu'à raison du seul préjudice résultant du comportement incriminé ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le cinquième moyen relevé par le Syndicat du livre CGT Toulouse, et onze autres demandeurs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 novembre 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence,

la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux.

197. Soc. 7 juin 1995

Soc. des Transports Sérroul c. Beillevaire et autres

(*Bull. civ. V*, n° 180 ; *D.* 1996. 75, note B. Mathieu ;
Dr. soc. 1996. 37, note C. Radé ; *Dr. ouvr.* 1996. 94, note L. Milet)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu qu'à la suite de la cession partielle d'un fonds de commerce appartenant précédemment à la société Transports Jean-François Moreau, la société Sérroul a repris à son service, à compter du 1^{er} septembre 1991, onze chauffeurs ; que ces derniers, estimant que leur nouvel employeur ne respectait pas les obligations résultant de l'article L. 122-12 du Code du travail, ont cessé collectivement le travail le 25 novembre 1991 pour obtenir le respect de leurs droits ; que la société, par lettre du 16 novembre 1991, a licencié pour faute lourde MM. Beillevaire, Bouedo, Elineau, Legrand et Moriceau ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué (Angers 7 oct. 1993) de l'avoir condamné à payer aux salariés des indemnités de licenciement, de préavis, de congés et une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors que, selon le moyen, d'une part, le fait pour les salariés de faire obstacle aux déchargements de camions de l'entreprise, de retenir leurs clefs puis de s'opposer à leur reprise par des tiers constitue une faute lourde ; que la seule circonstance que, ces faits ayant pris fin le 28 novembre 1991, l'entretien préalable au licenciement n'a eu lieu que le 11 décembre 1991 ne saurait priver l'employeur du droit d'invoquer l'existence d'une faute lourde dans la mesure où il ressort des propres constatations de la cour d'appel que l'employeur s'est refusé durant ce laps de temps à fournir du travail aux salariés, leur proposant uniquement un rendez-vous ; que la cour d'appel a violé l'article L. 521-1 du Code du travail ; alors que, d'autre part et en toute hypothèse, l'arrêt de travail était intervenu sans respect du préavis de grève prévu par la convention collective et constituait un mouvement illicite en son principe même en sorte que les grévistes ne sauraient être couverts par les dispositions de l'article L. 521-1 du Code du travail ; que la cour d'appel, qui a elle-même qualifié d'illicite le mouvement ayant donné lieu aux agissements qui ont motivé le licenciement des salariés, devait rechercher si ces faits, à défaut de caractériser une faute lourde invoquée par l'employeur, ne constituaient pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ; qu'elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

Mais attendu, d'abord, qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux ;

Et attendu, ensuite, qu'ayant relevé que les grévistes avaient accepté, comme le leur demandait l'employeur, de remettre les documents et les clefs des véhicules, lesquels étaient vides, la cour d'appel a pu décider que le seul fait, au cours de la journée du 27 novembre 1991, d'être resté sans violence à côté desdits camions, fait qui ne leur avait été reproché que le 11 décembre suivant, ne caractérisait pas une faute lourde ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

198. Soc. 25 février 2003

Syndicat CFDT Santé et Sociaux de Haute-Garonne c. Assoc. MAPAD de la Cépière

(*Bull. civ.* V, n° 65 ; *D.* 2003. 1925, note B. Bossu ; *Dr. soc.* 2003. 621, note C. Radé ; *Dr. ouvr.* 2003. 533, note F. Saramito)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ensemble l'article 809 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu qu'une partie du personnel de l'association MAPAD de la Cépière, qui gère un établissement accueillant des personnes âgées dépendantes, après échec de négociations sur diverses revendications salariales, a engagé un mouvement de grève à partir du 5 juillet 2000 ; que, par ordonnance du 10 juillet 2000, le président du tribunal de grande instance saisi en référé a ordonné à l'association employeur de cesser de recourir à des salariés sous contrat de travail à durée déterminée ou en intérim pour assurer le remplacement du personnel gréviste ainsi qu'à diverses personnes, salariées de l'établissement, nommément désignées, d'assurer un service dans les trois nuits à venir selon horaires fixés par l'employeur ;

Attendu que pour confirmer l'ordonnance du premier juge imposant à divers salariés grévistes de l'association MAPAD d'assurer un service dans les trois nuits à venir selon horaires fixés par l'employeur, alors même qu'ils étaient en grève, l'arrêt attaqué retient que cette mesure était nécessaire pour prévenir un dommage imminent ;

Qu'en statuant ainsi, alors que *les pouvoirs attribués au juge des référés en matière de dommage imminent consécutif à l'exercice du droit de grève ne comportent pas celui de décider la réquisition de salariés grévistes*, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'en application de l'article 627, alinéa 1^{er}, du nouveau Code de procédure civile, la cassation doit être prononcée sans renvoi, dès lors qu'elle n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 janvier 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi.

OBSERVATIONS

La reconnaissance du droit de grève, énonce la Cour de cassation « ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit (...) en vue d'en éviter un usage abusif » (*Soc.* 17 janv. 1956, *D.* 1956. 481 ; 11 oct. 1957, *Gaz. Pal.* 1957. 2.

319 ; 3 oct. 1963, arrêt n° 188). L'éventualité d'une dénonciation de son abus constitue une première limitation de ce droit et vaut son importance à l'arrêt n° 196 qui en précise la notion (A). Le législateur, habilité par le Préambule constitutionnel à encadrer son exercice (v. *supra*, n° 183), est essentiellement intervenu pour le secteur des services publics en imposant un préavis, dont a pu se demander s'il pouvait être également institué par des règles privées (arrêt n° 197) (B). On s'est aussi demandé si l'employeur pouvait obtenir le concours de grévistes pour certaines tâches de sécurité sinon pour un « service minimum », mais la Cour de cassation est hostile à une « réquisition judiciaire » de grévistes (arrêt n° 198) (C).

A. — La limite de l'abus de droit

Nombreux sont les arrêts de la Cour qui contrôlent l'appréciation, par les juridictions du fond, de l'existence d'un abus allégué du droit de grève. Mais la juridiction régulatrice a tardé à formuler un critère de cet abus. Selon un arrêt du 30 mai 1989 (*Bull. civ. V*, n° 404, *D.* 1990, *Somm.* 168, obs. G. Borenfreund), toute grève entraînant une « désorganisation de la production », les juges du fond ne peuvent déclarer cette grève « illicite » que si cette action (il s'agissait, en l'espèce, d'arrêts de travail répétés) « a entraîné une désorganisation de l'entreprise elle-même » (v. déjà : Soc. 16 févr. 1989, *Bull. civ. V*, n° 133). L'arrêt du 4 novembre 1992 (n° 194) a confirmé cette position en précisant que la commission d'actes illicites par certains grévistes ne suffisait pas à rendre le mouvement abusif.

Distinguer la désorganisation de la production, inhérente à ce « droit de nuire » qu'est le droit de grève, et la désorganisation de l'entreprise paraît raisonnable et rationnel. Cela commande aux tribunaux de s'attacher aux conséquences observables du mouvement, plutôt que de rechercher une « volonté de désorganiser l'entreprise ou de nuire à sa situation économique » (évoquée par : Soc. 25 févr. 1988, *Bull. civ. V*, n° 133). Mais s'il s'agit de déterminer si le préjudice subi « excédait celui qui résulte normalement d'une grève continue ou même de débrayages contrôlés », pour reprendre les termes d'un arrêt antérieur (Soc. 7 janv. 1988, *Dr. soc.* 1988. 251, 6^e esp., note J. Savatier), le critère rend assez difficile la caractérisation de l'abus. On a pu le constater avec des arrêts relatifs à la répétition des débrayages (outre celui du 30 mai 1989 lui-même, v. : Soc. 1^{er} mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 157 ; 10 oct. 1990, *Bull. civ. V*, n° 434 ; 10 juill. 1991, *ibid.*, n° 349 ; 7 avr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 607), bien que d'autres décisions aient attesté que la désorganisation de l'entreprise pouvait être caractérisée (Soc. 30 juin 1993, *Bull. civ. V*, n° 185 : cas d'isolement total

de l'usine par les grévistes), sans parler du cas où l'entreprise aurait perdu l'essentiel de sa clientèle (ce qu'admettait implicitement Soc. 7 avr. 1993, *Bull. civ. V*, n° 111).

L'arrêt *Syndicat du livre CGT* du 18 janvier 1995 (n° 196) casse la décision d'une cour d'appel qui avait retenu la responsabilité civile d'un syndicat à l'égard d'un employeur « en se bornant à relever une désorganisation de la production ». Pourtant, à lire son attendu de principe — « ce n'est qu'au cas où la grève entraîne ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus » — il élargit quelque peu la notion d'abus. La constatation d'un risque de désorganisation de l'entreprise suffirait, en effet, pour qualifier la grève d'abus (ou d'« illicite »). Les juges du fond doivent pratiquer un contrôle de proportionnalité, en recherchant si l'exercice du droit constitutionnel de grève n'a pas causé ou ne risquait pas de causer aux droits et intérêts légitimes de l'employeur un dommage disproportionné. Des cours d'appel ont ainsi pu écarter toute idée d'abus de la part des salariés d'une entreprise de transport dont le mouvement de grève avait rendu « l'exploitation des lignes très onéreuse et plus difficile » sans aboutir pour autant à une désorganisation de l'entreprise (Soc. 5 juill. 1995, *Bull. civ. V*, n° 232), ou de la part des salariés d'une société de convoyage de fonds lancés dans une grève, dûment annoncée, de deux heures en fin de service le matin et l'après-midi, entraînant une perturbation inhérente à cette limitation de la durée du travail mais laissant à la direction la possibilité de réduire les tournées et d'informer sa clientèle des reports de convois (Soc. 16 oct. 2001, *Bull. civ. V*, n° 319) ou encore de la part d'un commandant de bord qui avait avisé la compagnie aérienne de sa volonté de participer à une grève suffisamment tôt pour permettre son remplacement (Soc. 23 juin 2006, *Dr. soc.* 2006. 935, obs. E. Dockès, *RDT* 2006. 404, obs. O. Leclerc ; v. pour un autre cas d'exclusion de l'abus : Soc. 7 juin 2006, *D.* 2006. 2715, note F. Duquesne).

Quelles conséquences emporte un diagnostic d'abus ? Dès lors que le mouvement reste une grève, une faute lourde personnellement imputable conditionne toute sanction contre un participant et, si le caractère abusif de l'action facilite l'identification d'une telle faute, le seul fait d'y participer ne suffit pas à la constituer (v. *infra*, sous arrêts n° 199 et s.). C'est essentiellement sur le terrain des pertes de salaires pour les grévistes, de fermeture de l'entreprise, d'obtention d'une ordonnance de mettre fin à une occupation, ou encore en cas d'action en responsabilité civile contre un syndicat (comme dans l'espèce de l'arrêt n° 196), que se manifestera la portée de cette qualification.

B. — *L'imposition d'un préavis*

Pour s'en tenir aux textes pouvant concerner des salariés « de droit privé », deux lois ont organisé un régime de préavis obligatoire (loi du 31 juillet 1963 relative à la grève dans les services publics) ou de préavis et de service minimum (loi du 30 septembre 1986 sur la communication audiovisuelle). Issus du texte de 1963, les articles L. 2512-1 et s. nouv. C. trav. (précédemment art L. 521-2 et s.) imposent un préavis de cinq jours francs, déposé par un ou plusieurs syndicats représentatifs, précisant les motifs du recours à la grève et fixant le lieu, la date et l'heure du début ainsi que la durée de la « grève envisagée ». Un alinéa inséré en 1982 ajoute que « pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier ». Surtout, le régime du préavis est désormais tributaire, dans « toute entreprise ou régie, chargée d'une mission de service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique » des dispositions de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007.

Le sens et la portée de ces dispositions sont éclairés par des arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Cette dernière, par ailleurs, a dû se prononcer sur les clauses de conventions collectives relatives au déclenchement de la grève (arrêt n° 197).

1. Quelques arrêts touchent à l'extension de la catégorie des « personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés (...) chargés de la gestion d'un service public », que l'article L. 2512-1 nouv. C. trav. vise à côté des personnels de l'État, des départements et des communes d'une certaine taille. Ainsi a-t-il été jugé que la formule légale saisissait les houillères de bassin (Soc. 7 déc. 1978, *Bull. civ.* V, n° 841), le Commissariat à l'énergie atomique et la Cogema (Soc. 5 juill. 1984, *Dr. soc.* 1985. 45, note J.-F. Lachaume), la Compagnie Air Inter avant sa fusion avec Air France (Soc. 6 févr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 82), les centres de formation d'apprentis (Soc. ; 25 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 433), un port autonome (Soc. 16 juill. 1997, *Bull. civ.* V, n° 269 ; v. aussi : Soc. 11 juin 1996, *Dr. soc.* 1997. 377, note P.-H. Antonmattéi). La Cour de cassation n'a donc pas pratiqué l'interprétation stricte qui s'impose pour un texte d'exception restreignant l'exercice d'un droit consacré par la Constitution, même si cette dernière a fondé son adoption (des juridictions du fond vont plus loin encore en intégrant dans ce champ d'application des entreprises sous-traitantes ou prestataires de services d'un établissement public). La chambre sociale a par ailleurs estimé que, dans une compagnie aérienne privée non soumise aux dispositions des articles L. 2512-1 et s., « le principe essentiel de l'obligation d'assurer la continuité des vols », résultant de la réglementation de l'aviation civile,

imposait aux personnels d'observer dans le déclenchement des arrêts de travail « des modalités compatibles avec ces contraintes exceptionnelles », donc de ne pas dissimuler leurs projets de grève en cours de route et cesser le travail en escale (Soc. 25 oct. 1979, *D.* 1980. 313, note H. Sinay, et IR. 348, obs. Ph. Langlois).

La Cour de cassation a tranché diverses questions relatives au dépôt du préavis (Soc. 13 oct. 1976, *Dr. ouvr.* 1977. 274 : une annonce de la grève dans la presse ne saurait remplacer cette procédure), à la computation du délai de cinq jours francs (Crim. 10 mai 1994, *RJS* 10/94, n° 1171 : le jour de notification du préavis ne compte pas comme premier jour de ce délai), à l'obligation de négocier (Soc. 4 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 262 : en cas de préavis de grève dans un seul établissement de l'employeur, le refus de celui-ci de donner immédiatement suite aux revendications ne vaut pas refus de négocier, dès lors que la négociation ne pouvait être ouverte qu'au niveau de l'entreprise et avait été reportée, en accord avec les syndicats, après la période estivale), à la faculté de donner préavis pour une durée illimitée (Soc. 11 janv. 2000, *Dr. soc.* 2000. 404, note A. Cristau),

L'une des décisions les plus remarquées a déduit de la combinaison des articles L. 2512-2 et 3 nouv. C. trav. (« l'heure de cessation et celle de reprise du travail ne peuvent être différentes pour les diverses catégories ou pour les divers membres du personnel intéressé ») que « le droit de grève dans les services publics n'est exercé normalement que si le préavis de grève détermine l'heure précise, commune à tous les membres du personnel, de l'arrêt de travail, peu important que certains salariés ne travaillent pas à cette heure, dès lors qu'ils peuvent se joindre au mouvement en cours ». Une cour d'appel avait estimé que l'exigence de l'article L. 2512-3 ne pouvait concerner que des travailleurs ayant des horaires identiques, et non ceux travaillant par équipe ou par roulement, pour en déduire que le dépôt, dans une société chargée des transports en commun d'une agglomération, de préavis de grève « de 58 minutes à la prise du service, pour tous les personnels », n'avait pas engendré de trouble manifestement illicite. Pour la chambre sociale, au contraire, les textes « ne laissent place à aucune distinction selon l'organisation du travail en vigueur », alors que le préavis litigieux, évidemment, ne mentionnait pas une heure unique de cessation du travail (Soc. 3 févr. 1998, *D.* 1998. 168, note Y. Saint-Jours, *JCP* 1998. II. 10030, rapp. Ph. Waquet). Notons que cette confirmation de la prohibition de la « grève tournante » dans les services publics est intervenue à l'occasion d'une grève qui n'était pas véritablement tournante (ce caractère suppose un même horaire de travail pour tous les salariés impliqués). Mais s'« il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas », on doit aussi tenir pour licite ce que la loi ne prohibe point ! Dès lors, si l'organisation d'une grève tour-

nante est prohibée, le déroulement concret du mouvement peut ressembler à une action de ce type. La chambre sociale, en effet, a relevé qu'aucune disposition légale n'interdisait à plusieurs organisations syndicales représentatives de déposer chacune un préavis et de prévoir, chacune, une date de cessation du travail différente (Soc. 4 févr. 2004, *Dr. soc.* 2004, 381, obs. C. Radé, *D.* 2004, Somm. 2190, obs. F. Debord), n'interdisait pas davantage l'envoi de préavis successifs, y compris des préavis mentionnant des motifs différents (Soc. 12 mars 2008, *JCP S* 2008. 1242), et qu'un préavis unique pouvait porter sur des arrêts de travail d'une durée limitée étalés sur plusieurs jours (Soc. 7 juin 2006, *JCP S* 2006, 1734, note R. Vatinet, *D.* 2007. 283, note F. Debord). Notons que ces apports jurisprudentiels sont désormais tenus en échec, en partie au moins, dans le secteur de service public où naissait l'essentiel de ce contentieux du préavis : celui des transports terrestres réguliers de voyageurs. L'article 3 de la loi du 21 août 2007 dispose que « lorsqu'un préavis a été déposé (...) par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, un nouveau préavis ne peut être déposé par la ou les mêmes organisations et pour les mêmes motifs qu'à l'issue du délai du préavis en cours » et avant mise en œuvre de la procédure de prévention des conflits en vigueur dans l'entreprise.

D'autres difficultés d'interprétation ou d'application des règles issues de la loi de 1963 concernent les conditions de participation des agents intéressés au mouvement de grève. Parce que les salariés sont, rappelle la Cour de cassation, « seuls titulaires du droit de grève », ils ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée de suspension du travail prévue par le préavis, de sorte que l'arrêt de travail d'une journée au cours de cette période constitue un usage normal du droit de grève (Soc. 12 janv. 1999, *Bull. civ.* V, n° 6, *Dr. ouvr.* 1999. 76, note A. de Senga ; 29 févr. 2000, *RJS* 4/00, n° 435 ; v. aussi : Soc. 30 avr. 2003, n° 00-22.328 D), de même que le fait de rejoindre le mouvement d'arrêt de travail à un moment quelconque de la période fixée (Soc. 8 déc. 2005, *Bull. civ.* V, n° 362, *JCP S* 2006. 1219, note S. Darmaisin). Un salarié gréviste a toujours la faculté de quitter le mouvement avant le terme prévu, mais si sa reprise du travail s'avère impossible en raison de la situation « sur le terrain », il lui appartiendra de démontrer qu'il entendait reprendre le travail (Soc. 15 janv. 2003, n° 00-46.858 D), car dès lors qu'il s'est associé à la grève, il « doit être légalement considéré, sauf preuve contraire de sa part, comme gréviste pour toute la durée du mouvement » (Soc. 19 déc. 2007, *JCP S* 2008. 1208, note S. Brissy). Le salarié ayant cessé de participer à la grève pourrait d'ailleurs suspendre à nouveau le travail au cours de la période couverte par le préavis. Mais la régularité des pratiques relevant de l'exercice du « droit personnel à la grève » dans le cadre

d'un mouvement dans un service public (v. également, sur la légalité d'une circulaire ministérielle concernant la participation des agents, au regard de la prohibition des « grèves tournantes » : CE 29 déc. 2006, n° 286.294, *SNCF, RJS* 3/07, n° 378, v. p. 219 comm ; M.-C. Rouault et F. Duquesne) suppose que le délai légal de préavis ait été respecté. En particulier, lorsqu'une grève est illégale pour avoir été déclenchée moins de cinq jours francs après la réception du préavis, les salariés (d'une entreprise de transports publics par autocar) qui s'y associent, même à une date postérieure à l'expiration de ce délai, mais en dépit d'une « notification de l'employeur attirant leur attention sur l'obligation de préavis », commettent une faute (Soc. 11 janv. 2007, *D.* 2007. 549, note F. Duquesne)

Observons que nombre d'arrêts de la Cour de cassation contribuant à l'élaboration jurisprudentielle du droit de la grève statuent sur pourvoi contre des décisions rendues en référé, l'employeur ayant assigné les syndicats devant le président du tribunal de grande instance pour faire dire que leurs préavis étaient illicites et ordonner leur suspension. Le recours à cette procédure est banal en présence d'un préavis que l'organisme employeur estime générateur d'un trouble manifestement illicite, parce qu'il ne satisfait pas aux exigences légales, ou annonciateur d'un dommage imminent (art. 809 C. pr. civ.). C'est par des saisines du juge des référés qu'a été alimentée la série de contentieux qui a jadis accompagné le conflit des équipages de nouveaux avions au sein de compagnies aériennes françaises (*supra* II, D, 1) et a notamment donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation (Soc. 9 nov. 1982, *Dr. ouvr.* 1983. 156 ; Ass. plén. 4 juill. 1986, *Dr. soc.* 1986. 745, concl. F. Bouyssic, note G. Lyon-Caen, *D.* 1986. 477, concl. F. Bouyssic, note J.-E. Ray, *JCP* 1986. II. 20694, note B. Teyssié), puis deux arrêts de la Cour de Paris excluant l'annulation de préavis et n'admettant leur suspension ou leur report qu'en raison d'un risque de perturbation excessive du trafic aérien (27 janv. 1988, *D.* 1988. 351, note J.-C. Javillier, *Dr. soc.* 1988. 242, note J.-E. Ray). Les revues juridiques offrent maintes illustrations de l'usage de cette procédure.

2. Les termes du Préambule constitutionnel font douter de l'aptitude de l'accord collectif à subordonner le recours à la grève au respect d'un préavis ou à une tentative préalable de conciliation. La Cour de cassation a pourtant jugé valide une clause de convention collective engageant les parties signataires à respecter un délai de quelques jours pour l'examen en commun des revendications avant toute mesure de fermeture d'établissement ou cessation de travail, et admis la responsabilité civile d'un syndicat qui avait appelé à la grève sans respecter ce délai (Soc. 6 mai 1960, *Dr. soc.* 1961. 11, *GA*, 2^e éd., n° 30 ; comp. : 23 oct. 1963, *Bull. civ.* V, n° 713, considérant que l'obligation

conventionnelle avait été respectée). Elle a aussi reconnu, expressément ou implicitement, la validité de la clause conventionnelle imposant, avant tout déclenchement d'une grève, de tenter une conciliation ou de soumettre le conflit à une commission paritaire de conciliation (Soc. 15 févr. 1965, *Dr. soc.* 1965. 444, obs. J. Savatier, *JCP* 1965. II. 14212, note H. Sinay ; 21 mars 1973, *Bull. civ.* V, n° 175 ; 31 mars 1973, *Dr. ouvr.* 1973. 471 ; 28 juin 1978, *Bull. civ.* V, n° 512 ; 27 juin 1979, *ibid.*, n° 583). En précisant toutefois que, si ces diverses dispositions peuvent fixer des modalités d'exercice du droit de grève, « celui-ci ne doit pas être entravé par des clauses imprécises équivalant à le prohiber » (Soc. 27 févr. 1974, *Bull. civ.* V, n° 140).

Ces « clauses d'attente » sont génératrices d'obligations pour les parties à la convention, notamment pour les syndicats signataires, contractuellement tenus de respecter délais ou procédures avant d'appeler des salariés à cesser le travail (mais une procédure de conciliation prévue à l'échelle de l'entreprise ou de la profession n'a pas à être engagée avant une grève nationale et interprofessionnelle : Soc. 21 mars 1973, *préc.*). Avec cette précision que l'employeur refusant de négocier commet une faute qui lui interdit de se prévaloir du non-respect du préavis conventionnel par les syndicats (Soc. 15 mai 1991, *Bull. civ.* V, n° 235).

Quel est l'effet de telles clauses à l'égard des salariés ? Avant l'arrêt *Transports Sérout* du 7 juin 1995 (n° 197), la clause jouait un rôle dans l'appréciation de l'existence d'une faute du gréviste sanctionné pour avoir participé à un mouvement déclenché en méconnaissance de ses dispositions. L'idée était que les salariés eux-mêmes étaient tenus de respecter ces clauses. Mais une faute, une faute lourde en particulier, ne pouvant résider que dans un fait personnellement imputable (v. *infra*, n° 199), la qualification était écartée si le salarié, même délégué syndical ou élu du personnel, avait pu ignorer la clause ou n'avait pas joué de rôle personnel dans sa violation, c'est-à-dire n'avait pas enfreint « sciemment » l'obligation qu'elle imposait (ex. : Soc. 5 mai 1960, *JCP* 1960. II. 11692, note R. Lindon ; 8 oct. 1987, *JS UIMM* 1987, n° 496, p. 538 : la grève n'est pas illicite si les salariés ignoraient l'obligation de tentative de conciliation résultant de la convention collective). La Cour raisonnait d'ailleurs d'identique manière en cas de méconnaissance de l'obligation de préavis dans les entreprises chargées d'un service public (5 juin 1984, *Bull. civ.* V, n° 229 ; Crim. 10 mai 1994, *RJS* 10/94, n° 1171). Au contraire, la faute était caractérisée en cas de contribution active de l'intéressé à la méconnaissance de la disposition conventionnelle (Soc. 28 juin 1978, *Bull. civ.* V, n° 512 ; 27 juin 1979, *préc.* ; rapp. pour un manquement de délégués à une disposition de la convention collective relative à la sauvegarde des marchandises : Soc. 8 déc. 1983, *Bull. civ.* V, n° 602).

La qualification de faute lourde avait été admise dans une hypothèse où l'inspecteur du travail avait invité les salariés à surseoir à toute grève tant que se déroulait la procédure légale de conciliation, dont la mise en œuvre était à l'époque obligatoire (Soc. 5 mai 1960, *Bull. civ. V*, n° 453).

L'arrêt *Transports Sérout* clarifie le régime de ces clauses conventionnelles, sans opérer un total revirement de jurisprudence. Condamné pour licenciement injustifié de salariés grévistes, l'employeur soutenait que l'arrêt de travail litigieux, intervenu sans respect du préavis imposé par la convention collective, « constituait un mouvement illicite en son principe même en sorte que les grévistes ne sauraient être couverts par les dispositions de l'article L. 521-1 C. trav. ». La chambre sociale répond par un motif limpide : « une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et (...) seule la loi peut créer un délai de préavis s'imposant à eux ». C'est donc en considération des seuls incidents ayant émaillé la période de grève qu'elle contrôle la décision critiquée, pour conclure que, compte tenu de ses constatations, la cour d'appel « avait pu décider » qu'aucune faute lourde n'était caractérisée. Parce qu'il s'agit d'un arrêt de rejet, la référence à la norme constitutionnelle reste discrète (la Cour parle du « droit de grève constitutionnellement reconnu »). Mais une décision postérieure prononce une cassation au visa de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, puis souligne que selon ce texte le droit de grève s'exerce « dans le cadre des lois qui le réglementent », avant de reprendre le motif de principe de l'arrêt *Transports Sérout* (Soc. 12 mars 1996, *Bull. civ. V*, n° 88).

Une convention collective ne saurait donc affecter « pour les salariés » l'exercice du droit de grève. Qu'aucun syndicat ne soit habilité à en disposer paraît évident, dès lors que ce droit a ces salariés pour « seuls titulaires », comme le rappellent d'autres arrêts à propos d'un régime des services publics qui pourrait nourrir une conception organique de la grève (*supra*, 1). Ainsi est encore soulignée la double qualité du droit de grève : prérogative constitutionnelle, ce qui commande une interprétation stricte de toute disposition encadrant son exercice ou autorisant cet encadrement (« les lois qui le réglementent » devrait signifier que seules des lois peuvent le réglementer), et prérogative individuelle.

S'attachant aux termes de ces deux arrêts de 1995 et 1996, on retiendra que le droit conventionnel est impuissant à « limiter » l'exercice du droit de grève (ex. : exclusion de la grève dans certaines circonstances ou pour certaines revendications, par exemple pendant le temps de validité de la convention collective ; subordination de la qualification de grève ou de sa licéité à des conditions s'ajoutant à

celles du droit étatique, par exemple la condition de rejet préalable des revendications) ou à le « régler », ce qui vise les modalités de déroulement du mouvement, notamment par imposition d'un préavis, d'une tentative préalable de conciliation ou d'un service minimum.

Mais si des clauses conventionnelles « ne peuvent avoir pour effet » d'altérer un droit appartenant à chaque salarié, elles restent valables comme sources d'obligations pour les parties à l'accord, c'est-à-dire pour les organisations syndicales dont elles restreignent la liberté d'appeler à la grève (sans pouvoir les priver de la faculté de recourir à cette modalité d'exercice d'une liberté syndicale, également garantie par la Constitution). Si ces clauses ne peuvent donc appartenir qu'à la partie obligatoire de la convention ou de l'accord, et ne doivent plus être interprétées comme signifiant des normes applicables aux salariés, la règle dégagée par l'arrêt **n° 197** ne les « prohibe » en aucune façon et ne les frappe pas de nullité. Elle ne compromet pas davantage la validité des clauses ou accords relatifs au traitement des conflits (procédures d'« alarme sociale »). Mais ces clauses ou accords, strictement contractuels, n'imposent d'obligations qu'aux organisations signataires. Et il n'y a plus lieu de s'interroger sur la violation, par des salariés, de leur « obligation » de respecter un préavis ou un préalable de conciliation. Les clauses en question ne doivent plus être directement prises en compte pour apprécier l'existence de la faute (lourde) qu'a pu leur reprocher l'employeur pour les sanctionner ou leur réclamer des dommages-intérêts.

C. — Obligation de service minimum ou exigences de sécurité

L'imposition d'un préavis de grève dans les services publics a, entre autres fonctions, de permettre à la direction d'organiser éventuellement une poursuite de l'activité avec les non-grévistes (ce qui peut inciter l'employeur à interroger les salariés sur leur attitude à l'occasion du mouvement proche, et à traiter comme grévistes ceux qui ne lui font pas réponse : Soc. 7 mai 1987 et 19 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 399, *D.* 1988, Somm. 100, obs. J. Pélissier). Même si elle n'emploie pas l'expression, la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 vise essentiellement à permettre l'instauration d'un service minimum dans les transports terrestres de voyageurs. Mais, d'une façon plus générale, un employeur confronté à une grève ne peut-il requérir — ou au moins obtenir par une décision de justice — le concours de salariés grévistes, afin qu'une certaine activité soit maintenue, ne serait-ce qu'au service de la sécurité ? Cette question reçoit, en jurisprudence, une réponse nuancée. L'arrêt **n° 198** signale cependant avec netteté ce que l'employeur ne saurait obtenir d'un juge.

1. La jurisprudence administrative inaugurée par l'arrêt *Dehaene* habilite le gouvernement ou l'autorité hiérarchique à réglementer l'exercice de la grève dans un service public au nom de sa continuité, et la direction d'une entreprise publique à prendre certaines mesures propres à limiter l'impact du mouvement sur les usages (*supra*, I, B, 2). L'article 57 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit un service minimum en cas de « cessation concertée du travail » dans les sociétés du secteur public de l'audiovisuel. La loi d'août 2007 vient d'être évoquée. Pour des circonstances plus exceptionnelles ou dramatiques, le gouvernement dispose, depuis une loi de 1938 plusieurs fois modifiée, d'un pouvoir de réquisition, qui lui permet d'ordonner à des personnes de maintenir ou reprendre leur activité professionnelle sous peine de sanctions civiles et pénales (le refus d'un salarié de se soumettre à une mesure de réquisition expose à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement : Soc. 28 juin 1956, *Dr. soc.* 1957. 27, concl. Albucher).

