

# COUR DE CASSATION

## DROIT DU TRAVAIL

---

JURISPRUDENCE – DOCTRINE – COMMUNICATIONS



## Avant-propos

Il a été décidé d'apporter quelques changements à la présentation du bulletin trimestriel de droit du travail destinés à rendre sa lecture plus aisée et son contenu plus dense.

Quelques modifications de forme :

- les sommaires d'arrêts sont classés désormais selon sept rubriques, elles-mêmes subdivisées afin d'opérer un regroupement par thèmes et non plus par référence à leurs titrages qui ne sont plus repris mais que l'on pourra retrouver dans le bulletin mensuel de la Cour de cassation ;

- les grandes rubriques sont celles retenues dans le rapport annuel de la Cour de cassation 2004 et sont les suivantes :

**La première rubrique, à savoir « Contrat de travail, organisation et exécution du travail »**, comporte tout ce qui concerne sa nature et sa définition au sens large (apprentissage, contrats et statuts particuliers, tels, par exemple, les VRP), les prérogatives et devoirs des parties au contrat de travail (pouvoirs de l'employeur quant aux modifications des conditions de travail et du contrat de travail et pouvoir disciplinaire, sanctions, mise à pied..., engagement unilatéral), ainsi que les droits et obligations du salarié. Y figurent aussi les difficultés afférentes aux modifications de la situation juridique de l'employeur et au transfert du contrat de travail (art. L. 122-12 du code du travail).

**La deuxième rubrique, à savoir « Durée du travail et rémunérations »**, concerne les questions afférentes à la notion de travail effectif, aux heures d'équivalence, aux congés divers, aux accords de réduction du temps de travail, aux rémunérations, ce qui inclut notamment l'intéressement et les « stocks options ». La protection particulière des rémunérations (AGS, procédures collectives) relève aussi de cette rubrique.

**La troisième rubrique s'intitule « Santé et sécurité au travail »** et englobe la protection particulière des salariés malades ou accidentés par le fait ou hors le fait du travail, et la maternité. Le statut des salariés handicapés (Cotorep), la médecine du travail, les examens médicaux et le reclassement entrent aussi dans cette rubrique.

**La quatrième rubrique « Accords collectifs et conflits collectifs du travail »** est relative pour l'essentiel à la négociation, à la conclusion, à la révision, et à la dénonciation des accords, ainsi qu'aux usages, à la grève et à l'application et l'interprétation de conventions collectives.

**La cinquième rubrique « Représentation du personnel et élections professionnelles »** concerne les élections professionnelles et le processus électoral, les représentants syndicaux, les élus des diverses institutions représentatives, leur protection particulière (salariés dits protégés), l'Unité économique et sociale (UES) et les établissements distincts.

**La sixième rubrique « Rupture du contrat de travail »** regroupe toutes les questions relatives à la rupture amiable du contrat de travail, à la prise d'acte de la rupture, à la démission, aux licenciements disciplinaires, pour motifs personnels ou économiques (avec les questions des plans de sauvegarde de l'emploi, ex-plans sociaux, et le reclassement...) ainsi que les licenciements liés à une procédure collective.

**Enfin la septième rubrique « Actions en justice »** concerne la saisine des juridictions (CPH, cours d'appel, Cour de cassation), les règles de procédure, la prescription, la règle de l'unicité de l'instance, l'exigence d'impartialité.

### Modifications sur le fond :

- sont intégrés dans ces sommaires ceux relatifs au droit pénal du travail afférents aux arrêts rendus par la chambre criminelle dans des matières relatives au droit du travail (délict d'entrave, infraction à la réglementation sur les contrats de travail à durée déterminée etc.) ;

- les sommaires sont parfois suivis de notes destinées à éclairer la solution et à faire le point sur certaines jurisprudences ;

- les sommaires des cours et tribunaux ainsi que les articles de doctrine cités sont classés suivant les mêmes rubriques que celles adoptées pour les sommaires des arrêts de Cour de cassation, et sont le cas échéant suivis de courts résumés et notes.

Nous tenons à remercier monsieur le Président Pierre Sargos et les magistrats de la chambre sociale qui ont accepté de participer à la préparation de ce numéro.

Ce premier numéro rénové a été élaboré par la cellule sociale du service de documentation et d'études, composée de :

- Valérie Amand, responsable de la cellule sociale, magistrat, auditeur à la Cour de cassation ;
- Sylvie Bénichou, greffier en chef ;
- Stéphane Thévenard, greffier en chef ;
- Marianne Martinez, greffier en chef ;
- Juliette Beuschaert, assistante de justice.



# Table des matières

## ÉTUDES

Pages

L' obligation de loyauté dans la collecte des preuves en droit du travail.....	3
--	---

## JURISPRUDENCE

Numéros

### COURS EUROPÉENNES

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

##### II.1. – Cour de justice des communautés européennes

#### F. – Rupture du contrat de travail

##### 2. *Licenciements*

* Définition .....	1
--------------------	---

### TRIBUNAL DES CONFLITS

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

##### 3. *Modification dans la situation juridique de l'employeur*

* Transfert à une personne publique .....	2
---	---

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

Pages

I. – Avis, arrêts d'assemblée plénière et de chambre mixte de la Cour de cassation	
A. – Avis de la Cour de cassation	
Contrat de travail, durée déterminée. – Qualification donnée au contrat .....	15
B. – Arrêt du 28 janvier 2005 rendu par l'assemblée plénière	
Contrat de travail, rupture. – Licenciement .....	25

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

## C. – Arrêt du 11 mars 2005 rendu par la chambre mixte

Amende. – Amende civile.....	40
Contrat de travail, exécution. – Lieu d'exécution.....	40
Conventions internationales. – Accords et conventions divers.....	40

## II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

Numéros

—

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

#### 1. *Emploi et formation*

* Apprentissage.....	3-4
* Contrats à durée déterminée.....	5-6-7-8-9-10
* Contrats saisonniers .....	11

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

* Clause de non-concurrence .....	12
* Clause de période d'essai et période probatoire .....	13-14
* Harcèlement moral .....	15
* Modification du contrat de travail .....	16-17
* Obligation de loyauté du salarié .....	18
* Pouvoir de direction de l'employeur.....	19
* Responsabilité de l'employeur .....	20
* Travail dissimulé.....	21

#### 3. *Modification dans la situation juridique de l'employeur*

* Transfert d'un salarié protégé .....	66-67
--	-------

#### 4. *Contrats particuliers*

* Contrats de qualification .....	22
* Contrats initiative-emploi .....	23
* Contrats conclus par les associations intermédiaires.....	24-25
* Travail temporaire .....	26-27-28-29

#### 5. *Statuts particuliers*

* Voyageur, représentant, placier (VRP).....	30
--	----

### B. – Durée du travail et rémunérations

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

* Temps de travail - temps effectif .....	31
* Temps partiel - temps complet.....	32-33-34

#### 2. *Rémunérations*

* Heures supplémentaires .....	35
* Salaire .....	36
* Garantie AGS.....	37

### C. – Santé et sécurité au travail

* Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail	38-39-40-41 42-43-44-45- 46-47-48
* Discrimination en raison de l'état de santé.....	49
* Obligation de sécurité pesant sur le salarié. ....	50
* Revenu de remplacement.....	51

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

#### 1. *Accords et conventions collectives*

* Champ d'application.....	52
* Accords collectifs et conventions collectives divers .....	53-54-55

* Substitution d'un accord collectif à un usage.....	56
* Dénonciation d'un accord collectif.....	57
2. <i>Conflits collectifs du travail</i>	
* Grève .....	58-59
<b>E. – Représentation du personnel et élections professionnelles</b>	
1. <i>Elections professionnelles</i> .....	60
2. <i>Représentation du personnel</i>	
2.1. Cadre de la représentation	
* Unité économique et sociale.....	61-62
2.2. Institutions représentatives du personnel	
* Comités d'entreprise et d'établissement - attributions .....	63
* Délégué syndical.....	64
* Syndicat - activité syndicale.....	65
3. <i>Protection des représentants du personnel</i>	
* Protection contre le licenciement	66-67-68-69 70-71
* Protection contre d'autres formes de rupture.....	72
<b>F. – Rupture du contrat de travail</b>	
1. <i>Prise d'acte de la rupture</i> .....	73-74
2. <i>Licenciements</i>	
2.1. Mise en œuvre	
* Pouvoir d'y procéder .....	75
* Entretien préalable.....	76-77
2.2. Imputabilité et motifs de la rupture.....	78-79
2.3. Licenciements disciplinaires	
* Faute grave .....	80-81-82
2.4. Licenciement économique.....	83-84
2.5. Indemnité compensatrice de préavis .....	85-86
3. <i>Résiliation judiciaire</i> .....	87-88
<b>G. – Actions en justice</b>	
* Aide juridictionnelle.....	89
* Appel (décisions susceptibles).....	90-91
* Cassation (pourvoi) .....	92
* Cassation partiellement sans renvoi - applications diverses.....	93-94-95
* Compétence matérielle du conseil de prud'hommes.....	96
* Compétence en droit intra-communautaire .....	97
* Immunité de juridiction.....	98
* Impartialité .....	99-100
* Procédure spécifique à certains contentieux.....	101-102
* Prescription	103-104-105 106
* Preuve-documents de l'entreprise .....	107
* Répétition de l'indu .....	108
* Responsabilité du salarié - action en responsabilité.....	109
* Syndicat - droit d'action.....	110
* Unicité de l'instance .....	111-112

# COURS ET TRIBUNAUX

Numéros

—

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

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

* Pouvoir de direction de l'employeur.....	113
* Travail dissimulé.....	114

## B. – Durée du travail et rémunérations

### 2. Rémunérations

* Egalité des salaires.....	115
* Garantie AGS.....	116

## C. – Santé et sécurité au travail

* Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail.....	117
---	-----

## F. – Rupture du contrat de travail

### 2. Licenciements

2.4. Licenciement économique.....	118
-----------------------------------	-----

### 3. Résiliation judiciaire

* Faute grave .....	119
* Effets .....	120

## G. – Actions en justice

* Appel .....	121
* Compétence en droit intra-communautaire .....	122
* Impartialité .....	123
* Preuve - preuve illicite .....	124

DOCTRINE

Page 99



ETUDES



## L'obligation de loyauté dans la collecte des preuves en droit du travail par Valérie Amand, magistrat, auditeur à la Cour de cassation

« Rendre la justice est une œuvre collective et se passer de loyauté est impossible ; on rejoint ici l'éthique : le procès n'est pas un combat comme les autres. Tous les coups ne sont pas permis » (S. Guinchard, Baudrac, et a., *Droit processuel*, Précis Dalloz, 1<sup>re</sup> édition, 2001, n° 542, p. 644). Précisément encadré, le droit de la preuve relève de dispositions fondamentales inscrites dans les tout premiers articles du nouveau Code de procédure civile : ainsi selon l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, « il incombe à chaque partie de prouver **conformément à la loi** les faits nécessaires au succès de sa prétention » et l'article 10 du même Code impose à « chacun... d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité et de prouver **les faits conformément à la loi** ». A partir de ces dispositions, les juges du fond ont progressivement dégagé une obligation de loyauté s'imposant aux parties au litige, et ce, dès le stade de la collecte des preuves. Le droit du travail soumis aux dispositions des articles 9 et 10 du nouveau Code de procédure civile n'échappe pas à cette exigence de loyauté ; mais la spécificité des relations contractuelles existant entre un employeur et un salarié et marquées par un rapport de subordination a conduit à une nécessaire adaptation de cette exigence. Il convient en effet tout à la fois de permettre à l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire à l'encontre de ses salariés et d'établir le cas échéant leurs manquements professionnels tout en garantissant à ces derniers la possibilité de se défendre en opposant à l'employeur tous éléments de preuve utiles, y compris les documents de l'entreprise. La Cour de cassation soucieuse de ménager les intérêts contradictoires de l'employeur et du salarié au procès prud'homal a progressivement dessiné les contours du pouvoir de surveillance de l'employeur (I) et précisé les conditions d'utilisation par le salarié des documents de l'entreprise (II).

### I. – ENCADREMENT DU POUVOIR DE SURVEILLANCE DE L'EMPLOYEUR

C'est principalement à propos du contentieux des licenciements disciplinaires que la jurisprudence est venue préciser quels étaient les droits de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de surveillance et dans quelles limites il pouvait utiliser et se prévaloir de procédés de contrôle de l'activité de ses salariés pour établir à leur encontre un comportement fautif justifiant une sanction. L'obligation de loyauté s'affirme alors comme interdisant tout procédé de preuve clandestin (A) et tout moyen de preuve de nature à porter atteinte à l'intimité de la vie privée du salarié ou à restreindre de manière injustifiée sa liberté individuelle ou collective (B).

#### A. – Illicéité des procédés de preuve clandestins

C'est dans son arrêt du 20 novembre 1991<sup>(1)</sup>, (affaire Néocel) que la chambre sociale a pour la première fois posé une première limite au pouvoir de surveillance de l'employeur. Dans cette espèce, l'employeur suspectant de vol une de ses employées caissières avait dissimulé une caméra reliée à un magnétoscope surveillant la caisse et avait enregistré le vol commis par la salariée. Licenciée pour faute grave, la salariée contestant le bien-fondé de cette mesure de licenciement avait invoqué le caractère illicite de cet enregistrement.

La chambre sociale a fait droit à son argumentation et considéré que « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite. Une cour d'appel ne peut donc, sans violer l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, retenir à l'encontre d'une salariée l'existence d'une faute grave, en se fondant sur un enregistrement effectué par l'employeur, au moyen d'une caméra, du comportement et des paroles de la salariée, tandis qu'il résulte du procès-verbal de transport sur les lieux effectué par les juges du second degré que la caméra était dissimulée dans une caisse, de manière à surveiller le comportement des salariés sans qu'ils s'en doutent ».

Cette même solution a été réitérée le 10 décembre 1997<sup>(2)</sup> (à propos d'une caméra vidéo installée à la caisse d'un poste à essence à l'insu des salariés), la chambre sociale ajoutant qu'un délégué du personnel, et pas seulement le salarié licencié, avait le pouvoir d'agir en justice pour demander le retrait des éléments de preuve ainsi obtenus par l'employeur.

C'est clairement le caractère clandestin du procédé de surveillance qui est ainsi condamné ; l'exigence de loyauté signifie ici la prohibition de tout procédé de surveillance de l'activité des salariés sans que ceux-ci n'en aient été préalablement informés.

Cette règle jurisprudentielle s'explique par le souci de conserver un nécessaire climat de confiance entre l'employeur et le salarié et est fondée sur la considération que la connaissance par les salariés de l'existence d'un procédé de surveillance serait suffisamment dissuasive.

(1) *Bull.*, V, n° 519, p. 323 ; *Dalloz*, 13 février 1992, n° 7, p. 73, note Y. Chauvy ; *Droit social*, janvier 1992, n° 1, p. 28, par Ph. Waquet ; *RTD civ.*, 1992, 48, obs. P.Y. Gautier.

(2) *Soc.*, 10 décembre 1997, *Bull.*, V, n° 434, p. 310.

C'est dans cette lignée jurisprudentielle que se situent les arrêts de la chambre sociale qui décident que constituent des moyens de preuves illicites les comptes rendus de filatures organisées par l'employeur à l'insu du salarié<sup>(3)</sup> et que doivent être rejetés des débats comme étant irrecevables, le rapport de filature établi par une entreprise de surveillance privée<sup>(4)</sup>, de même que les constatations d'un détective privé corroborées par celles des membres du personnel à l'insu du salarié<sup>(5)</sup>, ou encore le rapport d'une société de surveillance chargée par l'employeur de contrôler à leur insu l'utilisation par les salariés du distributeur de boissons et de sandwiches<sup>(6)</sup>.

D'origine jurisprudentielle, l'interdiction de modes de surveillance clandestins s'est ensuite traduite par une obligation légale d'information préalable imposée à l'employeur.

La loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 a en effet introduit dans le code du travail l'article L. 432-2-1 en vertu duquel : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens et techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.* »

Désormais prévue par un texte de loi, cette obligation d'information préalable voit son manquement sanctionné par le rejet du procédé en cause devenu illégal et plus seulement déloyal.

Amenée à se prononcer sur cette nouvelle disposition, la chambre sociale en a exactement précisé le champ d'application :

– ainsi, elle a décidé<sup>(7)</sup> que « *si, aux termes de l'article L. 432-2-1 du Code du travail, le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés, ce qui interdit à l'employeur de se servir de moyens de preuve obtenus à l'aide de procédés de surveillance qui n'auraient pas été portés préalablement à la connaissance des salariés, l'employeur est libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas. Une cour d'appel, ayant constaté que le système de vidéo-surveillance avait été installé par l'employeur dans un entrepôt de marchandise et qu'il n'enregistrait pas l'activité de salariés affectés à un poste de travail déterminé, a pu retenir, à l'appui de sa décision, ce moyen de preuve.* »

Cette solution prend en compte le souci légitime de l'employeur de faire surveiller ses entrepôts et les biens de l'entreprise et de donner toutes garanties à l'assureur en cas de vols commis par un tiers à l'entreprise tout en ne portant pas atteinte aux droits des salariés dont l'activité n'est pas censée se dérouler dans ces locaux annexes équipés du dispositif de surveillance.

(3) Soc., 22 mai 1995, *Bull.*, V n° 164, p. 119.

(4) Soc. 20 novembre 1991, *Bull.*, V, n° 519, p. 323 ; Soc., 4 février 1998, *Bull.*, V, n° 64, p. 47.

(5) Soc., 15 mai 2002, pourvoi n° 00-42.885.

(6) Soc., 15 mai 2001, *Bull.*, V, n° 167, p. 131.

(7) Soc., 31 janvier 2001, *Bull.*, V, n° 28, p. 20 ; Semaine juridique, Edition entreprise, 5 juillet 2001, n° 27, p. 1145, note C. Puigelier.

Par ailleurs, dans son arrêt du 14 mars 2000<sup>(8)</sup>, la chambre sociale a rappelé que « *l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, l'emploi de procédé clandestin de surveillance étant toutefois exclu. En conséquence une cour d'appel qui a relevé que les salariés avaient été avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées a pu décider que les écoutes constituaient un mode de preuve valable.* »

Dans cette espèce, le salarié trader chargé de recevoir et de transmettre par téléphone des ordres d'achat en bourse avait été dûment informé comme le reste du personnel qu'il serait écouté par l'employeur. A l'occasion d'une de ses écoutes l'employeur avait constaté que son salarié se livrait pendant son temps de travail à différents paris avec des tiers ; licencié pour faute grave sur la base de ces écoutes téléphoniques, le salarié prétendait voir écarter ce mode de preuve.

La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir admis la validité de ce mode de preuve, dans la mesure où l'employeur n'avait usé d'aucune ruse ni stratagème pour faire la preuve de la faute du salarié, en sorte qu'aucune déloyauté ne pouvait lui être reprochée.

Dans la même optique, la chambre sociale a jugé que la vérification par une entreprise d'un relevé de ses communications téléphoniques fourni par France Telecom ne constituait pas un procédé de surveillance illicite<sup>(9)</sup> ; dans la mesure où ces relevés ont pour finalité principale de permettre à l'employeur de vérifier le bien-fondé de la facturation qui lui est présentée par l'opérateur téléphonique, l'employeur n'avait pas à en avertir spécialement les salariés.

Cette jurisprudence nuancée qui examine si l'on est bien en présence d'un procédé de surveillance et qui vérifie si, dans ce cas, il a été porté à la connaissance de chacun des salariés a été ensuite complétée par la prise en compte d'autres principes tels que l'obligation de respecter l'intimité de la vie privée du salarié (article 9 du Code civil) et celle de ne pas « *apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » (article L. 120-2 du Code du travail).

## **B. – Illicéité des moyens de preuve portant atteinte à l'intimité de la vie privée et de ceux apportant une restriction injustifiée à une liberté individuelle ou collective**

Avec le développement de l'utilisation de l'outil informatique en entreprise s'est posée la question de savoir dans quelle mesure l'employeur pouvait contrôler l'usage d'internet par ses salariés.

(8) Soc., 14 mars 2000, *Bull.*, V, n° 101, p. 78 ; *Gazette du Palais*, 28 octobre 2000, n° 302, p. 34, note L. Bérenguer – Guillon et L. Guignot. *Semaine juridique*, 7 février 2001, n° 6, p. 325, note C. Puigelier.

(9) Soc., 15 mai 2001, *Bull.*, V, n° 168, p. 132.

Le recours à l'informatique permet à l'employeur un contrôle étroit de l'activité du salarié et la chambre sociale a été amenée à poser une limite à ce contrôle.

Dans le désormais fameux arrêt connu du grand public sous le nom de l'arrêt Nikon rendu le 2 octobre 2001<sup>(10)</sup>, la chambre sociale a considéré que *« le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances. L'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance du contenu des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur »*.

Se fondant sur le respect de la vie privée et le secret des correspondances, la chambre sociale ne permet pas à l'employeur de consulter, à l'insu du salarié, un fichier « personnel » que celui-ci avait constitué dans l'ordinateur mis à sa disposition pour son travail.

Cette reconnaissance par la chambre sociale d'un droit irréductible du salarié au respect de l'intimité de sa vie privée, même sur le lieu de travail, a été réitérée dans les mêmes termes que l'arrêt Nikon dans l'arrêt du 12 octobre 2004<sup>(11)</sup>.

Dans cette affaire, la salariée avait été mise à pied pour avoir entretenu une correspondance de nature personnelle pendant son temps de travail en utilisant la messagerie électronique de l'entreprise. Pour établir ce comportement l'employeur s'était fondé sur le contenu des messages émis par la salariée et qu'il avait découverts en consultant l'ordinateur mis à la disposition de cette dernière. La cour d'appel qui avait considéré cette mise à pied justifiée est censurée par la Cour de cassation aux motifs précités.

Cette solution n'implique cependant pas que l'employeur ne puisse interdire au salarié d'utiliser le matériel professionnel de manière abusive ou à des fins personnelles ni qu'il ne puisse sanctionner un tel usage<sup>(12)</sup>.

Et la chambre sociale a notamment considéré dans son arrêt du 2 juin 2004<sup>(13)</sup> que *« le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement constitutif d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis »*.

(10) Soc., 2 octobre 2001, *Bull.* V, n° 291, p. 233 ; La semaine juridique, entreprise et affaires, 29 novembre 2001, n° 48, pp. 1918-1922, note C. Puigellier - La semaine juridique, éd. générale, 9 janvier 2002, n° 2, pp. 63-69, note M. Bourrié-Quenillet et F. Rodhain - « Revue trimestrielle de droit civil », janvier-mars 2002, n° 1, pp. 72-73, note J. Hauser - Le Dalloz, 8 novembre 2001, n° 39, p. 3148-3153, note P.-Y. Gautier - « Revue juridique Personnes & famille » (RJPF), janvier 2002, n° 1, pp. 10-11, note B. Bossu - « Revue de jurisprudence sociale », décembre 2001, n° 12, pp. 940-946, note F. Favennec-Héry.

(11) Soc., 12 octobre 2004, *Bull.*, V, n° 245, p. 226.

(12) Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, p. 351.

(13) Soc., 2 juin 2004, *Bull.*, V, n° 152, p. 144.

Ce faisant la chambre sociale répond aux inquiétudes qu'avait pu faire naître chez les employeurs la jurisprudence « Nikon » et rappelle que l'obligation de loyauté présente dans les relations de travail s'impose aux deux parties au contrat de travail, lesquelles doivent, conformément à l'article 1134 du Code civil, exécuter le contrat de travail de bonne foi.

Rendu au visa, non seulement des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, et 9 du nouveau Code de procédure civile, mais également de l'article L. 120-2 du Code du travail, cet arrêt s'inscrit dans la tendance tant jurisprudentielle que législative à l'accroissement de la considération de la personne et des ses prérogatives subjectives dans les relations du travail.

Cet article L. 120-2 du Code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992, est riche de potentialités et introduit une exigence de proportionnalité pour justifier une restriction apportée à une liberté individuelle ou collective du salarié.

Faisant application de cette disposition, la chambre sociale a retenu que l'employeur ne pouvait procéder à l'ouverture d'une armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévus par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci dûment prévenu et cassé l'arrêt qui, pour dire qu'un licenciement repose sur une faute grave, retient qu'il résulte des attestations produites, que trois cannettes de bière ont été trouvées dans l'armoire personnelle du salarié, sans rechercher quelles étaient les dispositions du règlement intérieur alors que la fouille, effectuée hors la présence de l'intéressé, n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier.<sup>(14)</sup>

De même, la chambre sociale a-t-elle jugé qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constituait un moyen de preuve illicite<sup>(15)</sup>.

Elle considère en effet qu'une filature porte nécessairement atteinte à la vie privée du salarié sans pouvoir être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes du salarié. Cet arrêt ne reprend pas la distinction faite antérieurement suivant que le salarié avait ou non été informé de l'existence d'un tel contrôle<sup>(16)</sup>.

En revanche, l'employeur pouvant, en application de l'article L. 120-2 du Code du travail, apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir, le fait d'avoir imposé, après consultation du comité d'entreprise, l'ouverture des sacs du personnel par des agents de sécurité, à l'entrée de l'entreprise, qui a fait l'objet d'alertes à la bombe à une époque où une série d'attentats avaient eu lieu, ne dispensait pas un salarié protégé de se sou-

(14) Soc., 11 décembre 2001, *Bull.*, V, n° 377, p. 303.

(15) Soc., 26 novembre 2002, *Bull.*, V, n° 352 p. 345 ; Rapport annuel 2002, p. 359.

(16) Cf. notamment arrêt cité in note 3.

mettre à cette mesure justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, et proportionnée au but recherché puisqu'elle excluait la fouille des sacs. Par suite, le salarié protégé qui a refusé de présenter son sac a commis une faute et la mise à pied de 5 jours motivée par ce seul refus est justifiée<sup>(17)</sup>.

C'est à un contrôle de proportionnalité que se livre ici la chambre sociale comme l'y invite l'article L. 120-2 du Code du travail.

Si le pouvoir de l'employeur de se ménager des preuves du comportement fautif du salarié est ainsi précisément encadré, l'on verra que le salarié se voit également imposer certaines limites dans l'utilisation de documents de l'entreprise à l'occasion d'un litige avec l'employeur.

## II. – ENCADREMENT DE L'UTILISATION PAR LE SALARIÉ DES DOCUMENTS DE L'ENTREPRISE

À l'instar de l'employeur qui ne peut, sans méconnaître l'obligation de loyauté, obtenir des preuves au moyen de procédés clandestins ou portant atteinte à des libertés fondamentales du salarié, le salarié ne peut se prévaloir de documents appartenant à l'entreprise et conservés par lui que sous certaines conditions.

### A. – Evolution jurisprudentielle sur le « vol » de documents de l'entreprise

La chambre sociale a eu à répondre à deux questions : le vol de documents de l'entreprise justifie-t-il le licenciement du salarié et les documents de l'entreprise produits par le salarié sont-ils recevables ?

Sur ces deux questions la jurisprudence a évolué :

Sur la première question, la chambre sociale considèrerait classiquement que le vol de documents appartenant à l'entreprise de même que la violation par le salarié d'une obligation légale et/ou conventionnelle au secret professionnel étaient des causes de licenciement, en général constitutives de faute grave.<sup>(18)</sup> Ainsi le fait pour un salarié de sortir du laboratoire qui l'employait un « cahier de paillasse » couvert par le secret professionnel pour en photocopier des pages et les produire devant le conseil de prud'hommes à l'appui de ses demandes constitue une faute grave (Soc., 3 octobre 1990, pourvoi n° 88-44.170).

De même commet une faute grave le chef comptable qui a établi à l'insu de son employeur et versé aux débats de nombreuses photocopies de documents sociaux étrangers aux besoins de la procédure qu'il avait engagée et au moyen desquels il enten-

dait rapporter la preuve de prétendues malversations commises par son employeur (Soc., 20 juin 1990, *Bull.*, V, n° 307, p. 183).

À partir de 1991, on constate un léger infléchissement de la jurisprudence.

Ainsi aucune faute grave ne peut être reprochée au salarié pour avoir reproduit à l'insu et contre le gré de son employeur et versé aux débats des documents techniques et confidentiels de l'entreprise dès lors que le salarié avait lui-même établi ces documents ou les avait eus à sa disposition dans le cadre normal de ses fonctions (Soc., 19 juin 1991, *Bull.*, V, n° 311, p. 190, Dr. Soc., 1991, p. 639).

De même n'est pas constitutif d'une faute grave, ni même d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, le comportement d'un salarié auquel il était reproché d'avoir détenu dans son bureau des dossiers archivés sans lien avec ses propres dossiers et de les avoir utilisés à des fins non explicitées ; en effet il était constaté que la consultation de dossiers archivés au demeurant non confidentiels n'était pas inusitée (Soc., 6 octobre 1998, pourvoi n° 96-42.437, RJS 11-98, n° 1349).

Dans un arrêt plus récent, la faute grave a été écartée eu égard à l'ancienneté du salarié et au fait que la preuve d'un usage préjudiciable des fichiers volés n'était pas rapportée (Soc., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-45.806).

En toute hypothèse, la détention frauduleuse ou non relève de l'appréciation de fait des juges du fond (Soc., 13 octobre 1988, *Bull.*, V, n° 508, p. 329) et dès lors que le salarié a été relaxé du chef de soustraction frauduleuse de documents (photocopiés pour un futur usage dans un litige prud'homal), ce grief ne peut justifier son licenciement (Soc., 18 juillet 2001, pourvoi n° 99-40.927).

Même quand la faute grave est retenue, certains arrêts prennent soin de noter que la soustraction de documents à l'employeur ou leur divulgation en violation du secret professionnel n'étaient pas justifiée par les besoins de la défense du salarié<sup>(19)</sup>. Ainsi la faute grave est retenue lorsque « les documents détournés ne l'ont pas été dans le seul dessein du salarié de préparer sa défense ».<sup>(20)</sup>

En introduisant cette réserve, la chambre sociale donnait à penser que l'appréciation du comportement du salarié aurait été moins sévère si les documents soustraits ou divulgués en violation du secret professionnel avaient été nécessaires à la défense du salarié.

Ce pas a été franchi lorsque, répondant à la deuxième question relative à la recevabilité des preuves produites par le salarié, la chambre sociale a, dans son arrêt du 2 décembre 1998<sup>(21)</sup>, décidé

(17) Soc., 3 avril 2001, *Bull.*, V, n° 115, p. 90.

(18) Soc., 24 octobre 1989, *Bull.*, V, n° 611, p. 369 ; Soc., 20 juin 1990, *Bull.*, V, n° 307, p. 183 ; Soc., 3 octobre 1990, pourvoi n° 88-44.170 ; Soc., 14 novembre 1991, *Bull.*, V, n° 497, p. 310 ; Soc., 10 novembre 1998, n° 96-42.718 ; Soc., 27 juin 2001, pourvoi n° 99-45.195 ; Soc., 1<sup>er</sup> avril 2003, pourvoi n° 01-40.765.

(19) Soc., 20 juin 1990, précité in note 18 ; cf. encore Soc., 28 avril 2000, pourvoi n° 97-45.905.

(20) Soc., 20 octobre 1995, pourvoi n° 94-42.293.

(21) Soc., 2 décembre 1998, *Bull.*, V, n° 535, p. 402, commenté in Dalloz 1999, n° 30, p. 431.

que « le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions », et a, en conséquence, cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait écarté les documents de l'entreprise produits par le salarié.

Cette position de la chambre sociale s'est avérée en contradiction avec la celle de la chambre criminelle ; en effet, cette dernière qualifiait de vol le fait pour un salarié de photocopier à des fins personnelles les documents de l'entreprise, sans autorisation préalable et ce, quels que soient les motifs et notamment même s'ils étaient destinés à servir en justice dans un contentieux prud'homal<sup>(22)</sup>.

Pour une partie de la doctrine, cette solution de la chambre criminelle **aboutissait à sanctionner pénalement l'exercice par le salarié de ses droits de la défense**<sup>(23)</sup>. La solution de la chambre sociale perdait de son efficacité si le salarié admis à produire des documents soustraits frauduleusement à l'employeur pouvait être poursuivi et **condamné** pour vol de documents.

Prenant la mesure de cette divergence, les deux chambres de la Cour de cassation ont rapproché leur point de vue et sont parvenues, à une solution commune exprimée dans les arrêts rendus par la chambre criminelle le 11 mai 2004 et par la chambre sociale le 2 juin 2004.

Ainsi dans son arrêt du 2 juin 2004<sup>(24)</sup>, statuant sur le bien-fondé du licenciement pour faute lourde d'une assistante de révision dans une société d'audit et de conseil à laquelle il était reproché de s'être emparé pour les produire en justice de divers documents de l'entreprise couverts par le secret professionnel, la chambre sociale vient rappeler le principe selon lequel « le salarié peut produire en justice les documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, dès lors que cela est strictement nécessaire à l'exercice de ses droits en justice dans le litige l'opposant à son employeur ».

La garantie d'un exercice effectif des droits de la défense par le salarié est ainsi assurée par la chambre sociale à un double niveau, celui de la recevabilité des modes de preuve (arrêt du 2 décembre 1998<sup>(25)</sup>) et celui de l'appréciation de la sanction du salarié qui produit des documents de l'entreprise (arrêt du 2 juin 2004).

Cette garantie n'aurait pas été complète si le salarié amené à produire en justice des documents de l'entreprise pouvait faire l'objet d'une condamnation pour vol.

Aussi, la chambre criminelle, au profit d'un revirement de jurisprudence, a-t-elle décidé<sup>(26)</sup> que devait être relaxé du chef de vol le salarié qui, sans l'autorisation de son employeur, a appréhendé ou reproduit des documents de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, dès lors que leur production était strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier.

On retrouve ici l'admission d'un fait justificatif fondé sur l'exercice des droits de la défense déjà reconnu dans d'autres domaines<sup>(27)</sup>.

La convergence des solutions adoptées par les deux chambres de la Cour de cassation, y compris dans la formulation même du principe, met ainsi fin au trouble qu'avaient pu susciter dans la doctrine les positions jusqu'alors difficilement conciliables entre la protection du droit de propriété et le principe du respect des droits de la défense.

## **B. – Portée de ces arrêts : conditions strictes d'utilisation par le salarié de documents de l'entreprise**

Réitérant la solution donnée le 11 mai 2004, la chambre criminelle dans son arrêt du 4 janvier 2005<sup>(28)</sup> a cassé un arrêt de cour d'appel qui, pour déclarer coupable de vol de documents de l'entreprise, un salarié qui les avait photocopiés, retient que les photocopies ont été réalisées à l'insu de son employeur et que le mobile de l'appréhension délictueuse est indifférent, sans rechercher si les documents dont s'agit n'étaient pas strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense du salarié dans le litige l'opposant à son employeur.

Il résulte ainsi des solutions harmonisées de la Cour de cassation que l'appropriation et l'utilisation par le salarié de documents de l'entreprise est subordonnée à deux conditions :

– le salarié doit avoir eu connaissance des documents litigieux à l'occasion de ses fonctions : il reviendra aux juges du fond, en cas de contestation sur ce point, de vérifier la manière dont le salarié a pu se procurer les documents produits, mais la formulation utilisée par la haute juridiction – seule connaissance exigée – « à l'occasion » et pas « dans le cadre » des fonctions laisse à penser que cette condition doit être entendue largement ;

– les documents soustraits à l'entreprise doivent être strictement nécessaires à l'exercice de la défense du salarié : c'est en effet pour tenir compte de la position

(22) Crim., 8 janvier 1979, *Bull. Crim.* n° 13, p. 32 ; Crim., 24 octobre 1990, pourvoi 89-84.485 ; Crim. 31 mai 1994, pourvoi 93-83.613 ; Crim., 16 mars 1999, pourvoi n° 97-85.054.

(23) Alexandre Meyrieux, « L'exercice par le salarié de ses droits de la défense justifie-t-il le vol de documents » in JSL n° 114 p. 4 ; Sophie Bouretz « Le salarié peut-il se constituer une preuve avec des documents appartenant à l'employeur » in JCP, éd. entreprise, n° 7, p. 20.

(24) *Bull.*, V, n° 146, p. 140.

(25) *Bull.*, V, n° 535, p. 402.

(26) Crim. 11 mai 2004, *Bull. Crim.*, n° 117, p. 452 et Crim. 11 mai 2004, *Bull. Crim.*, n° 113 (2), p. 436. Agathe Lepage, observations sous Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 113, p. 437 et n° 117, p. 453, in « *Revue pénitentiaire et de droit pénal* », décembre 2004, n° 4, pp. 861-870. Jean-Christophe Saint-Pau, observations sous Crim., 11 mai 2004, *Bull. Crim.*, n° 113, p. 437 et n° 117, p. 453, in « *Revue pénitentiaire et de droit pénal* », décembre 2004, n° 4, pp. 875-880.

(27) Notamment au profit du journaliste poursuivi pour diffamation et autorisé, pour les besoins de sa défense, à produire les pièces couvertes par le secret de l'instruction (Crim., 11 juin 2002, *Bull. Crim.*, n° 132, p. 486 ; Crim., 11 février 2003, *Bull. Crim.*, n° 29, p. 11.)

(28) Pourvoi n° 04-82.337 en cours de publication au *Bull. Crim.*

fragile du salarié en litige avec son employeur et de sa difficulté – notamment quand il n'est plus dans l'entreprise après un licenciement – à rapporter la preuve des faits au soutien de sa position (les témoignages de collègues encore en place étant difficiles à obtenir) que la possibilité lui a été donnée de s'approprier certains documents de l'entreprise pour les produire devant le juge prud'homal.

La prise en compte de la finalité probatoire explique l'admission du fait justificatif par la chambre criminelle.

Il appartiendra aux juges du fond de vérifier le rapport de proportionnalité devant exister entre

l'appréhension des documents et leur stricte nécessité pour la défense du salarié et de faire un tri entre les différents documents produits selon leur pertinence pour les besoins du procès.

Toute latitude n'est donc pas donnée au salarié dans la recherche de la preuve.

En effet, destinée à améliorer le déroulement du procès prud'homal en remédiant à l'inégalité des parties dans la recherche de la preuve, cette jurisprudence ne doit cependant pas conduire à exonérer le salarié de toute obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail et dans la collecte des preuves.



# JURISPRUDENCE



# COURS EUROPÉENNES

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

### II.1. – Cour de justice des communautés européennes

#### F. – Rupture du contrat de travail

##### 2. Licenciements

##### \* Définition

###### N° 1

Directive 98/59/CE – Licenciements collectifs – Consultation des représentants des travailleurs – Notification à l'autorité publique compétente – Notion de « licenciement » – Moment du « licenciement »

##### Faits et procédure :

Demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par l'Arbeitsgericht Berlin (Allemagne), concernant l'interprétation de la directive 98/59 CE.

La requérante, employée comme aide-soignante et aide ménagère par la société AWO a contesté son licenciement. La société AWO, qui comptait environ 430 salariés, était dotée d'un comité d'entreprise. Par lettre du 19 juin 2002, parvenue le même jour, l'administrateur judiciaire a informé le président du comité d'entreprise qu'il avait l'intention, en raison de la fermeture de l'établissement, de résilier tous les contrats de travail en cours, dont celui de la requérante, en respectant le préavis maximal de trois mois prévu par la procédure de redressement judiciaire, c'est-à-dire avec effet au 30 septembre 2002, et de procéder à un licenciement collectif.

Par lettre du 27 août 2002, reçue le même jour, l'administrateur judiciaire a notifié à l'Office pour l'emploi le licenciement de 172 salariés, avec effet au 30 septembre 2002, conformément à la législation interne. Il a joint à cette notification l'avis du comité d'entreprise.

La requérante a reçu le 29 juin 2002, la lettre de résiliation de son contrat de travail, avec effet au 30 septembre 2002, pour des motifs inhérents à l'entreprise.

Par requête déposée devant l'Arbeitsgericht Berlin le 17 juillet 2002, l'intéressée a contesté ce licenciement en invoquant sa nullité.

L'Arbeitsgericht Berlin a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

– la directive [...] doit-elle être interprétée en ce sens qu'il faut entendre par « licenciement » [« Entlassung »] au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), de ladite directive la résiliation du contrat de travail [« Kündigung »], premier acte de la cessation de la relation d'emploi, ou bien le « licenciement » [« Entlassung »] désigne-t-il la cessation de la relation d'emploi, à l'expiration du préavis de licenciement ?

– s'il faut entendre par « licenciement » [« Entlassung »] la résiliation du contrat de travail, la directive exige-t-elle que la procédure de consultation visée à l'article 2 de la directive<sup>(1)</sup>, ainsi que la procédure de notification visée aux articles 3 et 4 de la directive<sup>(2)</sup>, soient obligatoirement closes avant la résiliation des contrats de travail [« Kündigung »] ?»

##### Dispositif :

Les articles 2 à 4 de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, doivent être interprétés en ce sens que **l'événement valant licenciement est constitué par la manifestation de la volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail.**

L'employeur est en droit d'effectuer des licenciements collectifs **après la fin de la procédure de consultation prévue à l'article 2 de la directive 98/59 et après la notification du projet de licenciement collectif prévue aux articles 3 et 4 de cette même directive.**

27 janvier 2005, 2<sup>e</sup> chambre, affaire C-188/03.

Ce résumé d'arrêt est extrait du document de veille élaboré par l'Observatoire du droit européen, composé de Mme Françoise Calvez, magistrat, auditeur à la Cour de cassation, responsable de cet observatoire, et de Jenny Monnin, assistante de justice.

Vous pouvez contacter cet observatoire pour obtenir l'intégralité de l'arrêt cité, sur simple demande par mail :

obs.europe.sde.courdecassation@justice.fr ou par téléphone : Françoise Calvez : 01 44 32 67 23, Jenny Monnin : 01 44 32 66 91.

(1) Extrait de l'article 2 :

1. « Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord.

2. Les consultations portent au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés... ».

(2) Notification de tout licenciement collectif à l'autorité publique compétente et délai de trente jours minimum, à compter de cette notification avant que le licenciement ne soit effectif pour permettre à l'autorité publique d'agir sur les problèmes liés à ce licenciement.



# TRIBUNAL DES CONFLITS

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

### 3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

#### \* *Transfert à une personne publique*

##### N° 2

##### *Sommaire*

Si les dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail, interprétées au regard de la directive n° 98/50/CEE du Conseil du 29 juin 1998, imposent le maintien des contrats de travail en cours y compris dans le cas où l'entité économique transférée constitue un service public administratif dont la gestion, jusqu'ici assurée par une personne privée, est reprise par une personne morale de droit public normalement liée à son personnel par des rapports de droit public, elles n'ont pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de droit privé tant que n'a pas été établi entre l'employeur public et le salarié un rapport de droit public.

Par suite, lorsqu'un salarié dont le contrat de travail n'a pas été repris après le rachat, par une personne publique, de la concession exploitée par l'entreprise qui l'avait recruté, demande la condamnation de cette personne publique à lui verser des rappels de salaires et diverses indemnités pour rupture abusive de contrat, ce litige relève de la compétence du juge judiciaire, le caractère administratif de certaines des activités reprises du fait du rachat de la concession de service public par la personne publique, étant sans incidence sur la nature du contrat de droit privé subsistant entre ce salarié et le nouvel employeur.

**14 février 2005**

N° 3441. – C.A. Aix-en-Provence, 28 juillet 2004.

Mme Mazars, Pt. – M. Durand-Viel, Rap. –  
Mme Commaret, Com. du Gouv.



# COUR DE CASSATION

## I. – AVIS, ARRÊTS D'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET DE CHAMBRE MIXTE DE LA COUR DE CASSATION

### A. – Avis de la Cour de cassation

(Articles L. 151-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire et 1031-1 du nouveau Code de procédure civile)

*Séance du 24 janvier 2005*

#### CONTRAT DE TRAVAIL, DURÉE DÉTERMINÉE

Qualification donnée au contrat – Demande de requalification – Requalification par le juge – Effets – Indemnité de requalification – Pluralité de contrats irréguliers – Portée.

Lorsque le juge requalifie en contrat de travail à durée indéterminée une succession de contrats de travail à durée déterminée conclus avec un même salarié, il ne doit accorder, sur le fondement de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, qu'une seule indemnité de requalification, laquelle ne peut être inférieure à un mois de salaire, peu important le nombre de contrats irréguliers requalifiés.

LA COUR DE CASSATION, réunie le 24 janvier 2005.

Vu leur connexité, joint les demandes d'avis n<sup>os</sup> 0400004 et 0400005,

Vu les articles L. 151-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire, 1031-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile,

Vu les demandes d'avis formulées les 2 et 9 septembre 2004 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans les instances opposant M. Laurent Revah à la société T.N.M. la Criée venant aux droits de la SARL Compagnie Gildas Bourdet d'une part, et cette même société à M. Paul Chavaneau, d'autre part, reçues le 2 novembre 2004, ainsi libellées :

« Le juge qui a requalifié plusieurs contrats à durée déterminée, s'étant succédé sans interruption entre les mêmes parties, en contrats à durée indéterminée, doit-il sur le fondement de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, allouer autant d'indemnités de requalification que de contrats à durée déterminée ou une seule indemnité de requalification ? »

Sur le rapport de Mme le conseiller référendaire Martinel et les conclusions de M. l'avocat général Allix,

Vu les observations écrites déposées le 16 novembre 2004 par M<sup>e</sup> Blanc, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation,

EST D'AVIS QUE :

Lorsque le juge requalifie une succession de contrats de travail à durée déterminée conclus avec le même salarié en contrat de travail à durée indéterminée, il ne doit accorder qu'une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire.

N<sup>o</sup> 05-00.003. – C.A. Aix-en-Provence, 2 et 9 septembre 2004.