C'est précisément un « pouvoir de réquisition » que l'arrêt du 25 février 2003 (n° 198) dénie au juge des référés. Pour casser, au visa conjoint de l'alinéa 7 du Préambule de 1946 et de l'article 809 (Nouv.) c. pr. civ., un arrêt confirmatif d'une ordonnance de référé imposant à des salariés grévistes d'assurer un certain service durant une période de grève, il énonce que « les pouvoirs attribués au juge des référés en matière de dommage imminent consécutif à l'exercice du droit de grève ne comportent pas celui de décider la réquisition de salariés grévistes ». La mesure en question avait été décidée par le juge des référés auquel un syndicat avait d'abord demandé d'enjoindre à une association, gérant un établissement pour personnes âgées dépendantes, de cesser de recourir (illégalement) à des salariés sous contrat à durée déterminée ou à des intérimaires pour remplacer son personnel en grève régulière. Mais une autre circonstance de l'affaire donne du poids à la position de l'arrêt rapporté : le droit constitutionnel de grève se trouve ici opposé à une mesure dictée par un souci de protection de la santé et de la sécurité de personnes, autre principe de valeur constitutionnelle propre, selon le Conseil constitutionnel, à lui imposer des limites (décision n° 80-117 DC, 22 juill. 1980, *D.* 1980. 65, note D. Turpin). La chambre sociale a confirmé sa position en cassant une autre décision, qui avait condamné sous astreinte une infirmière à assurer pendant vingt heures la permanence des soins infirmiers d'une clinique dont le personnel était en grève : « les pouvoirs attribués au juge des référés ne comportent pas celui de condamner un salarié gréviste à exécuter son travail même pendant la durée d'un service minimum » (Soc. 26 novembre 2003, n° 01-10.847 D).

L'hostilité de la Cour à ce type de mesure conservatoire censée prévenir un dommage imminent paraît donc résolue. Sans doute la

« réquisition » de salariés serait-elle une mesure trop lourde pour être qualifiée de conservatoire, puisqu'elle consisterait à prescrire une reprise du travail à des personnes exerçant régulièrement leur droit de grève. Une intervention du juge des référés n'est pourtant pas inconcevable si l'on considère certains apports jurisprudentiels antérieurs.

2. Des décisions déjà anciennes avaient admis l'employeur, en cas de grève, à requérir le concours de certains salariés, en raison de leurs fonctions, à des mesures de sécurité (v. une série d'arrêts concernant des mineurs et illustrant une différence de traitement entre des agents de maîtrise ou des agents techniques et de simples ouvriers mineurs : Soc. 19 juin 1952, *Bull. civ.* IV, n° 532 ; 23 mai 1957, *ibid.*, n° 594 ; 14 juin 1958, *ibid.*, n° 741). La chambre sociale a plus généralement reconnu à l'employeur le pouvoir d'organiser un service de sécurité, pourvu que la mesure prise ne soit pas excessive par rapport aux nécessités (Soc. 1^{er} juill. 1985, *Bull. civ.* V, n° 376), car elle ne saurait tendre à assurer une activité presque normale malgré le mouvement de grève. D'ailleurs toute mesure de ce genre est aujourd'hui limitée par l'effet de la disposition très générale de l'article L. 1121-1 nouv. C. trav. (« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées... »). Conforment implicitement cette limitation du pouvoir de restreindre l'exercice de la grève les arrêts reconnaissant aux salariés, mis à contribution à ce titre, droit à rémunération du service fourni à la demande de l'employeur ou en exécution d'un accord collectif, et de ce service seulement (Soc. 20 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 81 ; 16 nov. 1993, *Dr. soc.* 1994. 54 ; 24 juin 1998, *Dr. soc.* 1998. 851, obs. J.-E. Ray). En tout état de cause, l'employeur n'a pas, en droit, le moyen d'organiser un véritable service minimum. Il ne peut s'agir que d'assurer la sécurité des personnes et des installations.

Des mesures ayant cet objectif limité peuvent être prévues par le règlement intérieur. Le Conseil d'État l'avait admis, alors même qu'il estimait illégale la réglementation plus générale du droit de grève par cet acte : celui-ci peut, dans une activité industrielle dangereuse, prescrire des mesures de sécurité comportant certaines restrictions à l'exercice du droit de grève (CE 12 nov. 1990, *Atochem*, *AJDA* 1991. 484, obs. X. Prétot ; 29 déc. 1995, *Eurodif*, *Dr. soc.* 1996. 394, 1^{re} esp., concl. C. Maugué ; comp. : CE 12 oct. 1992, *Soc. Sofrapain*, *Dr. soc.* 1993. 163, concl. G. Le Chatelier ; 21 oct. 1994, *Teintureries de la Turdine*, *RJS* 1/95, n° 21, *D.* 1996, Somm. 225, obs. D. Chelle et X. Prétot). Aujourd'hui, le règlement intérieur doit fixer « les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la sécurité et de la santé des salariés dès lors qu'elles

apparaîtraient compromises » (art. L. 1321-1 nouv. C. trav.). Dans un établissement accueillant des patients (et ne relevant pas d'un service public), il peut assurément contenir des dispositions visant à protéger la sécurité et la santé de ceux-ci, mais cet objectif est impuissant à justifier une réglementation de l'exercice du droit de grève par les salariés s'il n'apparaît pas que l'absence d'une partie du personnel compromettrait cette sécurité (CE 27 juill. 2005, *Centre de convalescence et de rééducation de la Roseraie*, JCP S 2005, 1266, note X. Prétot, *Dr. ouvr.* 2006. 11, note D. Boulmier). En tout état de cause, s'impose la condition, découlant de l'article L. 1321-3, que la disposition ainsi inscrite dans le règlement n'apporte pas au droit de grève une restriction que ne justifierait pas la nature de la tâche à accomplir ou disproportionnée à cet objectif limité (pour une illustration d'une restriction manifestement excessive, v. : CAA Lyon 25 févr. 2003, *D.* 2003. 1060, concl. J.-P. Clot).

Rappelons aussi que la direction de toute entité chargée d'un service public dispose, en vertu de la jurisprudence *Dehaene*, du pouvoir de réglementer l'exercice du droit de grève par ses agents, seraient-ils salariés « de droit privé » (CE 23 octobre 1964, *Féd. syndics chrétiens de cheminots*, JCP 1965. II. 14271, note G. Bélorgey ; 17 mars 1997, *Hotz et autres, et Fédération nationale des syndicats du personnel de l'énergie électrique*, *Dr. soc.* 1997. 533, obs. J.-E. Ray).

L'employeur privé ou public invoquant de telles dispositions normatives adoptées pour assurer un minimum d'activités nécessaires à la sécurité, au prix d'une restriction du droit de grève de ses salariés, pourrait, en cas de résistance de ces derniers, saisir le juge des référés. Il s'agirait alors de faire cesser un trouble manifestement illicite. Certes, le juge saisi (la formation de référé du conseil de prud'hommes serait plus sûrement compétente que le président du tribunal de grande instance) devrait refuser d'ordonner aux salariés d'assurer les tâches prévues par ces dispositions si l'illicéité du trouble n'était pas manifeste, soit en raison des faits, soit en raison du caractère excessif de ces dispositions, car il lui incomberait de trancher cette contestation sérieuse (art. 809, al. 1 C. pr. civ. ou art. R. 1455-6 nouv. C. trav.). En tout cas, la mesure éventuellement prise ne serait pas une « réquisition », mais l'injonction de respecter une disposition valide.

Si la Cour de cassation devait manifester son hostilité à cette procédure, comme elle l'a fait à l'égard du procédé exclu par l'arrêt n° 198, l'employeur n'aurait plus qu'à escompter une intervention de l'autorité administrative décidant d'une réquisition proprement dite. Mais le recours à la réquisition suppose que les perturbations engendrées par le mouvement de grève portent une atteinte suffisamment grave à la continuité du service public ou à la satisfaction des besoins de la population (CE 24 févr. 1961, *Dr. soc.* 1961. 357, obs. J. Savatier ;

comp. : CE 26 oct. 1962, *Dr. soc.* 1963. 224, obs. J. Savatier). Même rendue plus aisée, pour le préfet, par la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003, cette mesure suppose un trouble exceptionnel « au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques » et ne saurait permettre de requérir l'ensemble des personnels grévistes afin d'assurer l'équivalent d'un service normal (v. : CE 9 déc. 2003, *Mme Aguillon et autres*, *Dr. soc.* 2004. 172, concl. J.-H. Stahl).

199-213

LES RÉACTIONS DE L'EMPLOYEUR

**199. Soc. 20 mai 1955 — 200. Soc. 2 décembre 1964 —
201. Soc. 31 mai 1967 — 202. Soc. 24 janvier 1968 —
203. Soc. 18 janvier 1979 — 204. Soc. 25 mars 1982 —
205. Soc. 16 mai 1989 — 206. Soc. 26 septembre 1990 —
207. Soc. 20 février 1991 — 208. Soc. 16 décembre 1992 —
209. Soc. 11 janvier 2000 — 210. Soc. 9 novembre 1982 —
211. Soc. 9 novembre 1982 — 212. Soc. 21 juin 1984 —
213. Soc. 19 décembre 1990**

Confronté à un mouvement de grève, l'employeur peut réagir par diverses mesures (retenues de salaires, licenciements, autres sanctions) ; certaines qu'il est indiscutablement fondé à prendre, d'autres qui l'exposeront à une riposte judiciaire des salariés concernés ou d'organisations syndicales (I). Dans certaines circonstances, il réagira à l'action présente ou récente des grévistes en saisissant une juridiction, soit pour faire ordonner l'évacuation des lieux de travail occupés ou la levée d'obstacles physiques à l'activité de l'entreprise, soit pour obtenir des dommages-intérêts réparant le préjudice particulier qu'il estime avoir subi en raison des circonstances ou incidents du mouvement (II).

I. — Les mesures

199. Soc. 20 mai 1955

Pfeffer c. Soc. Jérôme Bonnefoy et Cie

(Bull. civ. IV, n° 427 ; Dr. soc. 1955. 568)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 4 de la loi du 11 février 1950 ;

Attendu, d'une part, qu'aux termes du premier de ces textes « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » ; qu'aux termes du second,

qui, en raison de son caractère interprétatif est applicable à une grève qui lui est antérieure, « la grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde du salarié » ; et que la faute lourde visée est uniquement celle qui est imputable au salarié, et est indépendante d'autres fautes qui ont pu être retenues contre l'ensemble des ouvriers en grève ;

Attendu, d'autre part, que la participation d'un salarié à un mouvement de grève dont il n'est pas démontré qu'il ait eu un but autre que professionnel ne présente pas le caractère d'une faute personnelle constituant de sa part un abus du droit de grève ;

Or, attendu que pour décider que Pfeffer, ouvrier au service de la société Jérôme Bonnefoy et Cie, qui exploite une usine de verrerie à Courbevoie, avait rompu le contrat de travail qui le liait à cette société et pour le condamner au paiement à celle-ci d'indemnités pour défaut de préavis et rupture abusive de contrat le jugement attaqué, qui constate qu'aucun fait susceptible de lui être imputé personnellement ne lui était reproché retient seulement sa participation à une grève qui s'était déroulé du 22 novembre au 11 décembre 1947 et qu'il déclare inspirée par un esprit de méchanceté et de malveillance et détournée des buts normaux d'une grève pour avoir été déclenchée au cours même de pourparlers suivis entre organismes patronaux et ouvriers en vue d'examiner les revendications formulées par ces derniers et pour avoir eu pour résultats premiers l'occupation de l'usine et l'arrêt de son fonctionnement normal ;

Attendu que les juges du fond, qui ne constatent ni l'existence d'une faute personnelle du salarié ni le caractère non professionnel de la grève à laquelle il a pris part, n'ont donc pas légalement justifié leur décision ;

Par ces motifs : Casse.

200. Soc. 2 décembre 1964

Perherin et autres c. Soc. des Chantiers de l'Atlantique

(*Bull. civ. IV*, n° 809 ; *D.* 1965. 112, note G. Lyon-Caen
JCP 1965. II. 14098, note A. Brun)

ARRÊT

La Cour : — Sur le moyen unique, pris de la violation des articles 23 du livre 1^{er} du Code du travail, 1134, 1142, 1143, 1148 et 1315 du Code civil, 7 de la loi du 20 avril 1810, renversement de la charge de la preuve, défaut de motifs et manque de base légale ; — Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué (Cons. prud'h. Saint-Nazaire 18 déc. 1962) d'avoir débouté Perherin et trente-cinq autres, employés au service de la Société des Chantiers de l'Atlantique, de leur demande en paiement du salaire correspondant à deux journées de fermeture décidée unilatéralement par leur employeur, aux motifs qu'il n'était pas établi que celui-ci eut pris ces mesures de fermeture dans une autre intention que de parer aux conséquences d'une action du personnel, et que la perspective de la carence des agents de maîtrise et des pointeurs était de nature à compromettre la bonne marche et la sécurité de l'entreprise, alors que la fermeture d'un établissement n'est licite que lorsqu'elle est imposée par la force majeure ou que l'employeur est dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses obligations par suite d'inexécution de leurs propres obligations par les employés ; qu'il ne résulte d'aucun des motifs du jugement attaqué que les mesures de fermeture litigieuses aient été commandées par l'un ou l'autre de ces impératifs, la charge de la preuve de leur justifica-

tion incombant au surplus non aux employés mais à l'employeur, et alors que, en tout cas, le jugement attaqué n'a pas recherché, comme il y était invité dans des conclusions laissées sans réponse, si les demandeurs, employés dans des bureaux d'études ou au bâtiment de la direction, ne pouvaient continuer à être employés, en dépit de la carence d'une partie du personnel ;

Mais attendu que les juges du fond ont constaté que l'ensemble du personnel des Chantiers de l'Atlantique avait participé à une action concertée pour appuyer diverses revendications professionnelles et que, dans la période du 3 mars au 20 juin 1961, quatre-vingt-deux jours ouvrables avaient comporté cinquante journées d'interruption de travail pour une partie du personnel par roulement, dont vingt-cinq jours complets pour le quart ou la moitié des employés mensuels et 61 débrayages de une demi-heure à une heure et demie ; qu'à la suite de deux arrêts de travail du personnel de maîtrise et des pointeurs, la direction avait attiré le 20 mars 1961 l'attention du comité d'établissement sur les conséquences des débrayages tournants pour la sécurité du travail et l'activité de l'entreprise, en particulier de la part de ces catégories d'employés ; que la présence des agents de maîtrise était nécessaire à la bonne marche du travail comme à la sécurité, dans un établissement d'industrie lourde comportant un outillage moderne, l'utilisation délicate, parfois dangereuse, de même que la carence des pointeurs, qui s'étaient opposés à l'emploi d'un personnel de remplacement comme à un pointage à retardement, ne permettait pas de contrôler la présence de la fraction du personnel non en grève ; que, dans ces conditions, la société prévenue seulement à 17 heures, le dernier jour ouvrable précédent, des ordres de grève donnés pour le 27 mars et le 18 mai au groupe des agents de maîtrise et pointeurs, avait pris des mesures préventives de fermeture des chantiers durant ces deux journées par précaution et prudence, et non par une rétorsion destinée à porter atteinte au droit de grève ; que le jugement attaqué a également relevé qu'on ne pouvait sérieusement soutenir que l'employeur aurait eu la faculté de laisser fonctionner certains services pour lesquels les problèmes de contrôle, d'encadrement ou de sécurité auraient pu se poser en des conditions moins pressantes, une telle distinction étant pratiquement impossible à réaliser, compte tenu de la soudaineté avec laquelle l'entreprise était amenée à s'arrêter, de son importance, de la solidarité de l'ensemble de son fonctionnement, ainsi que du fait que la totalité du personnel participait de concert à la grève ; qu'en déduisant de ces constatations de fait que *les mesures de fermeture tout à fait limitées et temporaires intervenues dans de telles circonstances ressortissaient des pouvoirs normaux et même des devoirs d'un employeur soucieux d'assurer un minimum de sécurité et d'ordre dans son entreprise à un moment où ceux-ci risquaient d'être tout à fait compromis par les conditions « désordonnées et insolites » dans lesquelles le personnel accomplissait son travail et exerçait son droit de grève*, le jugement attaqué a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette.

201. Soc. 31 mai 1967

Ateliers et Chantiers de Dunkerque Bordeaux c. Questroye et autres

(Bull. civ. V, n° 433 ; Dr. soc. 1967. 631, obs. J. Savatier ; Dr. ouvr. 1968. 32)

ARRÊT

Mais sur les autres branches du moyen ;

Vu les articles 1134, 1184, 1382 du Code civil, 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu que pour condamner la société ACDB à indemniser partiellement Questroye et autres des salaires perdus par eux pendant la fermeture des chantiers de

Dunkerque du 12 au 26 mai 1964, consécutive à un mouvement concerté de grèves tournantes, le jugement attaqué relève essentiellement que la Constitution ne mentionne pas telle ou telle forme de grève comme étant illicite, que le préavis de fermeture allégué par l'employeur n'a pas été notifié légalement par lettre recommandée, que les ACDB n'ont pas demandé la résiliation judiciaire des contrats de travail, et qu'ils n'ont pas plus que leur personnel, usé de la faculté prévue par la convention collective de soumettre le différend à la commission paritaire ;

Attendu, cependant, que la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre droit en vue d'en éviter un usage abusif, que les juges du fond auraient dû rechercher si tel était le cas en l'espèce, et que, si la résolution des contrats synallagmatiques doit être demandée en justice, *l'interdépendance des obligations réciproques donne à chacune des parties le droit de ne pas exécuter son obligation quand l'autre n'exécute pas la sienne* ; que celui qui ne désire pas obtenir la rupture du contrat peut se borner à se prévaloir de cette inexécution ;

D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait et en omettant de répondre *aux conclusions sur le caractère illicite allégué des mouvements successifs de cessation du travail*, le conseil de prud'hommes n'a pas légalement justifié sa décision.

Par ces motifs, casse et annule le jugement rendu entre les parties par le conseil des prud'hommes de Dunkerque, le 20 mai 1965.

202. Soc. 24 janvier 1968

SA Lesieur c. Hauchecorne et autre

(Bull. civ. V, n° 51 ; D. 1968. 285 ; Dr. ouvr. 1968. 190)

ARRÊT

Sur le moyen unique pris de la violation des articles 23 du Livre I^{er} du Code du travail, 1134, 1142 et suivants, 1315 du Code civil, et 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale ;

Attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond qu'avisée le 7 mars 1966 à 11 heures de la décision des délégués du personnel d'organiser le lendemain une grève pour la durée de la seconde moitié de chaque poste de huit heures, afin d'appuyer des revendications professionnelles qui venaient d'être rejetées, la direction de l'huilerie de Graville de la société Georges Lesieur et ses fils ferma complètement l'usine, en estimant que son fonctionnement était rendu matériellement impossible ; que deux ouvriers, Hauchecorne et Levallois, ont demandé à être indemnisés des salaires perdus par eux du chef de cette fermeture ; que l'arrêt attaqué fait objet droit à leurs demandes, aux motifs notamment qu'en prenant prématurément la décision de fermeture alors qu'elle ne pouvait connaître à l'avance l'ampleur réelle du mouvement de grève annoncé sans vote du personnel par les délégués, la société s'était mise dans l'impossibilité d'établir qu'elle n'aurait pas pu faire fonctionner son entreprise ;

Attendu que la société fait grief à la cour d'appel d'avoir ainsi statué, alors que l'employeur ayant non seulement le droit mais encore le devoir d'assurer l'ordre et la sécurité au sein de son établissement lorsque ceux-ci risquent d'être compromis, les juges du fond n'ont pas légalement justifié leur décision en retenant sa responsabilité sans rechercher préalablement si, compte tenu des conditions dans lesquelles la grève devait et s'est effectivement déroulée, la décision de fermeture de l'usine ne s'imposait pas ;

Mais attendu que les juges du fond ont constaté *qu'en raison de sa décision au moins prématurée, la société ne justifiait pas qu'elle n'aurait pas pu faire fonctionner son établissement et qu'elle ne pouvait même pas établir, en raison de la fermeture préventive de l'usine, que les ouvriers demandeurs auraient participé à la grève : qu'elle avait eu recours au lock-out, avec précipitation, à la seule annonce de la grève envisagée, dans le but de briser le mouvement en préparation ; qu'en en déduisant qu'elle avait ainsi commis une faute et devait réparer la perte de salaires de ses ouvriers*, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 8 décembre 1966 par la cour d'appel de Rouen.

203. Soc. 18 janvier 1979

Terju c. Soc. Desnoyers

(Bull. civ. V, n° 52)

ARRÊT

Sur les deux moyens réunis, pris de la violation des articles 1134, 1147 et 1148 du Code civil, L. 521-1 du Code du travail, 455 du nouveau Code de procédure civile, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué d'avoir débouté Terju de sa demande en paiement de salaires pour la période du 5 au 21 mai 1975, pendant laquelle *il avait été mis en chômage technique par son employeur, la société Desnoyers, en raison d'une grève du personnel chargé de la manœuvre de ponts roulants alimentant les machines*, au motif que la société s'était trouvée dans l'impossibilité de lui fournir un travail normal, la grève, déclenché brutalement sans préavis, ayant exclu toute possibilité de négociations, ce qui constituait un cas de force majeure, alors qu'il n'y avait pas force majeure, la grève n'ayant été ni imprévisible, dès lors que les intéressés, qui n'étaient pas tenus par la loi à un préavis, avaient à plusieurs reprises présenté leurs revendications, ni insurmontable, puisque, contrairement aux énonciations du tribunal qui contredisent les conclusions du rapport d'expertise, pourtant entérinées par lui, il aurait été possible d'occuper une partie des salariés non grévistes à d'autres tâches ou à tout le moins de payer leurs salaires, et puisqu'il ne tenait qu'à l'employeur de mettre fin à la grève en négociant ;

Mais attendu que le rapport d'expertise avait constaté que le travail exécuté habituellement par les grévistes était vital pour le fonctionnement de l'usine, l'arrêt de ce travail conduisant l'entreprise à l'asphyxie, que l'employeur n'avait reçu une lettre l'informant du projet de grève qu'au moment même où elle avait commencé, que si théoriquement la Société aurait, pendant quelques jours, pu confier des tâches de production à quelques non-grévistes supplémentaires, la survenance d'un nouveau foyer de grève ne lui avait pas permis de résoudre plus complètement le problème des remplacements ;

Attendu que faisant siennes les conclusions de l'expert, le tribunal a sans les contredire, constaté *l'impossibilité où s'était trouvée la société Desnoyers de fournir du travail à un nombre plus élevé de non-grévistes ; qu'il n'a exclu ni la possibilité, ni l'existence de négociations lesquelles n'ont pu mettre fin à la grève que le 21 mai, mais relevé seulement que la soudaineté de son déclenchement n'avait pas permis de la prévenir, sans pour autant affirmer que les grévistes eussent été tenus à un préavis de grève ; qu'il y avait eu ainsi une situation contraignante*

équivalent en pratique pour l'employeur à une force majeure ; qu'il a exactement déduit de ces constatations que la société ayant été empêchée, par le fait de tiers, de fournir du travail à Terju, n'avait pas à lui verser le salaire qui en aurait été la contre partie, que les moyens ne sont pas fondés ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre le jugement rendu le 25 avril 1977 par le tribunal d'instance de Clermont-de-l'Oise.

204. Soc. 25 mars 1982

Soc. AFT c. Synd. CGT des Métaux de la SAFT

(Bull. civ. V, n° 224)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que la Société des accumulateurs fixes et de traction (SAFT) fait grief à l'arrêt attaqué, rendu à la demande du syndicat CGT des métaux des salariés de la SAFT, d'avoir décidé que les dispositions de son règlement intérieur prévoyant des abattements en cas d'absences sur des primes de fin d'année étaient inapplicables aux absences résultant de la grève, au motif que l'exercice du droit de grève, qui est d'ordre public, ne peut qu'entraîner la suspension de toute prise en considération d'une assiduité quelconque, alors que cet exercice ne peut s'opposer à l'application de la convention des parties ;

Mais attendu que si, contrairement aux énonciations de l'arrêt, *l'employeur est en droit d'instituer une prime récompensant une assiduité profitable à l'entreprise et de la réduire en fonction des absences même dues à la grève, c'est à la condition que toute absence, quelle qu'en soit la cause, entraîne les mêmes conséquences ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt qu'en l'espèce les abattements étaient de 0,75 % du montant de la prime par jour d'absence pour maladie ou d'absence préalablement autorisée pour nécessités personnelles et de 2,5 % pour les autres absences, qu'il en résultait une discrimination susceptible de porter atteinte au libre exercice du droit de grève ; que, par ce motif de pur droit, substitué après discussion par les parties à ceux de la décision attaquée, celle-ci se trouve légalement justifiée ;*

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 20 novembre 1980 par la cour d'appel de Bordeaux.

205. Soc. 16 mai 1989

Abillara et autres c. Comité d'entreprise de la SEP

(Bull. civ. V, n° 364 ; RJS 7/89, n° 617, concl. P. Franck p. 333 ; JCP G 1990. II. 21452, note Y. Saint-Jours ; D. 1990, Somm. 170, obs. G. Borenfreund)

ARRÊT

Vu la connexité, joint les pourvois nos 85-45.244 à 85-45.247 et nos 85-45.459 à 85-45.465 ;

Sur le moyen unique, commun aux pourvois, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 122-42 du Code du travail ;

Attendu que, selon les énonciations du jugement attaqué, les employés du restaurant géré par le comité d'entreprise de la Société européenne de propulsion ont déclenché une grève le 20 juin 1983 de midi à midi trente pour protester contre les sanctions prises quelques jours auparavant à l'encontre de cinq salariés ; que l'employeur, au prétexte que la grève était abusive, a exercé une retenue de 59 % du salaire journalier de chaque gréviste ;

Attendu que pour rejeter la réclamation des demandeurs tendant à obtenir un rappel de salaire et des dommages-intérêts pour sanction abusive, le conseil de prud'hommes a énoncé que si la grève avait duré environ une demi-heure, la retenue de 59 % du salaire de la journée du 20 juin 1983 avait été rendue nécessaire par l'importance de la baisse volontaire de production du personnel de restaurant ;

Attendu, cependant, que, *dès lors qu'il n'était pas allégué que les salariés grévistes n'avaient pas accompli leur travail dans des conditions normales avant et après l'arrêt de travail, les intéressés ne devaient subir qu'une retenue de salaire correspondant au temps exact de leur cessation concertée du travail* ; que la retenue effectuée au-delà de cette limite constituant *une sanction pécuniaire prohibée*, le conseil de prud'hommes, en statuant comme il l'a fait, a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 12 juin 1985, entre les parties, par le conseil de prud'hommes de bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le conseil de prud'hommes de Libourne.

206. Soc. 26 septembre 1990

CLGB c. André et autres

(*Bull. civ. V*, n° 387 ; *Dr. ouvr.* 1990. 457, note F. Saramito ;

Dr. soc. 1991. 60, rapport Ph. Waquet, note J.-E. Ray)

ARRÊT

Sur les trois moyens réunis :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble 15 févr. 1988) que le 5 octobre 1987 la société Compagnie lyonnaise des goudrons et des bitumes (CLGB), a envoyé quinze ouvriers sur un chantier de construction ; qu'en raison d'une pluie torrentielle et d'un vent violent qui rendaient dangereux leur travail, M. André et six autres salariés ont refusé d'exécuter l'ordre qui leur était donné de dégager le terrain d'un futur parking de tous les débris qui l'encombraient et ont réclamé le bénéfice du régime des intempéries ; que devant le refus de l'employeur de satisfaire à cette revendication, ils ont déclaré cesser le travail ; que la société qui, sur l'intervention de l'inspecteur du travail, a placé vers 10 heures l'ensemble du personnel du chantier en intempéries, a néanmoins licencié, le 12 octobre 1987, M. André et les six autres salariés pour faute grave ;

Attendu que la société fait grief à la cour d'appel, statuant en référé, d'avoir déclaré atteint d'une nullité absolue les sept licenciements, d'avoir ordonné la

réintégration des salariés licenciés et de l'avoir condamné à payer aux intéressés leur salaire depuis le 12 octobre 1987, alors, selon le pourvoi, de première part, que l'existence même de la grève faisait en l'occurrence l'objet d'une contestation sérieuse ;

Que la cour d'appel, statuant en référé, ne pouvait ordonner la réintégration des salariés sans excéder sa compétence en tranchant une difficulté sérieuse sur l'existence d'un trouble manifestement illicite ;

Qu'elle a ainsi violé l'article R. 516-31, alinéa 1, du Code du travail ; alors, de deuxième part, que le juge des référés ne peut accorder une provision au créancier que si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ; que l'existence et la licéité de la grève invoquée par les salariés pour justifier leur refus de travailler étaient sérieusement contestables ; que la cour d'appel, en leur accordant le paiement de leur salaire depuis la date du licenciement, a donc violé l'article R. 516-31, alinéa 2, du Code du travail ; alors, de troisième part, que la grève est un arrêt de travail tendant à ce que satisfaction soit donnée à une revendication professionnelle ; qu'un arrêt de travail pour raison d'intempérie de salariés ayant déjà fait usage d'un droit de retrait, ne tend pas à la satisfaction de revendications professionnelles puisqu'il ne peut, par nature, avoir d'incidence sur la décision de l'entrepreneur de mettre son personnel « en intempéries » dans les conditions prévues par les articles L. 731-1 et suivants du Code du travail ; que la cour d'appel, statuant en référé, en retenant l'existence d'une grève, a violé les articles L. 521-1 et suivants du Code du travail ; alors, de quatrième part, que la réintégration des salariés licenciés ne peut être imposée à l'employeur que dans les cas expressément prévus par la loi ; que l'arrêt attaqué n'a donc pu ordonner la réintégration des intéressés sans violer les articles L. 521 et L. 124-14.2 du Code du travail ;

Alors, enfin, qu'un licenciement prononcé du fait de l'exercice du droit de retrait n'est pas nul de plein droit et ne saurait donner lieu à réintégration ; que la cour d'appel, si tant est qu'elle a justifié sa décision par le fait que les salariés licenciés exerçaient leur droit de retrait en raison des risques encourus, a nécessairement violé l'article L. 122-14-4 du Code du travail ;

Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel a relevé qu'*après avoir refusé d'exécuter un ordre qui s'avérait dangereux pour leur santé et pour leur vie, les salariés ont présenté une revendication professionnelle, à savoir l'obtention du bénéfice de la position chômage-intempéries ; que l'arrêt de travail, qui s'en est suivi caractérise l'exercice par les salariés du droit de grève ;*

Attendu, d'autre part, que *le licenciement des salariés grévistes étant entaché de nullité, c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que le juge des référés, pour faire cesser un trouble manifestement illicite, a ordonné la poursuite du contrat de travail, qui n'avait pu être valablement rompu ;*

Attendu, enfin, qu'après avoir justement constaté l'absence de contestation sérieuse, la cour d'appel a pu condamner l'employeur à verser les salaires indûment retenus depuis la date du licenciement nul ; d'où il suit que les moyens doivent être rejetés en leurs diverses branches ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi ;

Condamne l'entreprise CLGB, envers les défendeurs, aux dépens et aux frais d'exécution du présent arrêt.