M. Canivet, P. Pt. – Mme Martinel, Rap., assistée de Mme Martinez, greffier en chef – M. Allix, Av. Gén.

## Rapport de Mme Martinel

### Conseiller rapporteur

La Cour de cassation est saisie de deux demandes d'avis formulées par la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Ces demandes d'avis concernent l'action en requalification d'une succession de contrats de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée. La question posée, qui est identique dans les deux demandes d'avis, est relative à l'indemnité de requalification, qui, selon les dispositions de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, doit être allouée au salarié par le juge qui a accueilli la demande de requalification du contrat de travail.

#### I. – RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

M. Revah a été engagé par la société TNM la Crie-Cie Gildas Bourdet SARL en qualité de régisseur son, selon soixante et un contrats à durée déterminée conclus entre le 16 janvier 1996 et le 24 avril 1999.

M. Chavaneau a été engagé par la même société, en qualité d'électricien et de régisseur lumière, selon quarante et un contrats à durée déterminée conclus entre le 21 janvier 1997 et le 24 avril 1999.

Conclus en application de l'article L. 122-1-1, 3° du Code du travail<sup>(1)</sup>, ces contrats se sont succédé de façon quasi ininterrompue sur plusieurs périodes d'une durée variable, espacées elles-mêmes par des périodes d'inactivité.

Faisant valoir l'existence d'irrégularités de forme, les salariés ont saisi le conseil de prud'hommes de Marseille aux fins d'obtenir, d'une part, la requalification de ces contrats de travail à durée déterminée en contrats de travail à durée indéterminée, d'autre part, la condamnation de l'employeur au paiement, à titre principal, de plusieurs indemnités de requalification correspondant au nombre de contrats de travail à durée déterminée irréguliers, à titre subsidiaire, au paiement d'autant d'indemnités de requalification que de requalifications en contrats à durée indéterminée effectuées, et à titre infiniment subsidiaire, au paiement d'une seule indemnité de requalification.

Dans un jugement en date du 29 avril 2002, la juridiction prud'homale a requalifié les contrats de travail à durée déterminée conclus par M. Chavaneau en un ensemble global à durée indéterminée et a condamné l'employeur au paiement d'une indemnité de requalification.

(1) L'article L. 122-1-1, 3° du Code du travail permet de recourir au contrat de travail à durée déterminée, dans certains secteurs d'activités – parmi lesquels se trouve le secteur du spectacle – pour des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Dans un jugement en date du 3 décembre 2002, elle a rejeté la demande de requalification des contrats de travail à durée déterminée conclus par M. Revah, tout en accueillant les demandes en rappel de salaire et d'avantage en nature.

La société TNM la Crie-Cie Gildas Bourdet a interjeté appel du jugement du 29 avril 2002, et M. Revah du jugement du 3 décembre 2002.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans deux arrêts en date des 2 et 9 septembre 2004, a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis dans les termes suivants :

*« Le juge qui a requalifié plusieurs contrats de travail à durée déterminée, s'étant succédé sans interruption entre les mêmes parties, en contrats à durée indéterminée, doit-il sur le fondement de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, allouer autant d'indemnités de requalification que de contrats à durée déterminée ou une seule indemnité de requalification ? »*

#### II. – SUR LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS

##### A. – Sur le respect des conditions de forme

Conformément à l'article 1031-1 du nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a avisé les parties de son intention de saisir la Cour de cassation d'un avis. Une hésitation était permise, l'avis requis par ce texte ne figurant pas au dossier. Mais, les parties ont répondu par observations écrites, le 12 août 2004 en ce qui concerne la société TNM La Crie-Cie Gildas Bourdet et le 27 août 2004 en ce qui concerne M. Revah, ce qui permet de lever le doute sur ce point.

Le ministère public a été également avisé et a répondu par observations écrites du 16 juillet 2004.

L'arrêt du 2 septembre 2004, sollicitant l'avis, a été notifié par lettre recommandée du 13 octobre 2004 avec demande d'avis de réception.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi respecté les règles de forme imposées par les articles 1031-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile.

##### B. – Sur le respect des conditions de fond

L'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose que la question posée doit porter sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.



### a) La question est-elle nouvelle ?

La question posée concerne l'application de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, dont la dernière rédaction est issue de la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 modifiée par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002. Elle n'est donc pas suscitée par l'application d'un texte nouveau.

A-t-elle déjà été tranchée par notre Cour ?

La Cour de cassation n'a jamais été saisie d'un pourvoi posant directement la question de la condamnation à une seule ou à plusieurs indemnités de requalification.

Cela étant, les décisions rendues dans ce domaine par la chambre sociale de notre Cour avalisent les pratiques des juridictions prud'homales et des chambres sociales des cours d'appel qui accordent une seule indemnité de requalification. Les recherches effectuées n'ont pas permis de détecter un seul arrêt de la chambre sociale ayant condamné à plusieurs indemnités de requalification.

Faut-il pour autant en déduire que la question n'est pas nouvelle ?

Une analyse attentive de ces arrêts peut conduire à considérer le contraire.

En effet, jusqu'à présent, la chambre sociale de notre Cour est intervenue pour censurer les décisions des cours d'appel qui, ayant requalifié la relation de travail en contrat de travail à durée indéterminée, n'avaient cependant pas alloué au salarié une indemnité de requalification. Ces arrêts de la chambre sociale répondaient ainsi à une controverse soulevée par la doctrine et relayée par certaines juridictions. Certains auteurs<sup>(2)</sup> avaient en effet mis en évidence la nécessité de délimiter précisément le champ de l'action en requalification de l'article L. 122-3-13 en distinguant cette action de l'action en qualification. Dans cette dernière hypothèse, le juge n'intervenait pas pour sanctionner une irrégularité du contrat mais pour qualifier la relation contractuelle, c'est-à-dire « *déterminer la véritable nature du contrat* »<sup>(3)</sup>.

Ainsi était apparue la distinction entre l'action en requalification-sanction et l'action en requalification-interprétation fondée sur l'article 12 du nouveau Code de procédure civile.

Par une application très extensive de cette distinction, certaines juridictions avaient considéré que, dans l'hypothèse d'absence d'écrit ou même dans celle dans laquelle les relations contractuelles s'étaient poursuivies après l'échéance du terme, le juge procédait à une qualification de la relation de travail, ce qui excluait la mise en œuvre de l'article L. 122-3-13 du Code du travail et partant la condamnation à une indemnité de requalification. La chambre sociale a censuré cette pratique, en

affirmant que le juge qui requalifie une relation de travail sur le fondement de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, pour sanctionner un des cas d'irrégularités prévus par ce texte, doit condamner l'employeur au paiement d'une indemnité de requalification. Elle a, en outre, précisé que la juridiction saisie devait prononcer cette condamnation **même d'office (Soc., 19 janvier 1999, Bull., V, n° 27, p. 19)**.

Le problème posé n'étant pas le même, on peut ainsi estimer que l'exigence de nouveauté est remplie.

### b) La question présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

Pour que la question soit considérée comme présentant une difficulté sérieuse, il faut, selon J. Boré, « *qu'elle puisse raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond* ».

De prime abord, la question semble ne poser aucune difficulté sérieuse. La doctrine, à ma connaissance, n'a jamais envisagé la pluralité d'indemnités de requalification. Encore fallait-il qu'elle se posât la question, ce qui ne semble pas avoir été le cas. Peut-être est-ce là la preuve que la problématique est inexistante, la réponse étant déjà dans la question : une seule requalification, une seule indemnisation. C'est ce qui expliquerait encore pourquoi les juridictions du fond, dans leur ensemble, confortées par la jurisprudence de la chambre sociale de notre Cour, ont, jusqu'à présent, pratiqué l'unicité de l'indemnisation. Une telle analyse conduirait à décider que la demande d'avis ne présente pas de difficulté sérieuse.

Mais cette solution pourrait bien être remise en cause aujourd'hui en raison de l'existence de solutions divergentes adoptées par certaines cours d'appel.

Ainsi, la cour d'appel de Montpellier, dans deux arrêts en date des 10 février et 6 octobre 2004, a opté pour la multiplicité d'indemnités de requalification. Dans le premier arrêt, elle a requalifié des contrats de travail à durée déterminée conclus par La Poste en contrats de travail à durée indéterminée et a condamné l'employeur au paiement de quatre indemnités de requalification. Dans le second, rendu très récemment, elle a alloué à un salarié de la société des Autoroutes du Sud de la France sept indemnités de requalification.

Cette solution avait été déjà retenue par la cour d'appel de Bourges dans un arrêt en date du 19 mai 2000, sans que cette décision, bien que publiée à la Revue de jurisprudence sociale, ne soit réellement critiquée. Sans doute était-elle isolée.

C'est donc dans ce contexte jurisprudentiel qu'intervient la demande d'avis de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Or, dès lors que la procédure de demande d'avis est conçue comme « *un instrument mis à la disposition des juges du fond destiné à remédier devant l'inflation législative et réglementaire à l'encombrement des juridictions, et à la lenteur de la formation de la jurispru-*

(2) Claude Roy-Loustanaun, « Réflexions sur le rôle du juge dans la requalification-sanction du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990 », *Semaine Juridique*, Edition entreprise, 1991, Etudes et chroniques, n° 50.

(3) Jean Savatier, « La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers », *Droit social*, n° 5, mai 1987, p. 407.

dence »<sup>(4)</sup>, ne pourrions-nous pas considérer qu'il est souhaitable de répondre à la question posée pour lui donner un cadre général et éviter d'éventuelles dérives ou « fausses routes »<sup>(5)</sup> ? Si la Cour retenait cette solution, elle serait donc amenée à considérer que la question présente une difficulté sérieuse.

### c) La question est-elle susceptible de se poser dans de nombreux litiges ?

Selon les dernières statistiques de la DARES<sup>(6)</sup> et de l'INSEE<sup>(7)</sup>, un salarié sur six occupait en juin 2003 un emploi à durée limitée. Un rapport du Conseil économique et social<sup>(8)</sup> souligne que la part des contrats de travail à durée déterminée représentait près des deux tiers des embauches.

Le contentieux prud'homal constitue 11,5 % de l'activité des juridictions civiles du premier degré. En 2002, les conseils de prud'hommes ont rendu 87 315 jugements.

Cela étant, les statistiques du ministère de la Justice, telles qu'elles sont élaborées, ne permettent pas de déterminer de manière précise la part correspondante aux actions en requalification des contrats de travail à durée déterminée.

En l'état, la question n'a, semble-t-il, été posée que dans un nombre très réduit de litiges. Mais nous considérons que ce critère doit être aussi apprécié au regard de la potentialité des litiges à venir. Et sur ce point, la réponse est délicate car elle dépend de la question de savoir si les salariés qui vont saisir les juridictions prud'homales vont solliciter la condamnation de l'employeur au paiement de plusieurs indemnités de requalification. L'on peut raisonnablement estimer qu'il existe une probabilité certaine pour que cette situation se produise, ne serait-ce que par effet d'imitation. En matière prud'homale, les partenaires sociaux élaborent souvent des stratégies collectives visant à développer telle interprétation ou telle autre d'une disposition légale. Les affaires qui ont été jugées jusqu'à présent concernent des grandes entreprises, dont certaines, comme La Poste, ont une dimension nationale. Et l'on constate que, dans l'un des dossiers, le syndicat CGT des activités postales est intervenu à l'instance.

Compte tenu de ces éléments, on peut considérer que la question est susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

## III. – SUR LE FOND

La demande d'avis appelle des observations tant du point de vue des textes applicables (1) que de la question posée (2), avant d'envisager les éléments de réponse qui pourront lui être donnés (3).

### 1. Éléments de textes : la genèse de l'action en requalification

Les interventions successives du législateur et du pouvoir réglementaire dans le domaine du contrat de travail à durée déterminée ont subordonné la conclusion de ce contrat à des règles de fond et de forme plus ou moins rigoureuses selon les périodes. Mais pendant longtemps, la question des sanctions encourues en cas de violation de ces règles est demeurée incertaine.

Ce n'est qu'en 1982 qu'est apparue la nécessité de prévoir la mise en œuvre d'une action en requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée.

Préconisée par le rapport Auroux au titre de la « reconstitution de la collectivité de travail », l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 réformant le régime du contrat de travail à durée déterminée est née de la loi n° 82-3 du 6 janvier 1982 autorisant le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance diverses mesures d'ordre social avec pour directives « de limiter le recours aux formes d'emplois précaires, d'éviter que des emplois normalement permanents soient tenus par des titulaires de contrats précaires, d'améliorer les droits des travailleurs concernés ».

Ainsi un article L. 122-3-14 est introduit dans le Code du travail dans les termes suivants : « tout contrat conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 122-1 à L. 122-3, L. 122-3-12 à L. 122-3-13 est réputé à durée indéterminée ».

Mais en réalité, les lois dites Auroux n'ont fait que consacrer une solution jurisprudentielle fort ancienne. En effet, il est acquis, depuis un arrêt de notre Cour en date du 31 mars 1924<sup>(9)</sup>, qu'un contrat de travail à durée déterminée prorogé par le fait de la continuation des relations contractuelles se transforme en contrat de travail à durée indéterminée. L'inspiration de ce texte a donc été essentiellement jurisprudentielle.

Or, si l'évolution législative dans ce domaine s'est caractérisée par des modifications successives au gré des alternances politiques, l'existence de l'action en requalification n'a jamais fait l'objet d'une remise en cause. Une seconde ordonnance portant réforme du contrat de travail temporaire avait, ce même 5 février 1982, posé les bases de l'action en requalification de cet autre contrat de travail atypique, dont la connexité économique s'avérait évidente. Les deux actions fondées sur la technique de la disqualification contractuelle ont ainsi perduré.

Mais, bien au-delà d'une simple continuité, l'action en requalification s'est largement développée dans la réglementation des contrats de type parti-

(4) Jean Buffet, « Présentation générale de la saisine pour avis de la Cour de cassation », site internet de la Cour de cassation.

(5) Selon l'expression de M. Jean Buffet dans l'article déjà cité précédemment.

(6) Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, études et statistiques (DARES), « Temps partiels, contrats aidés et contrats à durée déterminée dans les petites entreprises : 44 % des salariés concernés en juin 2003 », juin 2004, n° 24.1.

(7) Enquête sur l'emploi 2003, « L'emploi diminue et le chômage augmente fortement » Jean-François Bigot, division emploi Insee, INSEE, n° 958, avril 2004.

(8) Pierre Duhaucourt, « La conjoncture au premier semestre 2004 », Rapport du Conseil économique et social.

(9) Civ., 31 mars 1924, S. 1924, 1, 295- GP, 1924, II, 15.

culier (contrat de travail à temps partiel, contrat de travail intermittent, contrat de formation en alternance...).

La loi du 12 juillet 1990 est venue renforcer son régime juridique, accroissant ainsi l'automatisme de son application par la création d'une présomption irréfragable et l'efficacité de sa mise en œuvre par l'institution d'une procédure spécifique, faisant l'économie de la phase de conciliation. Cette évolution a été analysée par de nombreux auteurs comme le résultat du « *puissant tropisme exercé par le contrat de travail à durée indéterminée sur le contrat de travail à durée déterminée* »<sup>(10)</sup>. Ce texte, remanié par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite loi de modernisation sociale, constitue le dernier état de la législation en la matière.

Les conditions de l'exercice de l'action en requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée sont donc définies actuellement dans l'article L. 122-3-13 du Code du travail dans les termes suivants : « *lorsqu'un conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine. La décision du conseil de prud'hommes est exécutoire de droit à titre provisoire. Si le tribunal fait droit à la demande du salarié, il doit lui accorder, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire sans préjudice de l'application des dispositions de la section II du chapitre II du titre II du livre I<sup>er</sup> du présent Code* ».

## 2. Éléments de réflexions sur la question posée

Telle qu'elle est posée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, la question appelle deux observations.

La première concerne l'hypothèse retenue par la question qui est celle de l'existence de « *plusieurs contrats à durée déterminée s'étant succédé sans interruption entre les mêmes parties* ».

La précision apparaît étonnante, car c'est certainement dans cette hypothèse de succession sans interruption que la réponse s'impose d'elle-même. En l'absence d'interruption, donc de délai de carence entre chaque contrat de travail à durée déterminée, la relation de travail est requalifiée dans son ensemble et il paraît difficile, dans ce cas-là, d'envisager une multiplicité d'indemnités de requalification.

Cependant, en replaçant la question dans le contexte des faits qui ont été soumis à la cour d'appel, il vient immédiatement à l'idée que celle-ci vise une situation tout à fait particulière : un salarié a été recruté sur plusieurs périodes différentes séparées elles-mêmes par des délais de carence mais comprenant chacune une succession ininterrompue de contrats de travail à durée déterminée.

L'hypothèse décrite correspond en effet aux situations de M. Revah et de M. Chavaneau, engagés en qualité de régisseur son et de régisseur lumière, sur plusieurs périodes successives séparées par des délais de carence et qui doivent chacune correspondre en réalité à la durée de représentation d'une pièce par le théâtre de la Criée de Marseille.

Il s'agit donc bien ici du régime spécifique de l'intermittence, défini par certains auteurs comme la permanence irrégulière de l'emploi. Or, dans ces deux cas d'espèces, chaque salarié propose à la cour d'appel de considérer qu'il existe ainsi plusieurs contrats de travail à durée indéterminée et que ces requalifications impliquent la condamnation à autant d'indemnités de requalification.

Nous sommes ainsi au centre de la problématique posée par la demande d'avis de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, qui présuppose l'hypothèse suivante : « *un juge qui a requalifié plusieurs contrats à durée déterminée, s'étant succédé sans interruption entre les mêmes parties, en contrats de travail à durée indéterminée* ».

**C'est justement cette prémisse qui suscite une seconde observation.** A mon sens, une telle hypothèse ne peut jamais se produire, tout simplement parce que juridiquement, en l'état actuel des textes, la requalification de contrats de travail à durée déterminée se conjugue au singulier, le juge ne pouvant requalifier plusieurs contrats à durée déterminée en plusieurs contrats de travail à durée indéterminée.

Sans schématiser à l'excès, on peut classer les irrégularités susceptibles d'entraîner la requalification du contrat de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée ainsi qu'il suit : la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée en dehors des cas de recours prévus par la loi, la conclusion d'un contrat à durée déterminée dans un cas spécifiquement interdit par la loi (grève, travaux dangereux), l'absence d'écrit ou l'omission de la mention relative au motif du contrat, l'inobservation des règles relatives à la fixation du terme, de la durée et au renouvellement, le non-respect du délai de carence et la poursuite de la relation contractuelle à l'échéance du terme.

A partir de ces différents cas d'irrégularités, il est possible de se reconstituer l'opération de requalification réalisée par le juge. Plusieurs hypothèses peuvent ainsi se produire.

En premier lieu, il est un cas dans lequel le contrat de travail à durée déterminée irrégulier se situe au début de la chaîne des contrats. Dans cette hypothèse, c'est le premier contrat qui sera requalifié. Et cette requalification, ayant pour effet de transformer la relation de travail en un contrat de travail à durée indéterminée, va rendre inopérante toute requalification d'un contrat à durée déterminée conclu postérieurement. En effet, la requalification, produisant les effets d'une action en nullité de la clause de durée du contrat, va substituer à la convention initiale des parties le statut légal du contrat de travail à durée indéterminée, lequel se maintiendra tant que les relations contractuelles entre les parties ne

(10) Claude Roy-Loustaunau, *op. cit.*

seront pas rompues. Il n'y a donc pas de place pour une pluralité de contrats de travail à durée indéterminée successifs.

En second lieu, l'irrégularité peut être constatée sur le dernier contrat du groupe. Ce sera le plus souvent le cas lorsque les relations contractuelles se poursuivent au-delà du terme. Dans cette hypothèse, il ne pourra exister qu'un seul contrat de travail à durée indéterminée qui prendra effet à compter de la date de conclusion du contrat à durée déterminée litigieux ou, selon certains auteurs, à compter du terme du dernier contrat. Si des contrats de travail à durée déterminée avaient été conclus précédemment, ils demeureront valables.

Ces deux hypothèses concernent essentiellement les irrégularités de forme et les conclusions de contrats en dehors des cas de recours légaux.

Il existe cependant des cas où l'irrégularité constatée n'affecte pas un contrat particulier mais plutôt la chaîne de contrats tout entière. Il en est ainsi notamment lorsque ne sont pas respectées les dispositions légales relatives à la durée, au renouvellement et au délai de carence.

Allait-on dans ce cas considérer que chaque contrat de travail à durée déterminée devait faire l'objet d'une requalification ? La chambre sociale de notre Cour en a toujours décidé autrement. Statuant en premier lieu sur la question du renouvellement des contrats de travail à durée déterminée, elle a considéré que la relation de travail devait être requalifiée en un ensemble global à durée indéterminée (**Soc., 26 novembre 1970, JCP 1971.II.16946**).

Même si certains auteurs ont pu lui reprocher une politique « *des petits pas* »<sup>(11)</sup>, il est certain aujourd'hui que la chambre sociale a réussi, de façon cohérente, à fixer le régime applicable à ces contrats de travail à durée déterminée successifs. Cette construction jurisprudentielle assez originale, qui était en germe dans l'arrêt du 31 mars 1924, est fondée sur la notion de relation globale à durée indéterminée, « *sorte d'hybride contractuel fait d'une succession de périodes stables à durée déterminée, et d'un ensemble dont la rupture est celle d'un contrat à durée indéterminée* »<sup>(12)</sup>.

Ainsi que l'a fait remarquer J. Mouly, « *en dépit des réformes successives, la jurisprudence antérieure se trouve pérennisée, bel exemple de constance des juges au-delà des bouleversements législatifs* »<sup>(13)</sup>. Les dernières décisions rendues dans le domaine des contrats saisonniers sont venues compléter l'édifice (**Soc., 1<sup>er</sup> février 2000, Bull., V, n° 51, p. 40 ; Soc., 15 octobre 2002, Bull., V, n° 307, p. 294 ; Soc., 18 novembre 2003, Bull., V, n° 289, p. 291 et Soc., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-46.777**).

(11) Guy Poulain, « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée », *Droit social*, mars 1979, n° 3.

(12) G. Couturier, *Droit du travail* – 1. Les relations individuelles, PUF, 1990.

(13) J. Mouly, « Des contrats successifs à durée déterminée entre le même salarié et le même employeur ne peuvent créer une relation de travail à durée indéterminée lorsqu'ils sont tous conclus en remplacement de salariés absents et pour l'exécution de tâches précises et temporaires », *Recueil Dalloz*, 1993, jurisprudence, p. 431.

De ces éléments, il résulte que la jurisprudence de la chambre sociale de notre Cour ne connaît qu'une requalification en un contrat à durée indéterminée unique. Sauf à considérer que la demande d'avis comporte une erreur matérielle, il existe une difficulté quant au libellé de la question posée.

### 3. Éléments de réponses

Afin de passer outre cette difficulté, et dans un souci de prévenir d'éventuels litiges, ne pourrions-nous pas envisager une réponse remplaçant la problématique dans un cadre plus général ? Notre Cour a déjà, semble-t-il, utilisé cette technique dans un avis de 1995 sur la compétence du juge de l'exécution. Cet avis, en réservant la compétence de ces juges à la seule exécution forcée, a mis fin à la multiplicité des saisines auxquelles ils étaient confrontés. Or, selon M. Buffet, cette réponse n'était pas au sens strict directement appelée par la question posée.