207. Soc. 20 février 1991**Soc. Pomona c. Rannou et autres**

(*Bull. civ. V*, n° 80 ; *Dr. soc.* 1991. 315, rapport Ph. Waquet, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 521-1 du Code du travail ;

Attendu que la grève ayant pour effet de suspendre l'exécution du contrat de travail, *l'employeur n'est pas tenu de payer le salaire pendant la période de cessation du travail ; que ce n'est que dans le cas où les salariés se sont trouvés dans une situation contraignante telle qu'ils ont été obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés par suite d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, que celui-ci peut être condamné à payer aux grévistes une indemnité compensant la perte de leurs salaires ;*

Attendu que Mme Rannou a participé le 19 novembre 1985 à une grève déclenchée par les syndicats pour protester, à la suite du licenciement d'un autre salarié, contre une violation de l'article L. 122-14 du Code du travail ; qu'il était reproché à l'employeur d'avoir convoqué ce salarié à un entretien préalable en vue d'une sanction disciplinaire, puis de l'avoir licencié ; que Mme Rannou a réclamé, devant la juridiction prud'homale, le paiement d'une indemnité égale au salaire perdu du fait de cette grève ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, la cour d'appel énonce que la violation par la société Pomona de la disposition d'ordre public de l'article L. 122-14 du Code du travail ayant entraîné la grève du 19 novembre 1985 à laquelle a participé Mme Rannou, c'est à bon droit que l'employeur a été condamné à indemniser la salariée de la perte de rémunération correspondant aux heures de travail non accomplies ;

Qu'en statuant ainsi, alors que *les faits reprochés à l'employeur ne constituaient pas un manquement grave et délibéré à ses obligations et n'étaient pas de nature à contraindre les salariés à une cessation concertée du travail*, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 janvier 1989, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

208. Soc. 16 décembre 1992**EDF c. Moens et Le Mignot**

(*Bull. civ. V*, n° 592 ; *Dr. soc.* 1993. 291, note J. Savatier ;
D. 1993, Somm. 265, obs. E. Dockès)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que MM. Moens et Le Mignot, agents d'Électricité de France et

délégués syndicaux, ont été, par lettre du 8 juin 1989, *sanctionnés par une mise à pied de 15 jours*, pour avoir, le 20 décembre 1988, au cours d'une grève à laquelle ils participaient, appuyé sur les boutons d'arrêt des tranches n° 1 et n° 2 de la centrale du Havre ; qu'ils ont demandé à la juridiction prud'homale l'annulation de cette sanction ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Rouen 24 janv. 1991) d'avoir annulé la mise à pied des deux salariés, alors que, selon le moyen, de première part, un délégué syndical, à qui la loi attribue un rôle modérateur lors d'un conflit collectif, ne saurait, encore moins qu'un salarié ordinaire, être mandaté par les salariés grévistes pour commettre un acte illicite au cours d'une grève ; qu'ainsi, en se déterminant comme elle l'a fait, au motif que MM Moens et Le Mignot n'auraient pas agi de leur propre initiative, mais à la demande de l'ensemble du personnel gréviste, la cour d'appel a violé les articles L. 412-11 et L. 521-1 du Code du travail ; alors que, de deuxième part, un délégué syndical peut être sanctionné dès lors que les faits commis par lui lors d'un conflit collectif revêtent un caractère illicite excédant l'exercice normal du droit de grève ; qu'en l'espèce, il était reproché à MM. Moens et Le Mignot d'avoir contrevenu à l'interdiction générale et permanente faite à tout agent non habilité, non seulement de pénétrer dans les blocs de commande, mais encore et surtout de manipuler les dispositifs de mise en fonctionnement ou d'arrêt des tranches de production d'énergie ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de l'employeur, si ces faits, parfaitement étrangers au mandat de délégué syndical et traduisant une méconnaissance des règles destinées à assurer la sécurité des biens, des personnes et du système de production, n'excédaient pas l'exercice normal du droit de grève, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions, en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, et a, en toute hypothèse, privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 412-11, L. 521-1 et L. 122-43 et suivants du Code du travail ; alors que, de troisième part, la qualification de faute en droit disciplinaire du travail ne dépend, ni de la facilité d'exécution de l'acte incriminé ni de l'existence d'un dommage effectif occasionné à l'entreprise ; qu'ainsi, en se déterminant comme elle l'a fait, aux motifs inopérants que la main-d'œuvre était simple à réaliser, qu'elle aurait été effectuée dans le respect des règles de sécurité et n'aurait eu aucune incidence sur la production, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 122-43 du Code du travail ; alors que, de quatrième part, l'employeur étant seul juge du choix du salarié à sanctionner, comme de l'opportunité d'exercer ou non son pouvoir disciplinaire, le fait de n'avoir pas pris de sanction à l'égard d'un salarié ne saurait lui interdire de le faire à l'égard d'un autre ; qu'ainsi, en statuant comme elle l'a fait, au motif inopérant que d'autres agents se seraient rendus coupables de la même faute sans être sanctionnés, la cour d'appel a de nouveau privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-43 du Code du travail ; alors que, de cinquième part, les salariés n'ont pas à se substituer au pouvoir normatif de l'employeur, notamment en commandant eux-mêmes les actes relatifs à la production ou en déléguant ceux relevant de leur fonction et pour lesquels ils ont été formés à d'autres salariés non habilités et incompetents ; qu'ainsi, il importait peu que MM. Moens et Le Mignot, dépourvus de compétence et d'habilitation pour intervenir dans des conditions normales de fonctionnement de la centrale, aient agi sous le contrôle et avec l'assentiment des chefs de blocs des tranches de production 1 et 2 ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-43 du Code du travail ;

Mais attendu qu'un salarié gréviste ne peut être licencié ou sanctionné, à raison d'un fait commis à l'occasion de la grève à laquelle il participe, que si ce fait est constitutif d'une faute lourde ;

D'où il suit que le moyen, qui ne soutient pas que le fait reproché aux deux salariés en grève constituait une faute lourde, est inopérant ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

209. Soc. 11 janvier 2000

Trouboul et autres c. Soc. Entremont

(*Bull. civ. V*, n° 15 ; *D.* 2000. 369, note C. Radé ; *RJS* 2/00, n° 203

Dr. ouvr. 2000. 252, note A. de Senga)

ARRÊT

Sur le moyen unique :

Attendu que la société Entremont a pour activité le ramassage du lait auprès des producteurs et sa transformation ; qu'un mouvement de grève a été suivi à partir du 23 octobre 1996 par la majorité des chauffeurs-routiers chargés de la collecte du lait ; que la direction a alors organisé un ramassage du lait en faisant appel, notamment, à plusieurs producteurs de lait qui ont accepté de conduire des camions à la place des grévistes ; que M. Trouboul, délégué syndical, M. Kerninon, délégué du personnel, et l'Union locale CGT de Quimper ont saisi le juge des référés pour voir ordonner la cessation du trouble manifestement illicite résultant d'une atteinte au droit de grève ; que, par une ordonnance du 28 octobre 1996, le président du tribunal de grande instance de Quimper a fait interdiction à la société Entremont de faire appel au concours des producteurs de lait pour remplacer les chauffeurs en grève et ce, sous astreinte de 5 000 francs par infraction constatée ; que la cour d'appel a infirmé cette décision ;

Attendu que MM. Trouboul et Kerninon et l'Union locale CGT font grief à l'arrêt attaqué (Rennes 30 sept. 1997) d'avoir ainsi statué, alors que, selon le moyen, il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que les dirigeants de la société avaient organisé un service de substitution auquel avaient notamment participé les producteurs de lait ; qu'en l'état de ces constatations, il appartenait aux juges du fond de rechercher si ces producteurs de lait s'étaient trouvés, ainsi, dans un lien de dépendance à l'égard de la société en cause et s'ils n'étaient pas devenus les préposés occasionnels de la société ; que faute d'avoir procédé à cette recherche, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 324-9 et suivants du Code du travail ; alors, en outre, que la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire, relever que les producteurs de lait avaient agi par intérêt personnel, pour éviter la perte d'une denrée dont la vente leur était profitable, et affirmer ensuite qu'ils avaient apporté à la société Entremont un concours bénévole ; que, de ce chef, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que *sous réserve des prohibitions prévues par les articles L. 122-3 du Code du travail, en ce qui concerne les contrats à durée déterminée, et L. 124-2-3 du même Code, en ce qui concerne les contrats de travail temporaire, il n'est pas interdit à l'employeur, en cas de grève, d'organiser l'entreprise pour assurer la continuité de son activité* ;

D'où il suit que c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a pu décider que *le fait par la société Entremont d'avoir accepté le concours bénévole de producteurs pour assurer le ramassage du lait ne caractérise pas un trouble manifestement illicite* ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;
Condamne les demandeurs aux dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette leur demande.

OBSERVATIONS

« La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié », disposait naguère l'article L. 521-1, al. 1^{er} du Code du travail. Même si la règle de droit est censée n'avoir point changé, l'article L. 2511-1 de la nouvelle partie législative de ce code est un peu plus explicite : « L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ». La grève ne fait donc que suspendre l'exécution du contrat, comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation (ex. arrêt n° 207). En conséquence, l'accident dont est victime le salarié, qui en d'autres circonstances aurait été un accident du travail, échappera à cette qualification et à la prise en charge qu'elle conditionne (Soc. 20 mars 1953, *D.* 1954. 53, note G. Levasseur ; 13 mars 1969, *Bull. civ.* V, n° 150). Surtout, le salarié se dispensant de fournir sa prestation de travail, l'employeur se trouve, synallagmatisme oblige, dispensé de lui payer le salaire correspondant (Soc. 21 déc. 1977, *Bull. civ.* V, n° 726). Cette perte de rémunération est, pour le gréviste, la plus systématique conséquence de l'exercice de son droit (A). Par ailleurs, que ce mouvement soit cause de suspension signifie, à la fois, qu'il n'entraîne pas rupture du contrat et qu'il ne constitue pas, en lui-même, un motif de licenciement. Plus exactement, l'employeur ne peut licencier le salarié — ou le sanctionner autrement, ajoute la Cour de cassation — qu'en lui imputant une faute d'une particulière gravité. Le gréviste bénéficie ainsi d'une immunité pour tout fait non constitutif d'une faute lourde (B). Mais l'employeur dispose, pour sa part, de quelques moyens de maintenir l'activité de l'entreprise (C) comme de la faculté inverse, dans certaines circonstances exceptionnelles, de suspendre toute activité en fermant les locaux de travail (D).

A. — Les retenues de rémunération

La privation de salaire ou son ampleur, ou la déduction de la durée de la grève de la période de travail déterminant les droits en matière de congés payés, dépendront parfois de la solution d'un concours de causes de suspension du contrat. Mais le régime jurisprudentiel de l'incidence de la grève sur la rémunération est dominé par l'exigence de proportionnalité de la retenue. Celle-ci est pourtant mal garantie

par le jeu de l'article L. 2511-1, al. 2 nouv. C. trav. en ce qui concerne l'incidence de la grève sur certains accessoires du salaire. En tout cas elle reçoit exception lorsque la grève répond à certains manquements de l'employeur.

1. On retrouve ici la règle jurisprudentielle qui, en cas de concours de suspensions, commande de retenir la cause la première apparue. Ce critère chronologique est appliqué avec quelque nuance en cas de concours de la grève et de la maladie, alors qu'est en jeu le bénéfice de l'indemnisation complémentaire de la perte de salaires consécutive à la maladie : le contrat du salarié malade au moment où le mouvement de grève a éclaté est réputé suspendu par la maladie ; celui du salarié gréviste lorsqu'il est tombé malade reste suspendu par la grève ; l'intéressé ayant la faculté, dans un cas comme dans l'autre, de faire savoir qu'il se solidarise avec les grévistes ou s'en désolidarise (v. *supra*, arrêt n° 80 ; le salarié contestant la retenue opérée sur sa rémunération doit démontrer qu'il entendait reprendre le travail avant la fin du mouvement de grève : Soc. 15 janv. 2003, 00-46.526, 00-46. 527 et n° 00.46.858 D). Ajoutons seulement que, sauf disposition conventionnelle contraire, le salarié malade ne saurait être mieux traité que le salarié prêt à exécuter son contrat, de sorte qu'il perdra le bénéfice de l'indemnisation si l'employeur s'est trouvé dans l'impossibilité de fournir du travail aux non-grévistes, donc dispensé de leur payer un salaire (Soc. 8 décembre 1983, *Bull. civ. V*, n° 601 ; 16 juill. 1987, *Bull. civ. V*, n° 497 ; 17 janv. 1996, *RJS* 3/96, n° 287).

À ce critère chronologique exception est apportée au bénéfice du salarié investi de fonctions représentatives qui a fait l'objet d'une demande d'autorisation de licenciement accompagnée d'une mise à pied conservatoire. Le refus d'autorisation entraînant annulation de cette mesure conservatoire et suppression de ses effets (art. L. 2421-1, al. 4, L. 2421-3, al. 5, L. 2421-5, al. 4 nouv. C. trav.), la Cour de cassation en déduit que l'employeur se trouve de plein droit débiteur du salaire correspondant à la période de mise à pied : la suspension du contrat, d'abord provoquée par le mouvement d'arrêt de travail, « a alors sa cause, non dans la grève mais dans la décision de l'employeur rétroactivement anéantie » (Soc. 18 juill. 2000, *Dr. soc.* 2000. 1154, obs. L. Milet ; 17 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003. 177, note F. Duquesne, *Dr. ouvr.* 2003. 305, note L. Milet).

Un concours de la suspension par la grève et d'une suspension périodique apparaît lorsque la période de grève comprend des temps normalement non travaillés mais, d'une manière ou d'une autre, rémunérés. Le critère chronologique s'applique alors sans hésitation et, selon des formules reprises par divers arrêts, « l'exercice du droit de grève suspend l'exécution du contrat de travail pendant toute la durée de

l'arrêt de travail, en sorte que l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire », et « le salarié qui s'est associé au mouvement de grève doit être considéré, sauf preuve contraire de sa part, comme gréviste pour toute la durée du mouvement ». D'où il résulte que ce salarié ne peut prétendre au paiement de sa rémunération pendant cette période, peu important que celle-ci comprenne un jour férié chômé et payé aux salariés non grévistes (Soc. 24 juin 1998, *Dr. soc.* 1998. 853, 1^{re} esp., obs. J.-E. Ray ; 14 avr. 1999, *Bull. civ.* V, n° 179 ; 19 déc. 2007, *JCP S* 2008, 1208, note S. Brissy), serait-ce le 1^{er} mai (Soc. 5 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 49), ou un jour au cours duquel le salarié n'aurait pas eu de service à assurer (Soc. 24 juin 1998, *Dr. soc.* 1998. 853, 2^e esp.). La part de rémunération mensuelle correspondant à ces jours sera perdue, sauf si le salarié « signifie clairement » à son employeur son intention de mettre fin à sa participation à la grève (Soc. 15 janv. 2003, *préc.*).

2. Nombreux sont les arrêts rappelant que la part du salaire soustraite suite à une grève doit être proportionnelle à la durée de la suspension du travail du salarié. L'arrêt *Abillara et autres* du 16 mai 1989 (n° 205) est de ceux-là. Plus précises, d'autres décisions réservent l'hypothèse de l'abus : « l'exercice du droit de grève, dès l'instant qu'aucun abus n'a été allégué, ne peut donner lieu de la part de l'employeur qu'à un abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail » (Soc. 8 juill. 1992, *Bull. civ.* V, n° 445 ; 3 févr. 1993, *Dr. soc.* 1993. 306). La loi conforte doublement cette règle jurisprudentielle en excluant formellement toute soustraction excédant cette proportion qui, visant des grévistes en tant que tels, serait discriminatoire. En effet, la grève « ne saurait donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux » (art. L. 2511-1, al. 2 nouv. C. trav., reprenant avec de légères modifications, l'art. L. 521-1, al. 2, créé par la loi du 17 juillet 1978), et aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, « en raison de l'exercice normal du droit de grève » (art. L. 1132-2). Étant précisé que le versement de leurs salaires aux non-grévistes, qui, même s'ils n'ont pu travailler, sont demeurés à la disposition de l'employeur et à l'égard desquels ce dernier n'est pas libéré de en l'absence de force majeure, n'a pas le caractère d'une libéralité et n'engendre donc pas la discrimination visée par ces dispositions (Soc. 19 déc. 1983, *Bull. civ.* V, n° 630 ; 10 déc. 1984, *JS UIMM* 1985, n° 464, p. 278).

La détermination du montant de cette retenue proportionnelle peut être délicate. Pour la chambre sociale, elle doit être calculée par référence au nombre d'heures travaillées dans le mois par le salarié (payé au mois), et non en jours calendaires (Soc. 27 juin 1989, *Bull. civ.*

V, n° 469 : même si le calcul est différent pour des absences autorisées, comme des jours de congé donnant lieu à abattement d'un trentième de mois ; 19 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 262 : même pour des journalistes dont les conditions d'exercice ne permettent pas de déterminer la répartition des heures de travail).

L'exigence de stricte proportion a été réaffirmée face à la tendance de certains employeurs à lier l'abattement à la baisse de production imputable à la grève. Tel est le sens de l'arrêt *Abillara*, rendu dans une affaire où l'employeur (un comité d'entreprise gérant le restaurant d'une entreprise), prétendant abusive la grève d'une demi-heure déclenchée par les employés à l'heure du repas, avait pratiqué une retenue de 59 % du salaire journalier de chaque gréviste. Ce qu'un conseil de prud'hommes avait jugé normal en raison de l'importance de la baisse volontaire de production, ignorant ainsi cette donnée élémentaire que le droit de grève est précisément celui de nuire à l'employeur afin d'exercer sur lui une pression et que l'abus ne commence qu'au-delà de la désorganisation de la production (*supra*, n° 196). La chambre sociale casse le jugement au motif que les grévistes « ne devaient subir qu'une retenue de salaire correspondant au temps exact de leur cessation de travail », dès lors que l'employeur n'alléguait pas que les tâches n'avaient pas été normalement exécutées avant et après cette suspension d'activité (l'employeur prétendant opérer une retenue supérieure doit établir que la reprise du travail n'a pas été effective après chacun des débrayages : Soc. 10 juill. 1991, *Bull. civ. V*, n° 349). Un arrêt du même jour considère que le travail accompli normalement par les ouvriers d'une entreprise de presse avant le début de leur grève, ayant empêché la parution d'un journal, devait être rémunéré (*Bull. civ. V*, n° 362, *D.* 1990, *Somm.* 170, 2^e esp., obs. G. Borenfreund).

Rompant avec sa position antérieure (Soc. 25 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 428), la chambre sociale avait peu de temps auparavant précisé (Soc. 4 févr. 1988 et 8 déc. 1988, *Bull. civ. V*, n° 91 et n° 647), et allait bientôt confirmer, que « le temps consacré à la remise en marche des machines à l'issue d'un mouvement de grève, même répété, ne saurait justifier une retenue sur le salaire au motif de la perte de production, même à l'encontre des salariés grévistes, dès l'instant que la grève est reconnue licite » (Soc. 6 juin 1989, *Bull. civ. V*, n° 426, *D.* 1990, 170, 3^e, 4^e et 5^e esp., obs. G. Borenfreund, *JCP G* 1990, II, 21452, 2^e esp., note Y. Saint-Jours ; v. aussi Soc. 4 juill. 1989, *Bull. civ. V*, n° 496 ; 30 janv. 1991, *RJS* 3/91, n° 376 ; 23 oct. 1991, *JS UIMM* 1991, n° 544, p. 459).

L'arrêt n° 205 qualifie de sanction pécuniaire la retenue motivée par la baisse de production et excédant ce qui correspondait à la durée de cessation du travail. Il prononce en conséquence une cassation au visa de l'article L. 122-42 C. trav., désormais repris par l'article

L. 1331-2, prohibant toute sanction de cette nature (v. déjà : Soc. 8 déc. 1988, *préc.*). Mais si on analyse cette réaction de l'employeur comme une sanction, la censure s'imposait d'abord parce qu'il n'y avait pas eu de faute de la part des salariés et qu'aucune procédure disciplinaire n'avait été engagée.

C'est en présence d'un comportement fautif que l'article L. 1331-2 nouv. C. trav. manifeste sa portée propre. Or, certaines décisions (l'arrêt n° 205 et d'autres décisions de 1989 dont il vient d'être question) paraissent admettre que la retenue excède la fraction correspondant au temps de suspension du travail, soit parce que les salariés n'ont pas exécuté normalement leurs tâches avant ou après ce temps, soit parce que la grève est « illicite ». Dans le premier cas, la retenue correspond à un temps de travail exécuté dans des conditions anormales, et non à un temps de grève qui suppose l'absence de tout travail. Et si la grève est qualifiée d'illicite parce qu'il s'agit d'une action de ralentissement délibéré (« grève perlée »), la vérité est qu'elle ne constitue pas en droit une grève (*supra*, arrêt n° 185). La retenue salariale supplémentaire ne peut donc être qu'une discutable manifestation de l'exception d'inexécution — car il ne s'agit pas vraiment, pour l'employeur, d'obtenir une reprise d'exécution normale des obligations contractuelles de ses salariés — ou une sanction, donc une sanction pécuniaire prohibée.

Après avoir admis l'employeur à pratiquer une retenue de salaire correspondant à la perte occasionnée du fait de baisses volontaires de rendement (Soc. 16 juill. 1964, *D.* 1964. 705, note G. Lyon-Caen ; 23 janv. 1980, *Bull. civ.* V, n° 63 ; 14 janv. 1982, *Bull. civ.* V, n° 26 ; 14 avr. 1983, *Dr. soc.* 1983. 642, obs. J. Savatier ; 3 juill. 1984, *Bull. civ.* V, n° 284), en considérant qu'il n'y avait pas là de sanction pécuniaire (Soc. 7 mai 1987, *Bull. civ.* V, n° 278), la chambre sociale a changé de point de vue. Un arrêt *Société Devanlay* du 8 octobre 1987 a inauguré une nouvelle analyse, en considérant que la réduction du salaire, répondant à une réduction volontaire de rendement décidée par des salariés pour obtenir satisfaction d'une revendication, constituait une sanction supposant le déroulement de la procédure disciplinaire (*D.* 1988. 189, note E. Wagner, *Dr. soc.* 1988. 153, 1^{re} esp., note A. Mazeaud, et p. 251, 5^e esp., note J. Savatier). Puis la chambre sociale a semblé hésiter (Soc. 7 janv. 1988, *Dr. soc.* 1988. 153, 2^e esp., note A. Mazeaud, et p. 251, 6^e esp., note J. Savatier : le salaire peut être réduit au montant de « la rémunération afférente au travail effectué dans de conditions normales d'exécution », seul l'abattement forfaitaire pour baisse de rendement pratiqué sur une indemnité étant qualifié de sanction pécuniaire). Mais elle a ensuite posé en règle que la retenue pratiquée sur la rémunération de salariés auxquels l'employeur reprochait une mauvaise exécution délibérée de leurs obligations constituait

une sanction pécuniaire prohibée, génératrice d'un trouble manifestement illicite (Soc. 20 févr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 469, 1^{re} esp., note A. Mazeaud, *Dr. ouvr.* 1991. 217, note M.-F. Bied-Charreton : contrôleurs de la SNCF s'abstenant de contrôler les titres de transport) et nulle en tout état de cause (Soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 469, 2^e esp., note A. Mazeaud). Ultérieurement confirmée (Soc. 12 avr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 599, obs. J. Savatier), cette analyse peut sembler paradoxale, comme si la disqualification du mouvement était favorable aux salariés : alors que les participants à une grève perlée ne doivent pas subir de perte de salaire, les salariés exerçant véritablement leur droit de grève perdent une fraction de leur rémunération. Mais ceux-ci échappent, sauf faute lourde, à toute sanction (*infra*, n° 208), tandis que ceux-là ne bénéficient pas de la protection inhérente à ce droit et s'exposent donc à une sanction ou un licenciement même si leur faute n'est ni lourde, ni grave.

La prohibition des sanctions pécuniaires, naguère posée par l'article L. 122-42 du Code du travail et désormais par l'article L. 1331-2, a été invoquée pour contester la retenue de salaire pratiquée par des employeurs au détriment de salariés ayant fait grève un lundi de Pentecôte dans le cadre d'un mouvement de protestation contre la fixation, ce jour-là, de la journée de solidarité instituée le 30 juin 2004. Mais, pour la Cour de cassation, « lorsque la journée de solidarité est fixée un jour férié précédemment chômé pour lequel le salarié aurait été rémunéré par l'effet de la mensualisation, l'absence pour grève de l'intéressé autorise l'employeur à pratiquer une retenue sur salaire, laquelle ne constitue pas une sanction pécuniaire » (Soc. 16 janvier 2008, *D.* 2008. AJ. 345, deux arrêts, obs. J. Cortot, *JCP S* 2008, 1219, note G. Talvard et B. Platel).

En vertu de l'article L. 2512-5 nouv. C. trav., les salariés des entreprises, organismes et établissements publics ou privés chargés de la gestion d'un service public s'exposent, en cas de grève, à des retenues qui échappent à la règle de stricte proportionnalité (ex. : retenue d'un cinquantième de salaire mensuel en cas d'arrêt de travail n'excédant pas une demi-journée, d'un trentième en cas de grève de plus d'une demi-journée même si elle ne dure pas toute la journée ; sur divers problèmes posés par ce régime v. : Soc. 27 avr. 1989, *Bull. civ.* V, n° 308 ; 16 mai 1989, *ibid.*, n° 363 ; 17 mars 1993, *ibid.*, n° 87 ; 12 janv. 1999, *ibid.*, n° 6). De plus, le juge administratif a admis la légalité d'une note de service d'EDF prévoyant une rémunération amputée pour les agents qui, dans le cadre d'un mouvement de grève, s'écarteraient du programme de production fixé par leur hiérarchie (CE 17 mars 1997, *Fédé. nat. des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique*, *Dr. soc.* 1997. 533, 2^e esp., obs. J.-E. Ray), alors que le juge judiciaire voit dans toute mesure de ce type frappant

un salarié du secteur privé une sanction pécuniaire prohibée (v. *supra*). Mais la Cour de cassation ne peut que s'incliner devant cette solution spéciale justifiée par les exigences de continuité et de sécurité du service public (Soc. 18 juill. 2000, *Bull. civ. V*, n° 283), car s'il appartient aux juridictions prud'homales de se prononcer, par exemple, sur des litiges entre des salariés d'EDF et leur employeur relatifs à des retenues pour grève, le juge administratif est seul compétent pour apprécier, à titre préjudiciel, la légalité des décisions réglementaires de la direction de cet établissement (T. confl. 22 juin 1992, *Abella et autres, Lebon.*, p. 488 ; 12 oct. 1992, Syndicat CGT d'EDF, *Lebon.*, p. 490). En revanche, la Cour considère que les retenues de l'article L. 2512-5 ne s'appliquent pas aux agents de la SNCF qui, sans suspendre le travail, se bornent, dans un but revendicatif, à l'effectuer de manière incomplète en s'abstenant de contrôler les titres de transport, de sorte qu'ils ne sauraient subir une retenue constitutive d'une sanction pécuniaire (Soc. 16 mars 1994, *D.* 1994. 364, note Y. Saint-Jours, *JCP G* 1994. II. 22340, not F. Duquesne).

3. L'amputation de revenu consécutive à la grève affecte aussi les accessoires du salaire. En tout cas ceux que des normes particulières, réglementaires ou professionnelles, ne mettent pas à l'abri de toute incidence des « absences pour cessation concertée du travail » (ex. : Soc. 21 juin 2006, n° 05-40.815 D et plusieurs arrêts du même jour, à propos d'une disposition du statut du personnel SNCF relative à la prime de fin d'année). Une prime d'ancienneté ou une « prime d'économie » vont ainsi subir une réduction proportionnelle au temps d'arrêt du travail (Soc. 12 mai 1980, *Bull. civ. V*, n° 408, *D.* 1981. IR. 126, obs. Ph. Langlois ; 9 oct. 1985, *Bull. civ. V*, n° 441). La question de l'incidence de la grève s'est posée avec une acuité particulière à propos de primes d'assiduité prévues par une convention ou un accord collectif ou instituées par l'employeur (par une note de service ou tout autre acte, comportant engagement unilatéral ou portant réglementation sur ce point). La prime n'est pas toujours dénommée « d'assiduité » - il peut s'agir d'une prime de fin d'année ou de fin de mois, d'un « treizième mois » - mais son versement est affecté par les absences du salarié. Ajouté au salaire proprement dit, cet avantage vise à décourager l'absentéisme. N'est-il pas tentant de l'instaurer ou de le régler comme une arme anti-grève ? L'arrêt du 25 mars 1982 (n° 204), s'il n'a pas été fondateur, conserve l'intérêt de décrire et mettre en œuvre les conditions dans lesquelles la grève peut avoir une incidence négative sur des avantages liés à l'assiduité. Des conditions qui privent l'article L. 2511-1, al. 2 d'une part de la portée que certains lui prêtaient.

On lisait dans un arrêt du 21 octobre 1961 (*D.* 1961. 749, note

G. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 1962. 36, note G.-H. Camerlynck, *GA*, 2^e éd., n° 20 ; v. aussi cinq autres décisions du même jour, *Bull. civ.* IV, n° 885 à 889), que si l'employeur ne pouvait infliger à son personnel une sanction, même indirecte, pour avoir exercé son droit de grève, « il avait néanmoins la possibilité de tenir compte dans l'attribution de la prime du profit qu'il estimait pouvoir retirer de la continuité de présence des salariés ». Un autre arrêt du même jour admettait que l'on distingue « absences autorisées » (ex. : le congé de maladie), sans incidence ou avec une incidence limitée sur la prime, et « absences non autorisées », entraînant perte ou réduction plus importante de cette prime, et que l'on place la suspension du contrat pour grève dans cette dernière catégorie (*Bull. civ.* IV, n° 891). Tout au plus une autre décision réservait-elle le cas de l'abus de l'employeur dans l'attribution de cet avantage (*Bull. civ.* IV, n° 890). Deux décennies durant, la chambre sociale a maintenu cette position favorable aux primes d'assiduité et à leur suppression ou réduction non proportionnelle en cas de grève, bien qu'hostile à leur usage comme moyen de sanctionner les grévistes (ex. : Soc. 26 févr. 1970, *D.* 1970. 331 ; 10 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 196 ; 4 juill. 1979, *ibid.*, n° 607, *D.* 1980. IR. 88, 1^{re} esp., obs. J. Pélissier). Sa jurisprudence allait-elle évoluer, à partir de la loi du 17 juillet 1978, avec l'insertion, dans l'article L. 521-1 du Code du travail (art. L. 2511-1), d'un alinéa interdisant que la grève donne lieu, de la part de l'employeur, à des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux ? Cette disposition n'exclut-elle pas qu'une prime, qui n'est pas directement fonction du travail accompli, soit supprimée ou réduite en raison de la participation à une grève, même si des absences ayant une autre cause entraînent perte ou réduction ? Estimant que la loi de 1978 consacrait la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation ne l'a pas pensé (Soc. 18 nov. 1982, *Bull. civ.* V, n° 629).

Dès ses premières applications de la disposition introduite par cette loi, la chambre sociale a considéré que la réduction ou suppression d'une prime d'assiduité pour cause de grève (courte) empêchant le gréviste de remplir les conditions de son attribution, ne présentait aucun caractère discriminatoire, dès lors qu'elle concernait de la même manière « tous les salariés quel que fût le motif de leur absence » (Soc. 11 déc. 1980, *D.* 1981. 509, 1^{re} esp., note J. Mouly, et IR. 265, obs. J. Pélissier, *Dr. soc.* 1981. 435, 1^{re} esp., note J. Savatier ; 26 février 1981, *Dr. soc.* 1981. 435, 2^e esp.). En revanche, elle a jugé injustifiée la retenue pratiquée sur la prime d'assiduité de salariés grévistes et fondée sur une note de service qui distinguait « entre certaines absences, telles que celles pour maladie, autorisées bien qu'imprévisibles, et les absences pour grève, assimilées à des comportements fautifs des salariés, bien qu'elles soient déclarées licites par la loi »

(Soc. 26 févr. 1981, deux arrêts, *D.* 1981. 509, 2^e esp. et *Dr. soc.* 1981. 435, 4^e esp.). Avec le rejet de cette distinction naguère admise (v. aussi : Soc. 4 févr. 1982, *Bull. civ.* V, n° 66 ; 18 nov. 1982, *préc.*), la Cour achevait de construire une doctrine consacrée par une série d'arrêts de 1982.

Extrait de cette série, l'arrêt *Société des accumulateurs fixes et de traction (SAFT)* (n° 204) rejette le pourvoi contre une décision qui avait jugé inapplicables aux absences pour grève les dispositions d'un règlement intérieur prévoyant des abattements pour cause d'absence, sur les primes de fin d'année. Mais il substitue à ceux des juges du fond un motif de pur droit, dont il faut retenir deux propositions. La première consacre la licéité de principe de ce type de prime : « l'employeur est en droit d'instituer une prime récompensant une assiduité profitable à l'entreprise et de la réduire en fonction des absences même dues à la grève ». La seconde subordonne la régularité de la réduction pour grève à « la condition que toute absence, quelle qu'en soit la cause, entraîne les mêmes conséquences ». Si la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir jugé illicite le régime de la prime litigieuse, c'est parce que les abattements prévus étaient moins élevés par jour d'absence pour maladie ou d'absence autorisée pour nécessités personnelles (0,75 % du montant de la prime) que pour les autres absences (2,5 %), de sorte qu'en résultait « une discrimination susceptible de porter atteinte au libre exercice du droit de grève ». Des arrêts ultérieurs confirment cette position, parfois en reprenant les formules de l'arrêt *SAFT* (Soc. 3 juin 1982, *Bull. civ.* V, n° 358 ; 1^{er} juill. 1982, *ibid.*, n° 438 ; 26 mai 1983, *ibid.*, n° 278 ; 24 juill. 1984, *ibid.*, n° 321 ; 8 janv. 1987, *ibid.*, n° 6 ; 28 mars 1989, *ibid.*, n° 260 ; 13 janv. 1999, *RJS* 2/99, n° 258), parfois pour relever le caractère discriminatoire de la prime litigieuse (Soc. 21 oct. 1982, *Bull. civ.* V, n° 569 ; 19 nov. 1987, *Bull. civ.* V, n° 655 ; 17 oct. 1989, *JS UIMM* 1989, n° 522, p. 533 ; 19 juin 1990, *Bull. civ.* V, n° 290 ; 16 févr. 1994, *Bull. civ.* V, n° 55 ; 10 déc. 2002, *Bull. civ.* V, n° 371 ; 15 févr. 2006, *Dr. soc.* 2006. 577, obs. C. Radé, *JCP S* 2006, 1364, note R. Vatinet ; 16 janv. 2008, n° 06-42 983 P).

Le seul fait que toutes les absences n'entraînent pas également perte ou réduction — et dans les mêmes proportions — de la prime liée à l'assiduité, rend donc illicite le régime de celle-ci et interdit à l'employeur de supprimer ou réduire la prime de grévistes (toutefois, que l'absence consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle n'affecte pas la prime ne rend pas celle-ci discriminatoire : Soc. 8 janv. 1987, *préc.*). Ainsi, la portée discriminatoire à l'encontre des salariés exerçant leur droit de grève est assez largement entendue ; il y a une idée de discrimination indirecte. On reste loin, cependant, de la prohibition de toute perte ou réduction, pour cause de grève,

des avantages salariaux indexés à l'assiduité, qu'on avait pu attendre de l'alinéa 2 de l'article L. 2511-1 (c'était l'interprétation implicitement retenue par le Conseil d'État, jugeant illégale la disposition d'un règlement intérieur prévoyant la réduction ou la suppression d'une prime dans diverses circonstances, dont les absences « y compris pour grève » : CE, 12 juin 1987, *Soc. Hapian Frères*, *Dr. soc.* 1987. 651, 3^e esp., note J. Savatier, *D.* 1988, Somm. 104, obs. J. Pélissier). Il n'est même pas exigé que la réduction de la prime soit proportionnelle à la durée de la grève. On peine à croire, pourtant, qu'un avantage pécuniaire ne pèse pas sur la décision la plus dramatique de suspendre le travail : se mettre en grève !

On retrouve dans des arrêts concernant d'autres conséquences de la grève, l'interprétation de cet article L. 2511-1, al. 2 dégagée par la Cour de cassation à propos des primes d'assiduité. La chambre sociale, ayant admis la possibilité de tenir compte de l'assiduité pour le bénéfice de l'intéressement (*Soc.* 14 janv. 1982, *Bull. civ.* V, n° 17 : semblant aussi admettre que l'illicéité de la grève, en tant que grève politique, prive en tout cas d'un tel avantage), a jugé que sa réduction pour cause de grève était une mesure discriminatoire dès lors que certaines absences pour maladie ne donnaient pas lieu à semblable abattement (*Soc.* 6 nov. 1991, *Dr. soc.* 1991. 930, rapp. Ph. Waquet), mais qu'il en allait autrement si toutes les absences pour d'autres causes entraînaient, comme la grève, réduction de la prime (*Soc.* 5 févr. 2003, *JS UIMM* 2003, n° 674, p. 200).

L'article L. 2511-1, al. 2 exerce son influence sur d'autres points. D'abord sur la réservation aux non-grévistes de primes exceptionnelles instaurées après l'éclatement ou la fin d'une grève. La chambre criminelle a pu admettre que l'infraction pénale aujourd'hui incriminée par l'article L. 2146-2 nouv. C. trav. soit imputée à un chef d'entreprise animé d'une volonté anti-syndicale dans l'attribution d'une prime aux non-grévistes (5 janv. 1977, *Dr. ouvr.* 1978. 33), mais s'est montrée exigeante quant à la preuve de l'intention discriminatoire (28 nov. 1978, *Bull. crim.*, n° 336 ; 19 juin 1979, *ibid.*, n° 217, *D.* 1980. IR. 88, 3^e esp., obs. J. Pélissier). Il est vrai que, même au civil, la caractérisation de la discrimination peut être problématique si l'employeur sait ne pas réserver l'avantage à des non-grévistes, même s'il ne l'octroie pas à tous (*Soc.* 4 juill. 1979, *Bull. civ.* V, n° 66, *D.* 1980. IR. 88, 2^e esp., obs. J. Pélissier). En tout cas, une gratification occasionnelle accordée à des salariés non grévistes en raison d'un surcroît de travail avéré, provoqué par la grève de leurs collègues, échappera à la critique (*Soc.* 8 janv. 1981, *Dr. soc.* 1981. 435, 3^e esp., note J. Savatier). Constitue, au contraire, une mesure discriminatoire la décision d'un employeur de créer, après déclenchement de la grève, une prime dont le montant doit varier selon que les salariés participent ou non au

mouvement, alors que la quantité des tâches demandées aux non-grévistes n'avait pas été plus importante qu'à l'accoutumée (Soc. 15 oct. 1981, *Bull. civ.* V, n° 785 ; 2 mars 1994, *ibid.*, n° 75).

Enfin, la prise en considération de la suspension du contrat de travail par la grève pour retarder l'ancienneté du salarié, donc l'augmentation de salaire liée à celle-ci, alors que la convention collective prévoit que les périodes d'absence ne suspendent pas le droit à un avancement à l'ancienneté, constitue une mesure discriminatoire visée par l'article L. 2511-1, al. 2 (Soc. 9 févr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 58). Le Conseil d'État considère d'ailleurs que le législateur, en édictant ce texte, « a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques à statut, de sorte que les dispositions d'un statut du personnel (SNCF) prévoyant la suspension des droits à l'avancement par les absences motivées par la cessation concertée du travail et les absences irrégulières, alors que cette suspension ne s'applique pas aux autres absences, instituent une discrimination qui les rend illégales » (CE 12 nov. 1990, *Malher, Lebon*, p. 321, *D.* 1992, *Somm.* 159, obs. D. Chelle et X. Prétot).

4. Un accord de fin de conflit peut prévoir que les journées de grève seront payées. Mais l'employeur est parfois tenu d'indemniser les grévistes de la perte de salaires inhérente à la suspension de leur contrat. L'arrêt *Société Pomona* du 20 février 1991 (n° 207) énonce la règle jurisprudentielle qui fonde et limite aujourd'hui cette exception à la perte de rémunération.

Une exception introduite par un arrêt de 1959 approuvant les juges du fond d'avoir condamné une société, accoutumée à payer les salaires avec retard et dont les salariés s'étaient mis en grève jusqu'à paiement des rémunérations dues, à réparer le préjudice causé par cette faute en versant à l'un de ses salariés une indemnité d'une somme équivalente au salaire des journées de grève (Soc. 12 mars 1959, *D.* 1959. 241). D'autres décisions ont suivi, confirmant que l'employeur devait indemniser du dommage causé par la perte de salaires du temps de grève ses salariés « contraints » d'arrêter le travail pour obtenir le paiement régulier de rémunérations revêtant un caractère alimentaire (Soc. 14 mars 1979, *Bull. civ.* V, n° 232, *D.* 1979. IR. 423, obs. J. Pélissier ; 27 nov. 1990, *Bull. civ.* V, n° 590, *Dr. soc.* 1991. 315, 4^e esp., note J. Savatier), ou pour obtenir l'exécution d'un engagement de payer le temps d'une grève elle-même motivée par le défaut de paiement des salaires d'un mois antérieur (Soc. 3 juill. 1979, *Bull. civ.* V, n° 595), ou encore pour que l'employeur fasse effectuer un contrôle de sécurité sur une machine après un accident du travail (Soc. 11 déc. 1985, *Bull. civ.* V, n° 601, *D.* 1986. IR. 389, obs. J. Goineau). Si la prétention des salariés était parfois jugée infondée parce qu'aucun manquement

de l'employeur à ses obligations n'était constaté (ex. : Soc. 18 oct. 1982, *D.* 1984. IR. 25, obs. Ph. Langlois ; 10 déc. 1986, *Bull. civ.* V, n° 585), il n'était pas exigé que sa faute soit d'une particulière gravité.

Dans son arrêt *Société Pomona*, la Cour s'est attachée à préciser les conditions de cette éventuelle indemnisation. Il faut désormais que les salariés se soient trouvés dans une situation contraignante, telle qu'ils ont été obligés de cesser le travail pour faire respecter leurs droits essentiels, directement lésés par suite d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations. Les termes choisis expriment assez la volonté de limiter à des cas exceptionnels cette responsabilité contractuelle de l'employeur (avec cette étonnante idée d'une « contrainte » à laquelle les salariés n'auraient fait que céder en se mettant en grève). Car, même s'il est permis d'hésiter quant à la nature de ce mécanisme, il s'agit bien de responsabilité et non de reconnaissance d'un exercice collectif de l'exception d'inexécution sous la forme d'une grève. Outre que ce classique moyen de pression d'un contractant destiné à convaincre l'autre partie de s'exécuter — retenir l'exécution de sa propre obligation — n'est jamais limité à des circonstances d'aussi grave inexécution, l'arrêt de travail en cause, même s'il appuie des réclamations plutôt que des revendications, appelle bien la qualification de grève. De plus, si sont réunies les conditions formulées par la Cour de cassation, l'employeur se trouve débiteur, non de salaires, mais d'une indemnité compensant la perte de salaires, c'est-à-dire de dommages-intérêts réparant un préjudice. Qu'un arrêt ait rejeté un pourvoi contre un jugement condamnant à payer des salaires correspondant à une période de grève plutôt qu'une indemnité (Soc. 21 mai 1997, *Dr. soc.* 1997. 763), ne suffit pas à écarter cette interprétation. Il paraît logique, en tout cas, que cette créance des grévistes suppose des circonstances assez accablantes pour l'employeur, puisqu'il est de la nature du droit de grève d'entraîner, par l'effet de la suspension du contrat, la perte de rémunération. Posées de manière purement prétorienne, les conditions de cette responsabilité de l'employeur pour un dommage subi par ses salariés (manquement grave et délibéré lésant des « droits essentiels ») rappellent celles qu'une jurisprudence, plus constante encore, pose à la responsabilité contractuelle du salarié à l'égard de l'employeur (condition de faute lourde, caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise ; v. *supra* sous n° 47). On retrouve ici une exigence de proportionnalité, présente dans — ou à l'œuvre à travers — maintes règles légiférées ou jurisprudentielles.

D'ailleurs, l'arrêt n° 207 casse la décision qui avait accordé à une salariée gréviste une indemnité égale au salaire perdu du fait de la grève. Pour la chambre sociale, les faits reprochés à l'employeur par les syndicats ayant appelé à la grève (de solidarité ?), à savoir un vice de la procédure suivie pour un licenciement, « ne constituaient pas un

manquement grave et délibéré à ses obligations et n'était pas de nature à contraindre les salariés à une cessation concertée du travail ». Notons que la cassation est prononcée au visa de l'article L. 521-1 du Code du travail (art. L. 2511-1 nouv.), comme pour signifier que la suspension du contrat par la grève aurait dû sortir son pur effet, sans atténuation par la reconnaissance d'une responsabilité civile patronale.

Depuis 1991, d'autres décisions de la Cour ont repris la formule de l'arrêt *Société Pomona* ou mis en œuvre les conditions qu'elle énonce. Parfois pour conclure que l'employeur devait effectivement indemniser les grévistes (Soc. 26 févr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 124 : grève motivée par un refus d'appliquer un accord collectif ; 21 mai 1997, *préc.* : grève provoquée par le refus persistant d'un entrepreneur de transports routiers de supprimer une prime illicite parce qu'elle incitait les chauffeurs à dépasser la durée normale du travail et les temps de conduite autorisés). Notamment en cas de défaut de paiement ou de retard injustifié de tout ou partie des salaires (Soc. 7 juin 2006, *Bull. civ. V*, n° 205 ; 3 mai 2007, *ibid.*, n° 65, *RDT* 2007. 538, obs. 0. Leclerc, *D.* 2007, Pan. 3040, obs. F. Fouvet : rejet du pourvoi contre une ordonnance de référé accordant des provisions aux salariés en raison du caractère non sérieusement contestable de l'obligation d'un employeur débiteur du paiement d'heures supplémentaires). Parfois — le plus souvent ? — pour écarter toute responsabilité de l'employeur en raison de l'insuffisante gravité de ses manquements (Soc. 20 janv. 1993, *Bull. civ. V*, n° 13 : carence de l'employeur n'ayant pas fait dactylographier et signer dans la journée un accord de fin de grève ; 2 mars 1994, *Bull. civ. V*, n° 75 : décision de l'employeur d'accorder, à l'issue d'une précédente grève, une prime de reprise deux fois plus élevée pour les non-grévistes que pour les grévistes, mesure certes discriminatoire mais non constitutive d'un manquement grave et délibéré ; 9 mai 1995, *JS UIMM* 1995, n° 586, p. 272 : refus d'appliquer un texte conventionnel avant l'issue d'une action en justice portant sur l'étendue d'obligations découlant de cet accord ; 29 mai 1996, *Bull. civ. V*, n° 214 : refus de suivre une recommandation de l'organisation patronale ; 5 janv. 2005, n° 03-40.075 D : manquement partiel à l'obligation de négocier annuellement sur les salaires), ou en raison du caractère non délibéré de l'inexécution (Soc. 28 oct. 1997, *Bull. civ. V*, n° 335 : retard dans le versement des salaires, portant certes atteinte à un droit essentiel des salariés, mais engendré par les difficultés financières de l'entreprise ; 26 janv. 2000, *Bull. civ. V*, n° 37 : retard de paiement des salaires dans une entreprise venant d'être mise en redressement en raison de ses difficultés financières).

Le caractère exceptionnel de cette indemnisation donne un relief particulier à certains arrêts qui traduisent l'attachement de la chambre sociale à sa création. Par exemple à celui qui, tout en approuvant des

juges du fond d'avoir retenu une faute lourde à l'encontre d'un gréviste licencié (participation à une entrave à la liberté du travail), leur reproche d'avoir refusé à ce dernier une indemnité correspondant au montant du salaire des jours de grève sans rechercher si la mesure de réduction unilatérale du temps de travail et de la rémunération de salariés méconnaissant les dispositions d'un accord collectif, et cause de l'arrêt de travail, ne constituait pas un manquement grave et délibéré de l'employeur (Soc. 24 avr. 2003, *JS UIMM* 2003, n° 676, p. 279).

B. — Le licenciement ou le prononcé d'une autre sanction

L'arrêt *Pfeffer* du 20 mai 1955 (n° 199) casse le jugement d'un tribunal civil, à l'époque juridiction d'appel du conseil de prud'hommes, qui s'était laissé convaincre qu'un salarié avait, en participant à une grève de trois semaines, rompu son contrat de travail, et l'avait condamné à payer à son (ancien) employeur des indemnités pour brusque rupture et rupture abusive. Ces juges du fond en étaient donc restés à l'ancienne analyse de la grève-rupture du contrat par le salarié, sans tenir compte du changement imposé par la Constitution de 1946, puis par la loi du 11 février 1950 (tenue pour interprétative) dont était issu l'article L. 521-1, al. 1 C. trav., auquel s'est substitué l'article L. 2511-1, al. 1 nouv. C. trav. Selon la lecture constante du texte de 1950, dont l'article nouveau exprime plus explicitement la teneur, ni la grève, ni même des agissements constitutifs d'une faute lourde dans le cadre d'un mouvement de grève, ne rompent le contrat du gréviste : cette faute lourde autorise seulement, et autorise seule, l'employeur à licencier ce salarié. D'où l'importance de cette qualification de faute lourde, donc de la jurisprudence qui l'éclaire. Importance d'autant plus grande que la Cour de cassation affirme, d'une part que le licenciement est nul et que le salarié a droit à réintégration s'il s'avère qu'il n'a pas commis de faute lourde, d'autre part que la faute lourde est une condition, non seulement du licenciement, mais de toute sanction frappant un gréviste.

1. La faute lourde qui conditionne la responsabilité contractuelle du salarié à l'égard de son employeur, ou prive le salarié dont le contrat est rompu de l'indemnité compensatrice de congés payés, s'entend aujourd'hui d'une faute révélant l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise (v. *supra*, sous arrêt n° 47 ; notamment : Soc. 29 nov. 1990, *Dr. soc.* 1991. 105, note G. Couturier). La Cour de cassation n'a jamais repris cette condition à propos de la faute lourde conditionnant le licenciement du gréviste. On comprend qu'elle maintienne un certain flou. Car si le droit de grève est « un droit de nuire », cette

condition de la qualification de faute lourde retenue à d'autres égards risque, ici, ou bien de se révéler peu opératoire, ou bien d'attirer vers cette qualification des comportements qui, inscrits dans un ensemble de faits et de dires constitutifs ou expressifs d'un conflit social, ne présenteraient pas le degré de gravité renforcée qu'évoque l'appellation même de faute lourde. Il semble que la chambre sociale s'attache surtout à l'atteinte que les agissements litigieux peuvent porter aux libertés et droits fondamentaux d'autrui, et d'abord de personnes physiques (liberté d'aller et de venir, liberté du travail, intégrité physique, propriété).

Elle a énoncé, dans l'arrêt n° 199, la seule véritable règle gouvernant cette opération de qualification : « la faute lourde (...) est uniquement celle qui est imputable au salarié, et est indépendante d'autres fautes qui ont pu être retenues contre l'ensemble des ouvriers en grève ». La Cour, qui exerce naturellement un contrôle de la qualification pratiquée par les juges du fond, n'a pas manqué de rappeler cette exigence d'une constatation d'agissements personnels du salarié licencié ou sanctionné (ex. : Soc. 10 mars 1988, *JS UIMM* 1988, n° 504, p. 282, 2^e esp. ; 24 mars 1988, *Dr. ouvr.* 1988. 521 ; 31 oct. 1989, *JS UIMM* 1990, n° 523, p. 28 ; 30 juin 1993, *Bull. civ. V*, n° 185 ; 3 nov. 1994, *JS UIMM* 1995, n° 580, p. 69 ; 7 juin 1995, *Dr. soc.* 1995. 837 ; 5 juill. 1995, *JS UIMM* 1995, n° 589, p. 382, 2^e et 3^e esp. ; 18 sept. 2007, *JCP S* 2007, 1863, note R. Vatinet). Comme elle le dit encore, « seuls les auteurs des faits illicites (doivent) répondre de leurs actions » (Soc. 4 nov. 1992, *supra* n° 194). De plus, cette caractérisation de la gravité des faits doit tenir compte du contexte de soustraction à l'autorité de l'employeur et d'inévitables tensions (ex. : Soc. 14 janv. 2003, *JS UIMM* 2003, n° 672, p. 120, 1^{re} esp.). Voilà qui paraît cohérent avec la faculté d'individualisation des sanctions disciplinaires reconnue à l'employeur ; une faculté qui s'exerce, ici plus qu'ailleurs, sous la contrainte de non-discrimination en raison de l'appartenance syndicale et de censure de l'éventuel détournement de pouvoir. Mais le fait que seuls certains grévistes soient sanctionnés parmi tous ceux qui ont participé à une même action ne suffit pas à caractériser une discrimination (Soc. 15 mai 1991, deux arrêts, *Dr. soc.* 1991. 619, rapp. Ph. Waquet, concl. P. Franck ; 1^{er} févr. 1995, *Dr. soc.* 1995. 276 ; 17 décembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 445).

L'exigence d'une faute imputable à l'intéressé, indépendante des agissements d'autres personnes, interdit logiquement de voir une faute lourde dans le seul fait de participer, dans un secteur de service public, à une grève qui n'a pas été annoncée par un préavis régulièrement déposé conformément à l'article L. 2512-2 nouv. C. trav. (Soc. 5 juin 1984, *Bull. civ. V*, n° 229 ; 25 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 554, obs. C. Radé ; Crim. 10 mai 1994, *RJS* 10/94, n° 1171). Et si un employeur

fait grief à des salariés d'avoir méconnu la disposition conventionnelle prévoyant une procédure de conciliation ou un préavis, il doit être en mesure de démontrer que chacun d'eux, même s'il est investi de fonctions représentatives, a « sciemment enfreint » cette clause, donc en avait personnellement connaissance (Soc. 5 mai 1960, *JCP* 1960. II. 11692, note R. Lindon ; 8 oct. 1987, *JS UIMM* 1987, n° 496, p. 538 ; 10 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 434 : cet arrêt se fonde surtout sur la considération que « tout salarié a un droit personnel à la grève »). Il a été jugé que la faute était caractérisée en cas de contribution active de l'intéressé à la méconnaissance de cette disposition conventionnelle (Soc. 28 juin 1978, *Bull. civ.* V, n° 512 ; 27 juin 1979, *ibid.*, n° 583 ; rapp. pour un manquement de délégués à une disposition de la convention collective relative à la sauvegarde des marchandises : Soc. 8 déc. 1983, *Bull. civ.* V, n° 602). Mais un accord collectif ne pouvant plus, au moins depuis l'arrêt *Transports Sérour* du 7 juin 1995 (*supra*, n° 197), « limiter ou réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu », la seule participation à une grève dont le déclenchement a méconnu semblable clause peut moins que jamais constituer une faute lourde. Celle-ci ne serait même pas établie par la preuve que le salarié connaissait cette disposition : il faudrait sans doute que soit établie son action personnelle dans sa violation par un syndicat signataire de cet accord, donc lié par cette clause lorsqu'il entend appeler à la grève.

D'ailleurs, dans la conception exprimée par l'arrêt de 1955 une « faute collective » ne saurait constituer une faute lourde imputable à chacun des grévistes ou à certains d'entre eux. Pourtant, des arrêts un peu anciens ou plus récents retiennent comme faute lourde la seule participation à certains mouvements de grève, qu'il s'agisse d'une grève ayant un objectif autre que faire aboutir des revendications professionnelles et dénoncé pour ses « fins exclusivement politiques » (Soc. 5 oct. 1960, *D.* 1960. 710 ; 1^{er} mars 1961, *D.* 1961. 420, *GA*, 2^e éd., n° 22 ; 10 mars 1961, *Dr. soc.* 1961. 363, obs. J. Savatier) ou autres (Soc. 25 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 420, *D.* 1988, *Somm.* 99, obs. J. Péliissier), ou qu'il s'agisse d'une grève perlée (Soc. 16 mai 2001, *JS UIMM* 2001, n° 655, p. 327). Il paraît logique que l'exigence d'une faute lourde soit écartée lorsque le mouvement ne mérite pas la qualification de grève (cas de la grève perlée). En revanche, on comprend mal que cette exigence, donc d'abord celle d'un fait personnel précis, s'évanouisse en cas de grève illicite ou abusive si cette action reste bien, en droit, une grève.

On retrouve là un problème de qualification du mouvement, déjà rencontré (*supra*, sous arrêts n° 185 et s., A, 1). La Cour de cassation l'a tranché en ce qui concerne la « grève » de solidarité interne en considérant qu'un tel arrêt de travail ne valait pas exercice du droit

de grève et exposait donc à licenciement pour une faute grave constituée par la seule participation à cette action illicite (Soc. 16 nov. 1996, *Dr. soc.* 1994. 35, rapport Ph. Waquet, note J.-E. Ray). Inspiré par un louable souci de clarification, ce déplacement du curseur dans le sens d'une réduction de la catégorie de grève l'est aussi par le rejet de la notion de « grève illicite », qui souffrirait de contradiction interne. Mais cette analyse est elle-même discutable (v. *supra*). Il paraîtrait plus réaliste et rationnel d'accueillir clairement ces mouvements de « grève illicite » (comme la grève abusive) dans l'extension de la catégorie juridique de grève, dès lors qu'ils revêtent la forme d'un arrêt de travail et même s'ils souffrent d'irrégularité du point de vue de leur objectif. Or, en présence de toute grève, même illicite ou abusive, le licenciement d'un participant est subordonné — devrait être subordonné — à la caractérisation d'une faute lourde supposant un agissement personnel. Mais cette faute lourde pourra résider dans la prolongation obstinée d'une grève quand on sait qu'elle entraînera la désorganisation définitive de l'établissement, c'est-à-dire dans l'animation d'une grève abusive (Soc. 17 avr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 230). Elle pourra aussi être consommée par la participation à un groupe d'irréductibles tentant de poursuivre la grève, de manière très minoritaire, après signature d'un accord censé mettre fin au conflit par la satisfaction de revendications (Soc. 6 nov. 1985, *Dr. soc.* 1986. 610, 2^e esp., note J. Déprez ; 19 juin 1987, *D.* 1988, Somm. 325, obs ; G. Borenfreund).

2. L'examen des arrêts de la Cour de cassation enseigne que la qualification de faute lourde appréhende divers types d'actes commis par des grévistes et distincts de leur participation à l'arrêt de travail. Des « actes détachables de la grève », en quelque sorte.

Il s'agit notamment :

- d'actes de violence ou de menaces physiques contre des non-grévistes (Soc. 16 juin 1965, *Bull. civ.* IV, n° 469 ; 26 mai 1981, *JS UIMM* 1981, n° 422, p. 408 ; 19 nov. 1987, *Bull. civ.* V, n° 654 ; 5 juill. 1995, *JS UIMM* 1995, n° 589, p. 382) ;

- d'opérations de séquestration, attentatoires à la liberté d'aller et de venir de dirigeants ou cadres de l'entreprise (Soc. 1^{er} avr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 131 ; 18 déc. 2002, *JS UIMM* 2003, n° 672, p. 120, 2^e esp.) ;

- de dégradations volontaires de matériel ou de marchandises (Soc. 27 janv. 1956, *Bull. civ.* IV, n° 103) ;

- de l'abandon d'un service de sécurité (Soc. 14 juin 1958, *Bull. civ.* IV, n° 549 ; mais le juge doit préciser en vertu de quelle obligation le salarié était tenu de prendre une mesure de sécurité : Soc. 4 nov. 1992, *supra* n° 194) ;

— du refus d'un chauffeur gréviste de restituer un camion (Soc. 4 avr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 313) ou les clefs d'un véhicule (Soc. 7 juill. 1983, *JS UIMM* 1984, n° 448, p. 81 ; 25 févr. 1988, *Bull. civ.* V, n° 134), que l'employeur pourrait confier à un non-gréviste (comp. : 7 juin 1995, n° 197, dans un cas où les grévistes avaient remis documents et clefs des véhicules vides) ;

— et surtout d'atteintes à la liberté du travail de salariés non grévistes ou de tiers, notamment par blocage des accès à l'entreprise (Soc. 25 mai 1951, *Dr. soc.* 1951. 473 ; 13 nov. 1968, *Bull. civ.* V, n° 502 ; 12 janv. 1983, *Dr. soc.* 1983. 227, note J. Savatier ; 9 févr. 1984, *JS UIMM* 1984, n° 453, p. 435 ; 3 mars 1988, *JS UIMM* 1988, n° 504, p. 282 ; 4 nov. 1992, *Bull. civ.* V, n° 529 ; 30 juin 1993, *ibid.*, n° 185 ; 15 mai 2001, *ibid.*, n° 166, 2^e esp. ; 17 déc. 2002, *Dr. soc.* 2003. 448, obs. F. Duquesne ; 24 avr. 2003, *JS UIMM* 2003, n° 676, p. 279 ; 15 juin 2005, n° 02-42.177 D).

La qualification de faute lourde frappe plus sûrement encore les actes de grévistes qui ont poursuivi, malgré la signification d'une ordonnance du juge des référés, un blocage des accès de l'entreprise ou un « piquet » empêchant l'accès au travail des non-grévistes (Soc. 28 oct. 1997, *JS UIMM* 1998, n° 613, p. 68 ; 31 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 180 ; 1^{er} juill. 1998, *Dr. soc.* 1998. 850 ; 26 mai 2004, n° 02-40.395 D ; 19 déc. 2007, *JCP S* 2008, 1172, note S. Brissy), ou même une occupation des lieux de travail (Soc. 30 avr. 1987, *Bull. civ.* V, n° 238). Toutefois, le manque d'empressement de l'employeur à faire exécuter l'ordonnance d'expulsion qu'il a pu obtenir incitera à écarter cette qualification (Soc. 16 juin 1988, *Dr. ouvr.* 1988. 522).

On complètera cet aperçu de l'extension jurisprudentielle de la catégorie de faute lourde en signalant qu'ont échappé à cette qualification : la dénonciation publique, par des grévistes, de certains faits figurant parmi les motifs de leur mouvement (Soc. 20 mai 1992, arrêt n° 184), des injures non accompagnées de violence (Soc. 10 mai 2001, *RJS* 7/01, n° 907, 1^{re} esp.), des occupations des lieux de travail sans entrave à la liberté du travail (Soc. 26 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 124 ; 7 juin 1995, *ibid.*, n° 181 ; 17 déc. 2002, *ibid.*, n° 387).