Ainsi, la problématique de la question posée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence pourrait se définir dans un cadre général de la manière suivante : **lorsque le juge requalifie en contrat de travail à durée indéterminée plusieurs contrats de travail à durée déterminée conclus entre les mêmes parties, doit-il allouer une seule indemnité de requalification ou autant d'indemnités que de contrats de travail à durée déterminée requalifiés** ? Il est d'ailleurs intéressant de noter que les observations faites par les avocats des parties l'ont été sur une question plus proche de celle-ci que de celle résultant de la demande d'avis.

La question n'en est pas moins complexe.

La doctrine, pourtant abondante sur ce type de contentieux, ne s'est jamais, semble-t-il, prononcée sur celle-ci, aucun auteur ne l'ayant véritablement posée.

Le texte de l'article L. 122-3-13 du Code du travail n'apporte pas davantage de réponse, car il se limite à la requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée. Il est difficile de dire qu'il n'envisage que l'hypothèse de la requalification d'un seul contrat. A mon sens, il constitue un texte de portée générale qui conceptualise – d'ailleurs pour la première fois – la notion d'action en requalification.

Et en ce sens, le terme d'« action en requalification du contrat de travail à durée déterminée » relève plutôt du concept général.

Des travaux préparatoires de la loi du 12 juillet 1990, il ressort en effet que l'intention du législateur a été de faire de l'action en requalification une action spécifique. Cette particularité n'était d'ailleurs pas prévue dans le projet gouvernemental initial mais dans la proposition de loi présentée par le groupe socialiste. Elle a finalement été adoptée sous la forme d'un amendement, en dépit d'une opposition du Sénat hostile à la suppression de la phase de conciliation<sup>(14)</sup>. Ainsi que l'avait fait remarquer le

(14) Rapport n° 382 de Mme Hélène Misoffe, Sénateur, annexe au procès-verbal de la séance du 13 juin 1990, seconde session ordinaire de 1989-1990.

rapporteur, M. Alain Vidalies, lors des débats devant l'Assemblée nationale<sup>(15)</sup>, « *cet amendement consiste à mettre en place une procédure dérogatoire lorsque la demande dont est saisi le conseil de prud'hommes porte sur la qualification du contrat en contrat à durée indéterminée. En théorie, la possibilité existe aujourd'hui... Mais, ainsi que je l'ai fait observer dans mon intervention générale, ce salarié doit avoir, pour faire une telle démarche, la foi du charbonnier !* »

En l'absence de précisions du législateur, et d'études de la doctrine, quelle a été jusqu'alors la pratique des juges en ce qui concerne l'octroi de cette indemnité de requalification ?

Il est certain que la jurisprudence dominante va dans le sens de la condamnation de l'employeur à une seule indemnité de requalification. Cette solution a toujours été celle de la chambre sociale de notre Cour, sans que se manifeste jusqu'alors une résistance des juges du fond. Doit-on considérer que les arrêts de Bourges, de Montpellier ainsi que la demande d'avis qui nous est soumise constituent le commencement d'une remise en cause de cette jurisprudence ? Il est encore trop tôt pour le dire. En outre, encore faudrait-il que notre Cour se soit prononcée de façon claire et précise.

Certes tous les arrêts rendus par la chambre sociale adoptent le principe de l'unicité de l'indemnité de requalification.

En premier lieu, la chambre a approuvé les cours d'appel qui avaient alloué au salarié une seule indemnité de requalification en rejetant les pourvois qui soutenaient que cette indemnité n'était pas due (**Soc., 24 avril 2001, pourvoi n° 98-46.049 ; Soc., 2 avril 2003, Bull., V, n° 130, p. 128**).

En second lieu, la chambre sociale a cassé un certain nombre de décisions qui avaient refusé d'octroyer au salarié une indemnité de requalification (**Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-40.861**), allant même jusqu'à affirmer dans un attendu de principe que « *lorsqu'elle fait droit à la demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la juridiction saisie doit d'office, en application de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, condamner l'employeur à payer au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire sans préjudice de l'application des dispositions de la section II du chapitre II du livre I<sup>er</sup> du Code du travail* » (**Soc., 19 janvier 1999, Bull., V, n° 27, p. 19 et Soc., 11 juillet 2000, Bull., V, n° 270, p. 213**).

Et cette affirmation de principe a été retenue tant dans le cas de la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée unique que dans le cas de la requalification de plusieurs contrats à durée déterminée. Ainsi l'arrêt du 11 juillet 2000 concernait une salariée qui a été engagée selon deux contrats de travail à durée déterminée. L'arrêt précité du 24 avril 2001 mentionnait une succession de vingt-cinq contrats de travail à durée déterminée. Dans un

arrêt du 13 mars 2001 (**Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-40.861**), la même solution a été admise pour trois contrats à durée déterminée successifs. Et les exemples pourraient être encore déclinés.

Faut-il pour autant considérer que la question se trouve ainsi résolue ?

En d'autres termes, cette solution repose-t-elle sur une juste interprétation de l'article L. 122-3-13 ? Et que penser de la pratique aujourd'hui divergente de certaines cours d'appel ?

Il y a tout lieu d'estimer que l'interprétation dominante se fonde tant sur la nature même de l'indemnité de requalification que sur les caractéristiques propres de l'action en requalification.

*La nature de l'indemnité de requalification* a, durant quelque temps, été entourée d'incertitudes. Le législateur n'avait pas pris parti sur ce point, et c'est finalement la circulaire DRT n° 92-14 du 29 août 1992 qui est venue résoudre la difficulté en précisant que cette indemnité avait le caractère de dommages-intérêts et n'était donc pas soumise aux charges sociales et fiscales.

Ainsi, cette indemnité se distingue clairement de l'indemnité de précarité, que la même circulaire a considérée comme un complément de salaire. Une telle analyse repose sur la finalité même de cette indemnité, qui est destinée à compenser la précarité de la situation du salarié sous contrat de travail à durée déterminée. Celle-ci est en effet versée à la fin du contrat de travail à durée déterminée en même temps que le salaire du dernier mois et, à ce titre, elle doit figurer sur le dernier bulletin de paie. En vertu d'une jurisprudence constante de la chambre sociale de notre Cour, elle est due à l'issue de chaque contrat à durée déterminée (**Soc., 5 février 1992, Bull., V, n° 66, p. 41**).

Il ne pouvait en être de même s'agissant de l'indemnité de requalification pour laquelle la loi a fixé un seuil minimum, laissant par là même le soin au juge d'apprécier le montant alloué au salarié en fonction du préjudice subi par ce dernier. De ce point de vue, on peut dire que l'indemnité de requalification se rapproche davantage de l'indemnité pour non-respect de la procédure prévue en matière de licenciement. Dotée d'un seuil maximum d'un mois, cette indemnité est octroyée en fonction du préjudice subi par le salarié, peu important que l'employeur ait commis une ou plusieurs violations de la procédure de licenciement. Et l'office du juge, dans ces deux situations, se limite à une évaluation du préjudice du salarié, laquelle ne dépend pas forcément du nombre de violations commises. Ainsi, dans le cas de l'indemnité de requalification, le juge peut fixer le préjudice au-delà d'un mois de salaire s'il estime que cela se justifie. En matière d'indemnité pour non-respect de procédure, il peut s'en tenir à une indemnité inférieure au plafond d'un mois.

Ce rapprochement avec l'indemnité pour non-respect de la procédure s'explique d'autant plus, lorsque l'on sait que la loi du 3 janvier 1979 avait créé une indemnité spécifique au contrat de travail

(15) Débats Assemblée nationale, 3<sup>e</sup> séance du 1<sup>er</sup> juin 1990, JO du 2 juin 1990, p. 64.

à durée déterminée. Ainsi, dans un contrat d'une durée supérieure à six mois, l'employeur devait, un mois avant l'échéance du terme, notifier au salarié, qui l'avait demandé par écrit, son intention de poursuivre ou non les relations contractuelles. L'absence de réponse de l'employeur ouvrait droit, en cas de non-poursuite de la relation, à des dommages-intérêts d'un montant équivalent à un mois de salaire. Cette indemnité, prévue par l'ancien article L. 122-2-1 du Code du travail, sanctionnait directement une violation de procédure. N'est-il pas permis de penser que l'indemnité de requalification procède de cette ancienne indemnité et s'inscrit ainsi dans une logique purement indemnitaire ?

En définitive, on peut considérer que cette indemnité de requalification constitue *la conséquence indemnitaire de la sanction civile infligée à l'employeur qu'est la requalification*. Cette analyse résulte directement des termes de l'article L. 122-3-13 du Code du travail. Si elle demeure peu explicite dans la doctrine, elle se dégage très clairement d'un arrêt rendu par la chambre sociale le 7 avril 1998, qui a affirmé qu'« *il résulte de l'article L. 122-3-13 du Code du travail que si la demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée est portée directement devant le bureau de jugement, cette saisine directe s'étend non seulement à la demande en paiement de l'indemnité, qui est la conséquence de cette requalification, mais également à la demande en paiement des indemnités qui résultent de la rupture du contrat de travail.* »

Il s'ensuit que l'indemnité de requalification, liée à la sanction civile de la requalification, va nécessairement suivre son régime juridique. Or, comme nous l'avons exposé précédemment, la requalification de plusieurs contrats à durée déterminée successifs ne peut être envisagée que sous la forme d'une transformation de ces contrats en un seul contrat de travail à durée indéterminée.

Cette analyse découle de « *la nature même de l'action en requalification, qui opère globalement dès la date de conclusion du contrat* ». Ainsi selon J. Savatier, « *la sanction de la requalification s'apparente à une nullité, mais à une nullité limitée à cette dérogation au droit commun que constitue la stipulation du terme. La clause sur la durée déterminée du contrat étant considérée comme non écrite, on revient aux règles du contrat de travail à durée indéterminée* »<sup>(16)</sup>. Pour d'autres auteurs<sup>(17)</sup>, l'action en requalification est un cas de substitution légale du contrat imposé par l'ordre public social et laissée à la discrétion du salarié.

La thèse de l'unicité de l'indemnité de requalification se trouve donc largement fondée.

Cette analyse pourrait-elle être battue en brèche par la nouvelle interprétation retenue par certaines cours d'appel ?

Une telle éventualité apparaît difficilement envisageable, dès lors que ces cours d'appel ont, en réalité, procédé à une requalification de la succession de contrats de travail à durée déterminée en plusieurs contrats de travail à durée indéterminée.

Or, cette solution, ainsi que nous l'avons démontré précédemment, ne rentre dans aucun scénario possible de requalification. Le raisonnement de ces cours d'appel doit être considéré, à la base, comme erroné. Une telle analyse procède en réalité d'une vision très théorique du contrat de travail et de sa durée.

Si effectivement, on se place d'un point de vue abstrait, pourquoi ne pas envisager de requalifier en plusieurs contrats à durée indéterminée plusieurs successions ininterrompues de contrats à durée déterminée entrecoupées de délais de carence ? Rien ne l'interdit dans les textes.

Mais un retour à une analyse concrète de la situation juridique nous amène rapidement à considérer que cette succession de contrats à durée indéterminée est une fiction pure. La requalification, qui entraîne la nullité de la clause limitant la durée du contrat, substitue à la convention des parties le statut de droit commun du contrat de travail à durée indéterminée. Et dès la première requalification, la durée du contrat de travail ne se trouve plus définie, mais au contraire a vocation à se prolonger vers l'infini.

Avant de conclure ce rapport, il me semble important de préciser l'enjeu de cette problématique.

Au-delà de la dimension unique ou plurielle de l'indemnité de requalification, se profile la question de l'ancienneté et plus généralement du statut du salarié recruté sous contrat de travail à durée déterminée.

Selon que l'on adoptera l'une ou l'autre des solutions, le régime de l'ancienneté sera différent.

La reconnaissance de la coexistence de plusieurs contrats à durée indéterminée conduirait à ne pas prendre en compte pour la durée de l'ancienneté au sein de l'entreprise les périodes de carence.

Au contraire, l'analyse visant à la requalification en un contrat à durée indéterminée unique permet aujourd'hui de considérer que l'ancienneté du salarié doit remonter au premier jour du premier contrat de travail irrégulier. C'est la solution qui a été retenue par la chambre sociale tant pour le contrat de travail temporaire (**Soc., 21 janvier 2004, Bull., V, n° 27, p. 25**) que pour le contrat de travail à durée déterminée (**Soc., 24 juin 2003, pourvoi n° 01-40.757**). Dans ces derniers arrêts concernant des guichetiers du GIE Pari mutuel hippodrome, la chambre sociale a affirmé que « *par l'effet de la requalification de leurs contrats de travail à durée déterminée, les salariés étaient réputés avoir occupé un emploi à durée indéterminée de guichetier depuis le jour de leur première embauche au sein de la société et qu'ils étaient en droit d'obtenir la reconstitution de leur carrière ainsi que la régularisation de leur rémunération* ».

(16) Jean Savatier, *op. cit.*

(17) Claude Roy-Loustaunau, *op. cit.*

La problématique n'est pas nouvelle. On sait depuis longtemps que la réelle difficulté résultant de l'utilisation du contrat de travail à durée déterminée, pourtant nécessaire à la mise en œuvre d'une certaine flexibilité pour les entreprises, réside essentiellement dans la succession de périodes d'emploi discontinues, dans lesquelles des périodes de travail succèdent à des périodes d'inactivité. C'est déjà ce qu'avait souligné Alain Supiot, dans son ouvrage collectif intitulé *Au-delà de l'emploi*<sup>(18)</sup>. Ce constat l'avait conduit à proposer que le statut lié au travail ne soit plus attaché à l'emploi occupé mais envisagé comme instaurant un état professionnel au-delà de la diversité des emplois possibles. C'est également dans ce sens que s'était orienté le rapport Boissonnat<sup>(19)</sup> en proposant la création du « contrat d'activité ».

Le débat a été relancé récemment par Robert Castel, dans son ouvrage intitulé *L'insécurité sociale*<sup>(20)</sup>, dans lequel il insiste sur la « nécessaire sécurisation des situations de travail et des trajectoires professionnelles » et propose de transférer les droits du statut de l'emploi à la personne du travailleur.

### Conclusion

Compte tenu des développements qui précèdent, il me semble que deux solutions sont susceptibles d'être envisagées.

En premier lieu, il est possible de rejeter la demande d'avis comme non sérieuse.

Deux raisons, à mon sens, permettent de le faire.

D'abord, la question comporte une erreur de droit dans son postulat initial. Nous l'avons vu précédemment, il ne peut y avoir une requalification en plusieurs contrats à durée indéterminée, l'unicité étant la règle en la matière. Ensuite, même en faisant abstraction de cette erreur, nous pouvons considérer que la réponse est évidente au regard de la jurisprudence de la chambre sociale.

Une telle réponse aurait pour conséquence de renvoyer la résolution de la problématique à une date ultérieure. En effet, nous pouvons raisonnablement penser que la chambre sociale de la Cour sera certainement appelée à plus ou moins long terme à trancher cette question à l'occasion d'un pourvoi.

En second lieu, on peut envisager de répondre à la question posée en la replaçant dans un cadre plus général. Ainsi est-il proposé de considérer que *lorsque le juge requalifie une succession de contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée, il doit accorder une seule indemnité de requalification, peu important le nombre de contrats irréguliers requalifiés*. Cette solution aurait le mérite de trancher définitivement cette question aujourd'hui discutée.

(18) *Au-delà de l'emploi*, dir., Alain Supiot, Flammarion, 1999, n° 155.

(19) *Le travail dans vingt ans*, Jean Boissonnat, La Documentation française, Editions Odile Jacob 1995.

(20) Robert Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?* La République des Idées, Seuil.

## Observations de M. Allix

### Avocat général

La Cour de cassation est saisie par la cour d'appel d'Aix-en-Provence de deux demandes d'avis concernant la requalification de CDD conclus en application de l'article L. 122-1-1, 3° du Code du travail.

La question posée dans ces deux demandes d'avis est la suivante : « *le juge qui a requalifié plusieurs contrats à durée déterminée, s'étant succédé sans interruption entre les mêmes parties, en contrats à durée indéterminée, doit-il sur le fondement de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, allouer autant d'indemnités de requalification que de contrats à durée déterminée ou une seule indemnité de requalification ?* »

\*\*\*

Les **formalités** auxquelles les articles 1031-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile subordonnent la recevabilité de telles demandes semblent avoir été respectées.

\*\*\*

En revanche, il est permis de s'interroger sur la réunion des **conditions de fond** posées par l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, la question posée devant porter sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

La question posée part d'un **postulat** qui n'est nullement vérifié, à savoir que, lorsqu'il fait droit à la demande de requalification dont il est saisi, le juge pourrait requalifier chacun des contrats concernés en un contrat à durée indéterminée.

Or il n'en est rien puisque, quel que soit le nombre des contrats à durée déterminée concernés, la requalification d'un seul contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée se suffit à elle-

même et rend sans objet toute requalification d'un contrat à durée déterminée conclu postérieurement et que, lorsqu'il y a lieu de requalifier une suite de contrats à durée déterminée, la relation de travail doit être requalifiée en un ensemble global à durée indéterminée.

Ainsi la **requalification de la relation de travail**, nonobstant la pluralité des contrats à durée déterminée s'étant succédé sans interruption entre les mêmes parties, s'opère de manière globale quel que soit le nombre des contrats concernés, et le juge ne saurait requalifier des contrats de travail à durée déterminée successifs en une pluralité de contrats de travail à durée indéterminée successifs.

La question posée ne présente donc pas de difficulté sérieuse justifiant la saisine pour avis de votre Cour si l'on veut bien considérer que l'indemnité de requalification prévue à l'article L. 122-3-13, al. 2, du Code du travail est la « conséquence de [la] requalification » à laquelle procède le juge, étant précisé que, lorsqu'elle rappelle que la juridiction saisie qui fait droit à la demande de requalification du salarié doit d'office condamner l'employeur à payer **une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire**, la chambre sociale n'a jamais distingué, comme il résulte de la jurisprudence citée par Mme le conseiller-rapporteur (cf. rapport), selon qu'il s'agissait de requalifier un ou plusieurs contrats de travail à durée déterminée, des contrats à durée déterminée successifs n'ayant jamais donné lieu, en cas de requalification de la relation de travail en un contrat à durée indéterminée, qu'à l'allocation d'une seule indemnité.

**D'où il suit que la question posée ne peut donner lieu à avis.**



## B. – Arrêt du 28 janvier 2005 rendu par l'Assemblée plénière

### COMMUNIQUÉ

La protection du salarié victime d'un accident du travail instituée par l'article L. 122-32-1 du Code du travail prévoit la nullité du licenciement prononcée pendant la période de suspension du contrat de travail résultant de la survenance d'un tel accident.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été amenée à examiner la régularité d'un licenciement dont la lettre avait été expédiée avant la période de suspension et reçue par le salarié pendant cette période, le salarié s'étant alors prévalu de la nullité de son licenciement.

Par arrêt du 28 janvier 2005, elle a décidé que la circonstance que la lettre de licenciement, envoyée au salarié avant qu'il ne soit victime d'un accident du travail, ne lui soit parvenue qu'au cours de la période de suspension n'avait pas pour conséquence de rendre nul le licenciement précédemment prononcé. Celui-ci voit seulement son effet reporté à l'expiration de la période de suspension.

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

(Source : Service de documentation et d'études)

### CONTRAT DE TRAVAIL, RUPTURE

Licenciement. – Formalités légales. – Lettre de licenciement. – Date d'expédition. – Expédition. – Effets. – Fixation du moment d'appréciation de la validité de la décision de licencier.

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail que lorsque la lettre de licenciement a été envoyée au salarié avant qu'il ne soit victime d'un accident du travail, la circonstance que cette lettre ne lui soit parvenue qu'au cours de la période de suspension de son contrat de travail consécutive à l'accident n'a pas pour conséquence de rendre nul le licenciement précédemment prononcé dont l'effet est reporté à l'expiration de la période de suspension.

LA COUR,

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bourges, 21 août 2001), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 30 octobre 2000, pourvoi n° 98-42.512), que la société Protex, aux droits de laquelle se trouve la société Synthron, a licencié son salarié, M. Monnet, par lettre recommandée avec accusé réception expédiée

le 4 décembre 1995 ; que cette lettre n'ayant été présentée à son destinataire que le 19 décembre alors qu'il se trouvait en arrêt de travail consécutif à un accident du travail survenu le 8 décembre, le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en nullité du licenciement ;

Attendu que M. Monnet fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté cette demande alors, selon le moyen, qu'il suffit, pour l'application des dispositions de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, que l'accident dont a été victime un salarié ait été porté à la connaissance de l'employeur avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt attaqué qu'il avait été licencié par lettre du 4 décembre 1995 présentée le 19 du même mois, l'accident du travail étant du 8 de ce mois ; qu'ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations dont il résultait que le contrat de travail avait été rompu pendant une période de suspension consécutive à un accident du travail, violant ainsi les articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail que lorsque la lettre de licenciement a été envoyée au salarié avant qu'il ne soit victime d'un accident du travail, la circonstance que cette lettre ne lui soit parvenue qu'au cours de la période de suspension de son contrat de travail consécutive à l'accident n'a pas pour conséquence de rendre nul le licenciement précédemment prononcé dont l'effet est reporté à l'expiration de la période de suspension ; qu'ayant constaté que la lettre de licenciement avait été expédiée antérieurement à l'accident, la cour d'appel en a exactement déduit que le licenciement n'était pas nul ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

ASS. PLEN. – 28 janvier 2005

REJET

N° 01-45.924. – C.A. Bourges, 21 août 2001

M. Canivet, P. Pt. – Mme Bellamy, Rap., assistée de Mme Bénichou, greffier en chef – M. de Gouttes, P. Av. Gén. – la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

## Rapport de Mme Bellamy

### Conseiller rapporteur

#### 1. Rappel des faits et de la procédure

Engagé en 1992 par la SA Protex, M. Monnet a été licencié par lettre recommandée expédiée le 4 décembre 1995 présentée pour la première fois le 19 décembre 1995 à son domicile alors que son contrat de travail était suspendu à la suite d'un accident de travail survenu le 8 décembre 1995.

Par jugement du 20 janvier 1997, le conseil des prud'hommes de Tours l'a, notamment, débouté de sa demande d'annulation de licenciement fondée sur l'article L. 122-32-2 du Code du travail.

Cet article dispose qu'au cours des périodes de suspension, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat, et que toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance de cette disposition est nulle.

La période de suspension du contrat de travail est, selon l'article L. 122-32-1 du Code du travail, la durée de l'arrêt de travail provoqué par un accident du travail autre qu'un accident de trajet.