Tout ce qui précède vaut, avec des nuances, pour les salariés protégés. On sait que l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licencier un représentant du personnel ou un délégué syndical en raison d'un comportement fautif, doit rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés à l'intéressé sont d'une gravité suffisante pour justifier ce licenciement, compte tenu de l'ensemble des règles applicables à son contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi. On sait aussi que, si ce comportement jugé fautif par l'employeur a eu lieu à l'occasion d'un conflit collectif, l'article L. 2511-

1 nouv. C. trav. figure, selon le Conseil d'État, au nombre de ces règles (CE 1^{er} avr. 1992, *Moreau*, *Dr. soc.* 1992. 689, concl. D. Kessler, et les autres arrêts cités *supra*, sous arrêt n° 152). Les violences commises par le salarié protégé à l'encontre d'autres salariés constituent, même (ou surtout) compte tenu des exigences du mandat, cette « faute d'une gravité suffisante », alors synonyme de faute lourde au sens de l'article L. 2511-1 (ex. : CE 25 févr. 1994, *Mancuso*, *RJS* 7/94, n° 882 ; 6 mars 2002, *Mvondo*, *RJS* 06/02, n° 699 et p. 518, concl. G. Bachelier). Il en va de même de sa participation personnelle et active à des piquets de grève faisant obstacle au travail des non-grévistes, à divers blocages de l'activité (CE 26 oct. 1994, *Lambillotte et Gilles*, *Liaisons soc. lég. soc.* n° 7167, 19 déc. 1994 ; 12 juill. 1995, *Lavina et autres*, inédit ; 2 févr. 1996, *Établissements Crocquet*, *RJS* 3/96, n° 299 : pas de faute d'une suffisante gravité si le piquet auquel a participé le délégué ne portait pas atteinte à la liberté du travail). Au fond, le juge administratif conçoit le rôle du délégué en cas de grève comme celui d'un animateur du mouvement, naturellement présent sur les lieux, mais aussi d'un interlocuteur de la direction et d'un modérateur, soucieux d'éviter les violences et les déprédations. Telle est aussi la vision de la Cour de cassation (Soc. 16 juill. 1987, *Bull. civ.* V, n° 477). Mais le juge judiciaire a peu d'occasions d'apprécier le comportement d'un salarié protégé en contexte de grève. La Cour estime, en effet, qu'en autorisant son licenciement l'autorité administrative a nécessairement reconnu aux faits reprochés le caractère d'une faute lourde, de sorte que son appréciation s'impose au juge judiciaire (Soc. 26 janv. 1994, trois arrêts, *Dr. soc.* 1994. 389, obs. Ph. Waquet ; la décision administrative n'a toutefois autorité qu'en ce qui concerne les salariés protégés et ne s'impose pas au juge prud'homal appelé à se prononcer sur le comportement des salariés ordinaires impliqués dans les mêmes événements : Soc. 1^{er} avr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 131).

3. Le licenciement, sans préavis ni indemnités, du gréviste auteur d'une faute lourde trouve dans celle-ci une justification suffisante. Une sanction moins grave, une mise à pied par exemple, ne constitue pas un trouble manifestement illicite que la formation de référé du conseil de prud'hommes devrait faire cesser, par exemple en ordonnant le paiement des salaires correspondant au temps de cette suspension disciplinaire (Soc. 1^{er} juill. 1998, *Dr. soc.* 1998. 850).

Quel est le sort du licenciement que l'employeur prononce sans alléguer une faute lourde (comme dans l'espèce de l'arrêt n° 206) ou du licenciement prononcé pour faute lourde lorsque le juge prud'homal, saisi par le salarié, estime que les faits allégués ne méritent pas cette qualification extrême ? Si la grève est l'objet d'un droit, dont l'immunité pour tous les actes non constitutifs d'une faute lourde n'est qu'un

aspect, le motif d'un tel licenciement manque au moins de caractère sérieux et la rupture est injustifiée. Le licenciement n'étant justifié qu'en cas de faute lourde, le juge n'aurait même pas à rechercher s'il repose sur une cause réelle et sérieuse pour prononcer contre l'employeur les condamnations de des articles L. 1235-3 et s. nouv. C. trav. (Soc. 16 juill. 1987, *Bull. civ.* V, n° 477). Le motif est même illicite parce qu'il dénote une volonté de sanctionner l'exercice d'un droit et le licenciement devrait donc être tenu pour nul en raison de cette illicéité de sa cause. D'autant plus que le droit visé et touché par la réaction de l'employeur est garanti par la Constitution. Il a pourtant fallu attendre l'arrêt du 26 septembre 1990 (n° 206), pour que la Cour de cassation consacre cette nullité.

Un arrêt *Talbot* du 31 mars 1982 (*Dr. soc.* 1983. 225, note J. Savatier) exprimait fort bien ce qui est longtemps resté la doctrine de la Cour : « le licenciement pour faits de grève n'est pas nul mais peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts à la charge de l'employeur si le salarié n'a pas commis de faute lourde » et « la réintégration de celui-ci dans son emploi ne peut être que proposée par les juges du fond en application de l'article [L. 1235-3] C. trav. ». Mais la loi du 25 juillet 1985 est venue enrichir l'article L. 521-1 C. trav. alors en vigueur d'un alinéa destiné à « briser » cette jurisprudence (« tout licenciement prononcé en violation du premier alinéa du présent article est nul de plein droit ») et a retouché l'article L. 122-45 de l'époque pour faire de « l'exercice normal du droit de grève » un motif de licenciement ou de sanction rendant cette mesure discriminatoire. La loi du 3 janvier 1985 avait déjà rajouté à ce dernier article qu'était « nul de plein droit » tout acte inspiré par l'une des considérations figurant sur sa liste des motifs réputés discriminatoires. La jurisprudence antérieure ne pouvait donc se maintenir. D'autant plus que la résistance de la Cour à la nullité des licenciements avait faibli depuis une décennie, en même temps que l'argument opposé aux demandes de reprise d'exécution forcée d'un contrat de travail (la réintégration du salarié) tiré d'une lecture biaisée de l'article 1142 du Code civil (si ce texte paraît faire obstacle à l'exécution en nature d'une obligation de faire, c'est dans la mesure où cette exécution contraindrait un individu à fournir une prestation personnelle).

L'arrêt *Compagnie lyonnaise de goudrons et de bitumes* du 26 septembre 1990, également intéressant sur le plan de la qualification de grève (v. *supra*, sous arrêt n° 195), opère le revirement attendu, dans un contexte de division des juridictions du fond. Il déclare « entaché de nullité » le licenciement de salariés grévistes prononcé hors le cas de faute lourde (les salariés, en l'espèce, avaient été licenciés pour faute grave par un employeur qui avait traité leur action comme un acte d'insubordination et non comme une grève). Il en déduit que le

juge des référés (une cour d'appel confirmant l'ordonnance de la formation de référé d'un conseil de prud'hommes) avait « à bon droit et sans excéder ses pouvoirs (...) pour faire cesser un trouble manifestement illicite, (...) ordonné la poursuite du contrat de travail, qui n'avait pu être valablement rompu ». Avant de préciser que cette juridiction avait pu aussi, parce que la mesure ne se heurtait dès lors à aucune contestation sérieuse, condamner l'employeur à verser aux salariés « les salaires indûment retenus depuis la date du licenciement ». On ne saurait formuler en meilleurs termes l'analyse de la situation juridique créée par le licenciement d'un gréviste et d'une de ses suites judiciaires concevables. Car le sens de l'arrêt est aussi que le juge prud'homal saisi au fond peut constater la nullité du licenciement et en tirer les conséquences logiques sollicitées par l'ancien gréviste évincé de l'entreprise (réintégration dans son emploi et versement des salaires retenus, ou dommages-intérêts si le demandeur préfère cette issue).

La Cour allait confirmer sa position en ce qui concerne la nullité du licenciement (Soc. 22 janv. 1992, *Dr. soc.* 1992. 271 ; 28 avr. 1994, *Dr. soc.* 1994. 719 ; 7 juin 1995, *Dr. soc.* 1995. 837) comme le pouvoir du juge d'ordonner la réintégration de l'intéressé (Soc. 10 oct. 1990, *Bull. civ.* V, n° 434 ; 4 mai 1994, *Dr. soc.* 1994. 720 ; 29 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 212 ; 12 janv. 1999, *ibid.*, n° 200 ; 2 févr. 2005, *ibid.*, n° 43). Cette nullité, lourde de conséquences, n'est pas limitée au licenciement prononcé pour participation à une grève, mais s'étend à celui prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève (Soc. 22 janv. 1992, *préc.*) ou, plus largement, « à l'occasion de la grève » (Soc. 16 déc. 1992, n° 207 ; 7 juin 1995, *Dr. soc.* 1995. 837) et qui ne peut être qualifié de faute lourde. La chambre sociale considère en outre que le salarié dont le contrat n'avait pu être rompu — était réputé ne pas avoir été rompu — a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir, peu important qu'il ait perçu des salaires ou un revenu de remplacement entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration (Soc. 2 févr. 2006, *Bull. civ.* V, n° 53, *RDT* 2006. 42, obs. O. Leclerc, *JCP S* 2006, 1700, note J.-M. Olivier).

4. Plus audacieux, assurément, est l'arrêt rendu le 16 décembre 1992 (n° 208) dans une affaire opposant Électricité de France et deux de ses salariés frappés d'une mise à pied de quinze jours pour avoir, au cours d'une grève, arrêté deux tranches de production d'énergie d'une centrale. La direction avait, sans leur reprocher une faute lourde, prononcé ces sanctions en raison du caractère illicite de l'acte de ces deux délégués syndicaux, excédant l'exercice normal du droit de grève : investis d'un « rôle modérateur lors d'un conflit collectif », ils avaient contrevenu à l'interdiction générale faite à tout agent non habi-

lité de pénétrer dans les blocs de commande et de manipuler (même sous le contrôle et avec l'assentiment des chefs de bloc) des dispositifs de mises en fonctionnement et d'arrêt, méconnaissant ainsi, fût-ce à la demande du personnel gréviste, des règles destinées à assurer la sécurité des biens, des personnes et du système de production. Le conseil de prud'hommes avait annulé ces sanctions par un jugement confirmé en appel. La chambre sociale rejette le pourvoi d'EDF (qui ne « plaide » pas la faute lourde) au motif qu'« un salarié gréviste ne peut être licencié ou sanctionné, à raison d'un fait commis à l'occasion de la grève à laquelle il participe, que si ce fait est constitutif d'une faute lourde ».

Limpide, ce motif n'est certes pas hors de discussion, puisque l'arrêt a choisi entre deux solides analyses doctrinales. Pour reconnaître à l'employeur la faculté de sanctionner les actes de moindre gravité que la faute lourde, certains sont logiquement sensibles aux données textuelles : l'article L. 2511-1, al. 1 nouv. C. trav. ne traite que de la rupture du contrat et subordonne cette seule rupture à la faute lourde la seule rupture, l'article L. 1132-2 (ex. art. L. 122-45) prohibe la sanction frappant le seul « exercice normal du droit de grève ». Ils ajoutent, d'une part que l'employeur conserve et doit assumer, durant la grève, un pouvoir de direction et des responsabilités, dont le pouvoir de sanctionner n'est qu'un instrument, d'autre part qu'il serait inéquitable autant qu'inopportun de soustraire à toute sanction un salarié auteur de fautes légères, sérieuses ou graves, dont l'emploi se trouve par ailleurs hors d'atteinte (immédiate). D'autres auteurs raisonnent tout différemment : exercer le droit de grève, c'est se soustraire à l'autorité de l'employeur, de sorte que le gréviste échappe durant cette période à tout pouvoir disciplinaire, sous une seule limite — la possibilité d'un licenciement pour faute lourde — que seul un texte exprès pouvait poser en introduisant une exception à la logique de la suspension du contrat de travail. Notons que l'argument tiré de la suspension du règlement intérieur (alors que l'employeur ne peut, aujourd'hui, prononcer une sanction que ce règlement ne prévoit pas) est sans pertinence, dès lors qu'on ne peut plus, depuis 1982, traiter cet instrument comme une annexe du contrat de travail, tributaire de la suspension de ce dernier. Si, comme le dit exactement la Cour de cassation, ce règlement est un « acte réglementaire de droit privé », les solutions déduites de son analyse contractuelle sont obsolètes, y compris celle de sa suspension par la grève (pour des illustrations de cette analyse classique : Soc. 16 déc. 1968, *Bull. civ.* V, n° 593 ; 4 juil. 1972, *JCP* 1973. II. 17464, note J. Pélissier) (v. *supra*, sous arrêt n° 177). En tout cas, nul logicien, nul linguiste analyste du discours, ne soutiendra que la règle consacrée par cet arrêt *EDF* est un contenu implicite de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article L. 521-1 ou de celui de l'actuel article 2511-1.

La Cour de cassation a tranché entre ces deux thèses en usant de son privilège de procéder par voie d'affirmation dans la formulation des motifs censés justifier son dispositif. Comme sa position n'a rien de choquant, à défaut d'être indiscutable en droit, on peut s'en accommoder. Elle a d'ailleurs été réaffirmée (Soc. 7 juin 1995, *Dr. soc.* 1995. 837 ; 10 mai 2001, *RJS* 07/01, n° 907). Et, la faute lourde à laquelle toute sanction d'un gréviste se trouve ainsi subordonnée n'est pas différemment conçue que celle conditionnant le licenciement : une participation active du salarié aux incidents doit être caractérisée (Soc. 18 sept. 2007, *JCP S* 2007, 1863, note R. Vatinet).

C. — Le maintien de l'activité

Confronté à un mouvement de grève, l'employeur peut tenter de maintenir l'activité de son entreprise. Le droit positif, notamment jurisprudentiel, l'incite plutôt à ce choix et lui ménage quelques moyens à cet effet, ainsi qu'en témoigne l'arrêt n° 209.

1. L'employeur reste contractuellement tenu de fournir du travail à ses salariés non grévistes, pour autant que ceux-ci se tiennent à sa disposition, ou au moins de leur verser le salaire (Soc. 18 oct. 1952, *Dr. soc.* 1953. 32 ; 24 mars 1971, *Dr. soc.* 1971. 551, obs. J. Savatier ; 18 janv. 1979, *Bull. civ.* V, n° 52 ; 19 déc. 1983, *ibid.*, n° 630 ; 22 avr. 1985, *ibid.*, n° 242 ; 29 janv. 1991, *ibid.*, n° 78 ; rappr. Soc. 27 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 280 : l'entrepreneur de travail temporaire reste débiteur du salaire de ses salariés intérimaires qui n'ont pu travailler en raison de la grève dans l'entreprise utilisatrice). Le versement de ce salaire alors même qu'ils n'ont pas ou pas pu travailler, ne constitue pas une libéralité discriminatoire prohibée par l'article L. 2511-1, al. 2 nouv. C. trav. (Soc. 19 juin 1983, *Bull. civ.* V, n° 630). L'employeur n'est exonéré, et libéré de sa dette de salaires à l'égard des non-grévistes (sauf à veiller à ce qu'ils bénéficient de l'indemnisation du chômage partiel), que s'il établit l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de maintenir l'activité par l'effet d'un événement assimilable à la force majeure. Un événement qui peut être l'occupation des locaux ou la présence de piquets de grève à laquelle il n'a pu mettre ou faire mettre fin (Soc. 18 oct. 1952, *D.* 1953. 149 ; 28 ; 28 oct. 1957, *Bull. civ.* IV, n° 1016 ; 6 oct. 1971, *JCP* 1973. II. 17323, note C. Lazerges-Rothé ; 18 janv. 1979, *Bull. civ.* V, n° 52, *D.* 1979. IR. 327, obs. Ph. Langlois ; 26 sept. 1990, *JS UIMM* 1990, n° 532, p. 409 ; les juges du fond doivent répondre aux conclusions de l'employeur faisant valoir que tout travail était impossible en raison de l'occupation : Soc. 13 déc. 1978, *Bull. civ.* V, n° 853). Il incombe, le cas

échéant, à l'employeur d'établir qu'il était dans l'impossibilité de fournir à ses salariés non grévistes des « tâches supplétives en rapport avec l'exécution de leurs contrats de travail » alors qu'il avait été contraint d'arrêter le fonctionnement des installations pour des motifs de sécurité (Soc. 30 sept. 2005, *Dr. soc.* 2005. 589, obs. C. Radé, *Dr. ouvr.* 2006. 19, concl. J. Duplat). Il y a là, pour l'employeur, une forte raison d'exercer toute voie de droit propre à lui faire recouvrer la maîtrise des lieux de travail ou faire attester la cause d'exonération de ses obligations contractuelles à l'égard des salariés demeurés à sa disposition (v. *infra* sous arrêt n° 210).

S'il ne parvient pas à maintenir l'activité ou ne tente pas de créer les conditions d'une poursuite de la production de biens ou de services, cet employeur s'expose à une recherche de responsabilité contractuelle par ses clients ou usagers. La Cour de cassation a d'abord été réticente à admettre que la grève l'exonère, dans la mesure où cet événement réunit rarement tous les caractères classiques de la force majeure : il n'est pas extérieur à l'entreprise du débiteur, du moins si l'on s'en tient à une conception matérielle de l'extériorité, il n'est jamais imprévisible, il n'est pas toujours irrésistible et insurmontable dans la mesure où la négociation est de nature à prévenir ou résoudre le conflit ouvert (v. : Civ. 30 juin 1953, *D.* 1963. 642 ; 7 mars 1966, *JCP* 1966. II. 14878 ; Com. 21 nov. 1967, *D.* 1968. 279, note H. Sinay ; v. aussi sur le terrain de la responsabilité délictuelle de l'employeur, gardien d'un paquebot à bord duquel l'équipage se met en grève : Ch. mixte 4 déc. 1981, *D.* 1982. 369, concl. J. Cabannes). Une entreprise publique peinerait à convaincre qu'un acte de l'autorité de tutelle, à l'origine du mouvement de grève, devait l'exonérer comme fait d'un tiers ou « du prince » (Soc. 15 avril 1970, *D.* 1971. 107, concl. P. Melottée).

Dans son champ d'application, le régime de la grève dans les services publics, avec l'obligation de préavis, ne devait-il pas exclure toute idée d'imprévisibilité, sinon d'irrésistibilité, de la grève ? La Cour de cassation allait pourtant admettre, en situant la force majeure dans la cause du mouvement, l'exonération d'EDF placée dans l'impossibilité de fournir ses clients dans des conditions normales en raison de grèves de son personnel réagissant à un refus d'augmentation de salaires qui résultait de décisions gouvernementales (Ch. mixte 4 févr. 1983, trois arrêts, *Dr. soc.* 1983. 627, note G. Viney, *D.* 1984. IR. 165, obs. J. Goineau ; comp. : Civ. 1^{re} 24 janv. 1995, *D.* 1995. 327, note G. Paisant : dans la mesure où la grève affectant EDF concernait l'ensemble du secteur public et visait la politique salariale du gouvernement l'événement présentait, pour cet employeur, un caractère d'extériorité). Elle devait raisonner de manière analogue pour admettre l'exonération de la SNCF, placée dans l'incapacité de transporter des

automobiles dans les conditions convenues avec des constructeurs par une grève déclenchée, non pour soutenir des revendications concernant l'entreprise publique, mais pour contester des projets gouvernementaux relatifs à la protection sociale, et à propos desquels elle n'avait aucune qualité pour négocier avec les grévistes ni satisfaire leurs revendications (Soc. 11 janv. 2000, *Dr. soc.* 2000. 404, note A. Cristau). Par ailleurs, si le préavis obligatoire n'a pas été déposé, la Cour trouve dans ce déroulement du mouvement les raisons de retenir une cause étrangère exonérant l'employeur à l'égard de ses cocontractants (Civ. 1^{re} 6 oct. 1993, *JCP* 1993. II. 22154, note Ph. Waquet ; 11 juin 1996, *Dr. soc.* 1997. 377, note P.-H. Antonmattéi). Il n'empêche, même si les chances d'une exonération de responsabilité contractuelle ne sont plus négligeables, l'employeur a tout intérêt à tenter de maintenir l'activité, ou en tout cas d'exécuter ses contrats. Ne serait-ce que pour plaider utilement, en cas d'échec, l'irrésistibilité de la grève.

2. L'employeur peut tenter de maintenir tout ou partie de l'activité productive avec des salariés non grévistes. Il peut leur confier des tâches incombant, en temps ordinaire, à des grévistes, et ceux, parmi ces derniers, qui prétendraient s'opposer à ce remplacement commettraient une faute lourde (Soc. 12 janv. 1983, *D.* 1984. 354, note N. Decoopman ; 9 févr. 1984, *JS UIMM* 1984, n° 453, p. 345). Mais il ne peut verser à ces non-grévistes une rémunération inférieure à celle qui leur est contractuellement due au prétexte qu'ils ont été affectés à des travaux différents de ceux qu'ils effectuent habituellement (Soc. 4 oct. 2000, *Bull. civ.* V, n° 313), ni leur payer un salaire réduit alors qu'ils ont travaillé selon l'horaire normal, au motif que la production s'est trouvée réduite en conséquence de la grève (Soc. 22 avr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 242). Si, plus généreux, il leur verse une prime en considération du surcroît de travail occasionné par l'absence de leurs collègues grévistes, cette mesure ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article L. 2511-1, al. 2 (Crim. 19 juin 1979, *Bull. crim.*, n° 217, *D.* 1980. IR. 88, obs. J. Pélissier ; Soc. 8 janv. 1981, *Dr. soc.* 1981. 435, 3^e esp., note J. Savatier). La discrimination apparaît si la tâche n'a pas été plus lourde que d'ordinaire (Soc. 15 oct. 1981, *Bull. civ.* V, n° 785 ; 2 mars 1994, *Bull. civ.* V, n° 75).

Le temps de production perdu par l'effet de la grève peut certainement être récupéré par les salariés non grévistes empêchés de travailler quand ils l'auraient dû (Soc. 30 nov. 1978, *Bull. civ.* V, n° 817). Il en va autrement pour les grévistes, puisque les heures perdues par suite de cette « interruption collective du travail » qu'est la grève dans l'entreprise ne figurent pas sur la liste de celles qui, selon l'article L. 3122-27 nouv. C. trav., « seules peuvent être récupérées », alors que l'employeur peut faire récupérer les heures perdues pour cause de

grève extérieure (transports, approvisionnement en énergie motrice : Soc. 16 janv. 1966, *Bull. civ.* IV, n° 10 ; 6 févr. 1980, *Bull. civ.* V, n° 108 ; 25 juin 1981, *ibid.*, n° 604 ; mais le salarié qui entendait suivre le mot d'ordre de grève nationale est en droit de refuser cette récupération : Soc. 30 mars 1971, *Dr. soc.* 1971. 547, note J. Savatier). La récupération par les grévistes ne peut être ni décidée par l'employeur, ni prévue par un accord de fin de conflit, serait-il conclu avec les syndicats représentatifs, car un tel accord ne serait pas plus favorable aux salariés que la disposition d'ordre public du code attachée à limiter cette pratique d'heures travaillées au-delà de la durée légale mais traitées comme des heures normales. En revanche, l'accord peut valablement prévoir un rattrapage, après reprise du travail, du temps non travaillé par les grévistes, sous forme d'heures supplémentaires (Soc. 25 avr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 330, *D.* 1980. IR. 24, obs. Ph. Langlois).

Libre de réorganiser son processus productif en ayant recours à la sous-traitance ou à des prestataires de services (Soc. 15 févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 143), l'employeur peut aussi, dans une certaine mesure, recourir à du personnel de remplacement. La faculté d'embaucher par contrat à durée indéterminée ne fait pas de doute (la reprise du travail des « titulaires » constituera une cause réelle et sérieuse de licenciement des « remplaçants »). En revanche, l'article L. 1242-6 nouv. C. trav. interdit de conclure un contrat à durée déterminée « pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif de travail », mais aussi de renouveler ou proroger à cette fin un contrat arrivé à son terme (Soc. 21 nov. 1984, *Bull. civ.* V, n° 445). La Cour de cassation estime que cette disposition interdit à La Poste (« exploitant public » autorisé, comme France Télécom par la loi du 2 juillet 1990 à « employer sous le régime des conventions collectives, des agents contractuels ») de recourir à des embauches sous contrat à durée déterminée « pour faire obstacle à l'exercice du droit de grève reconnu à ses agents comme aux salariés de droit privé », par exemple pour faire fonctionner un centre de tri provisoire en cas de grève (Civ. 1^{re} 19 mai 1998, *Dr. soc.* 1998. 848, obs. X. Prétot ; avant la réforme de 1990, le Conseil d'État avait adopté la position contraire en raison de la nécessaire continuité du service public : CE, Ass. 18 janv. 1980, *Syndicat CFDT des P. et T. du Haut-Rhin, Lebon*, p. 31, *D.* 1980. IR. 302, obs. P. Delvolvé). L'employeur peut cependant affecter un salarié régulièrement recruté sous contrat à durée déterminée avant le déclenchement de la grève (par exemple pour remplacer un salarié en congé de maladie) à une tâche habituellement confiée à un salarié désormais gréviste (Soc. 13 juin 2003, *JS UIMM* 2003, n° 677, p. 314, dans une affaire concernant aussi La Poste). L'article L. 1257-10 nouv. C. trav. contient, pour le recours aux travailleurs

temporaires, une disposition analogue à celle de l'article L. 1242-6, et la chambre criminelle a jugé qu'il n'interdisait pas d'employer, dans leur qualification professionnelle, des intérimaires arrivés en mission dans l'entreprise avant l'éclatement de la grève (Crim. 2 déc. 1980, D ; 1981. 346, note J. Pélissier).

Ces dispositions des articles L. 1242-6 et L. 1257-10 ne manifesteraient-ils pas la présence d'une règle implicite plus générale, c'est-à-dire d'un « principe général du droit du travail » (ou « principe fondamental en droit du travail ») excluant tout recours ponctuel au travail de nouveaux collaborateurs pour pallier l'incidence de l'exercice du droit constitutionnel de grève ? L'arrêt *Société Entremont* du 11 janvier 2000 (n° 209) écarte cette interprétation en énonçant que sous réserve des prohibitions prévues par ces articles, « il n'est pas interdit à l'employeur, en cas de grève, d'organiser l'entreprise pour assurer la continuité de son activité », et en admettant, en l'espèce, le recours d'un employeur au « concours bénévole » de tiers. Le pourvoi rejeté visait un arrêt rendu en matière de référé, mais la généralité de la formule convainc que la chambre sociale ne se borne pas à estimer qu'un trouble manifestement illicite n'était pas caractérisé. Elle affirme bien la licéité d'un procédé consistant, pour un employeur affecté par une grève de ses salariés, non pas à « payer de sa personne », mais à recourir aux services de tiers. Services bénévoles, certes, mais de tiers — des producteurs de lait — très directement intéressés à la poursuite de l'activité de cette entreprise de ramassage du lait, et qui d'ailleurs avaient proposé leur concours. La Cour a évité de se prononcer sur l'argument tiré, par les délégués syndicaux et le syndicat demandeurs, des dispositions visant le travail dissimulé (dissimulation d'emploi salarié par transformation des producteurs de lait en chauffeurs-routiers « préposés occasionnels de la société », ou activité à but lucratif de ces agriculteurs intéressés à la continuité du débouché de leur propre production ?). On devine que l'espèce était socialement fort délicate, mais la règle générale consacrée par cet arrêt n'est pas aussi « évidente » qu'il peut paraître, et moins encore la solution judiciaire à laquelle elle a pu aboutir en la circonstance. Reste que le droit positif paraît fixé.

D. — La suspension d'activité et la fermeture des locaux de travail

La langue du droit français ne possède pas de terme spécifique pour désigner la mesure consistant, pour un employeur, à fermer les locaux de l'entreprise ou de l'un de ses établissements, un atelier, un service, dans un contexte de conflit avec tout ou partie de son personnel,

spécialement en cas de grève. Un terme qui serait l'équivalent du *lock-out* anglais, dès lors utilisé par défaut (il a autrefois figuré dans une disposition réglementaire du Code du travail) et dans un flou certain. Parce qu'il n'existe pas, pour les employeurs, de « droit de lock-out » qui serait le pendant du droit de grève, ce terme venu d'ailleurs a une connotation péjorative. Son emploi, surtout dans le monde syndical, pour qualifier une mesure patronale entend souligner le caractère illicite de celle-ci. Ce n'est pas toujours le cas, cependant, et la Cour de cassation l'a dotée d'un régime jurisprudentiel, subtil peut-être, complexe en tout cas, tant les raisons de la mesure peuvent varier (tenir une grève en échec ou la briser, pratiquer une rétorsion, tirer les conséquences d'une quasi-impossibilité de poursuivre une production ou suspendre celle-ci parce qu'elle devient coûteuse, prévenir des incidents, etc.). En principe illicite — illicite en tout cas dans des circonstances comme celles de l'arrêt n° 202 — la mesure se trouve justifiée dans d'autres circonstances, ainsi qu'en témoignent les arrêts n° 200, n° 201 et n° 203.

1. L'arrêt *Société Lesieur* du 24 janvier 1968 (n° 202) ne décrit pas, dans son motif de rejet du pourvoi, la règle dont il fait application. Il met en œuvre une norme implicite d'illégalité ou illicéité du lock-out, que l'on tient pour règle de principe. L'analyse de la mesure litigieuse qu'il reprend des termes de l'arrêt d'appel est sévère, et il estime que se trouve ainsi justifiée la condamnation de l'employeur (qui avait « complètement fermé l'usine » dès connaissance de la décision des salariés de faire grève le lendemain) à indemniser deux de ses ouvriers de la perte de salaires entraînée par cette fermeture. Les juges du fond, relève la Cour, avaient constaté que la société, parce qu'elle avait pris une décision « au moins prématurée », ne pouvait prouver que l'établissement n'aurait pu fonctionner, ni même que les salariés demandeurs auraient fait grève. Est alors stigmatisé, sous cette « fermeture préventive », un « recours au lock-out, avec précipitation, à la seule annonce de la grève envisagée, dans le but de briser le mouvement en préparation ».

On peut considérer que cet arrêt applique et confirme ainsi une règle de principe, parce qu'il s'inscrit dans un courant nourri de décisions de la cour régulatrice. Certaines précisent qu'il y a, dans la fermeture que n'imposaient pas les circonstances, un manquement de l'employeur à son obligation contractuelle de fournir du travail à chacun de ses salariés ou de leur verser le salaire (ex. : Soc. 30 oct. 1952, *D.* 1953. 132 ; 8 janv. 1965, *JCP* 1965. II. 14438, note H. Sinay ; 26 janv. 1972, *Dr. soc.* 1972. 395 ; 5 juin 1973, *Bull. civ.* V, n° 360 ; 6 janv. 1984, *JS UIMM* 1984, n° 452 ; 5 nov. 1986, *JS UIMM* 1987, n° 482), ou bien un acte visant à priver les salariés de l'exercice de leur droit

constitutionnel de grève (Soc. 27 juin 1989, *Bull. civ. V*, n° 470 ; 4 juill. 1989, *JS UIMM* 1989, n° 520).

L'arrêt n° 202 condamne le lock-out préventif ou offensif, qui semble viser à intimider les salariés, grévistes éventuels, parfois à les frustrer de l'exercice du droit de grève (en se joignant à un mouvement de grève nationale) et qui ressemble à une figure inversée de la grève (v. aussi : Soc. 5 juin 1973, *préc.* ; 20 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 194 ; 27 juin 1989, *préc.* ; 4 juill. 1989, *préc.* ; 31 oct. 1989, *JS UIMM* 1989, n° 522, p. 534). Les salariés ont alors droit au salaire du jour ou des journées de fermeture ou à des dommages-intérêts réparateurs de leur perte.

Il en va de même en cas de lock-out défensif, qui répond au déclenchement de la grève ou le suit de peu, essentiellement en cas de débrayages ou de grève partielle de l'entreprise ou de l'établissement. La direction décide de suspendre l'ensemble des activités ou de fermer des ateliers ou services dont elle prétend qu'ils ne peuvent plus fonctionner normalement en raison d'une désorganisation ou de l'arrêt du travail d'un secteur de la production (ex. : Soc. 2 févr. 1966, *Dr. ouvr.* 1966, 127 ; 26 janv. 1972, *préc.* ; 28 juin 1972, *Bull. civ. V*, n° 470 ; 25 janv. 1978, *ibid.*, n° 60 ; 6 oct. 1983, *JS UIMM* 1984, n° 448 ; 6 janv. 1984, *préc.* ; 26 févr. 1992, *Bull. civ. V*, n° 126 ; 5 juill. 1995, *ibid.*, n° 232 : désarmement de navires de pêche en réaction à la grève des marins). Certains arrêts parlent d'une mesure « hâtive » ou d'une « manœuvre insolite, dilatoire, dangereuse » préférée à la négociation, ou d'une « riposte » illicite à l'exercice du droit de grève.