Par arrêt du 12 mars 1998, la cour d'appel d'Orléans a confirmé le jugement notamment en ce qu'il a débouté M. Monnet de sa demande de nullité du licenciement en retenant que ce licenciement avait été prononcé avant la suspension du contrat de travail et que la circonstance selon laquelle le salarié avait reçu la lettre de licenciement au cours de la suspension de son contrat de travail était sans effet sur sa validité et qu'au surplus, il n'apparaissait pas lié à l'accident ou à la maladie.

Par arrêt du 30 octobre 2000, la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cette décision aux motifs qu'en statuant ainsi, alors que la résiliation du contrat de travail par l'employeur, en l'absence de faute grave de l'intéressé ou de l'impossibilité pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie de maintenir le contrat, ne pouvait être notifiée pendant la période de suspension du contrat de travail consécutive à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle, la cour d'appel avait violé les articles L. 122-32-1 et L. 122-32-2 du Code du travail.

Par arrêt du 21 août 2001, la cour d'appel de Bourges, statuant sur renvoi de cassation, a confirmé le jugement du 20 janvier 1997 en ce qu'il avait débouté M. Monnet de sa demande de nullité du licenciement en retenant essentiellement que la lettre de licenciement avait été adressée avant l'accident du travail et qu'exiger que la notification inter-

vienne avant le début de la suspension du contrat de travail serait ajouter au texte de l'article L. 122-32-2 du Code du travail.

Le 20 octobre 2001, M. Monnet a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt, lequel lui avait été notifié le 27 août 2001.

Les 11 et 22 octobre 2001, il a déposé une demande d'aide juridictionnelle qui lui a été accordée par décision du 27 mars 2002.

Le 8 juillet 2002, il a déposé un mémoire ampliatif comportant un moyen qu'il a notifié le lendemain.

Un mémoire en défense a été déposé le 4 novembre 2002 et a été notifié le 5.

La procédure paraît en état.

Par arrêt du 13 janvier 2004, la chambre sociale de la Cour de cassation, estimant que la cour d'appel n'avait pas suivi sa doctrine, a, vu les articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de l'organisation judiciaire, renvoyé devant l'assemblée plénière le pourvoi formé par M. Monnet contre la SAS Synthron venant aux droits de la société Protex.

#### 2. Analyse succincte du moyen

M. Monnet fait grief à l'arrêt attaqué de le débouter de sa demande en nullité de licenciement notifié au cours de la période de suspension de son contrat de travail consécutive à un accident de travail.

Il reproche à la cour d'appel, qui avait constaté qu'il avait été licencié par lettre du 4 décembre 1995, présentée le 19, et avait été victime le 8 d'un accident du travail, de n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations dont il résultait que le contrat de travail avait été rompu pendant une période de suspension consécutive à un accident du travail et d'avoir ainsi violé l'article L. 122-14-1 du Code du travail, qui dispose que le licenciement doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et que la date de présentation de cette lettre fixe le point de départ du délai-congé, et L. 122-32-2 de ce Code.

Il soutient qu'il suffit, pour l'application des dispositions de l'article L. 122-32-2, qui institue une mesure de protection pour le salarié, que l'accident du travail ait été porté à la connaissance de l'employeur avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement.

Il se fonde essentiellement sur les dispositions de l'article L. 122-14-1 du Code du travail qui ne serait qu'une application de l'article 668 du nouveau Code de procédure civile selon lequel la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui à qui elle est faite, celle de la réception de la lettre, et sur

la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui retient que la volonté de licencier de l'employeur ne peut produire effet qu'à partir du moment où elle a été portée à la connaissance du salarié, soit à la date de première présentation de la lettre recommandée notifiant le licenciement, date qui, selon les termes de l'article L. 122-14-1, fixe le point de départ du délai-congé.

La SAS Synthron soutient au contraire que, pour que les dispositions de l'article L. 122-32-2 du Code du travail s'appliquent, il faut que l'accident du travail ait été porté à la connaissance de l'employeur avant l'expédition de la lettre de licenciement.

Elle se fonde essentiellement sur le caractère inéquitable de la solution qui consisterait à voir déclarer nul un licenciement prononcé par lettre expédiée avant le début de la période de suspension du contrat de travail, sur les termes de l'article L. 122-32-2 du Code du travail qui visent l'expression de la volonté de l'employeur de rompre le contrat et sur l'article 668 du nouveau Code de procédure civile en ce qu'il énonce que la date de la notification par voie postale est à l'égard de celui qui y procède celle de l'expédition.

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

Dès lors que l'article L. 122-32-2 du Code du travail dispose que toute résiliation prononcée pendant une période de suspension du contrat de travail d'un salarié victime d'un accident de travail est nulle, le problème, lorsque l'employeur a envoyé une lettre de licenciement avant le début de cette période et que le salarié a reçu cette lettre pendant cette période, est de déterminer la date à laquelle l'employeur a prononcé le licenciement : date d'expédition de la lettre de licenciement ou date de réception de cette lettre.

### 4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Pour répondre à cette question, il semble utile, avant d'examiner les solutions retenues par la jurisprudence et les réactions de la doctrine et de donner des arguments en faveur de chaque solution, de rappeler brièvement les conditions d'élaboration de cet article et son régime.

#### A. – L'article L. 122-32-2

Le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail, prévu à l'article L. 122-4 du Code du travail, n'est que la transposition en droit du travail d'un principe de droit commun des contrats, né au lendemain de la Révolution française et codifié dans l'article 1780 du Code civil, suivant lequel le contrat à exécution successive et à durée indéterminée ne peut constituer un engagement perpétuel de nature à aliéner la liberté.

Il s'agit, selon MM. les professeurs Verdier, Coeuret et Souriac de sauvegarder la liberté humaine et d'assurer la mobilité nécessaire de la main-d'œuvre pour l'entreprise<sup>(1)</sup>.

Pendant de nombreuses années, le licenciement a été un droit qui, pour son exercice, n'était soumis à aucun formalisme et ne nécessitait aucune justification. Seul l'abus de droit était sanctionné par des dommages-intérêts. Il appartenait au salarié qui estimait avoir été congédié abusivement de prouver que son employeur avait fait un usage abusif et préjudiciable de son droit<sup>(2)</sup>.

Mais, ce droit, qui avait été conçu comme une sauvegarde de la liberté individuelle et qui était basé sur un principe d'égalité, étant apparu comme jouant au détriment du salarié, de nombreuses mesures ont été prises pour tenir compte de cette situation.

Parmi celles-ci se trouvent celles prises par la loi n° 58-158 du 19 février 1958<sup>(3)</sup> faisant obligation à l'employeur de signifier le congé par lettre recommandée avec accusé de réception et fixant le point de départ du délai-congé à la date de présentation de cette lettre, la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973<sup>(4)</sup> créant une procédure préalable au licenciement et faisant de la rupture un acte causé, c'est-à-dire un acte qui devait avoir une cause réelle et sérieuse qui devait être énoncée par l'employeur à la demande écrite de son salarié, la loi n° 81-3 du 7 janvier 1981<sup>(5)</sup> instituant une suspension du contrat de travail pour les accidentés du travail et les victimes d'une maladie professionnelle et prévoyant que tout licenciement prononcé pendant une période de suspension serait nul et les lois n° 82-689 du 4 août 1982 et 86-1320 du 30 décembre 1986<sup>(6)</sup> portant obligation pour l'employeur de mentionner dans la lettre de licenciement les motifs de la rupture.

Jusqu'à la loi de 1981, aucune disposition législative n'interdisait aux employeurs de rompre le contrat des salariés absents en raison d'une maladie professionnelle ou d'un accident de travail.

Si ces maladie ou accident ne constituaient pas en eux-mêmes une cause de rupture du contrat, il résultait de la jurisprudence que l'absence prolongée du salarié entraînant la nécessité de le remplacer en était une<sup>(7)</sup>.

(2) G. Buseine, « Le formalisme de la lettre de licenciement – De la forme au fond », in *Droit ouvrier*, janvier 1999, p. 14.

(3) Loi n° 58-158 du 19 février 1958, modifiant l'article 23 du livre I du Code du travail, JO du 20 février 1958, p. 1858 ; article 1<sup>er</sup>, alinéa 3 « lorsque l'employeur prend l'initiative du congé, il doit le signifier par lettre recommandée avec accusé de réception ».

(4) Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, JO du 18 juillet 1973, p. 7763.

(5) Loi n° 81-3 du 7 janvier 1981 relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, JO du 8 janvier 1981, p. 191.

(6) Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JO du 6 août 1982, p. 2518, article L. 122-41 « La sanction doit être motivée et notifiée à l'intéressé » ; loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement, JO du 31 décembre 1986, p. 15885, article 3 « L'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement mentionnée à l'article L. 122-14-1 ».

(7) Soc., 29 avril 1976, *Bull.*, V, n° 2 45, p. 203 ; Soc., 5 octobre 1978, *Bull.*, V, n° 645, p. 483.

(1) M. Verdier, A. Coeuret, M-A. Souriac, « Le licenciement et la rupture du contrat à durée indéterminée », in *Droit du travail*, Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 2<sup>e</sup> partie, chapitre II, p. 478.

La loi de 1981 a eu pour objectif de protéger l'emploi des salariés victimes de tels accident ou maladie, lesquels ont été considérés comme liés au risque de l'entreprise. Elle ne protège pas les salariés absents en raison d'une maladie ou d'un accident de trajet.

Ainsi, alors que l'article L. 122-32-1 du Code du travail pose le principe de la suspension du lien contractuel pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par un accident ou une maladie professionnels ainsi que pendant le délai d'attente et la durée d'un éventuel stage de rééducation, l'article L. 122-32-2, reprenant le mécanisme institué en faveur des femmes enceintes, interdit le licenciement d'un salarié au cours de la période de suspension de son contrat sous deux exceptions, faute grave non liée à l'accident ou à la maladie et impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident, et prévoit une nullité de la résiliation du contrat de travail prononcée pendant cette période pour une cause autre que celles prévues par cet article.

Il ne précise pas quelles sont les conséquences de la nullité, mesure qui a un caractère exceptionnel dans la mesure où, comme l'a rappelé la Cour de cassation, chambre sociale, le 31 mars 2004<sup>(8)</sup>, le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement.

Ces conséquences ont donc été déterminées par la jurisprudence.

Lorsque le licenciement est nul en application de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, le salarié a le choix entre demander à être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent ou ne pas demander sa réintégration<sup>(9)</sup>.

S'il demande sa réintégration, il doit être réintégré et a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période s'étant écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite des salaires dont il a été privé, c'est-à-dire aux salaires perdus, déduction faite des revenus qu'il a tirés d'une autre activité professionnelle et du revenu de remplacement qui a pu lui être servi pendant cette période.

S'il ne demande pas sa réintégration, il a droit aux indemnités de rupture<sup>(10)</sup> et à celles réparant le préjudice résultant du caractère illicite de la rupture dont le montant est apprécié souverainement par les juges du fond dès lors qu'il est au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du Code du travail, soit six mois de salaire<sup>(11)</sup>, et cela quels que soient son ancienneté et l'effectif de l'entreprise. Il a également droit à une indemnité de préavis<sup>(12)</sup>.

(8) Soc., 31 mars 2004, *Bull.*, V, n° 101, p. 91.

(9) Soc., 12 novembre 1997, RJS 12/97 n° 1358 ; Soc., 25 février 1998, *Bull.*, V, n° 102, p. 74 ; Soc., 11 juillet 2001, *Bull.*, V, n° 263, p. 212 ; Soc., 13 novembre 2001, *Bull.*, V, n° 341, p. 272.

(10) Soc., 5 juin 2001, RJS 8-9/2001, n° 1009.

(11) Soc., 27 juin 2000, *Bull.*, V, n° 250, p. 195 ; Soc., 18 décembre 2000, *Bull.*, V, n° 424, p. 325 ; Soc., 27 juin 2001, pourvoi n° 99-41.678.

(12) Soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 02-41.045.

Dans le présent dossier, il n'est pas contesté que le contrat de travail n'était pas suspendu lorsque la lettre de licenciement a été envoyée et qu'il l'était lorsque le salarié l'a reçue.

Si on considère que l'employeur a prononcé le licenciement au moment où il a envoyé la lettre de licenciement, le licenciement est valable pour avoir été prononcé avant la survenance de l'accident, soit avant le début de la période de suspension du contrat de travail.

Si on considère qu'il l'a prononcé au moment où le salarié a reçu sa notification, il est nul.

Quelle est la position de la jurisprudence ?

## B. – La jurisprudence et les réactions de la doctrine

Dans les affaires rendues dans le cas où, comme en l'espèce, un accident du travail avait eu lieu entre l'expédition et la réception de la lettre de licenciement et où devait être déterminée la date à laquelle le licenciement avait été prononcé, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que le licenciement était nul pour avoir été prononcé pendant une période de suspension.

Ainsi, le 10 février 1998<sup>(13)</sup>, elle a cassé un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 7 décembre 1994 qui, pour rejeter la demande en nullité de son licenciement formée par un salarié victime d'un accident du travail le jour de l'envoi de la lettre de licenciement, énonçait qu'il ne pouvait être reproché à l'employeur d'avoir prononcé le licenciement lors de la période de suspension alors que l'entretien préalable avait eu lieu le 26 septembre 1990 et que l'accident survenu le 3 octobre 1990 n'avait été porté à la connaissance de celui-ci que le 4 octobre 1990, jour de l'envoi de la lettre de licenciement.

Le 7 décembre 1999<sup>(14)</sup>, elle a cassé un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 16 octobre 1996 qui, pour débouter le salarié de ses demandes en paiement d'indemnité de préavis, de congés payés, d'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement abusif et le condamner à verser à l'employeur une somme à titre de trop-perçu sur salaires, énonçait que la résiliation du contrat de travail avait été prononcée le 17 août 1993, date d'expédition de la lettre de licenciement, soit avant que le contrat n'ait été suspendu par l'accident du travail survenu le 18 août 1993 dont l'employeur avait été officiellement informé le 23 août 1993, et que c'était à la date du prononcé de la décision de licenciement qu'il fallait se placer pour apprécier la validité de la rupture.

Le 30 octobre 2000, dans le premier arrêt rendu dans la présente affaire, elle a cassé la décision de la cour d'appel d'Orléans qui, pour débouter le salarié de sa demande de nullité du licenciement, retenait notamment que le licenciement avait été prononcé avant la suspension du contrat de travail et que la

(13) Soc., 10 février 1998, pourvoi n° 95-41.117.

(14) Soc., 7 décembre 1999, pourvoi n° 97-43.734.

circonstance selon laquelle le salarié avait reçu la lettre de licenciement au cours de la période de suspension de son contrat de travail était sans effet sur la validité de celui-ci.

Les motifs pour lesquels elle a cassé ces décisions ne sont pas tout à fait les mêmes.

Elle a cassé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence au visa des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 au motif qu'en statuant comme elle l'avait fait, alors qu'elle avait constaté que l'accident de travail dont avait été victime le salarié avait été porté à la connaissance de l'employeur avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement, la cour d'appel n'avait pas tiré les conséquences de ses propres constatations dont il résultait que le contrat de travail avait été rompu pendant une période de suspension.

Elle a cassé celui de la cour d'appel de Versailles au visa de ces mêmes articles au motif que le préavis ne courant qu'à compter de la réception par le salarié de la lettre de licenciement, ou de la première présentation de cette lettre, le licenciement n'était effectif qu'à compter de cette date.

Elle a cassé l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans au visa des articles L. 122-32-1 et L. 122-32-2 au motif que la résiliation ne pouvait être notifiée pendant la période de suspension.

Un commentateur de l'arrêt du 10 février 1998<sup>(15)</sup> a approuvé cet arrêt en faisant observer que dès lors qu'on partait du principe que le licenciement n'était effectif et définitif qu'à la date de réception par le salarié de la lettre de licenciement, cette solution était juridiquement fondée mais il s'est interrogé sur les conditions matérielles de sa mise en œuvre, c'est-à-dire sur la possibilité pour l'employeur de déterminer si le salarié avait reçu la lettre de licenciement et de s'assurer que la rétractation parviendrait au salarié avant la lettre de congédiement.

En effet, il est de jurisprudence constante qu'en dehors des licenciements des salariées enceintes qui, par application des l'article L. 122-25-2 du Code du travail, sont annulés lorsque celles-ci envoient dans les 15 jours de la notification du licenciement un certificat justifiant de leur état de grossesse, un licenciement ne peut être annulé par l'employeur, sauf accord du salarié, qu'avant la réception par celui-ci de la lettre de licenciement<sup>(16)</sup>.

Plusieurs cours d'appel, notamment celle de Bourges, considèrent au contraire comme valable une résiliation prononcée par lettre expédiée avant l'accident, soit avant la période de suspension du contrat de travail, et reçue après l'accident, soit pendant une période de suspension.

Dans son arrêt du 21 août 2001, cette cour d'appel a retenu essentiellement que le licenciement s'analysait comme l'expression de la volonté unilatérale de l'employeur de rompre le contrat de travail et que c'était bien cette expression elle-même, dès son

émission, que le législateur avait entendu interdire dans l'intérêt du salarié à partir du moment où ce dernier serait en situation de suspension de son contrat pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

Elle a souligné que l'employeur n'était plus maître de l'expression faite de sa volonté à partir du moment où il l'adressait, notamment aux termes d'une lettre recommandée, estimant qu'il devait pouvoir apprécier la légalité de sa démarche et que les éléments qu'il pouvait et devait considérer étaient ceux existants au moment où il prenait sa décision, sans qu'il ait à présupposer les événements aléatoires pouvant survenir durant la phase d'acheminement du courrier, acheminement dont les modalités lui échappaient totalement (en l'espèce, phase de quinze jours).

Elle a estimé par ailleurs qu'il serait inique que le salarié profite de circonstances extérieures à la volonté de l'employeur pour tenter de faire juger nul le licenciement pratiqué et se prévale de ce caractère pour asseoir non seulement une demande de réintégration mais aussi une demande de dommages-intérêts pour préjudice moral.

Enfin, elle a retenu que, juridiquement, exiger que la notification intervienne aussi avant le début de la suspension du contrat pour cause d'accident du travail pour valider le licenciement serait ajouter au texte de l'article L. 122-32-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, que la limitation du droit de licencier s'adressait bien à l'employeur et que l'on ne pouvait faire l'économie de la situation de ce dernier au moment d'analyser la portée de ce texte.

### C. – Arguments en faveur de chaque solution

La solution consistant à retenir, comme le fait la cour d'appel de Bourges, que le licenciement est valable lorsque la lettre de licenciement a été envoyée avant l'accident du travail et ce, même si elle a été reçue après cet accident, soit pendant une période de suspension du contrat de travail, s'appuie sur l'article 668 du nouveau Code de procédure civile en ce qu'il dispose que la date de notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition.

Elle n'est contraire ni à l'article L. 122-32-2 du Code du travail, qui ne précise pas que la notification de la résiliation du contrat de travail doit intervenir avant l'accident du travail, interdisant seulement à l'employeur de prononcer cette résiliation pendant une période de suspension du contrat consécutive à un accident de travail, ni à l'article L. 122-14-1 du Code du travail qui, s'il dispose que la date de présentation de la lettre recommandée avec avis de réception notifiant un licenciement fixe le point de départ du délai-congé, n'exclut pas la possibilité de retenir que le licenciement est prononcé dès l'expédition de la lettre de rupture.

Elle procède d'une conception civiliste du licenciement selon laquelle la résiliation étant un acte juridique unilatéral, c'est-à-dire une manifestation de volonté émanant d'une personne qui entend

(15) Revue de jurisprudence sociale, 4/98, n° 450, p. 281.

(16) Soc., 12 mai 1998, *Bull.*, V, n° 244, p. 185.

créer certains effets de droit sans le secours d'une autre volonté, ce que retient la chambre sociale dans la mesure où elle décide que la date de la notification du licenciement est celle de la première présentation de la lettre de licenciement au domicile du salarié<sup>(17)</sup> et considère ainsi comme valable et effectif un licenciement prononcé par l'employeur dont le salarié n'a pas connaissance, le licenciement étant parfait dès que l'employeur a manifesté sa volonté de rompre le contrat de travail.

Elle a pour avantage de ne pas pénaliser l'employeur pour une décision qui pouvait être fondée au moment où il l'a prise.

En effet, considérer que la date à laquelle le licenciement est prononcé est celle de la notification au salarié a pour résultat, au cas où une lettre de licenciement a été envoyée avant l'accident du travail mais a été reçue par le salarié après cet accident, de pénaliser l'employeur qui, dans le cas où le salarié refuse la réintégration proposée, devrait lui payer, notamment, une indemnité de préavis et un minimum de six mois de salaire, et, dans le cas où la réintégration lui serait demandée tardivement, devrait le réintégrer alors que son poste aurait été pourvu et lui payer la différence entre les salaires qu'il aurait dû percevoir en restant dans l'entreprise et les revenus perçus à titre de remplacement et au titre d'une autre activité professionnelle ce, en raison d'un événement survenu après qu'il a pris sa décision de licencier pour une cause autre que l'accident alors que sa décision pouvait être fondée au moment où il l'a prise.

La solution inverse, consistant à retenir que le licenciement est nul lorsque la lettre de licenciement envoyée avant l'accident du travail a été reçue après, s'appuie sur l'article 668 du nouveau Code de procédure civile en ce qu'il dispose que la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre et sur l'article L. 122-14-1 du Code du travail qui fait partir le délai-congé de la date de la présentation de la lettre de licenciement.

Elle procède de la conception selon laquelle certains actes, dit « réceptices », dans la mesure où ils mettent en cause les droits d'autrui, ne sont parfaits que lorsqu'ils sont portés à la connaissance des intéressés<sup>(18)</sup>, et d'une conception, dite travailliste, protectrice des intérêts du salarié, selon laquelle le droit social est un droit particulier ne laissant au droit commun qu'une place subordonnée. L'annulation de la résiliation prononcée avant la suspension du contrat de travail serait la sanction d'une responsabilité objective.

Elle est conforme aux solutions retenues par la chambre sociale de la Cour de cassation pour déterminer le point de départ du délai-congé<sup>(19)</sup> et celui de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise en fonction de laquelle est déterminée la procédure applicable au licenciement et sont notamment calculés la durée du préavis et le montant de certaines indemnités, telles l'indemnité de licenciement et l'indemnité pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse<sup>(20)</sup>, point de départ que la Cour de cassation fixe à la date de présentation de la lettre de licenciement au domicile de l'intéressé.

Elle est également conforme à la solution retenue pour déterminer le point de départ du délai de quinze jours dans lequel la salariée doit aviser son employeur de son état de grossesse, point de départ que la Cour de cassation, chambre sociale, fixe au jour où la notification du licenciement a été effectivement portée à la connaissance de la salariée<sup>(21)</sup>, ainsi qu'à la solution retenue pour déterminer la date de rupture de la période d'essai que la chambre sociale fixe à la date de la présentation de la lettre recommandée notifiant la rupture à l'adresse de son destinataire<sup>(22)</sup>.

Enfin, elle est conforme à la solution retenue depuis 1997 par la chambre sociale de la Cour de cassation en ce qu'elle affirme qu'une transaction ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture devenue définitive par la réception par le salarié de la lettre de licenciement dans les conditions requises par l'article L. 122-14-1<sup>(23)</sup>.

Elle a pour avantage de faire bénéficier le salarié qui n'est pas encore averti de son licenciement de la protection dont bénéficie tout salarié victime d'un accident de travail survenu avant l'envoi de la lettre de licenciement, avantage qui consiste à rester dans l'entreprise tant que son contrat est suspendu en raison de l'accident.

Elle va ainsi dans le sens de l'évolution législative et jurisprudentielle qui a fait supporter aux employeurs les risques de l'entreprise en assurant aux salariés une protection de plus en plus grande, notamment contre les licenciements qu'elle a réglementés voire, dans certaines situations, interdits.

Doit-on poursuivre cette évolution en fixant la date du prononcé de la résiliation à celle de la notification au salarié ou, adoptant une conception dite civiliste de la résiliation, fixer cette date à celle à laquelle l'employeur a exprimé sa volonté de rompre le contrat ?

Il appartient à l'Assemblée plénière de le décider au regard de l'ensemble juridique que constitue le droit du travail.

(19) Soc., 16 février 1978, *Bull.*, V, n° 117, p. 87 ; Soc., 26 juin 1986, *Bull.*, V, n° 338, p. 259 ; Soc., 15 novembre 1990, *Bull.*, V, n° 558, p. 338.

(20) Soc., 20 juin 1979, *Dalloz* 1979, IR, p. 91 ; Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, *Bull.*, V, n° 224, p. 139 ; Soc., 10 juin 1997, *Bull.*, V, n° 211, p. 152 ; Soc., 2 février 1999, *Bull.*, V, n° 49, p. 36.

(21) Soc., 3 décembre 1997, *Bull.*, V, n° 417, p. 299. (22) Soc., 17 octobre 2000, *Bull.*, V, n° 332, p. 256.

(22) Soc., 17 octobre 2000, *Bull.*, V, n° 332, p. 256.

(23) Soc., 20 mai 1997, pourvoi n° 95-41.202 ; Soc., 18 février 2003, *Bull.*, V, n° 61, p. 58 ; Soc., 14 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.549.

(17) Soc., 26 juin 1986, *Bull.*, V, n° 338, p. 259 ; Soc., 23 juillet 1980, *Bull.*, V, n° 695 ; Soc., 3 octobre 1979, *Bull.*, V, n° 670 ; Soc., 19 décembre 1978, *Bull.*, V, n° 884, p. 664.

(18) « La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques », thèse de doctorat de Madame Brigitte Houin, soutenue en mars 1973, université de Paris II.

## Avis de M. de Gouttes

### Premier avocat général

**ARRÊT ATTAQUÉ :** arrêt de la cour d'appel de Bourges du 21 août 2001, statuant sur renvoi après cassation, qui a débouté M. Patrice Monnet de sa demande en nullité du licenciement fondée sur l'article L. 122-32-2 du Code du travail, en retenant notamment que la lettre de licenciement avait été adressée par son employeur avant l'accident du travail.

\*  
\* \*

La question de principe posée par le présent pourvoi concerne l'interprétation de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, aux termes duquel est nulle toute résiliation du contrat de travail à durée indéterminée lorsqu'elle est prononcée pendant la période de suspension du contrat consécutive à un accident de travail du salarié (sous réserve de la faute grave du salarié ou de l'impossibilité de maintenir le contrat) : quel sort faut-il réserver au licenciement dans l'hypothèse où, entre l'envoi de la lettre recommandée par l'employeur et la présentation de cette lettre au salarié, ce dernier a été victime d'un accident du travail ? La lettre de licenciement ayant été présentée au salarié postérieurement à la survenance de l'accident et à l'avis qui en a été donné à l'employeur, le licenciement est-il nul pour avoir été prononcé en violation de l'article L. 122-32-2 du Code du travail ? Ou, au contraire, faut-il, pour que l'article L. 122-32-2 puisse s'appliquer, que l'accident du travail ait été porté à la connaissance de l'employeur avant l'expédition de la lettre de licenciement ?

En d'autres termes, doit-on considérer que la date à laquelle l'employeur a « prononcé » le licenciement est celle de l'expédition de la lettre de licenciement ou celle de la réception de cette lettre par le salarié ?

Le présent cas d'espèce concerne une société (la SA Protex) qui a notifié le licenciement à son salarié (M. Patrice Monnet) par une lettre recommandée adressée le 4 décembre 1995, mais qui n'est parvenue au salarié que le 19 décembre, en raison d'un mouvement de grève de la Poste. Or, au moment où cette lettre a été présentée au salarié, celui-ci se trouvait en arrêt de travail consécutif à un accident du travail survenu le 8 décembre. Le salarié a réclamé, dans ces conditions, la nullité du licenciement ainsi qu'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt du 30 octobre 2000 (pourvoi n° 98-42.512),

cassant l'arrêt antérieur de la cour d'appel d'Orléans du 12 mars 1998, a considéré qu'un tel licenciement était nul au motif que, selon les articles L. 122-32-1 et L. 122-32-2 du Code du travail, « *la résiliation du contrat de travail par l'employeur, en l'absence de faute grave de l'intéressé ou de l'impossibilité, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir le contrat, ne peut être notifiée pendant la période de suspension du contrat de travail consécutive à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle* ».

La cour d'appel de Bourges, statuant sur renvoi après cassation, a refusé de s'incliner et, par son arrêt attaqué du 21 août 2001, a débouté le salarié de sa demande de nullité du licenciement pour violation de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, en retenant notamment que le licenciement s'analyse comme l'expression de la volonté unilatérale de l'employeur de rompre le contrat de travail, que c'est bien cette expression elle-même, dès son émission, que le législateur a entendu interdire dans l'intérêt du salarié à partir du moment où ce dernier serait en situation de suspension de son contrat pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, que l'employeur n'est plus maître de l'expression faite de sa volonté à partir du moment où il l'adresse, que les éléments qu'il peut et doit considérer sont ceux existants au moment où il prend sa décision et qu'exiger que la notification intervienne aussi avant le début de la suspension du contrat pour cause d'accident du travail pour valider le licenciement serait ajouter au texte de l'article L. 122-32-2, alinéa 1, du Code du travail.

C'est contre cet arrêt qu'est dirigé le présent pourvoi en cassation, dont le moyen unique soutient qu'il suffit, pour l'application de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, que l'accident du travail survenu au salarié ait été porté à la connaissance de l'employeur avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement (violation invoquée des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail).

En raison de la divergence de solutions entre les juges du fond et la Cour de cassation, la chambre sociale a, par arrêt du 13 janvier 2004, décidé de renvoyer l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, conformément aux articles L. 131-2 et L. 131-3 du Code de l'organisation judiciaire.

Ainsi, nous nous trouvons en présence d'une opposition de jurisprudence entre :

– d'une part, la position de la chambre sociale de la Cour de cassation, exprimée dans l'arrêt du 30 octobre 2000, ainsi que dans des arrêts des

10 février 1998<sup>(1)</sup>, 25 février 1998<sup>(2)</sup>, 7 avril 1998<sup>(3)</sup>, 7 décembre 1999<sup>(4)</sup> et 27 juin 2001<sup>(5)</sup>, avec quelques nuances d'ailleurs, dans la motivation d'un arrêt à l'autre, la chambre sociale ayant en effet justifié sa décision, tantôt au motif que l'accident du travail avait été porté à la connaissance de l'employeur avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement<sup>(1)</sup>, tantôt au motif que le préavis ne court qu'à compter de la réception par le salarié de la lettre de licenciement ou de la première présentation de cette lettre<sup>(3)</sup>, tantôt au motif que la résiliation ne peut être notifiée pendant la période de suspension<sup>(6)</sup> ;

– d'autre part, la position adoptée par les arrêts concernés des cours d'appel d'Orléans et de Bourges, mais aussi par d'autres arrêts des cours d'appel d'Aix-en-Provence et de Versailles.

Pour tenter de clarifier la situation et de proposer une solution au problème ainsi posé, il paraît utile :

- d'analyser d'abord les logiques en présence (I) ;
- avant d'esquisser ensuite les solutions possibles (II).

\*  
\* \*

## I. – L'ANALYSE DES LOGIQUES EN PRÉSENCE :

Pour fixer la date à laquelle doit s'apprécier la validité du licenciement, deux solutions sont envisageables :

– soit considérer que l'examen de la validité du licenciement doit se faire au moment de l'envoi de la lettre de licenciement par l'employeur. C'est la logique que l'on pourrait appeler « civiliste », qui s'inspire de la volonté unilatérale de l'employeur, et qui est reflétée dans les arrêts des cours d'appel d'Orléans et de Bourges (A) ;

– soit apprécier la validité du licenciement au moment de la connaissance de son licenciement par le salarié, c'est-à-dire lors de la première présentation de la lettre de licenciement, et non pas au moment de l'émission de la volonté de l'employeur. C'est la logique que certains ont appelé « travailliste » ou « sociale », qui s'attache à la protection du salarié contre la perte d'emploi en cas d'accident du travail, et qui paraît avoir inspiré la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 30 octobre 2000 (B).

## A. – La logique dite « civiliste » de la volonté unilatérale de l'employeur : pour la prise en compte de la date d'envoi de la lettre de licenciement :

**A. – 1) Historiquement, le droit de résiliation unilatérale, inhérent à l'indétermination du contrat de travail, n'est que la transposition en droit du travail d'un principe de droit commun des contrats, né au lendemain de la Révolution française et codifié dans l'article 1780 du Code civil, dont il résulte qu'un contrat à exécution successive et à durée indéterminée ne peut constituer un engagement perpétuel de nature à aliéner la liberté<sup>(7)</sup>.**

Au sens de la conceptualisation doctrinale civiliste du 19<sup>e</sup> siècle, le licenciement, expression de la liberté humaine, mais aussi garant de la mobilité de la main d'œuvre nécessaire à l'entreprise<sup>(8)</sup>, s'analysait comme une opération volontaire dont le but et le résultat étaient de produire des effets de droit.

Il s'agissait d'une manifestation de volonté dont la régularité s'appréciait au moment de son expression et qui entendait créer certains effets de droit sans le recours d'aucune autre volonté<sup>(9)</sup>.

Au début du 20<sup>e</sup> siècle encore, l'employeur n'était nullement tenu de justifier le licenciement du salarié. Selon l'expression de M. Buseine, « il pouvait se séparer de lui par une poignée de mains qui scellait l'accord des parties, par une sommation de quitter l'entreprise, ce qui correspondait le plus souvent à l'expression de la volonté unilatérale de l'employeur »<sup>(10)</sup>.

Une telle conception de l'acte juridique unilatéral, expression d'un acte du vouloir créateur pur et manifestant la liberté ou la puissance de l'auteur de l'acte, a d'ailleurs été critiquée, à juste titre, par la doctrine française, notamment par le Pr Anne-Marie Frison-Roche<sup>(11)</sup>, qui a expliqué ainsi que le droit français n'ait pas fait sien cette conception.

Dans la logique de cette approche unilatéraliste, le licenciement rejoignait la famille des actes juridiques unilatéraux existant en droit civil, tels la reconnaissance d'enfant naturel (article 335 du Code civil), le testament (articles 367 et suivants du Code civil), le congé en matière de bail (articles 1739 et suivants du Code civil), la révocation du mandat (articles 2005 et 2006 du Code civil).

Toute l'évolution ultérieure consistera, comme nous le verrons, à atténuer les effets de la volonté unilatérale et à renforcer progressivement la protec-

(7) Cf. Jurisclasseur 1997, Rupture du contrat, introduction générale, par P. Y. Verkindt, fasc. 30-1, n<sup>os</sup> 4 et 5.

(8) Cf. M. Verdier, A. Coeuret, M. A. Souliac, Droit du travail, Dalloz 12<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> partie, chapitre 2, p. 478.

(9) Cf. – F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Introduction au droit des contrats, droit civil, Les obligations, 8<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, p. 58, n<sup>os</sup> 50 à 54 ; – Répertoire civil Dalloz, octobre 1999, Acte, C. Brenner, n<sup>os</sup> 5 à 25.

(10) Cf. G. Buseine, « Le formalisme de la lettre de licenciement : de la forme au fond », Droit ouvrier, janvier 1999, p. 14.

(11) Cf. M. A. Frison-Roche : « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTDC, juillet-septembre 1995, p. 574.

(1) Cf. Soc., 10 février 1998, n<sup>o</sup> 694 D (non publié) censurant un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (RJS 1998, n<sup>o</sup> 450, p. 281).

(2) Cf. Soc., 25 février 1998, Bull., V, n<sup>o</sup> 102.

(3) Cf. Soc., 7 avril 1998 (pourvoi n<sup>o</sup> 95-44.568).

(4) Cf. Soc., 7 décembre 1999 (pourvoi n<sup>o</sup> 97-43.734, non publié), cassant un arrêt de la cour d'appel de Versailles.

(5) Cf. Soc., 27 juin 2001 (pourvoi n<sup>o</sup> 99-41.678).

(6) Cf. Soc., 30 octobre 2000 (pourvoi n<sup>o</sup> 98-42.512).



tion du salarié face au droit de résiliation unilatérale de l'employeur, en partant de l'idée qu'un acte juridique unilatéral qui remet en cause les droits d'autrui doit être notifié ou porté à la connaissance de l'intéressé pour produire ses effets (théorie des actes dits « réceptices »)<sup>(12)</sup>.

**A. – 2) Il n'en reste pas moins vrai que la logique dite civiliste reste aujourd'hui présente dans une partie de la doctrine<sup>(13)</sup> et dans la jurisprudence de certaines cours d'appel, ainsi qu'en témoignent les arrêts en cause de la cour d'appel de Bourges du 21 août 2001 et de la cour d'appel d'Orléans du 12 mars 1998.**

Cette logique civiliste, qui conduit à dissocier le moment de la rupture et celui de ses conséquences, c'est-à-dire à considérer que le licenciement est un acte qui prend effet dès son prononcé ou dès l'émission de la volonté de l'employeur, s'appuie sur plusieurs arguments :

### 1. Les arguments de textes :

a) En premier lieu, selon l'article L. 121-1 du Code du travail, « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ». Lorsque la législation du travail n'a consacré aucune règle spéciale concernant le contrat de travail, le droit civil a donc vocation à s'appliquer<sup>(14)</sup> ;

b) En deuxième lieu, si l'article L. 122-14-1 du Code du travail prévoit que la date de présentation de la lettre recommandée avec avis de réception notifiant le licenciement fixe le point de départ du délai-congé, il n'exclut pas, pour autant, la possibilité de retenir que le licenciement est prononcé dès l'expédition de la lettre de rupture ;

c) En troisième lieu, le dernier alinéa de l'article L. 122-32-2 du Code du travail précise qu'est nulle toute résiliation du contrat de travail « prononcée » en méconnaissance des dispositions du présent article. Il résulte de cette disposition que le critère ou le moment retenu par le législateur est ici celui du « prononcé » du licenciement par l'employeur, et non celui de la notification du licenciement au salarié destinataire. Rien n'y indique, non plus, que la notification de la résiliation du contrat de travail doit intervenir avant l'accident du travail ;

d) En quatrième lieu, le premier alinéa du même article L. 122-32-2 du Code du travail stipule qu'au cours des périodes de suspension pour accident du travail, « l'employeur » ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée. Comme le relève l'arrêt de la cour d'appel de Bourges, cette disposition fait apparaître que la limitation de pouvoirs s'adresse bien à l'employeur et que l'on ne peut faire l'éco-

nomie de la situation de ce dernier pour analyser la portée de ce texte. Juridiquement, ajoute l'arrêt attaqué, exiger que la notification du licenciement intervienne aussi avant le début de la suspension du contrat pour cause d'accident du travail pour valider le licenciement serait donc ajouter au texte du premier alinéa de l'article L. 122-32-2.

e) Enfin, il faut rappeler que, selon l'article 668 du nouveau Code de procédure civile, « la date de notification par voie postale est à l'égard de celui qui y procède celle de l'expédition et à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de réception de la lettre ».

### 2. Les arguments de jurisprudence :

a) Il est rappelé en premier lieu que, selon la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, la lettre recommandée avec accusé de réception est une simple règle de preuve, et non une formalité substantielle<sup>(15)</sup>.

La chambre sociale n'a donc pas donné une portée majeure à la notification du licenciement, dans laquelle elle a vu seulement un mode de preuve de la rupture du contrat de travail par l'employeur, énoncé par la loi, et auquel il pourrait être suppléé par la production d'autres documents.

La chambre sociale a admis également que pouvaient être valides des ruptures notifiées par lettre simple contre récépissé adressée au salarié<sup>(16)</sup>, et même que certains comportements de l'employeur pouvaient s'analyser en une rupture du contrat de travail en l'absence de notification par lettre recommandée et à la condition que le salarié entende se prévaloir d'une rupture de fait<sup>(17)</sup>.

La chambre sociale a admis en outre, d'une part qu'une notification donnée verbalement pouvait être valide<sup>(18)</sup> et, d'autre part, qu'en cas de concours entre plusieurs lettres, il devait être tenu compte de la première lettre de licenciement établie le jour même de l'entretien, et non d'une lettre postérieure, car le licenciement prend effet le jour de sa notification par la première lettre<sup>(19)</sup>.

Par ailleurs, selon la doctrine<sup>(20)</sup>, de nombreux pays européens n'ont pas de procédure formelle de notification et accordent une valeur probatoire égale à la notification écrite ou verbale : tel serait le cas pour l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, la Grande-Bretagne, la Grèce, l'Irlande, la Suède.

(15) Cf. Soc., 8 décembre 1960, *Bull.*, V, n° 1151 ; 6 juillet 1961, *Bull.*, V, n° 743 ; 5 février 1964, *Bull.*, V, n° 94 ; 3 mai 1979, *Bull.*, V, n° 375.

Voir également : Philippe Waquet : « La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail », *Revue de jurisprudence sociale*, novembre 1993, p. 631.

(16) Cf. Soc., 21 février 1962 - JCP 1962 II, n° 12682 ; 20 mars 1980, *Bull.*, V, n° 276 ; 15 décembre 1999 (pourvoi n° 97-44-431).

(17) Cf. Soc., 3 juillet 1990, *Bull.*, V, n° 330 ; 8 avril 1992, *Bull.*, V, n° 255 ; 13 janvier 1993, *Bull.*, V, n° 8.

(18) Cf. Soc., 20 mars 1980, *Bull.*, V, n° 276 ; 12 mars 1992 (pourvoi n° 90-44-174).

(19) Cf. Soc., 8 novembre 1995, *Bull.*, V, n° 294.

(20) Cf. I. Laurent-Merle : « Formalités préalables au licenciement individuel en Europe », *Travail et protection sociale*, avril 2004, p. 7.

(12) Cf. B. Houin, « La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques », thèse Paris-II, 1973.

(13) Cf. J. Pelissier : « Droit civil et contrat individuel de travail », *Droit social* n° 5, mai 1998, p. 338 et 389 ; G.H. Camerlynck : « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *Semaine Juridique*, éd. générale, 1958, 1425.

(14) Cf. J. Pelissier, *Droit social*, n° 5, mai 1998, pp. 388 et 389.

b) Il est rappelé, en second lieu, que la jurisprudence de la chambre sociale prend en compte la date de la première présentation de la lettre de licenciement et non celle de la réception effective de la lettre par le salarié<sup>(21)</sup>. C'est donc la manifestation de la volonté de l'employeur qui compte, plus que la connaissance réelle par le salarié licencié, ce dernier ayant pu être absent lors de la première présentation de la lettre.

Cette jurisprudence est bien reflétée dans la réponse à une question écrite posée par le député Pierre Cardo et publiée au *Journal officiel* du 8 février 1999 (page 814) : le ministre concerné y répond que « la date de notification du licenciement doit être entendue comme la date de présentation du pli recommandé contenant la lettre de licenciement, et non pas la date de remise de cette lettre à la poste par l'expéditeur ».

### 3. Les arguments de logique et d'équité :

a) En premier lieu, la survenance d'un accident du travail du salarié après l'envoi de la lettre de licenciement ne peut être raisonnablement opposée à l'employeur :

Après l'envoi de la lettre de licenciement, la situation échappe à l'employeur.

Comme le précise la cour d'appel de Bourges, l'employeur n'est plus maître de l'expression faite de sa volonté à partir du moment où il l'adresse par lettre recommandée. Les éléments qu'il peut et doit considérer sont ceux existants au moment où il prend sa décision. C'est au moment où il licencie qu'il a connaissance de l'état de santé ou de l'aptitude du salarié à tenir son emploi, sans qu'il ait à supposer les événements aléatoires pouvant survenir durant la phase d'acheminement du courrier.

La première cour d'appel d'Orléans avait d'ailleurs souligné qu'en l'espèce, le licenciement n'était pas lié à l'accident ou à la maladie.

La cour d'appel de Bourges ajoute, quant à elle, qu'il faut éviter qu'un salarié ne profite de circonstances extérieures à la volonté de l'employeur pour invoquer la nullité du licenciement et en tirer tous les avantages financiers qui vont en résulter.

b) En deuxième lieu, le délai d'acheminement de la lettre de licenciement jusqu'à sa réception par le salarié échappe à l'employeur et ne saurait d'ailleurs lui être opposé :

Comment l'employeur pourrait-il déterminer que le salarié n'a pas encore reçu la lettre de licenciement ? Comment pouvait-il, en l'espèce, prévoir que l'acheminement du courrier mettrait quinze jours en raison d'un mouvement de grève de la Poste ? L'employeur ignorait si, au moment où il a été informé de l'accident du travail, le salarié avait ou non reçu la lettre de licenciement ou quand il la recevrait.

Selon le demandeur, un tel cas pourrait même entrer dans les prévisions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, concernant l'employeur qui se trouve « dans l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie ».

c) En troisième lieu, l'employeur est démuné de tout moyen ou tout pouvoir de rétracter le licenciement, sans l'accord du salarié<sup>(22)</sup>, s'il apprend la survenance d'un accident du travail de son salarié après l'envoi de la lettre de licenciement :

Le Code du travail ne prévoit une telle possibilité d'annuler le licenciement que pour la salariée enceinte (article L. 122-25-2 du Code du travail).

Ainsi que le note un commentateur de l'arrêt déjà cité de la chambre sociale du 10 février 1998<sup>(23)</sup>, à supposer même qu'il ait été encore temps de revenir sur la décision du licenciement et d'échapper ainsi aux conséquences très lourdes de la nullité de la rupture, comment l'employeur pourrait-il s'assurer que la rétractation soit parvenue au salarié avant la lettre de congédiement ? Il est fort probable que, dans un certain nombre d'hypothèses, l'employeur n'aura matériellement pas le temps de réagir. Il sera alors considéré comme ayant prononcé un licenciement nul et pourra être sanctionné en conséquence, sans possibilité de revenir sur sa décision initiale, prise de toute bonne foi dans l'ignorance de la survenance de l'accident du travail.