Mais la mesure illicite peut aussi être prise alors que le conflit s'achève, sous forme d'opposition de l'employeur à la reprise du travail. Il s'agit alors d'un lock-out de rétorsion (ex. : Soc. 29 janv. 1975, *Bull. civ. V*, n° 35 : suspension de tous les vols par une compagnie aérienne au moment où le personnel navigant allait reprendre le travail ; 26 févr. 1975, *ibid.* n° 96 ; 14 nov. 1984, *Dr. ouvr.* 1985, 441 ; 16 juill. 1987, *JS UIMM* 1987, n° 496 ; 7 févr. 1990, *Bull. civ. V*, n° 92). En revanche, il n'y a plus faute contractuelle mais mesure justifiée par une situation contraignante, donc exonération de la dette de salaires (v. *infra*, 2), si l'employeur ajourne la reprise de l'activité afin d'assurer une nécessaire remise en état ou en ordre des lieux et équipements de travail (Soc. 24 nov. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 822 ; 8 mai 1967, *D.* 1967, 567 ; 18 févr. 1982, *Bull. civ. V*, n° 111 ; rapp. : 1^{er} mars 1984, *Bull. civ. V*, n° 85).

Le contentieux à partir duquel s'est constituée et se consolide cette jurisprudence naît d'actions en référé (ex. : assignation d'un employeur par un syndicat devant le président du tribunal de grande instance statuant en référé) ou de demandes devant les prud'hommes tendant à obtenir le paiement de salaires ou le versement de dommages-intérêts

réparant la perte de salaires (les sommes allouées ont en principe cette nature : Soc. 23 oct. 1997, *RJS* 12/97, n° 1427), ou bien à faire déclarer la mesure illégale (le jugement rendu sur ce chef de demande indéterminé est susceptible d'appel : Soc. 9 nov. 1999, *RJS* 12/99, n° 1499). À lire les arrêts de la chambre sociale, l'employeur invoque volontiers la situation contraignante dans laquelle il s'est trouvé ou plaide la mesure de chômage technique. On est en présence d'un classique débat sur les conditions d'exonération d'un débiteur contractuel. L'employeur, énonce la Cour, « doit apporter la preuve d'une situation contraignante de nature à le libérer de son obligation de fournir du travail à ses salariés » (Soc. 7 févr. 1990, *Bull. civ.* V, n° 42), et nombre d'arrêts défavorables à sa cause relèvent qu'il n'établit pas cette « situation (ou nécessité) contraignante » (ex. : Soc. 20 mars 1985, 31 oct. 1989, 5 juill. 1995, *préc.*).

2. En jurisprudence, la mesure est justifiée si les circonstances font apparaître que l'employeur pouvait invoquer un mécanisme contractuel (exception d'inexécution ou force majeure) ou exercer son pouvoir de direction.

Il a été jugé que la fermeture était justifiée si les salariés pouvaient se voir reprocher une exécution défectueuse de leur contrat de travail sous couvert d'exercice du droit de grève, en pratiquant une action (débrayages très répétés, grève tournante ou grève-bouchon) visant ou tendant à désorganiser l'entreprise, c'est-à-dire une grève abusive (certaines décisions, antérieures à l'arrêt n° 196, parlent encore de « désorganisation de la production »). L'arrêt *Ateliers et chantiers de Dunkerque Bordeaux* du 31 mai 1967 (n° 201) illustre ce raisonnement, suivi en cela par d'autres décisions assez anciennes déjà (Soc. 3 juill. 1967, *Bull. civ.* IV, n° 541 ; 12 févr. 1969, *D.* 1969. 690 ; 26 févr. 1975, *Dr. soc.* 1975. 449, obs. J. Savatier ; 7 avr. 1976, *Bull. civ.* V, n° 189 ; 9 nov. 1978, *ibid.*, n° 754, *D.* 1979. IR. 226, obs. J. Pélissier). La faiblesse de ce fondement dans l'exception d'inexécution est qu'il ne saurait justifier la privation de travail et de salaire des non-grévistes, « cocontractants sans reproche ». Aussi la Cour de cassation a-t-elle approuvé des juges du fond de l'avoir écarté dans des hypothèses où le nombre de non-grévistes touchés était très significatif et où la fermeture d'ateliers sous prétexte de grève dans un autre service paraissait surtout dictée par la volonté de limiter les incidences financières de la situation (dès lors non contraignante). On songe, en particulier, à un arrêt concernant un conflit emblématique dans ce qui était alors la Régie nationale des Usines Renault (Soc. 10 janv. 1973, *D.* 1973. 453, note H. Sinay, *Dr. soc.* 1973. 433, obs. J. Savatier, *GA*, 2^e éd., n° 27). Les effets du mécanisme contractuel devraient donc être limités aux seuls grévistes (Soc. 4 avr. 1974, *Bull. civ.* V, n° 204).

Des arrêts plus récents puisent une justification de la fermeture dans l'existence d'une situation contraignante assimilée à la force majeure même si elle n'en réunit pas tous les caractères. L'employeur, auquel il appartient en cas de litige de rapporter la preuve de cet état de choses, se trouve alors, comme tout contractant placé dans une situation analogue, libéré de son obligation de fournir le travail, y compris aux salariés non grévistes. L'arrêt *Terju* du 18 janvier 1979 (n° 203) approuve les juges du fond d'avoir constaté « l'impossibilité dans laquelle s'était trouvée la société de fournir du travail » à un nombre élevé de non-grévistes, d'avoir admis que la soudaineté du déclenchement de la grève ne lui avait pas permis de la prévenir par la négociation et « qu'il y avait eu ainsi une situation contraignante équivalente en pratique pour l'employeur à une force majeure ». L'analyse ainsi inaugurée (v. cependant : Soc. 28 oct. 1957, *Bull. civ.* IV, n° 1016) a été reprise par des arrêts ultérieurs, parfois conduits à se prononcer sur le terrain de la mise en chômage technique, comme celle qu'impose la privation d'énergie motrice, des intempéries ou un cataclysme altérant les lieux de travail, etc.. La cohorte de ces arrêts est fournie (ex. : Soc. 27 janv. 1980, *Bull. civ.* V, n° 187 ; 17 mars 1983, *ibid.*, n° 174, *D.* 1984. IR. 166, obs. J. Goineau ; 28 avr. 1984, *JS UIMM* 1986, n° 479 ; 25 févr. 1988, *Bull. civ.* V, n° 135 ; 7 nov. 1990, *ibid.*, n° 518 ; 4 juill. 2000, *Dr. soc.* 2000. 1091, note A. Cristau). Bien entendu, illustrent tout autant cette ligne jurisprudentielle les décisions qui nient l'existence d'une situation contraignante (ex. : Soc. 20 mars 1985, *préc.* : grève seulement éventuelle ; 7 févr. 1990, *préc.* : fermeture en réaction à une grève d'une heure ; 11 mars 1992, *Bull. civ.* V, n° 168 ; 5 juill. 1995, *ibid.*, n° 232 ; 4 oct. 2000, *Dr. soc.* 2000. 1156, obs. J.-E. Ray ; 28 mars 2001, inédit). En effet, cette condition n'est pas remplie, et l'employeur doit donc payer les salaires ou réparer les préjudices causés par un « vrai lock-out », si la poursuite de l'activité était seulement plus difficile ou plus onéreuse (ex. : Soc. 5 juill. 1995, *préc.* : le mouvement de grève, s'il avait rendu l'exploitation des lignes très onéreuse et plus difficile, n'avait pas abouti à une désorganisation de l'entreprise, de sorte que la société d'armement maritime « ne s'était pas trouvée dans une situation contraignante » ; 6 mars 1986, *Bull. civ.* V, n° 80 ; l'arrêt précité du 10 janvier 1973 aboutissait au même résultat sur le terrain de l'exception d'inexécution). De même, si l'occupation des lieux de travail peut engendrer une situation contraignante (Soc. 16 juill. 1987, *JS UIMM* 1987, n° 496, p. 539), c'est dans la mesure où l'employeur a au moins tenté une action en justice (Soc. 8 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 253 ; 27 mai 1998, *ibid.*, n° 280 : la situation contraignante n'est caractérisée qu'à l'expiration du délai accordé par le juge pour évacuer les lieux). Par ailleurs, la présence de piquets de grève ne suffit pas à justifier la fermeture si elle n'em-

pêche pas de disposer des locaux (Soc. 26 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 126 : la mesure de fermeture « n'était qu'une riposte illicite à l'exercice du droit de grève »). Dans d'autres circonstances, enfin, il faut que l'employeur n'ait pu affecter les non-grévistes à d'autres postes de travail ou à des travaux de remplacement (v. déjà : Soc. 5 juin 1973, *préc.* ; 30 sept. 2005, *Dr. soc.* 2005. 589, obs. C. Radé, *Dr. ouvr.* 2006. 19, concl. J. Duplat) ou procéder à une simple réduction d'horaire.

Bien que certaines décisions aient parlé d'« impossibilité absolue », l'exigence jurisprudentielle reste en deçà d'une véritable force majeure. On ne peut dire, pour autant que le caractère abusif (grève désorganisatrice de l'entreprise) ou illicite du mouvement suffit à justifier une mesure de fermeture et à exonérer l'employeur de son obligation de payer les salaires aux non-grévistes ou aux grévistes qui se déclarent prêts à reprendre le travail. Au fond, on retrouve là encore l'idée de proportionnalité : la fermeture est licite si elle apparaît proportionnée à la gravité de la situation. Le motif d'un arrêt pourrait illustrer la démarche juridictionnelle gouvernée par ce critère : la grève totale du secteur de production de l'établissement de la Cogéma de La Hague ayant progressivement entraîné la paralysie des autres secteurs d'activité, l'employeur avait cependant attendu que le fonctionnement de l'entreprise soit bloqué pour recourir à la mise en chômage technique, aussi la cour d'appel a-t-elle pu estimer qu'il s'était alors trouvé dans une situation contraignante (Soc. 4 juill. 2000, *préc.*).

Cette idée n'est pas étrangère au troisième fondement que la Cour de cassation a pu reconnaître à une mesure de fermeture de l'entreprise en cas de conflit collectif : l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur (dont la manifestation, ici, confirme le dualisme du rapport d'emploi, qui est d'abord, mais n'est pas seulement, un rapport contractuel). L'arrêt fameux rendu le 2 décembre 1964, par ce qui était encore la section sociale de la chambre civile de la Cour, dans l'affaire *Chantiers de l'Atlantique* (n° 206) rejette le pourvoi formé contre un jugement prud'homal par des salariés, initialement demandeurs en paiement de deux jours de salaires, faisant valoir que « la fermeture d'un établissement n'est licite que lorsqu'elle est imposée par la force majeure ou que l'employeur est dans l'impossibilité absolue d'exécuter ses obligations par suite d'inexécution de leurs propres obligations par les employés ». À quoi la Cour répond, après avoir rappelé les constatations des premiers juges sur la situation tendue régnant dans un « établissement d'industrie lourde comportant un outillage moderne, d'utilisation délicate, parfois dangereuse », que « les mesures de fermeture tout à fait limitées et temporaires intervenues dans de telles circonstances ressortissaient des pouvoirs normaux et même des devoirs d'un employeur soucieux d'assurer un minimum de sécurité et d'ordre dans son entre-

prise à un moment où ceux-ci risquaient d'être tout à fait compromis par les conditions 'désordonnées et insolites' dans lesquelles le personnel accomplissait son travail et exerçait son droit de grève ».

On allait retrouver cette justification, dans une formulation plus sommaire (nécessité d'assurer l'ordre et la sécurité) ou franchement elliptique, dans quelques arrêts (Soc. 8 déc. 1977, *JS UIMM* 1988, n° 381, p. 57 ; 3 avr. 1979, *Bull. civ. V*, n° 299 ; 21 juill. 1981, *Jur. soc.* 1981, F 93 ; 21 mars 1990, *Bull. civ. V*, n° 131 ; 7 nov. 1990, *JS UIMM* 1991, n° 534, p. 24 ; pour une justification par une combinaison de considérations : Soc. 3 juill. 1967, *Bull. civ. IV*, n° 541). Mais l'abus dans l'exercice de cette faculté est concevable, par exemple si la mesure est hâtive alors que l'ordre et la sécurité ne sont pas compromis (Soc. 28 juin 1972, *Bull. civ. V*, n° 470). Le pouvoir de direction fonde aussi l'employeur à prendre des mesures de réorganisation de l'horaire afin de tenir compte de la baisse de la production et ne rémunérer que le travail utilement accompli par les salariés en grève (Soc. 1^{er} mars 1984, *Bull. civ. V*, n° 85, *D.* 1985. IR. 246, obs. J. Frosard : les salariés dénonçaient une sorte de lock-out à temps partiel pratiqué en réaction à des débrayages nombreux).

II. — Les actions en justice

210. Soc. 9 novembre 1982

Syndicat CGT de l'usine Trailor de Lunéville c. Mme Abadie et autres

(*Bull. civ. V*, n° 614 ; *D.* 1983. 531, note H. Sinay ; *JCP* 1983. II. 19995, concl. Gauthier ; *Dr. soc.* 1983. 175, note J. Savatier ; *Dr. ouvr.* 1983. 275, note F. Saramito)

ARRÊT

Vu la connexité, joint les 141 pourvois n°s 80-13.958 à 80-14.097 et 80-14.046 *bis*, formés avec les mêmes moyens par le Syndicat des métaux CGT de l'usine Trailor de Lunéville à l'encontre des jugements rendus en termes identiques par le tribunal d'instance de Lunéville le 7 mars 1980 au profit de Mme Abadie et de 140 autres salariés de cette usine ;

Sur les deux premiers moyens réunis :

Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué d'avoir condamné le Syndicat des métaux CGT de l'usine Trailor de Lunéville à indemniser Mme Abadie et 140 autres salariés de cette entreprise des salaires perdus par eux pendant une grève avec occupation, au motif que le syndicat avait participé aux actions des grévistes interdisant toute possibilité d'accès à l'usine, alors, d'une part, que le syndicat ne pouvait être condamné pour l'exercice abusif d'un droit qui était la prérogative individuelle de chaque salarié, et en tout cas sans qu'une faute lourde eût été relevée contre lui, et alors, d'autre part, que le syndicat, par l'approbation après

coup des atteintes des grévistes à la liberté du travail, ne pouvait être regardé comme ayant été à l'origine de celles-ci, et que le tribunal a dénaturé les documents de la cause en prétendant qu'ils établissaient que ces actions étaient imputables au syndicat ;

Mais attendu que *si la responsabilité civile d'un syndicat ne peut en principe être engagée à l'occasion de l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu, notamment du fait du préjudice indirect subi par des tiers, il en est autrement lorsque le syndicat a effectivement participé à des agissements constitutifs d'infractions pénales ou à des faits ne pouvant se rattacher à l'exercice normal du droit de grève* ; que les juges du fond ont retenu, par une appréciation des éléments de fait que, en l'espèce, *le syndicat avait agi de concert avec ceux qui avait commis les faits délictueux* ; qu'ils ont ainsi justifié leur décision ;

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est encore reproché au jugement attaqué d'avoir retenu la responsabilité entière du syndicat dans le dommage des salariés non-grévistes au motif que le refus de négocier de la direction n'était pas susceptible de justifier les abus commis dans l'exercice du droit de grève, alors que le syndicat avait soutenu dans des conclusions laissées sans réponse que les grévistes avaient été provoqués à commettre des abus par le refus de la direction d'accepter loyalement la négociation des revendications formulées, encourageant ainsi une part de responsabilité, et que le tribunal n'a pas recherché quel avait été le comportement de celle-ci ;

Mais attendu que le juge du fond a relevé, d'une part, que l'employeur n'avait pas opposé un refus de principe à la négociation, contrairement à ce qu'alléguait le syndicat et, d'autre part, que *le refus opposé par la direction aux propositions qui lui étaient faites s'expliquait par des considérations économiques, exclusives de toute intention de nuire, et n'était pas de nature à justifier à l'encontre des salariés non-grévistes des faits d'entrave à la liberté du travail* ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu qu'il est enfin reproché au tribunal d'avoir accordé des dommages-intérêts pour perte de salaire aux non-grévistes sans avoir constaté, d'une part, que ceux-ci s'étaient personnellement présentés au travail pendant les jours de grève et, d'autre part, sans répondre aux conclusions du syndicat faisant valoir que le préjudice par eux subi devait être estimé, déduction faite du profit qu'ils avaient retiré de la grève ;

Mais attendu qu'il ne résulte ni des conclusions du syndicat ni des énonciations du jugement que ces moyens, mélangés de fait et de droit, aient été invoqués devant les juges du fond ; qu'ils ne peuvent l'être pour la première fois devant la Cour de cassation ;

Par ces motifs :

Rejette les pourvois formés contre les jugements rendus le 7 mars 1980 par le tribunal d'instance de Lunéville.

211. Soc. 9 novembre 1982

Soc. Dubiegon-Normandie c. Syndicat CGT Dubiegon-Normandie et autres

(Bull. civ. V, n° 615 ; mêmes références qu'à l'arrêt précédent)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Dubiegon-Normandie ayant décidé l'installation d'hor-

loges pointeuses tant au restaurant d'entreprise que dans les ateliers, des ouvriers ont d'abord refusé de pointer ; puis se sont mis en grève ; que du 8 septembre au 8 novembre 1977, des piquets de grève ont interdit en usant de violence, l'entrée des non-grévistes et que des déprédations ont été commises à l'intérieur de l'entreprise ; que la société a demandé réparation des conséquences dommageables de ces agissements aux syndicats CGT et CFDT ainsi qu'aux délégués syndicaux MM. Gohan et Le Floch (CGT), Guihenneuf et Milpied (CFDT) ; que l'arrêt attaqué a déclaré ses demandes mal fondées ;

Attendu que la société fait d'abord grief à la cour d'appel d'avoir ainsi statué, au motif qu'aucune faute en relation avec le dommage n'était établie à l'encontre des syndicats ou des délégués syndicaux alors qu'elle a laissé sans réponse les conclusions imputant à faute aux syndicats la diffusion de consignes d'insubordination recommandant aux ouvriers de refuser de pointer, et que si la grève était licite à l'égard des salariés, les syndicats étaient en faute pour avoir lancé une revendication dépourvue de motif légitime ;

Mais attendu que la société avait demandé réparation des conséquences dommageables d'actes illicites commis au cours de la grève ; que la cour d'appel n'était donc pas tenue de répondre aux conclusions invoquant une faute des syndicats qui, antérieure au déclenchement de la grève, n'était pas à l'origine du dommage invoqué ; que, d'autre part, en déclarant la grève licite, elle a par là même exclu que les syndicats puissent être en faute pour y avoir incité ;

Attendu qu'il est encore reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que les syndicats n'avaient commis aucune faute alors qu'ils avaient reconnu dans un tract leur rôle d'organisateur des piquets de grève qui s'étaient rendus coupables de violences, d'avoir laissé sans réponse les conclusions invoquant l'envahissement des bureaux de la direction provoqué par un tract intersyndical et conduit par le secrétaire général de l'un des syndicats, et de n'avoir pas recherché au surplus si la responsabilité de ceux-ci n'avait pas été engagée directement ou indirectement par la participation à des actes de violence de certains de leurs membres dotés de fonctions représentatives, autres que les délégués syndicaux assignés ;

Mais attendu que les juges du fond ont exactement énoncé que *les syndicats et les délégués syndicaux ne pouvaient du seul fait de leur participation à l'organisation d'une grève licite être déclarés responsables de plein droit de toutes les conséquences dommageables d'abus commis au cours de celle-ci* ; qu'ils ont relevé qu'en l'espèce *si dans des tracts ou articles de presse versés aux débats, les syndicats s'étaient présentés comme les animateurs de la grève, on n'y relevait aucune faute en relation avec les dommages allégués, telle que incitations à des dégradations ou appropriations de matériels, à des violences ou à des entraves à la liberté du travail* ; que les noms des délégués syndicaux n'apparaissent pas dans les constats relatifs à l'action des piquets de grève ; qu'ils ont ainsi répondu aux conclusions dont ils étaient saisis et que le moyen, mélangé de fait et de droit, soutenant que la responsabilité des syndicats avait été engagée par les agissements de certains de leurs membres étant nouveau est, partant, irrecevable ;

Attendu, enfin, qu'il est fait grief à la cour d'appel d'avoir considéré que les délégués syndicaux et les syndicats étaient autorisés à maintenir, sans commettre de faute, des barrages aux portes de l'établissement ou à poursuivre l'exécution d'une journée « portes ouvertes » malgré l'interdiction résultant d'ordonnances de référé exécutoires sur minute, et de n'avoir pas recherché, comme elle y était invitée, si l'organisation de cette journée par les syndicats ne caractérisait pas leur contrôle total sur le chantier au cours de la grève ;

Mais attendu que, contrairement aux énonciations du moyen, l'arrêt attaqué n'a pas énoncé que le maintien des barrages ou l'organisation de la journée

« portes ouvertes » en violation des décisions de justice n'avaient pas été fautifs, mais seulement que la présence dans les piquets de grève des délégués syndicaux assignés n'avait pas été établie, et que la journée « portes ouvertes » n'avait entraîné aucun dommage, excluant ainsi que l'organisation de cette journée ait pu établir la responsabilité des syndicats dans les agissements fautifs et dommageables des grévistes ;

D'où il suit que le premier moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir retenu aucune faute à l'encontre des syndicats, alors que, dès l'instant qu'ils avaient revendiqué la conduite et l'animation du mouvement de grève, il leur incombait au moins de mettre en œuvre les moyens dont ils pouvaient disposer pour prévenir les atteintes à la liberté du travail et éviter les déprédations, et que la cour d'appel aurait dû rechercher s'ils ne s'étaient pas fautivement abstenus, soit de donner des consignes de prudence, soit, à supposer que le contrôle de la grève leur eût échappé, de désavouer les violences commises ;

Mais attendu que les juges du fond ont énoncé que *les syndicats n'étaient pas les commettants des grévistes, que ceux-ci exerçaient individuellement le droit de grève, et qu'il n'apparaissait pas que les syndicats aient, par instructions ou par tout autre moyen, commis des fautes en relation avec les dommages invoqués* ; qu'ils ont ainsi répondu en les rejetant aux conclusions, les abstentions imputées à faute aux syndicats n'ayant pu être en relation directe avec les dommages ; que le second moyen n'est pas davantage fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 30 octobre 1980 par la cour d'appel de Rennes.

212. Soc. 21 juin 1984

Lopez et autres c. Soc. La Générale Sucrière

(*Bull. civ. V*, n° 263 ; *Dr. soc.* 1985. 15, note J. Savatier)

ARRÊT

Sur le premier moyen :

Attendu que l'arrêt attaqué, infirmant une ordonnance de référé du président du tribunal de grande instance qui avait été saisi par la société La Générale sucrière aux fins d'expulsion d'ouvriers grévistes occupant sa succursale de Marseille, a fait droit à la demande ; que M. Lopez et sept autres salariés dont l'expulsion a été ordonnée font grief à la cour d'appel d'avoir dit que le juge saisi était compétent, alors que l'article L. 511-1 du Code du travail donnant compétence au conseil de prud'hommes pour connaître des différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les employeurs et les salariés qu'ils emploient, la compétence du juge des référés du conseil de prud'hommes était obligatoire et exclusive de toute autre ;

Mais attendu que la Cour, juridiction d'appel tant à l'égard du conseil de prud'hommes que du tribunal de grande instance, était fondée à statuer sur le litige dont elle était saisie par l'effet dévolutif de l'appel ; que sa décision se trouve justifiée ;

Sur le second moyen :

Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir estimé qu'il convenait

de faire cesser le trouble manifestement illicite résultant du comportement des grévistes qui entravaient la liberté du travail des autres salariés, sans avoir à rechercher si ce comportement constituait en outre une atteinte au droit de propriété ou s'il entraînait un préjudice matériel pour l'employeur, alors que c'est seulement en excipant d'une voie de fait constitutive d'une atteinte à son droit de propriété que la société pouvait demander l'expulsion des occupants de l'usine et non pour atteinte à la liberté du travail des autres salariés ;

Mais attendu que l'employeur demandait qu'il soit mis fin au préjudice personnel résultant des entraves qui l'avaient empêché d'exercer son industrie ; que les juges d'appel, après avoir relevé que les grévistes interdisaient l'entrée de l'usine à quiconque, notamment au directeur et au personnel non gréviste, ont exactement énoncé que *le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise* ; qu'ils ont ainsi constaté *le caractère manifestement illicite du trouble invoqué* ;

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

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 15 novembre 1982 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

213. Soc. 19 décembre 1990

Soc. des Kaolins du Finistère c. Union locale des syndicats CGT du Huelgoat et autres

(*Bull. civ. V, n° 698*)

ARRÊT

Sur le premier moyen, attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes 7 févr. 1989), que la majorité du personnel de la société des Kaolins du Finistère s'est mise en grève le 27 novembre 1984 ; que quinze salariés ont occupé le réfectoire de l'entreprise jusqu'à ce que soit ordonnée leur expulsion par ordonnance de référé du 30 novembre 1984 ; que, par ailleurs, diverses voies de fait (ouverture des vannes commandant la retenue d'eau, démontage des canalisations, etc.) commises au cours de la grève, ont entravé la liberté du travail et mis l'entreprise hors d'état de fonctionner ;

Attendu que la société a demandé la condamnation solidaire de la section syndicale de la société des Kaolins du Finistère, de l'Union locale des syndicats CGT du Huelgoat et de sept salariés grévistes à la réparation du dommage qu'elle avait subi ;

Attendu que la société fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré irrecevable la demande formée contre la section syndicale alors que, selon le moyen, d'une part, une section syndicale accède à la personnalité morale si elle se constitue, comme l'avait reconnu le tribunal pour le syndicat CGT des Kaolins de Berrien, en syndicat d'entreprise ; qu'en isolant la formule « section syndicale », contenue dans l'article 7 des statuts, sans s'expliquer sur l'article 11, consacré à la rubrique « le Bureau » et définissant tant l'organe du syndicat d'entreprise que ses moyens d'expression propres, ce que corroboraient au surplus la dénomination retenue « syndicat CGT des Kaolins de Berrien » et son rôle d'interlocuteur direct de la société des Kaolins du Finistère, l'arrêt attaqué a dénaturé par tronquage les articles 7 et 11 des statuts dudit syndicat et violé les articles 1134 du Code civil, L. 411-10 et L. 412-6, modifié par la loi du 28 octobre 1982, du Code du travail ;

alors que d'autre part, en se bornant à affirmer que le syndicat CGT des Kaolins de Berrien, qui avait régulièrement déposé ses statuts, n'aurait ni organe d'expression propre ni volonté collective distincte de celle du syndicat dont il émane, savoir l'Union Locale des syndicats CGT du Huelgoat, laquelle n'avait ni participé à l'organisation de la grève, ni engagé sa Responsabilité dans les conséquences dommageables des abus commis au cours de celle-ci, sans rechercher dans quelles conditions s'était créé en 1981 le syndicat d'entreprise, issu de la section syndicale, l'arrêt attaqué n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 411-1, L. 411-10 et L. 411-6 modifié du Code du travail ;

Mais attendu en premier lieu que la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les statuts, du syndicat CGT des Kaolins de Berrien, a exactement décidé que *la section syndicale d'entreprise créée par ce syndicat n'ayant ni organe d'expression propre ni volonté collective distincte du syndicat dont elle émane, n'avait pas la personnalité civile ;* que le premier grief n'est pas fondé ;

Et attendu, en second lieu, que l'action ayant été introduite à l'encontre de la section syndicale seule, et non à l'encontre du syndicat CGT des Kaolins de Berrien, qui n'a pas été assigné, le moyen, en sa seconde branche, est inopérant ;

Sur le second moyen pris en sa première branche :

Attendu que la société reproche aussi à l'arrêt d'avoir rejeté son action en responsabilité dirigée contre l'Union Locale des syndicats CGT du Huelgoat, alors que, selon le moyen, la responsabilité des syndicats est engagée, dès lors que ses dirigeants ont incité les salariés à commettre des agissements illicites, constituant un abus du droit de grève ;

Qu'en passant sous silence la circonstance, spécialement invoquée par les conclusions de la société des Kaolins du Finistère, que M. Gardet cumulait les fonctions de secrétaire général de l'Union Locale CGT et du syndicat des Kaolins de Berrien, et en cherchant à dissocier les deux organisations bien qu'ayant affirmé que la seconde ne serait qu'une émanation de l'Union locale, pour mettre hors d'atteinte d'une action judiciaire, faute de personnalité morale, celle fonctionnant au sein de l'entreprise et dénier la participation effective de l'autre à l'abus de grève, l'arrêt attaqué, qui relève en définitive des agissements illicites de leur dirigeant commun ayant entraîné d'autres salariés à commettre des voies de fait, au lieu de les modérer, a privé de tout fondement légal, au regard des articles 1382 du Code civil et L. 411-1 du Code du travail, le refus de réparation opposé à la société des Kaolins du Finistère.

Mais attendu que, d'une part, *les grévistes, même lorsqu'ils sont représentants du syndicat auprès de l'employeur ou des organes représentatifs du personnel au sein de l'entreprise, ne cessent pas d'exercer individuellement le droit de grève et n'engagent pas, par les actes illicites auxquels ils peuvent se livrer, la responsabilité des syndicats auxquels ils appartiennent ;* que d'autre part, la cour d'appel a relevé que *la preuve n'était pas rapportée que l'Union locale des syndicats CGT du Huelgoat avait, de quelque façon que ce soit, participé à l'organisation de la grève ni aux abus commis au cours de celle-ci ;* qu'il s'ensuit que le moyen, en sa première branche, ne saurait être accueilli ;

Sur le second moyen pris en ses troisième et quatrième branches ;

Attendu que la société fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son action en responsabilité dirigée contre MM. Lochou, Le Roux, Louedec, Lozach, Cam et Jacq alors que, selon le moyen, d'une part, chacun des coauteurs d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, peu important leurs rôles respectifs n'affectant pas le caractère et l'étendue de leurs obligations vis-à-vis de la partie lésée ; que la participation de MM. Jacq, Le Roux, Lochou, Louedec, Lozach et Cam à une grève abusive, destinée à mettre l'usine hors d'état de fonctionner, étant constatée, l'indivisibilité nécessaire de ces agissements, même si leur

concertation n'a pu être exactement reconstituée, impliquait leur responsabilité entière et *in solidum*, de telle sorte que le refus de réparation opposé par l'arrêt attaqué à la société des Kaolins du Finistère est entaché d'un manque de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors que, d'autre part, l'arrêt attaqué n'a pu, sans contradiction de motifs, accorder une impunité à ces six salariés, étant constaté que la participation à la grève ne s'était pas accompagnée d'entraves pour les salariés non grévistes, tout en relevant simultanément que les voies de fait commises tendaient à mettre l'usine hors d'état de fonctionner, ce qui portait atteinte au droit au travail des non grévistes ; que cette contradiction équivaut à un défaut de motifs et entraîne une violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel, qui n'a pas constaté le caractère abusif de la grève à laquelle avaient participé les salariés mis en cause par leur employeur, s'est bornée à relever l'existence d'actes illicites commis au cours du conflit ;

Attendu, en second lieu, que *la responsabilité d'un salarié participant à une grève ne peut être engagée qu'à raison du préjudice découlant directement de sa participation personnelle à des actes illicites commis pendant l'arrêt du travail* ; qu'après avoir constaté qu'aucune preuve n'était rapportée du rôle joué par les salariés mis en cause par l'employeur dans les voies de fait perpétrées au cours du conflit et qu'ils s'étaient bornés à occuper le réfectoire, sans aucune entrave à la liberté du travail des non-grévistes, jusqu'au jour où leur expulsion avait été ordonnée, la cour d'appel a, sans encourir les griefs des troisième et quatrième branches du moyen, légalement justifié sa décision ;

Sur le second moyen pris en sa deuxième branche :

Attendu que la société reproche enfin à l'arrêt d'avoir écarté la responsabilité de M. Gardet alors que, selon le moyen, l'abus du droit de grève ouvre droit à réparation à l'entreprise qui en est victime, peu important que les auteurs de certains agissements soient demeurés inconnus ; que ce droit à réparation est indépendant du degré de gravité de la faute des auteurs identifiés ; qu'ayant relevé à la charge de M. Gardet des agissements fautifs, l'arrêt attaqué, sans du reste préciser en quoi il se serait dépouillé de ses fonctions cumulatives de dirigeant des deux organisations syndicales, ne l'a exonéré de toute responsabilité dans les excès commis, sur les affirmations inopérantes que les auteurs des agissements les plus graves n'auraient pas été identifiés et que les seules voies de fait reconnues par lui n'avaient pu avoir une incidence notable sur la désorganisation de l'entreprise et ses pertes de production, qu'au prix d'une méconnaissance de l'indivisibilité de faits ayant rendu abusive la grève et du nécessaire lien de causalité entre les excès commis et les dommages subis par la société des Kaolins du Finistère ; qu'ainsi le débouté de celle-ci est entaché d'un manque de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu qu'en jugeant que *les agissements fautifs reprochés au salarié n'avaient pas eu d'incidence sur la perte de production dont il était demandé réparation*, la cour d'appel a constaté l'absence de lien de causalité et ainsi légalement justifié sa décision ; que le grief n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

Condamne la société des Kaolins du Finistère, envers les défendeurs, aux dépens et aux frais d'exécution du présent arrêt.