En outre, s'il est vrai qu'une rétractation du licenciement est en principe possible avec l'accord du salarié<sup>(24)</sup>, il va de soi que le salarié qui sait pouvoir invoquer la nullité du licenciement n'aura aucun intérêt à renoncer à la faire valoir en justice en acceptant la rétractation. Il s'exposerait en effet à un licenciement à l'issue de la suspension de son contrat de travail pour les mêmes causes, alors que la nullité lui permet d'obtenir le versement de sommes beaucoup plus importantes que de simples dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

### 4. L'argument socio-économique : la sanction de la nullité du licenciement aurait des conséquences particulièrement lourdes pour l'employeur :

Lorsque le licenciement est déclaré nul en application de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, le salarié a droit à la réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent<sup>(25)</sup>.

Si le salarié opte pour la réintégration, il a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de 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<sup>(26)</sup>.

(22) Cf. Soc., 12 mai 1998, *Bull.*, V, n° 244.

(23) Cf. observations, non signées, sous Soc., 10 février 1998, RJS 1998, n° 450, p. 281.

(24) Cf. Soc., 6 juillet 1999, RJS 1999, 770, n° 1240.

(25) Cf. en ce sens : Soc., 30 avril 2003, *Bull.*, V, n° 152.

(26) Cf. Soc., 3 juillet 2003, *Bull.*, V, n° 214.

(21) Cf. Soc., 16 février 1978, *Bull.*, V, n° 117 ; 19 décembre 1978, *Bull.*, V, n° 884 ; 20 juin 1979 – Dalloz 1979 IR p. 91 ; 26 juin 1986, *Bull.*, V, n° 338.

Si 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 apprécié souverainement par les juges du fond, dès lors qu'il est au moins égal à celui prévu par l'article L. 122-14-4 du Code du travail<sup>(27)</sup>, et cela quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise.

Ainsi, en l'espèce, le mémoire en défense note<sup>(28)</sup> que M. Patrice Monnet a demandé à la cour d'appel d'Orléans, puis de Bourges, le montant de plusieurs années de salaire, alors que le préjudice a été évalué par la cour d'appel de Bourges à l'équivalent de neuf mois de rémunération brute.

Selon la cour d'appel de Bourges, il serait « inique » que l'on puisse se fonder ainsi sur des circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur pour faire juger nul le licenciement prononcé et réclamer, non seulement une demande de réintégration, mais aussi une demande de dommages-intérêts pour préjudice moral.

\*  
\* \*

#### **B. – La logique dite « travailliste » de la protection du salarié en cas d'accident du travail : pour la prise en compte de la date de réception de la lettre de licenciement par le salarié :**

**B. – 1) Cette logique de protection du salarié est venue progressivement contrebalancer les effets de la logique civiliste, au fur et à mesure qu'il est apparu que le droit de résiliation unilatérale de l'employeur, conçu à l'origine comme une sauvegarde de la liberté individuelle, pouvait être générateur de danger pour la partie à laquelle est imposée la rupture :**

1. Ainsi, dès le 2 mars 1895, la Cour de cassation a fait application de la théorie de l'abus du droit pour sanctionner par des dommages-intérêts l'usage abusif du droit de résiliation par l'employeur.

2. A partir du <sup>xx</sup>e siècle, ont été ensuite institués successivement :

– des conditions restrictives à l'exercice de la faculté de résilier, sous la forme du délai-congé (loi du 19 juillet 1928) et du contrôle des services de main-d'œuvre ;

– des indemnités conventionnelles et légales de licenciement, généralisées depuis l'ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967 ;

– une protection spéciale des femmes en cas de maternité ;

– un nouveau régime légal de la résiliation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, prenant le nom de licenciement, avec la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 qui vient renforcer la protection des travailleurs contre des décisions unilatérales pou-

vant revêtir une forme arbitraire : convocation obligatoire par lettre à un entretien préalable, entretien préalable avec l'assistance du salarié, notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (formalité inscrite dans l'article L. 122-14-1 du Code du travail et initialement introduite par la loi n° 58-158 du 19 février 1958).

#### **3. La loi du 13 juillet 1973 a été complétée elle-même notamment par plusieurs autres lois :**

– la loi n° 82-689 du 4 août 1982, qui a obligé l'employeur à indiquer dans la lettre de notification les motifs du licenciement disciplinaire du salarié ;

– la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986, qui a exigé, pour les licenciements économiques et disciplinaires, que l'employeur énonce le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement ;

– la loi n° 89-549 du 2 août 1989, qui a uniformisé le régime juridique du licenciement, tout licenciement devant être désormais notifié de façon motivée au salarié ;

– et surtout – parce qu'elle nous concerne plus directement en l'espèce – la loi n° 81-3 du 7 janvier 1981, qui a institué une suspension du contrat de travail pour les accidentés du travail et les victimes d'une maladie professionnelle, en sanctionnant par la nullité tout licenciement prononcé pendant une période du suspension.

Destinée à protéger les salariés contre les « risques de l'entreprise » que représentent les accidents ou maladies professionnelles, cette loi de 1981 n'a pas précisé cependant quelles étaient les conséquences de la nullité du licenciement, et c'est la jurisprudence qui a dû déterminer ces conséquences : choix pour le salarié<sup>(29)</sup> de demander, soit à être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent, avec le paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi entre son licenciement et sa réintégration, soit, s'il ne demande pas la réintégration, à bénéficier des indemnités de rupture<sup>(30)</sup>, des indemnités réparant le préjudice résultant du caractère illicite de la rupture, selon un montant apprécié souverainement par les juges du fond dans les conditions prévues par l'article L. 122-14-4 du Code du travail<sup>(31)</sup>, ainsi que de l'indemnité de préavis<sup>(32)</sup>.

#### **B. – 2) Au terme de cette évolution législative, la conception traditionnelle du licenciement s'est profondément modifiée<sup>(33)</sup>.**

De la notion d'acte volontaire unilatéral de l'employeur, l'on est passé à la notion plus souple :

(29) Cf. Soc., 25 février 1998, *Bull.*, V, n° 102 ; 11 juillet 2001, *Bull.*, V, n° 263 ; 13 novembre 2001, *Bull.*, V, n° 341.

(30) Cf. Soc., 5 juin 2001, RJS 8-9/2001, n° 1009.

(31) Cf. Soc., 27 juin 2000, *Bull.*, V, n° 250 ; 18 décembre 2000, *Bull.*, V, n° 424 ; 27 juin 2001 (pourvoi n° 99-41.678) ; 3 mars 2004 (pourvoi n° 02-40.600).

(32) Cf. Soc., 2 juin 2004 (pourvoi n° 02-41.045).

(33) Cf. J. Pelissier : « Observations à propos de la notion de licenciement individuel », *Etudes Camerlynck*, Dalloz 1978, pp. 83 et s. ; X. Blanc-Jouvan : « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », *Droit social* n° 3, mars 1981, pp. 206-208 ; P. Chaumette : « Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail », *Dalloz* 1986, chron. p. 68.

(27) Cf. Soc., 27 juin 2000, *Bull.*, V, n° 250.

(28) Cf. p. 10, alinéa premier, du mémoire en défense de la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez.

– d'acte « réceptice »<sup>(34)</sup>, qui doit être porté à la connaissance de l'intéressé pour produire effet. C'est uniquement par la réception de la lettre du licenciement que le salarié a la possibilité de prendre, sans aucun doute possible, connaissance de son congédiement et de la confirmation du motif de la rupture, ainsi que de la date de la fin de contrat ;

– d'acte impliquant une double manifestation de volonté, celle de l'employeur, qui prend l'initiative de dénoncer le contrat initialement conclu, et celle du salarié, qui peut refuser cette décision si la cause ou la responsabilité de la rupture du contrat est imputable à l'employeur.

Dans ces conditions, il conviendrait de dissocier, selon certains auteurs, l'initiative de la rupture, qui fait référence à la volonté de l'une des parties de rompre le contrat, et l'imputabilité de la rupture, qui conduit à rechercher le responsable de la rupture<sup>(35)</sup>.

Au demeurant, le licenciement n'implique pas toujours un acte de volonté de l'employeur, comme le révèle le cas où le salarié refuse une modification du contrat de travail, ou le cas d'un salarié devenu inapte à tenir son emploi (cf. articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail)<sup>(36)</sup>, ou encore le cas d'un licenciement masqué par la démission du salarié.

Ainsi, la conception civiliste de la résiliation unilatérale aurait-elle cédé le pas à celle du « droit de licenciement ». Le contrat de travail étant original par rapport aux contrats de droit civil et la plupart des lois du travail ayant été votées pour tenir compte de la situation d'inégalité du salarié et pour le protéger, il était d'ailleurs naturel que les juges, en appliquant les règles de droit civil, « les adaptent pour tenir compte de l'originalité des relations de travail »<sup>(36)</sup>.

**B. – 3) Quels sont alors les arguments principaux qui sont mis en avant pour étayer cette logique dite « travailliste » ou « protectionniste » du salarié, qui conduit à apprécier la validité du licenciement au moment où il est porté à la connaissance du salarié ?**

#### 1. Les arguments de textes :

Il résulte d'abord de l'article L. 122-14-1 du Code du travail que c'est la date de présentation de la lettre au salarié qui fixe le point de départ du délai-congé, ainsi que les droits à indemnité légale, conventionnelle ou de congés payés.

Ce texte, fait observer le mémoire ampliatif<sup>(37)</sup>, n'est qu'une application de l'article 668 du nouveau Code de procédure civile, selon lequel la date

de la notification par voie postale est, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre<sup>(38)</sup>.

Parallèlement, d'ailleurs, lorsque le salarié donne sa démission, le point de départ du préavis de démission est la date de la réception par l'employeur.

Le mémoire ampliatif souligne en outre qu'il suffit, pour l'application des dispositions de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, que l'accident dont a été victime le salarié ait été porté à la connaissance de l'employeur avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement<sup>(39)</sup>.

Tel est bien le cas en l'espèce, note le demandeur : l'accident du travail, subi par M. Monnet le 8 décembre 1995, avait été porté à la connaissance de l'employeur avant la date de réception de la lettre de licenciement par le salarié, le 19 décembre suivant.

#### 2. Les arguments de jurisprudence :

Il résulte de la jurisprudence de la chambre sociale :

– que le licenciement n'est effectif et définitif qu'à partir du moment où il est porté à la connaissance du salarié, soit à la date de la présentation à son domicile de la lettre recommandée notifiant le licenciement<sup>(40)</sup>. Parallèlement, d'ailleurs, lorsque le salarié donne sa démission, le point de départ du préavis de démission est la date de la réception par l'employeur de la démission du salarié<sup>(41)</sup> ;

– que les incidents qui peuvent retarder la présentation de la lettre recommandée, comme une grève des postes, ont pour effet de retarder d'autant le licenciement et le début du préavis<sup>(42)</sup> ;

– que c'est à la date de présentation de la lettre de licenciement que s'apprécie l'ancienneté du salarié<sup>(43)</sup> ;

– que c'est également cette date de présentation qui détermine la date de rupture de la période d'essai<sup>(44)</sup> ;

– que la transaction n'est valablement conclue que si elle est postérieure à la notification du licenciement au salarié<sup>(45)</sup> ;

– qu'il n'est pas interdit à l'employeur de réparer l'irrégularité qu'il a pu commettre en adressant prématurément après l'entretien préalable une lettre de

(38) Cf. Soc., 27 juin 2001, n° 3076.

(39) Cf. en ce sens : Soc., 10 février 1998, n° 594 - RJS 4/98, n° 450.

(40) Cf. Soc., 14 mars 1995, *Bull.*, V, n° 85 ; 10 février 1998 - RJS 4/98, n° 450, p. 281 ; 26 janvier 1999, *Bull.*, V, n° 38.

(41) Cf. Soc., 13 janvier 1998, *Bull.*, V, n° 10.

(42) Cf. Soc., 5 octobre 1999, n° 97-41-669, *Jurisprudence sociale*, n° 2000-637, pp. 75 et 76.

(43) Cf. Soc., 20 juin 1979, *Dalloz* 1979 IR, p. 91 ; 15 novembre 1990, *Bull.*, V, n° 558 ; 1<sup>er</sup> avril 1992, *Bull.*, V, n° 224 ; 5 juin 1996, *Bull.*, V, n° 222 ; 10 juin 1997, *Bull.*, V, n° 211 ; 2 février 1999, *Bull.*, V, n° 49.

(44) Cf. Soc., 17 octobre 2000, *Bull.*, V, n° 332.

(45) Cf. Soc., 18 février 2003, *Bull.*, V, n° 61 ; 26 octobre 1999, *Bull.*, V, n° 411 ; 6 mai 1998, *Bull.*, V, n° 236 ; 29 mai 1996, *Bull.*, V, n° 215 ; 14 janvier 2004 (pourvoi n° 01-46.549).

(34) Cf. B. Houin - Thèse sur « la rupture unilatérale des contrats synallagmatiques », Paris-II, 1973.

(35) Cf. P. Chaumette : « Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail », *Dalloz* 1986, *chron.*, p. 68-69 ; P. Y. Verkindt, *Jurisclasser* 1997, *Rupture du contrat*, introduction générale, fasc. 30-1, n°s 28-29.

(36) Cf. J. Pelissier : « Droit civil et contrat individuel de travail », *Droit social* n° 5, mai 1998, p. 387.

(37) Cf. mémoire ampliatif de la SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, p. 9.

licenciement dépourvue d'effet, par l'envoi d'une seconde lettre qui donne seule un caractère effectif au licenciement<sup>(46)</sup>.

D'autres arrêts pourraient même laisser à penser que la chambre sociale en est venue à regarder la notification par lettre recommandée comme une formalité substantielle, et non plus comme une simple condition de preuve<sup>(47)</sup>.

Tel est le cas, par exemple, lorsque la chambre sociale :

- a sanctionné par un licenciement sans cause réelle et sérieuse l'absence de notification<sup>(48)</sup> ;

- a considéré que la preuve de la notification n'était pas rapportée faute d'accusé de réception signé du destinataire<sup>(49)</sup> ;

- a dit surtout, à plusieurs reprises déjà, qu'était nul le licenciement prononcé entre l'envoi et la réception de la lettre de licenciement, parce que prononcé pendant une période de suspension provoquée par un accident de travail<sup>(50)</sup>.

### 3. Les arguments de logique et d'équité :

L'article L. 122-32-2 du Code du travail, qui prévoit la nullité du licenciement prononcé pendant la durée de l'arrêt de travail consécutif à un accident, n'est pas une mesure de sanction envers l'employeur, mais une mesure de protection pour le salarié, atteint d'une incapacité à raison de son travail et qui, dès lors, se voit protégé contre les difficultés qui en résultent.

Si des délais inhabituels interviennent entre la date d'envoi de la lettre recommandée et sa réception, comme dans notre cas d'espèce, cette situation ne doit pas nuire au destinataire de la lettre de rupture – que ce soit le salarié ou l'employeur en cas de lettre de démission du travailleur – mais au débiteur du préavis de rupture.

Le mémoire ampliatif ajoute que si l'auteur de la rupture du contrat de travail ne souhaite pas supporter les aléas consécutifs au recours aux services postaux, il lui appartient de procéder à la signification de l'acte par voie d'huissier, conformément au dernier alinéa de l'article 651 du nouveau Code de procédure civile, qui prévoit que « *notification d'un acte peut toujours être faite par voie de signification, alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme* »<sup>(51)</sup>.

Par ailleurs, il est souligné que si le salarié a été victime d'un accident du travail pendant le délai courant entre l'envoi et la réception de la lettre, comme

dans le présent cas d'espèce, c'est bien la preuve que, pendant ce délai, il a continué à travailler, que le contrat n'était pas rompu et que le licenciement n'avait pas encore produit son effet. Il n'y aurait dès lors aucune raison d'équité à ce que le salarié assume seul le risque du travail poursuivi au-delà de ce que souhaitait l'employeur, qui était lui-même maître de lui signifier la rupture. Le salarié doit pouvoir rester dans l'entreprise tant que son contrat de travail est suspendu en raison de l'accident.

Enfin, il se déduit des circonstances de l'espèce, ajoute le mémoire ampliatif, que l'accident du travail dont a été victime M. Monnet le 8 décembre 1995 avait été porté à la connaissance de l'employeur avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement (le 19 décembre) pendant la période de suspension consécutive à cet accident du travail.

Ainsi, la thèse dite « travailliste » permettrait-elle de faire bénéficier le salarié qui n'a pas encore été averti de son licenciement de la protection dont bénéficie tout salarié victime d'un accident du travail survenu avant l'envoi de la lettre de licenciement et, par conséquent, du droit de rester dans l'entreprise tant que son contrat est suspendu en raison de l'accident.

\*

\* \*

## II. – LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION :

**A. – Au vu de l'ensemble des éléments que nous venons d'examiner en faveur de l'une et de l'autre thèse, il apparaît que plusieurs arguments forts militent ici en faveur de la prise en compte de la date d'envoi de la lettre de licenciement, c'est-à-dire de la logique dite « civiliste » :**

1. Au regard des textes, d'abord, sans préjudice des dispositions de l'article L. 121-1 du Code du travail, énonçant que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* », et de l'article 668 du nouveau Code de procédure civile, il faut rappeler que l'article L. 122-32-2 du Code du travail précise, dans son dernier alinéa, qu'est nulle toute résiliation du contrat de travail « *prononcée* » en méconnaissance des dispositions du présent article, ce qui paraît bien indiquer que le législateur a entendu prendre en compte, pour apprécier la validité du licenciement, le moment du « *prononcé* » du licenciement par l'employeur, et non celui de la notification du licenciement au salarié destinataire. Par ailleurs, l'article L. 122-14-1 du Code du travail n'exclut pas lui-même la possibilité de retenir que le licenciement est « *prononcé* » dès l'expédition de la lettre de rupture.

2. Au regard de la jurisprudence, ensuite, force est de constater, d'une part, que la lettre recommandée avec accusé de réception a été regardée traditionnellement comme une simple règle de preuve, et non une formalité substantielle, d'autre part, que c'est la date de la première présentation de la lettre de licenciement qui est prise en compte, et non la date de réception effective de la lettre par le salarié.

(46) Cf. Soc., 23 février 1977, *Bull.*, V, n° 144.

(47) Cf. G. Buseine : « Le formalisme de la lettre de licenciement. De la forme au fond », *Droit ouvrier*, janvier 1999, p. 14.

(48) Cf. Soc., 12 mars 1992, pourvoi n° 90-44-174 ; 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-44-580.

(49) Cf. Soc., 2 juillet 2003, pourvoi n° 01-40-521 (« Giraudy »).

(50) Cf. Soc., 8 octobre 1991, *Bull.*, V, n° 398 ; 10 mai 1995, *Bull.*, V, n° 150 ; 5 juin 1996, *Bull.*, V, n° 227 ; 10 février 1998, RJS 4/98, n° 450 ; 25 février 1998, *Bull.*, V, n° 102 ; 7 avril 1998, pourvoi n° 95-44-568 ; 7 décembre 1999, pourvoi n° 97-43-734 ; 27 juin 2001, pourvoi n° 99-41-678.

(51) Cf. en ce sens : Soc., 8 novembre 1978, *Bull.*, V, n° 746, D. 1979, IR, 228, observ. Pelissier.

3. Au regard de la logique et de l'équité, enfin, on voit mal comment l'on pourrait justifier d'opposer à l'employeur un accident du travail survenu au salarié postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement, alors que le retard dans l'acheminement de cette lettre à son destinataire résulte de circonstances externes totalement étrangères à la volonté de l'employeur – ce qui peut renvoyer au cas de l'impossibilité de maintien du contrat, visé au premier alinéa de l'article L. 122-32-2 du Code du travail – alors que l'employeur est démuné en pareil cas de tout pouvoir de rétracter, sans l'accord du salarié, sa décision de licenciement pourtant prise en toute bonne foi dans l'ignorance de la survenance de l'accident du travail, et alors enfin que les conséquences économiques de la nullité du licenciement seraient particulièrement lourdes pour l'employeur.

A vouloir trop charger l'employeur, on s'exposerait au risque de voir ce dernier se prémunir contre la survenance d'éventuels accidents du travail en recourant, par exemple, à la mise à pied à titre conservatoire du salarié tant qu'il n'aura pas reçu la lettre de licenciement (mise à pied qui pourrait être annoncée au salarié lors de l'entretien préalable), la validité d'une mise à pied conservatoire ayant été admise par la chambre sociale comme simple mesure provisoire pour laisser à l'employeur un délai de réflexion<sup>(52)</sup>.

Si l'assemblée plénière se rallie à cette analyse dite « civiliste », elle pourra approuver l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Bourges et rejeter le pourvoi de M. Patrice Monnet : c'est la solution que je vous propose.

Afin d'atténuer les effets du revirement de jurisprudence que pourrait représenter cette solution et pour renforcer la protection du salarié en pareille hypothèse, vous pourrez aussi envisager de distinguer la question de la validité du licenciement de celle de ses effets, en prévoyant que les effets du licenciement seront alors reportés à la fin de la période de suspension du contrat de travail, ce que les textes ne nous interdisent pas.

**B. – Dans le cas inverse où l'assemblée plénière estimerait devoir privilégier la logique dite « travailliste », plus protectrice du salarié, et opter pour la prise en compte de la date de réception de la lettre de licenciement, elle devrait alors censurer l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges au visa des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail.**

1. Comme nous l'avons exposé précédemment, il existe certes des arguments non négligeables en faveur de cette thèse.

Il suffit de rappeler notamment que le droit social se caractérise par son particularisme au regard du droit commun, que l'évolution législative et jurisprudentielle du droit du licenciement s'est faite

dans le sens d'une plus grande protection du salarié, regardé comme étant en situation d'inégalité, que l'article L. 122-32-2 du Code du travail n'est pas une mesure de sanction envers l'employeur, mais une mesure de protection pour le salarié atteint d'une incapacité à raison de son travail, et qu'il résulte, par ailleurs, de l'article L. 122-14-1 du même Code que c'est la date de présentation de la lettre au salarié qui fixe le point de départ du délai-congé, des droits à indemnité légale, conventionnelle ou de congés payés.

2. Cependant, le choix de la logique dite « travailliste » devrait, à mon sens, conduire en tout cas l'assemblée plénière à rechercher des correctifs, afin d'éviter le risque d'un résultat d'iniquité tel que dénoncé en l'espèce par la cour d'appel de Bourges :

a) Parmi ces correctifs, l'un d'entre eux pourrait consister à ouvrir la possibilité, pour l'employeur, de revenir sur sa première décision de licenciement prise dans l'ignorance de l'accident du travail, aussitôt qu'il prend connaissance de l'accident qui vient de survenir au salarié, en faisant éventuellement notifier sa seconde lettre par voie d'huissier, sans néanmoins que l'on puisse fixer jurisprudentiellement un délai déterminé qui serait accordé à l'employeur à cette fin, délai qui ne pourrait résulter que d'un texte exprès, comme celui qui existe pour les salariées en état de grossesse.