OBSERVATIONS

On a déjà suggéré (*supra*, sous arrêts n° 206 à 209) que l'employeur pouvait avoir une excellente raison de saisir le juge des référés en cas d'occupation ou de « piquetage » : pour être libéré de sa dette de salaires à l'égard de non-grévistes. Mais la direction de l'entreprise peut, tout simplement, souhaiter retrouver la maîtrise de ses locaux et équipements. Les actions en justice à cet effet (A) semblent, aujourd'hui, plus banales que les actions en dommages-intérêts dirigées contre une organisation syndicale, des délégués ou des salariés ordinaires grévistes, par un employeur, voire par un autre ou des salariés qui s'estiment victimes du mouvement et dont l'action indemnitaire sera aussi évoquée ici (B).

A. — Les actions tendant à la libération des lieux de travail

1. L'occupation des lieux de travail par les grévistes, surtout au-delà des heures normales du travail, paraît d'abord excéder ce qu'autorise le droit de grève et constituer une action attentatoire à la propriété d'autrui (le fait de pénétrer et se maintenir sur le fonds contre la volonté de son propriétaire, même s'il n'y a pas prétention à sa propriété). Mais cette opinion n'est pas celle de tous les juges appelés à connaître de cette question.

Celle-ci se pose principalement dans deux types de contentieux. Il y a, d'une part, un classique contentieux prud'homal, lorsqu'un gréviste licencié pour faute lourde en raison de son rôle dans une occupation conteste son licenciement, ou encore lorsqu'un non-gréviste réclame l'indemnisation d'une perte de salaire entraînée par une fermeture que son employeur justifie en invoquant la « situation contraignante » créée par une occupation des lieux. Il y a, d'autre part, un contentieux « à chaud », lorsqu'un employeur assigne des occupants ou (et) un syndicat devant le président du tribunal de grande instance statuant en référé, afin d'obtenir l'expulsion ou la levée de tout autre obstacle (piquets de grève, barrage) à l'utilisation normale des lieux et au travail des non-grévistes déclarés ou supposés.

L'arrêt *Soc. Générale Sucrière* du 21 juin 1984 (n° 212) a été rendu dans un contentieux du second type, mais il présente un intérêt pour l'ensemble de la question de la licéité de l'occupation des lieux de travail accessoirement à la grève, d'autant plus que les décisions de la Cour de cassation sont peu nombreuses en la matière. Il affirme clairement, en effet, que le droit de grève ne permet pas aux grévistes de « disposer arbitrairement » des locaux de l'entreprise. Certaines formes d'occupation - occupation partielle, sans entrave au travail des

non-grévistes et à l'activité des membres de la direction, par exemple — pourraient donc relever de « l'usage normal du droit de grève » au sens de l'article L. 1132-2, al. 2 C. trav. : les occupants ne disposeraient pas des locaux. Et ne faut-il pas admettre que l'occupation n'est pas arbitraire lorsqu'elle vise à obtenir l'ouverture d'une négociation ou à prévenir un « déménagement » des équipements de l'entreprise en contexte de grève conter un projet de délocalisation ?

La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion d'aller jusque-là, ou n'a pas voulu le faire. Elle a seulement considéré que la participation à une occupation limitée au temps de travail (« grève sur le tas ») ne constituait pas une faute lourde justifiant le licenciement (Soc. 29 mai 1953, *Dr. soc.* 1953. 410, *GA*, 2^e éd., n° 17 ; 20 janv. 1956, *Dr. soc.* 1956 ; 11 févr. 1960, *D.* 1960. 603 ; 9 oct. 1963, *Bull. civ.* IV, n° 667 ; v. aussi : Soc. 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 361 : pas de faute lourde du gréviste participant à l'occupation dès lors que l'atteinte alléguée à la liberté du travail n'est pas établie). Elle a d'ailleurs estimé qu'un état de grève justifiait la tenue de réunions dans l'entreprise au-delà de ce que permettent les articles L. 2142-10 et 11 nouv. C. trav. (Soc. 8 nov. 1988, *Bull. civ.* V, n° 575, *D.* 1989, *Somm.* 205, obs. J. Frossard). En revanche, la participation volontaire à une occupation qui se poursuit au-delà de la durée journalière du travail peut constituer une faute lourde (Soc. 6 déc. 1956, *Dr. soc.* 1957. 33 ; 1^{er} févr. 1978, *Bull. civ.* V, n° 73). Cette qualification paraît certaine si cette poursuite de l'occupation fait fi d'une ordonnance d'évacuation (Soc. 30 avr. 1987, *Bull. civ.* V, n° 238). Elle semble exclue si l'occupation est partielle ou symbolique et ne s'accompagne pas d'entrave à la liberté du travail ou de blocage de toute activité (Soc. 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 361 ; 26 févr. 1992, *ibid.*, n° 124 ; 1^{er} mars 1994, *JS UIMM* 1994, n° 572, p. 185 ; sur l'occupation et la caractérisation de la faute lourde, v. aussi arrêts cités *supra*, sous arrêt n° 199).

2. L'arrêt n° 212 enseigne que, pour la chambre sociale, une occupation continue avec interdiction faite à quiconque (directeur et salariés non grévistes) de pénétrer dans l'usine, empêchant l'employeur « d'exercer son industrie », constitue un trouble manifestement illicite, au sens de l'article 809 du Code de procédure civile, qu'il appartient au juge des référés de faire cesser. La Cour a jugé qu'il en était de même en cas d'occupation des lieux par une partie du personnel en grève entravant la liberté du travail (Soc. 17 mai 1977, *D.* 1977. 645, note A. Jeammaud, *Dr. ouvr.* 1977. 467, note G. Lyon-Caen, *Dr. soc.* 1978. 119, note J. Savatier, *RTD civ.* 1977, 602, obs. J. Normand), ou d'occupation d'une usine d'incinération par du personnel d'exécution faisant courir un risque pour la sécurité et la salubrité publiques (Soc. 26 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 125 ; v. aussi : Soc. 5 janv. 1979,

Bull. civ. V, n° 13, occupation des locaux d'une société avec organisation de visites payantes du musée automobile installé dans les lieux). Si une astreinte accompagne l'injonction judiciaire d'évacuer les lieux ou lever les barrages, le juge ne saurait la mettre à la charge de syndicats sans expliquer en quoi ces organisations sont impliquées dans l'action illicite (Soc. 22 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 174).

Pourtant, à considérer la pratique des tribunaux de grande instance et des cours d'appel, l'expulsion n'a rien de systématique, en tout cas depuis une trentaine d'années. Et cela en considération de la diversité des situations d'espèce comme pour des raisons de droit.

Si certains juges ordonnent sans hésitation l'expulsion des grévistes, d'autres mettent en avant des considérations de droit procédural pour ne pas accorder parfaite satisfaction à l'employeur requérant : défaut d'urgence, impossibilité de prendre une décision à l'encontre de personnes autres que les quelques délégués et salariés assignés en référé. L'arrêt *Société Férodo* du 17 mai 1977 (*préc.*), tout en excluant une expulsion sur simple requête, donc sans débat contradictoire, a suggéré de joindre procédure de référé contre des animateurs du mouvement et procédure sur requête contre tous les autres occupants (dans le même sens : Soc. 15 févr. 1979, *Bull. civ.* V, n° 143 ; 23 juin 2004, *ibid.*, n° 180). L'engagement d'une procédure en référé aux fins d'expulsion des occupants ou de libération de l'accès au site ou aux locaux supposant souvent que l'employeur sollicite un huissier afin de faire procéder à des constatations sur les lieux, la chambre sociale a eu l'occasion d'imposer quelques bornes à l'intervention de cet officier ministériel : il excéderait ses pouvoirs en demandant à des salariés de décliner leur identité et d'enlever des véhicules faisant barrage à des livraisons (Soc. 2 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 69), et s'il peut procéder à des auditions de personnes présentes sur les lieux, c'est, à peine de nullité de ses procès-verbaux, dans le seul but d'éclairer ses constatations matérielles (Soc. 28 avr. 2006, *Bull. civ.* V, n° 153).

L'appréciation de l'existence d'un trouble manifestement illicite relève du pouvoir des juges du fait, même s'il ne s'agit pas d'un pouvoir souverain (Soc. 26 sept. 1990, *Bull. civ.* V, n° 387, et bien d'autres arrêts hors domaine de la grève) encore que la Cour de cassation ait été un temps d'une opinion contraire (Soc. 3 déc. 1986, *Dr. ouvr.* 1986. 72, à rapprocher d'un arrêt d'Assemblée plénière en matière de suspension de préavis de grève : 4 juill. 1986, *D.* 1986. 477, concl. F. Bouyssic, note J.-E. Ray ; mais la Cour est aujourd'hui favorable à un certain contrôle du juge de cassation sur cette qualification de l'art. 809 C. pr. civ. : Ass. plén. 28 juin 1996, *D.* 1996. 497, concl. J.-F. Weber, note J.- M. Coulon).

Certains juges reconnaissent une certaine légitimité à l'occupation, dès lors qu'elle est conduite sans violence physique et que l'employeur

tarde à ouvrir une négociation ou refuse de négocier. Le choix de certains juges des référés est de subordonner une ordonnance d'expulsion à l'ouverture de négociations, voire de désigner un mandataire de justice chargé de l'éclairer sur l'origine du conflit ou de réunir les protagonistes dans une tentative de négociation, puis de constater leur éventuel accord (d'abord dénommé « conciliateur » ou « médiateur » par la pratique, ce tiers mandaté par le juge est désormais un médiateur au sens des art. L. 131-1 et s. C. pr. civ. créés en 1996). La Cour de cassation ne paraît pas hostile à cette méthode, qui fait du juge judiciaire l'un des acteurs d'un règlement des conflits collectifs distinct de ceux que proposent les articles L. 2521-1 et s. nouv. C. trav. (v. hors d'une hypothèse de demande d'expulsion d'occupants : Soc. 26 juill. 1984, *Dr. soc.* 1985. 118, note J. Savatier : admission de la désignation en référé et à la demande d'organisations syndicales, d'un « expert » chargé de recueillir tous renseignements sur l'ampleur et l'origine d'une grève, ainsi que sur les moyens de mettre fin au conflit).

3. Muni d'une ordonnance d'expulsion des occupants de l'entreprise, de dispersion des piquets de grève ou de levée d'autres obstacles, donc d'un titre exécutoire, l'employeur ne pourra pas toujours, si les salariés n'exécutent pas volontairement cette décision de justice en mettant fin à cette forme d'action, en obtenir l'exécution forcée. Selon le Conseil d'État, en effet, l'autorité administrative a le devoir d'apprécier les conditions d'une telle exécution et « le droit de refuser le concours de la force publique tant qu'elle estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité » (l'ordre en question est l'ordre dans la rue), mais le préjudice pouvant résulter d'un refus durable, naissant d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques, doit être réparé par l'État, dont la responsabilité (objective) se trouve ainsi engagée (CE 3 juin 1939, *La Cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles*, *D.* 1938. 3. 65, note J. Appleton ; *Dr. soc.* 1938. 241, concl. Dayras ; 17 févr. 1988, *Soc. Du vignacq et autres, Lebon*, p. 70, excluant en revanche toute responsabilité de l'État à l'égard de personnes autres que celles au profit desquelles l'ordonnance a été rendue, notamment de salariés non-grévistes ; v. aussi : CE 6 mai et 13 mai 1991, *Sociétés Citroën*, *Dr. soc.* 1991. 940, concl. M. Denis-Linton, réservant des sorts différents à deux demandes d'indemnisation en raison d'une différence de durée d'inaction de l'autorité de police). On notera que, dans la mesure où la responsabilité civile de l'État est recherchée à raison de dommages résultant de « crimes et délits commis à force ouverte ou par violence par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés soit contre les personnes, soit contre les biens », l'action de l'employeur relève de la compétence judiciaire (T. confl. 22 avr. 1985, *Soc. Talbot*

et autres et Soc. Transauto et autre, Dr. soc. 1985. 545, concl. B. Genevois).

B. — La recherche de responsabilités

1. Un conflit collectif du travail, spécialement lorsqu'il se manifeste par une grève, peut être le cadre d'agissements incriminés par le Code pénal (du délit d'entrave à la liberté du travail, à celui de séquestration, en passant par celui de détérioration de marchandises, matériel ou instruments de travail, sans revenir sur les infractions protégeant le droit syndical qui peuvent être commises par l'employeur ou un dirigeant de son entreprise). La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu un certain nombre d'arrêts qui éclairent sur les contours ou les conditions de poursuite de ces infractions en contexte de conflit du travail.

On rappellera seulement l'un de plus récents, confirmatif d'une jurisprudence constante. Pour la chambre criminelle, l'incrimination de l'entrave à la liberté du travail de l'article L.431-1 du Code pénal « a pour seul objet la protection de la liberté du travail », et ne saurait donc être accueillie la constitution de partie civile d'une société exploitant un hypermarché contre des grévistes qui avaient installé des barrages devant les entrées de l'établissement, empêchant ainsi les salariés non grévistes d'accéder à leur travail et contraignant la direction à la fermeture, dès lors que cette action civile visait à obtenir réparation du préjudice causé par cette fermeture, c'est-à-dire d'une conséquence indirecte de l'infraction (Crim. 23 avr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 994, note F. Duquesne ; v. déjà : 27 nov. 1979, *Bull. crim.*, n° 399, *D.* 1980. IR. 345, obs. Ph. Langlois ; 2 oct. 1980, *Dr. soc.* 1981. 144, note G. Lyon-Caen, et note J. Savatier p. 147 ; 15 mai 1987, *Bull. crim.*, n° 198 ; *D.* 1989, Somm. 208, obs. Y. Mayaud). Seule est recevable l'action civile de personnes dont le travail a été empêché (Crim. 16 déc. 1982, *Dr. soc.* 1983. 182). L'employeur ne peut donc utilement réclamer réparation d'un préjudice lié à un mouvement de grève qu'en assignant devant les juridictions civiles un ou plusieurs syndicats, un ou plusieurs de ses salariés (ou ex-salariés). Mais une action en responsabilité civile peut aussi être introduite par un ou des salariés non grévistes, qu'on suspectera parfois d'être inspirés par l'employeur, tant cette démarche a longtemps paru insolite.

Ces actions en responsabilité civile contre des syndicats ou des grévistes, rarissimes pendant quelques décennies mais réapparues dans les années 1970, suscitent deux grandes questions. Celle, pratique, de l'identification du préjudice réparable alors qu'il est de la nature de la grève d'être dommageable, en tout cas pour l'employeur. Celle, de

politique du droit, de la pertinence du droit commun des contrats et de la responsabilité civile pour déterminer les conditions de réparation de dommages dans un tel domaine, en rapport avec l'exercice d'un droit constitutionnellement reconnu.

En un temps où l'on était plus sensible qu'aujourd'hui aux « procès d'intimidation financière » dirigés contre les syndicats - où ils étaient aussi un peu plus fréquents - un amendement parlementaire à l'un des projets de lois Auroux avait tenté de restreindre les conditions de cette responsabilité. Il avait, après son adoption, subi la censure du Conseil constitutionnel (Cons. const. n° 82-144 DC, 22 oct. 1982, *D.* 1983. 189, note F. Luchaire, *Dr. soc.* 1983. 155, note L. Hamon ; v. *supra* sous n° 183). L'éventuelle responsabilité civile de syndicats ou délégués syndicaux, comme de salariés « ordinaires », relève donc du droit commun, mais d'un droit commun dont l'application est nécessairement tributaire des singularités du contrat de travail, de la liberté syndicale et du droit de grève tels qu'ils sont conçus et réglés en droit français.

2. Les deux arrêts rendus le 9 novembre 1982 dans les affaires *Traylor et Dubigeon-Normandie* (n° 210 et 211) sont postérieurs de quelques jours à la décision du Conseil constitutionnel. Le premier est intervenu dans un litige opposant quelque 140 salariés non grévistes à un syndicat de l'entreprise dont les demandeurs réclamaient la condamnation à des dommages-intérêts réparant les pertes de salaires subies du fait d'une grève avec occupation ; le second dans un litige né d'une demande d'une société contre des organisations syndicales animatrices d'une grève qui avait donné lieu à divers incidents. Or, on lit dans le premier motif propre du premier arrêt que « la responsabilité civile d'un syndicat ne peut en principe être engagée à l'occasion de l'exercice du droit de grève, constitutionnellement reconnu, notamment du fait du préjudice indirect subi par des tiers ». Mais c'est pour découvrir aussitôt qu'« il en est autrement lorsque le syndicat a effectivement participé à des agissements constitutifs d'infractions pénales ou à des faits ne pouvant se rattacher à l'exercice normal du droit de grève ». Si l'on rapproche cette assertion de la première affirmation du second arrêt — syndicats et délégués syndicaux ne peuvent « du seul fait de leur participation à l'organisation d'une grève licite être déclarés de plein droit responsables de toutes les conséquences dommageables d'abus commis au cours de celle-ci » — on comprend que la responsabilité des acteurs syndicaux, d'un syndicat comme personne morale et des délégués qu'il a désignés pour le représenter, à l'égard de l'employeur ou de salariés, est régie par l'article 1382 du Code civil. Et par lui seul, en tout cas sur le plan délictuel. L'arrêt n° 211 précise au passage, en reprenant sur ce point encore l'analyse

des juges du fond, que les syndicats ne sont pas les commettants des grévistes, donc ne sont pas responsables, sur le fondement de l'article 1384, al. 5 du Code civil, des dommages que ces derniers pourraient causer à l'occasion du mouvement. La raison est énoncée simplement, car elle a la force de l'évidence : les salariés exercent individuellement le droit de grève.

Sous l'empire de l'article 1382 du Code civil, la responsabilité d'un syndicat (non d'une section syndicale, dépourvue de personnalité juridique, ainsi que le rappelle l'arrêt n° 213) requiert que le demandeur établisse un dommage particulier et convainque le juge qu'un lien de causalité relie dommage à un fait générateur qui doit constituer une faute du défendeur. Mais une faute qui n'est pas nécessairement lourde, au contraire de la thèse du pourvoi du syndicat dans l'affaire *Trailor*.

Si la grève était licite, on ne voit guère quelle faute imputer au syndicat qui a pu l'encourager, l'organiser, ou simplement l'approuver et en rendre compte. Il n'a fait alors qu'exercer, sinon le droit de grève proprement dit dont les salariés sont seuls titulaires, du moins une liberté publique. Sa faute délictuelle ne peut être décelée que dans des actes positifs en rapport avec des incidents, des « abus », qui ont pu émailler ou faire dégénérer un mouvement licite. Il doit avoir « effectivement participé » à ces agissements. C'est ce que souligne l'arrêt *Trailor* (n° 210), avant d'observer que le juge du fond avait, dans son appréciation des faits de l'espèce, relevé le « concert » du syndicat avec les grévistes, acteurs des barrages interdisant l'accès à l'usine. Tandis que l'arrêt *Dubigeon-Normandie* (n° 211) constate, au contraire, que les documents publics (tracts, articles de presse) émanant des syndicats durant une grève marquée par de graves incidents n'incitaient aucunement à des dégradations, violences, entraves à la liberté du travail, avant d'observer que les abstentions imputées à ces syndicats (ne pas avoir prévenu ces incidents alors qu'ils revendiquaient la conduite et l'animation de la grève) étaient sans relation directe avec les dommages. La faute d'un syndicat suppose donc des initiatives ou incitations de sa part.

Les arrêts rendus depuis ces décisions de 1982 confirment et illustrent cette position de la chambre sociale, qu'ils estiment engagée la responsabilité du syndicat (Soc. 8 nov. 1984, *Bull. civ. V*, n° 423 : responsabilité à l'occasion d'une grève avec occupation ; 30 janv. 1991, *ibid.*, n° 40 : responsabilité du fait d'« instructions » données aux fins d'entraves au libre accès à l'entreprise et à la liberté du travail) ou qu'elle ne l'était pas (Soc. 26 juill. 1984, *Bull. civ. V*, n° 331 ; 17 juill. 1990, trois arrêts, *ibid.*, n° 371 et 375 ; *Dr. ouvr.* 1990. 375, rapp. Ph. Waquet ; 29 janv. 2003, *JS UIMM* 2003, n° 672, p. 119). Cette exigence d'actes positifs du syndicat, personne morale, est capitale et limite, en fait, sa responsabilité. Surtout si, comme la Cour de

cassation l'estime avec raison et le dit clairement dans l'arrêt *Société des Kaolins du Finistère* du 19 décembre 1990 (n° 213), les représentants du syndicat dans l'entreprise (délégués syndicaux, représentants syndicaux au comité d'entreprise ou d'établissement), eux-mêmes grévistes normalement très actifs, « ne cessent pas d'exercer individuellement le droit de grève et n'engagent pas, par les actes illicites auxquels ils peuvent se livrer, la responsabilité des syndicats auxquels ils appartiennent » (v. déjà : Soc. 21 janv. 1987, *Dr. soc.* 1987. 426, note J.-E. Ray ; 17 juill. 1990, *préc.*).

La responsabilité d'un syndicat, instigateur ou organisateur de l'action de conflit, sera plus facilement engagée à l'occasion d'une grève illicite ou abusive, et plus encore d'un mouvement qui, selon les canons jurisprudentiels (v. *supra*, sous arrêts n° 185 à 195), ne constitue pas une grève. On pense, pour cette dernière figure, à la « grève d'autosatisfaction » (Soc. 16 janv. 1985, *JS UIMM* 1986, n° 470, p. 33) ou à une action coordonnée de perturbation du service sans arrêt collectif et concerté du travail (Soc. 26 janv. 2000, *Dr. soc.* 2000. 451, obs. A. Cristau : affaire EDF-Corse). La responsabilité des dommages causés par une grève abusive résultera rarement d'une faute dans le déclenchement de l'arrêt de travail, car la portée désorganisatrice de l'entreprise n'apparaîtra guère qu'avec le temps. On imagine plus facilement une responsabilité en raison du déclenchement d'une grève illicite par son objet (Soc. 25 oct. 1979, *D.* 1980. 313, note H. Sinay, et IR. 348, obs. Ph. Langlois : illicéité de revendications du personnel d'une compagnie aérienne) ou pour cause de non-respect d'une obligation procédurale. Il s'agira, par exemple, du cas du syndicat appelant à la grève dans un service public sans déposer le préavis prescrit par l'article L. 2512-2 nouv. C. trav. et qu'il est habilité à déposer (Soc. 6 févr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 82). Des arrêts plus anciens avaient retenu la responsabilité d'un syndicat en cas de non-respect des clauses d'une convention collective imposant un préavis ou une tentative préalable de règlement du différend (Soc. 6 mai 1960, *Dr. soc.* 1961. 111, *GA*, 2^e éd., n° 30 ; 15 févr. 1965, *JCP* 1965. II. 14212, note H. Sinay, *Dr. soc.* 1965. 444, obs. J. Savatier). Cette hypothèse de responsabilité a-t-elle été rendue obsolète par l'arrêt *Transports Sérout* de 1995 (n° 197) ? Nous ne le pensons pas, car cette jurisprudence n'exclut en rien la validité et la force obligatoire, pour les organisations signataires, des clauses conventionnelles relatives au recours à la grève (v. *supra*, sous cet arrêt). On se demandera éventuellement si la responsabilité du syndicat à l'égard d'un employeur partie ou assujetti à l'instrument collectif en question est délictuelle ou contractuelle.

Déclaré responsable, un syndicat devra réparer l'entier préjudice subi par l'employeur ou les salariés demandeurs, sauf à convaincre que l'employeur, lui-même, a contribué à la production du dommage dont

il se plaint. L'arrêt *Traylor* (n° 210) approuve les juges du fond de n'avoir pas retenu ce partage de responsabilité invoqué par le syndicat défendeur, dès lors qu'ils avaient relevé que la société n'avait pas opposé de refus de principe à la négociation. Tout est affaire d'espèce.

3. Un syndicat partagera parfois la charge de la réparation avec des salariés, en particulier des délégués syndicaux ou des élus du personnel, plus exposés en raison du rôle d'animation qu'ils jouent d'ordinaire (notamment en cas d'occupation des lieux de travail ou de piquet de grève). Cette responsabilité *in solidum* était recherchée par l'employeur dans l'affaire *Dubigeon-Normandie* ; elle a été, dans d'autres espèces, admise par les juges du fond approuvés en cela par la Cour de cassation (ex. : Soc. 8 févr. 1972, *D.* 1972. 256, note J. Savatier ; 26 juill. 1984, *Bull. civ.* V, n° 331). La chambre sociale exclut naturellement la responsabilité du dirigeant ou délégué syndical dont les fautes sont restées sans incidence sur la perte de production dont l'employeur demande réparation (arrêt n° 213). Mais elle exige aujourd'hui que la juridiction du fond précise les actes de participation personnelle de chacun aux incidents générateurs du dommage à réparer et fixe (au besoin par recours à expertise) la part de ce dommage imputable à cette faute (Soc. 9 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 196, *D.* 1990, *Somm.* 169, obs. G. Borenfreund ; 30 janv. 1991, *Bull. civ.* V, n° 40 ; 18 janv. 1995, *Dr. soc.* 1995. 183, rapp. Ph. Waquet ; rapp. : Soc. 23 juin 1988, *Dr. ouvr.* 1988. 446, note F. Saramito, *D.* 1990, *Somm.* 169, obs. G. Borenfreund).

La question la plus délicate reste celle des conditions de la responsabilité civile d'un salarié gréviste, notamment du salarié sans mandat représentatif, soit à l'égard de l'employeur (c'est une responsabilité de l'art. 1382 C. civ. et non, puisque le contrat de travail se trouve suspendu, une responsabilité contractuelle subordonnée à la preuve d'une faute lourde caractérisée par l'intention de nuire), soit à l'égard de salariés non grévistes. Un arrêt de 1983 avait admis la responsabilité *in solidum* de six grévistes, ayant participé au blocage des accès d'une usine, à l'égard de non-grévistes qui avaient été empêchés de travailler et leur réclamaient réparation de leur préjudice de perte de salaires (Soc. 8 déc. 1983, *D.* 1984. 90, concl. G. Picca, *JCP* 1984. II. 20220, note J. Le Calonnec et J. Bédoura). Cette décision avait suscité de vives critiques juridiques pour s'être montrée bien peu exigeante quant à la caractérisation de la faute de chacun des déclarés responsables, de son rôle causal dans la production du dommage et de l'existence même de celui-ci (l'employeur, on l'a vu plus haut, reste débiteur des salaires à l'égard des non-grévistes tant qu'il n'est pas en mesure d'établir l'existence d'une « situation contraignante »).

L'arrêt *Société des Kaolins du Finistère* du 19 décembre 1990

(n° 213) s'écarte heureusement de cette position. Il consacre une manière de règle d'application de l'article 1382 du Code civil en contexte de grève, qui vaut pour la responsabilité du salarié gréviste à l'égard des non-grévistes comme pour celle que recherche l'employeur : « la responsabilité d'un salarié participant à une grève ne peut être engagée qu'à raison du préjudice découlant directement de sa participation personnelle à des actes illicites commis pendant l'arrêt du travail ». En conséquence, il rejette le pourvoi en relevant que, selon l'arrêt d'appel, aucune preuve n'était rapportée, par l'employeur, du rôle joué par les défendeurs dans les voies de fait perpétrées au cours du conflit, puisque ces grévistes s'étaient bornés à occuper le réfectoire, sans apporter entrave à la liberté du travail de leurs collègues non grévistes et jusqu'au jour où leur expulsion avait été ordonnée par justice. Certains arrêts précédemment cités s'inscrivent dans cette ligne (Soc. 30 janv. 1990, 18 janv. 1995). On peut bien parler de jurisprudence.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES ARRÊTS

Les chiffres renvoient aux numéros des arrêts

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- 1979.** — Cons. const. n° 79-105 DC du 25 juillet, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* : 183
- 1996.** — Cons. const. n° 96-383 DC du 6 novembre : 157
- 2003.** — Cons. const. n° 2002-465 DC du 13 janvier, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* : 181

TRIBUNAL DES CONFLITS

- 1968.** — T. confl. 15 janvier, *Compagnie Air France c. Époux Barbier* : 8
- 1996.** — T. confl. 25 mars, *Berkani c. CROUS de Lyon-Saint-Étienne* : 6

COUR DE CASSATION

- 1872.** — Civ. 5 février, *Chemins de fer de Lyon c. Falcoz* : 105
- 1892.** — Civ. 22 juin, *Joost c. Syndicat de Jallieu* : 124
- 1901.** — Ch. réunies 31 janvier, *Loup c. Boeuf* : 40
- 1931.** — Civ. 6 juillet, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bardou* : 1
- 1933.** — Civ. 27 avril, *Sté Goodrich c. Cordier* : 41
- 1934.** — Civ. 27 février, *Goupy c. Société Union hydro-électrique de l'Ouest constantinois* : 62
- Civ. 3 décembre, *Hôtel Terminus PLM c. Dame Spagnoli* : 74
- 1942.** — Soc. 29 octobre, *Charbonnier c. Ducos* : 117
- 1945.** — Soc. 16 juin, *Ets Poliet et Chausson c. Vialard* : 65
- 1951.** — Soc. 28 juin, *Maïseries de la Méditerranée c. Mme Roth* : 182
- 1953.** — Soc. 5 mars, *Soc. des*

- Pneumatiques Dunlop*
c. *Plisson* : 185
- Soc. 23 mars, *Grenier*
c. *SNCF* : 186
- 1955.** — Soc. 20 mai, *Pfeffer*
c. *Soc. Jérôme Bonnefoy et Cie* : 199
- 1958.** — Soc. 3 janvier, *Comptoir national de la pharmacie française* c. *Antoine* : 125
- Soc. 27 novembre, *Société des forges stéphanoises*
c. *Boissonnard et autres* : 47
- 1959.** — Crim. 7 octobre, *Synd. des salariés des industries chimiques et parachimiques*
c. *Puiseux et autres* : 33
- Soc. 22 octobre, *STACI*
c. *Clé* : 84
- 1960.** — Soc. 23 juin, *Toussaint*
c. *Compagnie des matières colorantes* : 18
- 1962.** — Soc. 11 janvier, *Demoiselle Paoletti* c. *SA Marseille-Nouveautés* : 78
- Soc. 4 juin, *Établissements Malicet et Blin* c. *Bercot* : 80
- 1963.** — Soc. 18 avril, *Soc. Papeteries Chancel* c. *Paolieri et autres* : 187
- Soc. 3 octobre, *Goazioux et autres* c. *Soc. Krieg et Zivry* : 188
- 1964.** — Soc. 2 décembre, *Perherin et autres* c. *Soc. des Chantiers de l'Atlantique* : 200
- 1965.** — Soc. 10 mars, *Union parisienne des syndicats de la métallurgie CFTC*
c. *Soc. General Motors France* : 31
- 1966.** — Civ. 2^e 25 février, *Société Roclainc* c. *Levasseur* : 118
- 1967.** — Soc. 8 mai, *Bedaux*
c. *Testaud* : 44
- Soc. 31 mai, *Ateliers et Chantiers de Dunkerque*
Bordeaux c. *Questroye et autres* : 201
- 1968.** — Soc. 24 janvier, *SA Lesieur*
c. *Hauchecorne et autre* : 202
- Soc. 9 mai, *CFDT* c. *CFTC* : 122
- Ch. mixte 25 octobre, *Detoeuf*
c. *Produits Chimiques d'Auby* : 153
- 1970.** — Soc. 15 janvier, *Sté Usinor*
c. *CGT-FSM et autres* : 130
- Crim. 23 avril, *Éts Herriau* : 131128
- 1971.** — Soc. 17 mars, *Société lyonnaise de dépôts et de crédit industriel* c. *Dame Courtia* : 42
- 1972.** — Soc. 13 janvier, *Le Boulter*
c. *Elf* : 4
- Soc. 1^{er} mars, *La Dépêche du Midi* c. *Belin* : 95
- Soc. 31 mai, *Ste Expand Afrique Noire* c. *Mlle Thuillier* : 14
- Soc. 14 juin, *Société comptoir des revêtements Revet-Sol*
c. *Dal Poz* : 154
- 1973.** — Crim. 24 mai, *CFDT*
c. *Société Automobiles Citroën* : 139
- 1974.** — Soc. 15 mai, *Delbecq* c. *SA Les Trois Suisses* : 19
- Ch. mixte 21 juin, *Castagne et a. c. Epry (Perrier)* : 151
- 1975.** — Com. 17 février, *Giacometti* : 145
- Soc. 5 mars, *Petrelluzzi*
c. *Barraux* : 43
- Soc. 13 novembre, *Rhône Poulenc Textile* c. *Comité d'établissement de l'usine de Belle-Etoile* : 146
- Soc. 18 décembre, *Polyclinique Ducuing*
c. *Dame Peyre* : 83
- 1976.** — Ass. plén. 6 février, *SA La Belle jardinière*
c. *Mme Bourasseau* : 20

- Soc. 10 juin, *Savoure c. Maillard* : 101
- 1977.** — Ass. plén. 14 octobre, *Bloch c. Soc. Filtext* : 23
- 1978.** — Crim. 2 mars, *Comité d'entreprise des établissements Haulotte et Syndicat départemental des métaux-Savoie CGT* : 142
- Soc. 16 mars, *René Debeaurain c. Société Debeaurain frères* : 98
- Soc. 23 novembre, *Bardot et autres c. SAMI* : 189
- 1979.** — Soc. 18 janvier, *Terju c. Soc. Desnoyers* : 203
- Soc. 29 mai, *Soc. Lhomme c. Journiac* : 190
- 1980.** — Ch. mixte 18 janvier, *Pampre d'or* : 156
- Soc. 20 février, *Société Fabriques réunies de lampes électriques* : 81
- Soc. 26 mars, *Assedic de Paris c. Société anonyme Roques* : 99
- 1981.** — Soc. 28 octobre, *M. Sanchis c. Mlle Gaulard* : 102
- Soc. 26 novembre, *Cervera et Fernandez c. Entreprise Mors et Bouchon* : 21
- 1982.** — Soc. 18 mars, *Cora c. Soc. Le Colisée* : 191
- Soc. 25 mars, *Soc. AFT c. Synd. CGT des Métaux de la SAFT* : 204
- Soc. 9 novembre, *Soc. Dubigeon-Normandie c. Syndicat CGT Dubigeon-Normandie et autres* : 211
- Soc. 9 novembre, *Syndicat CGT de l'usine Trailor de Lunéville c. Mme Abadie et autres* : 210
- 1983.** — Soc. 2 juin, *Dawson c. SNEF Électro-Mécanique et autre* : 24
- 1984.** — Soc. 21 juin, *Lopez et autres c. Soc. La Générale Sucrière* : 212
- 1987.** — Soc. 16 juillet, *Huguenot c. Goguet* : 35
- Soc. 8 octobre, *Raquin et Trapiez c. Sté Jacques Marchand* : 49
- Soc. 29 octobre, *Syndex c. Sté Clause* : 144
- 1988.** — Soc. 28 janvier, *Soc. Établissements Léon Picard c. Lévy* : 10
- Soc. 3 mars, *Gagnepain c. Tiraboshi* : 161
- Ass. plén. 18 mars, *Ambelouis c. Mme Chevallier* : 179
- Soc. 21 avril, *Mosnier c. Institut de formation d'éducateurs spécialisés de Grenoble* : 75
- Soc. 19 juillet, *Fornasier c. Garessus* : 22
- 1989.** — Soc. 22 mars, *Sté Provens Télécommunications c. Delrieu* : 76
- Soc. 2 mai, *Sté Vallourec. c. Berthier et Theillou* : 150
- Soc. 16 mai, *Abillara et autres c. Comité d'entreprise de la SEP* : 205
- Soc. 11 juillet, *Soc. Sogarde c. Cousin* : 192
- Soc. 5 décembre, *Sté Bar Laforge c. Comité d'établissement de la Sté Bar Laforge* : 148
- Soc. 19 décembre, *Cogema c. Union des syndicats du nucléaire CFDT* : 162
- 1990.** — Soc. 23 janvier, *Rohr c. Sté Les Câbles de Lyon* : 141
- Ass. plén. 16 mars, *Appart et autres* : 63
- Soc. 4 avril, *Soc. des Établissements Maguin c. Courtin et autres* : 176

- Soc. 26 septembre, *CLGB*
c. *André et autres* : 206
- Soc. 10 octobre, *Mme Méchin*
c. *Saille et autres* : 106
- Soc. 29 novembre,
Mme Fertray
c. *Établissements*
R. Wagner : 103
- Soc. 19 décembre, *Soc. des*
Kaolins du Finistère
c. *Union locale des*
syndicats CGT du Huelgoat
et autres : 213
- 1991.** — Soc. 22 janvier, *Institut marin*
de Rockroum c. *Daniélou* : 36
- Soc. 30 janvier, *Bernheim*
c. *Soc. Air Zaïre* : 25
- Soc. 20 février, *Soc. Pomona*
c. *Rannou et autres* : 207
- Soc. 25 septembre,
Soc. Unigrains
c. *Mme Geffroy* : 177
- Soc. 20 novembre, *Soc. Avions*
Marcel Dassault-Bréguet
aviation c. *Syndicat CGT* :
163
- 1992.** — Soc. 14 mai, *Godissart*
c. *Soulhiol* : 45
- Soc. 14 mai, *Sté Vaulx*
Distribution c. *Mme Volet* :
170
- Soc. 20 mai, *Pouget et autres*
c. *Soc. Unigarde et autre* :
184
- Soc. 2 juin, *Zaluski*
c. *Soc. Ipem Hom* : 193
- Soc. 23 septembre, *Société*
bourguignonne
d'applications plastiques
c. *Piquot et a.* : 140
- Soc. 4 novembre, *Cherki et*
autres c. *Soc. France Glaces*
Findus : 194
- Soc. 16 décembre, *EDF*
c. *Moens et Le Mignot* : 208
- 1993.** — Soc. 17 mars, *Simonin*
c. *SARL SARP et autres* :
164
- Soc. 24 mars, *Clément*
c. *Sté Vuillemin Services*
Sonocor : 112
- 1994.** — Soc. 30 novembre, *Consorts*
Blineau et autres
c. *Sté EGMO* : 171
- 1995.** — Soc. 18 janvier, *Syndicat du*
livre CGT c. *Soc. Publicom*
et autres : 196
- Soc. 5 avril, *Société Thomson*
 Tubes et Displays (ex
Vidéocolor) : 114
- Soc. 17 mai, *Comité central*
d'entreprise de la SA Everite
c. *SA Everite* : 108
- Soc. 22 mai, *Van Oertzen*
c. *Éditions Weka* : 55
- Soc. 7 juin, *Soc. des*
Transports Séroul
c. *Beillevaire et autres* : 197
- Ass. plén. 30 juin, *Grintzesco*
c. *GIE Paris-Mutuel*
hippodrome : 126
- Soc. 6 décembre, *Brissy et*
autres c. *Didier* : 167
- 1996.** — Soc. 27 mars, *Sté Interlac*
c. *Bernard* : 119
- Soc. 21 mai, *Société Matrix*
Phone Marketing
c. *Calandre et Minette* : 37
- Soc. 29 mai, *Michel Purier*
c. *Sté Séduca* : 120
- Soc. 5 juin, *Anthony*
c. *Sté Ascometal* : 56
- Soc. 18 juin, *Belkedim et*
autres c. *SORMAE* : 195
- Soc. 18 juin, *Gury c. SA*
Litwin : 79
- Soc. 10 juillet, *Le Berre*
c. *Société Socorem* : 50
- Soc. 17 juillet, *Renard de*
Soulages et autres
c. *Delaporte* : 57
- Soc. 17 juillet, *SNCF*
c. *Vizcaino, Boj et FGTE-*
CFDT : 180
- Soc. 29 octobre, *Ponsolle* : 71
- Soc. 13 novembre, *Société*
générale c. *URSSAF de*
Haute-Garonne : 2

- Soc. 3 décembre, *Société Framatome connectors France c. Comité central d'entreprise de la société Framatome connectors France* : 109
- Soc. 3 décembre, *Syndicat CFDT de la métallurgie d'Orbec, Lisieux, Livarot c. Soc. Sameto-Technifil* : 178
- Soc. 4 décembre, *Col c. Deudon* : 82
- 1997.** — Soc. 8 janvier, *Mme Pied c. Sté Gras Savoye* : 165
- Soc. 14 janvier, *Société parisienne générale de nettoyage c. Belcacem* : 113
- Soc. 29 janvier, *Barba c. Renard* : 39
- Soc. 13 février, *Société des grands magasins La Samaritaine c. Mmes Benoist et Guiglielmi* : 110
- Soc. 4 mars, *Soc. Foxboro International et autre c. Schallebaum* : 12
- Soc. 1^{er} avril, *Divers comités d'établissement de la Sté EDS-GFI c. Sté EDS-GFI* : 149
- Soc. 27 mai, *Syndicat général CFDT de Nantes c. Société Rezéenne de transport* : 135
- Soc. 17 juin, *Société des Grands Magasins de l'Ouest c. Comité d'établissement des Galeries Lafayette* : 111
- Ass. plén. 4 juillet, *Gaudinat c. SA Hydexco* : 121
- Soc. 28 octobre, *Quenouiller et autres c. Société Dercam* : 136
- Soc. 12 novembre, *Comité d'entreprise de la Caisse d'allocations familiales des Yvelines c. Caisse d'allocations familiales des Yvelines* : 143
- Crim. 18 novembre, *Suarez et Soc. SIETAM Industries* : 158
- Soc. 19 novembre, *Mme Savart Dhenain c. Maison familiale rurale d'éducation et d'orientation* : 166
- Soc. 25 novembre, *Crosfield c. Bellon* : 155
- Soc. 16 décembre, *X c. Office notarial de Mes Ryssen et Blondel* : 66
- 1998.** — Soc. 20 janvier, *Leudière c. Société Trouillard* : 89
- Ch. mixte 10 avril, *Syndicat le Front national de la police c. Syndicat national des policiers en tenue et autres* : 123
- Soc. 5 mai, *Conseil consultatif des comités mixtes à la production d'EDF-GDF et autre c. EDF-GDF* : 159
- Soc. 16 juin, *Hôtel Le Berry* : 67
- Ass. plén. 6 novembre, *URSSAF des Alpes-Maritimes c. Plent et autres* : 96
- Ass. plén. 27 novembre, *Mme Lemarie c. Association Les papillons blancs du Finistère* : 100
- 1999.** — Soc. 26 janvier, *Comité d'établissement de Lys-lez-Lannoy c. Sté Gec Alsthom Stein industrie* : 147
- Ch. mixte 12 février, *SCP Coulombie-Gras c. Le Coq* : 92
- Soc. 16 février, *Soc. Château Tour Saint-Christophe et autre c. Aström* : 26
- Soc. 9 mars, *Hecq* : 58
- Soc. 13 avril, *Sté SGS Qualitest c. Kebouchi et autres* : 107
- Soc. 4 mai, *Dinoto* : 59

- Soc. 4 mai, *Hczyszyn c. Sté Paul Jacottet* : 51
- Soc. 29 juin, *Lavenir c. Société Publitéx* : 93
- Soc. 20 octobre : 132
- Soc. 27 octobre, *EDF c. Chaize et autres* : 72
- Soc. 14 décembre, *Pierre c. SNC Sanijura* : 13
- 2000.** — Soc. 11 janvier, *Trouboul et autres c. Soc. Entremont* : 209
- Ass. plén. 25 février, *Costeodat* : 48
- Soc. 28 mars, *Soc. Durafröid c. Martin et autre* : 30
- Soc. 18 avril, *Sté Soderbanque et autres c. Erger et autres* : 97
- Soc. 26 avril, *Wagner c. Soc. Foncia immobilière Halles* : 11
- Soc. 18 juillet, *Sté Roussillon Agrégats* : 133
- Ass. plén. 8 décembre, *SAT c. Coudière* : 115
- Soc. 19 décembre, *Labbane c. Soc. Bastille Taxi et autre* : 3
- 2001.** — Soc. 13 mars, *Association Domicile Action c. Mme Le Peuc'h et autres* : 172
- Soc. 13 mars, *Mme Herbaut c. société Adressonord* : 77
- Soc. 13 mars, *Mulin c. Sté Mfi Créations* : 90
- Soc. 27 juin, *Daouai* : 68
- Soc. 3 juillet, *Bonnaffé c. Ducrocq* : 28
- Soc. 2 octobre, *Fédération FO c. Société Lafarge Couverture et autres* : 134
- Soc. 2 octobre, *Nikon* : 70
- Soc. 9 octobre, *Oliva Campos c. Banco de la Nación Argentina* : 15
- Soc. 4 décembre, *Soc. France acheminement c. Sierra* : 5
- 2002.** — Soc. 30 avril, *Brogue c. Soc. Cisatom et autres* : 169
- Soc. 21 mai, *Société Flandre Air* : 85
- Soc. 2 juillet, *Saucier c. FIDAL* : 54
- Ass. plén. 5 juillet, *Société Cogetom c. Syndicat des employés du commerce et interprofessionnel SECI-CFTC et autres* : 137
- Soc. 10 juillet, *Barbier c. Maine Agri SA* : 46
- Soc. 10 juillet, *SLEC c. Société Dalkia* : 60
- Soc. 12 novembre, *Mme Briand c. Institut Culturel autrichien* : 16
- Soc. 3 décembre, *Syndicat Sud des Caisses d'Épargne* : 129
- Soc. 10 décembre, *Association Goethe Institut c. Zamolo* : 73
- 2003.** — Soc. 21 janvier, *Gomez c. Société Wirth et Gruffat* : 94
- Soc. 25 février, *Syndicat CFDT Santé et Sociaux de Haute-Garonne c. Assoc. MAPAD de la Cépière* : 198
- Soc. 11 mars, *Voisin c. SA Plast'lux et autres* : 64
- Soc. 1^{er} avril, *Syndicat CGT Elf Atochem* : 61
- Soc. 30 avril, *BHV c. Courtois et syndicat FO* : 138
- Soc. 30 avril, *Mme Velmon c. Association Groupe Promotrans* : 104
- Soc. 28 mai, *Montribot c. Sagem* : 69
- Soc. 25 juin, *Faucher c. Société VICO* : 87
- Soc. 25 juin, *SARL Technoram c. M. Levaudel* : 86
- Soc. 17 septembre, *Fédération de la chimie CGT-FO et autres c. Union des*

- industries chimiques et autres* : 160
- Soc. 19 décembre, *Soc. Mon Logis c. Guillot* : 29
- 2005.** — Soc. 23 février, *Société Levieil c. V. Caulier* : 53
- 2006.** — Soc. 11 janvier, *Société Pages jaunes c. Delporte* : 116
- Soc. 7 juin, *Graas c. association Alliance* : 52
- Soc. 31 octobre, *Sté Le Groupe CRI c. Briard et a.* : 91
- 2007.** — Soc. 3 mai, *SOFACO c. Syndicat de la métallurgie de la Loire CFDT* : 34
- Soc. 9 mai, *Sté Janier c. Caulier et a.* : 88
- Soc. 15 novembre, *Dos Santos Martins c. SARL Oeno Conseil* : 168
- 2008.** — Soc. 23 janvier, *Calori c. société Sam monégasque des ondes* : 38

CONSEIL D'ÉTAT

- 1951.** — CE 22 mai, *CGT* : 127
- 1960.** — CE 6 mars, *Société anonyme Le Peignage de Reims et autres* : 173
- 1970.** — CE, Ass. 17 avril, *CFDT et CGSI* : 128
- 1973.** — CE, Ass. 8 juin, *Dame Peynet* : 7
- CE 29 juin, *Cie internationale des Wagons-Lits* : 17
- 1976.** — CE 5 mai, *SAFER d'Auvergne* : 152
- 1977.** — CE 11 février, *Groupe des industries métallurgiques de la Région parisienne et autres* : 27
- 1988.** — CE, Ass. 1^{er} juillet, *Billard et Volle c. SNCF* : 9
- 1994.** — CE 21 octobre, *Soc. Tapis Saint-Maclou* : 32
- 2003.** — CE 26 février, *Union des métiers et industries de l'hôtellerie* : 174
- CE 30 juin, *MEDEF et autres* : 175

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des décisions et arrêts reproduits et aux commentaires dont ils sont l'objet.

A

Abus du droit 105
Accident du travail 74-77
Accord collectif v. *Convention et accord collectif*
Accord de substitution 171
Acte administratif 6, 7
Action en justice 31-34
Activités sociales et culturelles

- financement 148-149
- notion 146-147

Agent public 6, 7, 182-184
AGS 19, 29
Arbitrage 19, 26
Assedic 19
Assimilation aux salariés 5, 6
Astreinte 58, 59, 60
Attributions économiques du comité d'entreprise

- étendue 142-143
- licenciement pour motif économique 110, 111
- moyens 144
- sanctions 145

Avantage individuel acquis 172
Avertissement 68

C

Cadre dirigeant 13, 138
Cause réelle et sérieuse (de licenciement)

- abus 105
- confiance (perte de...) 103
- faute 101
- motif économique 106-107
- objectivité 103
- pluralité des motifs 106

- preuve 101-103
- réalité 102
- sanction 104, 105
- vol 102
- v. *Faute*

Cession d'entreprise v. *Modification dans la situation juridique de l'employeur*
Changement des conditions de travail 50
Chômage partiel 78-79
Clause attributive de juridiction 18-22, 23-26
Clause d'engagement à l'essai v. *Essai*
Clause d'exclusivité 45, 69
Clause de mobilité 52, 53
Clause de non-concurrence 19, 44-46
Clause de variabilité du temps de travail 39
Clause de variation de la rémunération 54
Comité d'entreprise

- action en justice 31-32
- activités sociales et culturelles 146-149
- attributions économiques 142-145, 158
- élections 6, 136, 138

Compétence

- administrative ou judiciaire 6, 8, 19, 212
- internationale 23-26
- prud'homale 3, 6, 18-22

Compromis et clause compromissoire 23-26
Conciliation 22, 30
Concours de causes de suspension 80-82

Concours de règles 179-181

Conflit collectif du travail 18, 21, 182-213

Conflit de lois 14 *et s.*

Conseil de prud'hommes

- compétence et pouvoirs 3, 6, 8, 9, 18-26
- organisation et procédure 28-30
- paritarisme 27

Contrat de travail

- contrat de droit public 6, 7
- contrat international 14-16, 23 *et s.*
- cumul avec mandat social 10-12
- à durée déterminée 35-38
- exécution 185, 187, 189, 194, 201, 202, 203, 207
- modification, v. ce mot
- « objectivation » 49-51
- qualification 1-4, 6, 18
- statut collectif 161, 164, 166, 177, 178, 180
- résiliation abusive 105
- suspension 71-79, 201-203
- à temps partiel 38

Convention et accord collectif

- accord atypique 158, 176
- accord électoral v. *Protocole électoral*
- accord de fin de conflit 207, 209
- accord de principe 162
- action en justice 33, 34
- agrément 173-175
- application 176, 178, 180
- avantage individuel acquis 172
- conclusion (ou négociation) 157-160
- contenu (restriction du droit de grève) 197
- dénonciation 171
- efficacité juridique 161, 163, 164, 166
- élargissement 173-175
- extension 173, 174, 175
- interprétation 18, 31
- mise en cause 163, 170
- nullité 160
- obligations (création) 165
- révision 160

Convention de Bruxelles et règlement 44-2001 23-26

Convention de Rome de 1980 16

Convention européenne des droits de l'Homme 18-22, 28-29, 182-184

Conventions internationales 8, 18-22, 23-26

D

Délégué du personnel

- attributions 139, 140
- élections 136, 138
- statut 150-156

Délégué syndical

- attributions 141
- désignation 126, 135
- établissement 130
- grève 93, 202, 204, 205, 207
- statut 150-156

Démission 83, 84, 85, 86

Dépendance économique 1, 4, 5

Directive (UE)

- « transfert » 63

Dirigeant 10-13

Discipline 65-68

- procédure 7
- sanctions 7, 9, 177

Discrimination 7, 72-73, 123, 160, 204

Droit communautaire 8, 18-22, 182-184

Droits et libertés 43-45, 69-70, 177, 182, 184, 199

Droits fondamentaux 45

Droit syndical (délit d'atteinte au...) 158, 204

- v. *Liberté syndicale*

E

Effectif 138

Égalité

- hommes-femmes 71-73
- principe 7
- salariale 71
- de traitement 71
- entre syndicats 160

Élections professionnelles 6, 136, 138

Employeur

- pouvoir de direction (en cas de grève) 198, 199, 206
- pouvoir normatif 176, 177
- responsabilité contractuelle 207

Engagement unilatéral 176**Entité économique** 63, 64**Entrave** 145**Entreprises publiques** 8, 9, 180, 197, 205**Équivalence** v. *Temps d'équivalence***Essai** 41-43

- abus du droit de rompre 42
- finalité 41
- nature juridique 43

Établissement 130, 134**Évaluation du salarié** 42**Experts (comité d'entreprise)** 144**F****Faute** 66

- cause réelle et sérieuse 101

Faute grave 50**Faute lourde** 47, 152**Franchisé** 5**Fraude à la loi** 3, 6**G****Gérant** 4**Grève** 7, 182-213

- droit de grève 182-184, 186, 197, 198, 202, 210-213
- exercice anormal 185, 187, 212
- faute lourde 152, 182, 184, 192, 194, 195, 197, 202, 208, 212
- fermeture des locaux (*lock-out*) 200-203
- grève abusive ou illicite 187, 188, 193, 194, 196, 198, 199, 210
- « grève d'autosatisfaction » 189-210
- grève minoritaire 182-184
- « grève perlée » 185
- grève politique 186-190
- grève de solidarité 191
- grève tournante 197
- intervention judiciaire 196, 198, 199, 202, 206, 209, 210-213

- licenciement (du gréviste) 199, 202, 206
- maintien de l'activité 209
- médiation 212
- non-grévistes 199, 201, 203, 209, 210, 211, 212
- occupation des lieux de travail et piquets 203, 210-213
- préavis 197, 199, 210
- qualification 182, 185-196, 199, 206
- primes d'assiduité 204
- réglementation 182, 183, 197
- réquisition 197, 198
- responsabilité civile (d'un syndicat ou de grévistes) 210-213
- responsabilité de l'employeur à l'égard de tiers 210
- responsabilité de l'État 212
- revendications 186, 189-193, 206
- salaire (retenue) 201, 202, 205, 206, 207, 210
- sanction disciplinaire (contre gréviste) 205, 208
- sécurité 194, 198, 200, 202
- « service minimum » 198
- services publics 183, 197, 198

Grossesse 104**Groupe**

- comité (de) 132
- convention collective 169

H**Heures de délégation** 150**Heures d'équivalence** 23**I****Immunité de juridiction** 23-26**Inaptitude** 93**Inaptitude physique** 74-77**Inspection du travail** 32, 33**L****Liberté**

- dans l'entreprise 69
- d'expression 13, 18-26, 69, 184
- fondamentale 69

- vie personnelle 66
- v. *Temps de travail*
- Liberté syndicale** 124-126, 127, 175
- Liberté du travail** 7, 18-26, 199, 210, 211, 212

Licenciement

- abus 105
- état de santé du salarié 74-77
- grève 199, 202, 206
- nullité 104, 153, 155, 206
- salariés protégés 151, 152
- v. *Cause réelle et sérieuse*
- v. *Faute*
- v. *Nullité*
- v. *Procédure de licenciement*

Licenciement pour motif économique

- clause d'essai 42
- consultation 111
- contrôle judiciaire 114, 115
- difficultés 114, 115
- emploi 114, 115
- engagement unilatéral (contenu du plan de sauvegarde de l'emploi) 19, 176
- modification de contrat 109, 111
- motif 114, 115
- nullité 110, 111
- ordre des licenciements 112, 113
- plan de sauvegarde de l'emploi 108, 109, 111
- pluralité de motifs 106
- procédure 109, 110, 111
- qualification 106, 107
- reclassement 114, 115
- réorganisation 114

Lieu de travail 51**Litiges du travail** 18 et s.**Lock-out** v. *Grève***Lois de police** 14, 16, 17**M****Maladie** 74-77**Mandat social** 10-12**Marchandage** 40**Maternité** 7**Médecin salarié** 1**Modification du contrat** 7

- licenciement pour motif économique 109, 111
- notion 50
- refus 49, 51
- sanction 67

Modification dans la situation juridique de l'employeur 7, 62-64**N****Négociation collective**

- droit (à la) 157
- droit d'opposition 158
- mandatement 158
- obligation de négocier 158

Nullité

- acte discriminatoire 69
- licenciement 74-77, 104, 110, 154-155, 206
- sanction 69
- violation des attributions du comité d'entreprise 110, 145

O**Ordre public** 179-181, 201**P****Pause** 61**Personnalité morale (écran de la)** 114, 131, 142-144**Préavis** 117-118

- dispense d'exécution 118
- réciprocité 117

Prêt de main-d'œuvre 40**Prime** 55, 57**Principes** 7, 176-178, 180, 181

- principes à valeur constitutionnelle 7, 18-26, 157, 181, 182-184, 196-198
- principe dit « de faveur » 9, 179-181
- principes fondamentaux en droit du travail 7, 9, 27, 179-181
- principes généraux du droit du travail 7, 13, 180, 181, 182-184

Prise d'acte de la rupture 86-88**Procédure de licenciement**

- énonciation v. *Motivation*

- entretien préalable 100
- motivation 100
- notification 100
- sanction 98, 99

Proportionnalité 69**Protection des représentants du personnel**

- champ d'application 151
- contrôle de l'inspecteur du travail 152
- sanctions 153-156

Protocole électoral 136, 137**R****Recrutement** 42**Référés** 27, 198, 202, 206, 209, 210, 212**Règlement intérieur** 65, 177, 198, 208**Réintégration** 74-77, 104, 154-155, 207 (gréviste)**Rémunération** 7

- v. *Salaire*

Repos 58-60**Représentants du personnel**

- v. *Comité d'entreprise*
- v. *Délégués du personnel*
- v. *Délégués syndicaux*
- élections 136, 138
- heures de délégation 150
- statut protecteur 145-150, 201, 205

Représentativité syndicale 127-129, 175**Responsabilité du salarié**

- à l'égard de l'employeur 47
- à l'égard des tiers 48

Résiliation conventionnelle 92, 93, 94**Résiliation judiciaire** 89-91**Retraite** 95, 96, 97

- clause (de) 96
- mise (à la) 95-97

Risque

- d'entreprise 54
- de l'exploitation 47

S**Salaire** 146

- égalité 7-9, 71

- fixation 176, 178, 180
- montant 57
- notion 56, 57
- variation 54, 55
- v. *Grève*

Sanction disciplinaire 7-9, 65-68**Scission syndicale** 122**Secteur géographique** 51**Section syndicale** 129**Service organisé** 1, 2**Services publics** 6, 7, 197, 205, 208**Statut collectif** 8, 157-181**Statut du personnel** 7-9, 180, 204**Subordination** 1-3, 6**Suspension du contrat de travail** 74-82**Syndicats professionnels**

- action en justice 31-34
- égalité 7
- grève 182, 185-195, 196, 197, 211
- liberté 31, 124-126
- négociation collective 157-160
- notion 122-123
- représentativité 127-129
- responsabilité 210-213
- statuts 122

T**Temps**

- d'équivalence 58
- de repos 58, 59, 60
- de trajet 61
- de travail 58-61
- partiel 38
- v. *Pause*

Trajet v. *Temps de trajet***Transaction** 18, 22, 119, 121

- concessions réciproques 119
- date 120
- effets 121

Transfert 63-64**Travail à temps partiel** 39**Travail temporaire** 40**Travailleur** 1 et s.**Travail effectif** 58

U**Unité économique et sociale** 131, 132,

133, 142

Usages 178**V****Vêtement** 69**Vie personnelle** 66, 101, 103**VRP** 4, 23

Photocomposition Nord Compo
Villeneuve-d'Ascq

() XXX-X g XXX
sur les presses de Normandie Roto Impression s.a.s.,
61250 Lonrai
N° d'impression :
Dépôt légal : 2008

Imprimé en France

Les grands arrêts du droit du travail

J. Pélissier / A. Lyon-Caen

A. Jeammaud / E. Dockès

Celui qui entend connaître le droit du travail, à des fins d'étude, ou à des fins pratiques, ne peut se passer des grands arrêts.

Certains sont déjà anciens. Ils ont tracé des orientations durables, dont le législateur a pu ensuite s'inspirer. D'autres, les plus nombreux, sont récents.

Confrontée, en effet, à un droit légiféré dense et fréquemment révisé, la Cour de cassation a cherché à dégager l'intelligence de ces textes pour livrer ainsi leur mode d'emploi. Non sans paradoxe, la jurisprudence a, de la sorte, gagné en importance à raison même de l'activisme du législateur. Mais c'est aussi parfois, en l'absence de textes, que la Cour de cassation a dû et su établir, ici, les droits et obligations des parties au contrat de travail – citons l'évolution du rapport d'emploi – là, le régime des relations professionnelles – citons la grève et son régime.

Son activité normative est dorénavant assortie de certains commentaires, que ce soit dans le rapport annuel ou dans les rapports, avis, études que publient conseillers et avocats généraux. Ce qui est plus remarquable, c'est le souci manifeste, que traduit la rédaction des arrêts, de formulations claires et, autant que possible, de règles simples. La simplicité n'est toutefois pas toujours accessible dans des relations que traversent des tensions et oppositions d'intérêts et de principes.

La grandeur d'un arrêt se prête, en fin de compte, à diverses mesures : l'inspiration qu'il a donnée à la jurisprudence ultérieure et au législateur, la clarté qu'il a apportée dans le règlement d'une question controversée, la teneur du choix de politique jurisprudentielle qu'il exprime... Et l'on trouvera, dans cet ouvrage, des décisions qui répondent à ces différents paramètres.

Si la contribution de la Cour de cassation à l'évolution contemporaine du droit du travail est considérable, il ne faut pas méconnaître l'œuvre importante du Conseil d'État ni l'influence du Conseil constitutionnel, et de la Cour de justice des Communautés européennes.

Cet ouvrage tient compte des plus récentes évolutions du droit du travail : réforme du marché du travail, révision du droit syndical et de la représentativité...

ISBN 978-2-247-07783-0

6772537



9 782247 077830