Une telle solution, dont on peut trouver une ébauche dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 février 1997 concernant une autre situation<sup>(53)</sup>, s'inspirerait de celle qui est prévue expressément, et de façon plus protectrice, par l'article L. 122-25-2 du Code du travail pour la salariée en état de grossesse : selon l'alinéa 2 de cet article, en effet, le licenciement d'une salariée est annulé si, dans un délai de 15 jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un certificat médical justifiant qu'elle est en état de grossesse – la jurisprudence ayant précisé, à cet égard, que ce délai de 15 jours s'appliquait seulement en cas de licenciement par un employeur ignorant la grossesse<sup>(54)</sup>.

Cette solution inspirée de l'article L. 122-25-2 est clairement suggérée (sous forme interrogative, faute de texte) par le commentateur de l'arrêt précité de la chambre sociale du 10 février 1998<sup>(55)</sup>.

Mais sa mise en œuvre serait évidemment malaisée.

Une modalité évoquée pourrait consister aussi à prévoir qu'en pareil cas, le salarié n'aurait plus le droit de refuser sa réintégration et d'exiger les

(52) Cf. Soc., 8 novembre 1978, *Bull.*, V, n° 745 ; 4 février 1979, *Bull.*, V, n° 313 ; 21 juin 1979, *Bull.*, V, n° 562 ; 26 novembre 1987, *Bull.*, V, n° 686 ; 3 décembre 1987, *Bull.*, V, n° 699 ; 18 novembre 1992, RJS 1993, 35, n° 34.

(53) Cf. Soc., 23 février 1997, *Bull.*, V, n° 144, selon lequel « aucune disposition légale n'interdit à l'employeur de réparer l'irrégularité qu'il a pu commettre en adressant prématurément après l'entretien préalable une lettre de licenciement dépourvue d'effet, par l'envoi d'une seconde lettre qui donne seule un caractère effectif au congédiement ».

(54) Cf. Soc., 20 juin 1995, *Bull.*, V, n° 202, RJS 1995, 582, n° 880.

(55) Cf. RJS 4/98, n° 451, p. 282.

indemnités subséquentes, de manière à éviter d'éventuelles réclamations excessives de sa part à cette occasion.

b) Un autre correctif, mentionné par le mémoire ampliatif, pourrait consister à rappeler simplement que l'employeur a la faculté, pour éviter les aléas d'acheminement du courrier, de recourir à la signi-

fication de l'acte de licenciement par voie d'huissier, ainsi que le lui permet l'article 651 du nouveau Code de procédure civile. Mais, outre sa lourdeur, l'utilité de cette solution est mise en doute par le mémoire en défense<sup>(56)</sup>.

Telles sont les raisons pour lesquelles, en définitive, je conclus de préférence au rejet du pourvoi.

---

(56) Cf. page 10 du « Mémoire ampliatif » de la SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin et page 10 du « Mémoire en défense » de la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez.

## C. – Arrêt du 11 mars 2005 rendu par la chambre mixte

### COMMUNIQUÉ

Réunie en chambre mixte, la Cour de cassation s'est prononcée le 11 mars 2005 sur la détermination de la juridiction compétente dans un litige international intra-communautaire.

Elle a d'abord rappelé, de façon générale, que les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intra-communautaire.

En effet, dans cette hypothèse, seules sont applicables les dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

Elle a ensuite précisé que, dès lors qu'un défendeur a été, conformément à la règle posée à l'article 2 de cette convention, assigné devant une juridiction de l'Etat de son domicile, il ne peut se prévaloir des compétences spéciales de la section 2 du titre II de cette convention, et, notamment de son article 5, 1), ce dernier texte permettant au seul demandeur de l'attirer dans un autre Etat contractant, devant le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation.

Dans le litige examiné, une société avait été attirée, en France, dans le ressort du conseil de prud'hommes de son siège social, par des salariés réclamant le paiement de rappels de salaires. Elle avait alors invoqué la compétence du tribunal du lieu d'exécution du contrat de travail, situé dans un autre Etat contractant, en l'espèce les Pays-Bas. Or, au regard des principes ci-dessus rappelés, elle n'était pas fondée à le faire.

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

(Source : Service de documentation et d'études)

#### 1. Conventions internationales

Accords et conventions divers – Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 – Compétence internationale – Règles applicables – Détermination – Portée

#### 2. Contrat de travail, exécution

Lieu d'exécution – Travail accompli à l'étranger – Juridiction compétente – Détermination

#### 3. Amende

Amende civile – Domaine d'application – Appel principal dilatoire ou abusif – Caractérisation – Nécessité

1° Les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intra-communautaire, soumis aux disposi-

tions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989.

2° Le défendeur assigné devant une juridiction de l'Etat de son domicile conformément à l'article 2 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989, n'est pas en droit, pour écarter la compétence internationale de ce juge, de se prévaloir des compétences spéciales de la section 2 du titre II de cette convention, et notamment de l'article 5, 1) qui permet au seul demandeur de l'attirer, dans un autre Etat contractant, devant le lieu d'exécution de l'obligation ; par suite, la société employeur – dont le siège est situé en France –, attirée par son salarié devant une juridiction française n'est pas fondée à invoquer la compétence spéciale du lieu d'exécution du contrat de travail situé dans un autre Etat contractant, en l'espèce les Pays-Bas, pour revendiquer la compétence d'une juridiction hollandaise.

3° Encourt la cassation l'arrêt qui condamne l'appelant à une amende civile pour appel abusif ou dilatoire sans caractériser la faute qu'il aurait commise dans l'exercice de cette voie de recours.

LA COUR,

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la SA Codéviandes (la société), dont le siège social est situé en France à Folschviller (Moselle), a embauché M. Maillard, en septembre 2000, pour aller travailler aux Pays-Bas ; que le salarié ayant fait convoquer la société à Arras devant le conseil de prud'hommes de son domicile, pour avoir paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire, la société, se fondant sur l'article R. 517-1 du Code du travail et sur la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée, a opposé la compétence de la juridiction de Maastricht, aux Pays-Bas, en tant que lieu d'exécution du contrat de travail ; que la cour d'appel a dit que le conseil de prud'hommes de Forbach (Moselle), dans le ressort duquel est situé le siège de la société, était compétent ;

Sur le premier moyen, après avertissement délivré aux parties conformément aux dispositions de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile :

Attendu que la société Codéviandes fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir renvoyé les parties devant le conseil de prud'hommes de son siège social, alors, selon le moyen, qu'il résulte de l'article 5. 1° de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, tel que modifié par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989, que la juridiction territorialement compétente pour juger des actions engagées par un



travailleur contre son employeur est celle du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ; que ces dispositions impératives priment sur celles de droit interne, seraient-elles moins favorables que ces dernières aux salariés ; qu'en retenant que les conventions internationales ne pouvaient pas priver le salarié du bénéfice des dispositions relatives à la compétence plus favorables du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, la cour d'appel a violé l'article 5. 1° de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, par refus d'application, et les articles R. 517-1 alinéa 2 du Code du travail, 14 du Code civil et 42 du nouveau Code de procédure civile, par fausse application ;

Mais attendu que les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intra-communautaire, soumis aux dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 ; que le défendeur, assigné devant une juridiction de l'Etat de son domicile conformément à l'article 2 de la Convention précitée, n'est pas en droit, pour écarter la compétence internationale de ce juge, de se prévaloir des compétences spéciales de la section 2 du titre II de cette Convention, et, notamment, de son article 5. 1°, qui permet au seul demandeur de l'attraire, dans un autre Etat contractant, devant le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation ; qu'en l'espèce, la société Codéviandes, dont le siège est situé en France, ayant été attrait devant une juridiction de l'Etat de son domicile, n'était pas fondée à invoquer la compétence spéciale du lieu d'exécution du contrat de travail pour revendiquer la compétence du tribunal de Maastricht, situé dans un autre Etat

contractant ; que par ces motifs de pur droit, substitués à ceux justement critiqués, la décision se trouve légalement justifiée de ce chef ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 559 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner la société Codéviandes à une amende civile, l'arrêt retient que le recours de cette société pour écarter la compétence du conseil de prud'hommes de Forbach constitue une manœuvre purement dilatoire ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé la faute commise par la société appelante dans l'exercice de cette voie de recours, a violé le texte susvisé ;

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

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, par voie de retranchement, seulement en ce qu'il a condamné la société Codéviandes à une amende civile de 381,12 euros, l'arrêt rendu le 31 janvier 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi.

**Ch. mixte 11 mars 2005** **Cassation partielle  
par voie de retranchement  
et sans renvoi**

N<sup>os</sup> 02-41.371 et 02-41.372. – C.A. Douai, 31 janvier 2002.

M. Canivet, P. Pt – M. Pluyette, Rap., assisté de Mme Amand, auditeur – M. Foerst, Av. Gén. – la SCP Gatineau, Av.

## Rapport de M. Pluyette

### Conseiller rapporteur

La question à résoudre par la chambre mixte est celle de la détermination de la juridiction internationalement compétente pour statuer sur un litige afférent à la rémunération d'un salarié, au titre d'un contrat individuel de travail exécuté dans un pays de la CEE, toutes les parties étant domiciliées en France.

#### FAITS ET PROCÉDURE

A) La SA Codéviandes, société française dont le siège social est situé en France à Folschviller (57), a embauché, M. Caruel et M. Maillard respectivement les 13 juin et 4 septembre 2000 pour aller travailler, de façon permanente, aux Pays-Bas en qualité de manutentionnaires.

Estimant subir une baisse de leur rémunération depuis janvier 2001, les salariés ont, le 29 mars 2001, saisi en référé le conseil de prud'hommes d'Arras (tribunal du lieu de leur domicile) pour obtenir la condamnation de la SA Codéviandes à leur payer diverses sommes à titre de rappels de salaires.

*In limine litis*, la SA Codéviandes a soulevé l'incompétence du conseil de prud'hommes d'Arras au profit de la juridiction hollandaise située à Maastricht dans le ressort de laquelle les salariés exécutaient leur contrat de travail.

Par deux ordonnances du 4 mai 2001, le conseil de prud'hommes d'Arras a retenu la compétence du conseil de prud'hommes de Forbach, dans le ressort duquel est situé le siège social de la SA Codéviandes.

La SA Codéviandes a formé contredit, les salariés demandant alors la confirmation des ordonnances de référés ; par arrêts en date du 31 janvier 2002, la cour d'appel de Douai a confirmé les décisions de première instance qui avaient renvoyé les parties devant le conseil de prud'hommes de Forbach. Elle a, par ailleurs, condamné la SA Codéviandes à une amende civile en considérant que l'exception soulevée était une manœuvre dilatoire et a fait droit aux demandes des salariés sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Pour statuer ainsi, la cour d'appel énonce les motifs suivants :

– en application de l'article R. 517-1, alinéa 3, du Code du travail, le salarié a un droit d'option entre le lieu où l'engagement a été contracté ou celui où l'entreprise est établie ; qu'en l'espèce, les salariés sont fondés, en vertu de ce texte, à présenter leurs demandes devant le conseil de prud'hommes de Forbach, correspondant à celui du siège social de la SA Codéviandes ;

– l'employeur est mal fondé à se prévaloir des conventions de Bruxelles et de Rome pour écarter cette compétence, car « *les conventions internationales ne per-*

*mettent pas de priver un salarié de la protection de la loi la plus favorable du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits* ».

B) La SA Codéviandes, représentée par M<sup>e</sup> Gatineau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, a formé le 27 février 2002 un pourvoi à l'encontre de chacun de ces arrêts (pourvois n<sup>os</sup> 02-41.371 et 02-41.372).

A l'appui de ces pourvois, la société a déposé le 27 mai 2002, un mémoire ampliatif, notifié le 28 mai 2002, formulant deux moyens de cassation identiques, comprenant chacun une branche.

Les salariés n'ont pas constitué avocat et n'ont produit aucun mémoire en défense.

Par arrêt rendu le 7 septembre 2004, la chambre sociale a joint les pourvois connexes 02-41.371 et 02-41.372 et a ordonné leur renvoi devant la chambre mixte.

La procédure est recevable et régulière.

#### EXPOSÉ DU PREMIER MOYEN

La SA Codéviandes fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir dit que le conseil de prud'hommes de Forbach était compétent et d'avoir renvoyé les parties devant cette juridiction, alors, selon le moyen, qu'« *il résulte de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 25 septembre 1968, tel que modifié par la convention de San Sébastien du 26 mai 1989, que la juridiction territorialement compétente pour juger des actions engagées par un travailleur contre son employeur est celle du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ; que ces dispositions impératives priment sur celles de droit interne, seraient-elles moins favorables que ces dernières aux salariés ; qu'en retenant que les conventions internationales ne pouvaient priver le salarié du bénéfice des dispositions relatives à la compétence plus favorables du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, la cour d'appel a violé l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 25 septembre 1968 par refus d'application et les articles R. 517-1, alinéa 2, du Code du travail, 14 du Code civil et 42 du nouveau Code de procédure civile par fausse application* ».

Le pourvoi pose donc la question de savoir dans quelle mesure la compétence spéciale prévue par l'article 5.1 de la convention de Bruxelles devait s'appliquer en l'espèce pour déterminer la compétence judiciaire, et comment ces règles s'articulent avec les règles de compétence posées par le droit interne.

A l'occasion de l'étude de cette question telle que formulée par le moyen, une autre question se pose, qui est seulement évoquée par les mémoires ampliatifs,

qui est celle de l'applicabilité au cas d'espèce de l'article 2 de la convention de Bruxelles et de son articulation avec l'article 5.1 de la même convention. La cour étant susceptible de soulever un moyen d'office, tiré de l'application à la cause de l'article 2 de la convention de San Sébastien, les parties ont été invitées, par courrier du 18 janvier 2005, à faire connaître leurs observations éventuelles sur ce point.

#### Observations préalables

1. A partir des faits tenus pour constants, il convient de relever que la situation présente un caractère d'étranéité qui met en cause l'application des principes du droit international.

En effet, si nous sommes en présence d'une société dont le siège est en France, qui a embauché des salariés français domiciliés en France, le lieu d'exécution de leur contrat de travail est fixé, de façon habituelle et durable, sur un site ou dans un établissement situé en Hollande et donc dans un autre Etat contractant au regard de la convention de Bruxelles. La jurisprudence reconnaît que cette internationalité du litige peut résulter du lieu d'exécution de l'obligation.

Ainsi, dès lors que le défendeur est domicilié dans un Etat communautaire, l'article 5-1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 est applicable lorsqu'il conduit à la compétence d'un tribunal d'un autre Etat communautaire même si demandeur et défendeur sont domiciliés dans le même Etat (Com., 30 janvier 2001, Rev. Crit. DIP, 2001, p. 539, note S. Poillot-Peruzzetto).

Mais, nous ne sommes pas dans l'hypothèse d'un détachement du salarié à l'étranger au sens de la directive 96/71 du 16 décembre 1996, qui envisage la situation des salariés envoyés par leur employeur à l'étranger pour y travailler temporairement. Les règles applicables au détachement ne seront donc pas étudiées, n'étant pas pertinentes pour la solution du pourvoi.

2. Il faut bien distinguer les questions concernant la compétence territoriale de droit interne, la compétence internationale de la juridiction saisie et la compétence législative.

Dans l'ordre interne de chaque pays, les règles relatives à la compétence territoriale déterminent le tribunal compétent « *rationae loci* », par ex. : l'article 42 du nouveau Code de procédure civile ou l'article R. 517-1 du Code du travail.

Dans l'ordre international, ce sont les règles du DIP ou les conventions internationales, telle la convention de Bruxelles, qui déterminent la juridiction étatique compétente ou le tribunal d'un Etat déterminé compétent pour connaître du litige.

La compétence législative permet à la juridiction compétente de déterminer la loi applicable pour résoudre la question litigieuse.

Il semble que le conseil de prud'hommes d'Arras n'ait pas pris en considération l'incidence internationale du litige en ne statuant que sur la détermination de la compétence territoriale en droit interne par application de l'article R. 517-1 du Code du travail ; pour sa part, la cour d'appel semble avoir confondu la compétence juridictionnelle et la compétence législative en raisonnant

d'avantage par rapport à la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qu'aux règles de la convention de Bruxelles. Or, « *la compétence internationale n'est pas dans la dépendance de la loi applicable au litige* » (1<sup>re</sup> Civ., 16 décembre 1992, Bull., I, n° 311, p. 203).

3. Dans notre litige, ce n'est pas le salarié demandeur qui a revendiqué la compétence du lieu d'exécution, mais c'est la société défenderesse, la SA Codévian-des.

\*  
\* \*

**Or, la question posée est de déterminer quelle est la juridiction internationalement compétente pour connaître du litige engagé par les salariés contre leur employeur. Quelles sont en l'espèce les règles de compétence applicables à leurs demandes ?**

Deux sources de règles permettent de déterminer les règles de compétence applicables au litige, celles de droit communautaire, et celles de droit interne.

L'article R. 517-1 du Code du travail détermine la compétence territoriale du conseil de prud'hommes, principalement dans l'ordre interne :

« Article R. 517-1 :

*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.*

*Si le travail est effectué en dehors de tout établissement ou à domicile, la demande est portée devant le conseil de prud'hommes du domicile du salarié.*

*Le salarié peut toujours saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi.*

*Toute clause qui directement ou indirectement déroge aux dispositions qui précèdent est réputée non écrite. »*

Cette disposition du Code du travail s'applique pour régir les situations juridiques de droit interne. Lorsque la relation de travail présente un élément international, comme en l'espèce, il faut rechercher si une convention, telle la convention de Bruxelles, ou un traité ont vocation à s'appliquer ou non ; à défaut de norme internationale applicable, la jurisprudence transpose les dispositions de l'article R. 517-1 du Code du travail dans l'ordre international (Soc., 20 octobre 1983, JDI, 1984, p. 337).

En revanche, si la relation internationale de travail développe ses effets sur le territoire de plusieurs Etats membres de l'Union européenne, la détermination de la juridiction compétente s'opère par référence aux règles de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, « *le droit du travail faisant partie du domaine matériel de la convention* »<sup>(1)</sup>.

La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, adoptée sur le fondement de l'article 220 du traité de Rome, a pour objet essentiel de créer « *un espace*

(1) CJCE, 25 novembre 1979, Sanicentral, aff. 25/79 : Rec. CJCE 1979, p. 3423 ; D. 1980, 542, note J. Mestre ; JDI 1980, p. 459, note A. Huet.

*judiciaire européen* » définissant entre les pays contractants des règles communes, en matière civile et commerciale, permettant de déterminer avec précision la juridiction compétente pour connaître de leur litige, puis, de faciliter l'exécution de la décision par une procédure simplifiée de reconnaissance et d'*exequatur*. Cette convention, signée à l'origine par six Etats membres de l'UE, élargie aux divers membres de la CEE, a été étendue aux pays de l'AELE par la convention de Lugano du 16 septembre 1988, puis, après l'adhésion de l'Espagne et du Portugal, par la convention de San Sébastien du 26 mai 1989 dont les termes codifient les diverses modifications intervenues antérieurement.

Enfin, la convention a été transformée en un règlement communautaire, le règlement 44/2001 du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I », qui a apporté des modifications notables, notamment, en matière de contrat de travail. Ce règlement s'applique dans les Etats de l'Union européenne à partir du 1<sup>er</sup> mars 2002, mais seulement pour les actions intentées après cette date.

Aussi, l'action des deux salariés ayant été engagée le 29 mars 2001, ce règlement ne leur est pas applicable. C'est donc la convention de San Sébastien du 26 mai 1989 qu'il faut ici prendre en compte.

Lorsque la convention ou le règlement est applicable, les règles de droit commun de la compétence internationale, déduites notamment d'une transposition du droit interne, sont totalement exclues. C'est le principe de la primauté du droit communautaire et du droit conventionnel sur le droit interne reconnu tant par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que par celle de la Cour de cassation. En outre, les juges des Etats contractants sont tenus d'appliquer, même d'office, la convention de Bruxelles dont les questions relatives au champ d'application doivent être considérées comme d'ordre public (arrêt Shearson Lehman Hutton de la CJCE du 19 janvier 1993). Ce devoir de faire toujours application de la convention a été rappelé par un arrêt du 17 décembre 1986 de la chambre sociale (*Bull.*, V, n° 605, p. 458) en matière de contrat de travail :

*« Qu'en statuant ainsi, alors que la juridiction prud'homale française n'était compétente qu'en raison du lieu où l'obligation contractuelle servant de base à la demande devait être exécutée, et que la société avait décliné cette compétence, la cour d'appel qui, l'exception de compétence étant soulevée devant elle, devait appliquer d'office la convention de Bruxelles même si aucune partie n'avait songé à s'en prévaloir, a, en retenant sa compétence, violé le texte susvisé. »*

Cette exigence a été réitérée par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 18 février 1994, D. 1995, 245, concl. Jéol, note du Rusquec ; JDI 1995, 150, obs. Huet ;

En l'espèce, les règles de compétence prévues par la convention de Bruxelles doivent être reconnues applicables au litige ; elles évincent les règles de compétence interne et par voie de conséquence, **il n'y a pas lieu de faire application de l'article R. 517-1 du Code du travail.**

\*  
\* \*

Il convient de rappeler d'abord, les principes généraux de la convention de Bruxelles, puis, d'examiner leur application en matière de contrat de travail.

### A. – Les principes généraux

La convention définit des règles de compétences directes qui ne réservent un rôle à l'ordre public qu'en matière de reconnaissance et d'*exequatur*. Comme le note Mme le professeur Gaudemet-Tallon (cf. *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., p. 55 et 56), un tribunal ne peut pas invoquer l'ordre public pour justifier sa compétence sur la base de la convention.

Elle organise un régime définissant une compétence de principe qui est celui de l'article 2, réservant l'application de compétences concurrentes ou exclusives ou de règles protectrices d'une partie jugée plus faible.

a) La convention et le règlement attribuent, par principe, compétence aux tribunaux de l'Etat contractant où le défendeur a son domicile (article 2, qui n'a jamais été modifié), ce défendeur ne pouvant se voir opposer les articles 14 et 15 du Code civil (article 3). C'est une compétence générale.

« Article 2, al. 1 :

*Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat. »*

b) Les compétences exclusives sont définies par l'article 16 ; elles déterminent la compétence en matière immobilière, en matière de sociétés et de personnes morales, en matière d'inscription sur les registres publics, en matière de droits intellectuels, et en matière d'exécutions des décisions. Ces règles sont dotées d'une force obligatoire particulièrement contraignante car elles sont à la fois *impératives et exclusives*. Le tribunal ainsi désigné est seul compétent et toute autre juridiction qui aurait statué à sa place ne pourrait se voir reconnaître le bénéfice d'une reconnaissance ou de l'*exequatur*. Elles dérogent donc à l'article 2 de la convention de Bruxelles (cf. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, pp. 71 et s.).

c) Les compétences spéciales sont énumérées par l'article 5 de la convention qui ouvre au demandeur une option entre les tribunaux de l'Etat communautaire du domicile du défendeur (art. 2) et un tribunal d'un autre Etat communautaire déterminé en application de ces règles spéciales de l'article 5 ; cette option de compétence existe en matière contractuelle, délictuelle et quasi délictuelle, en matière d'obligations alimentaires, de trust ou en matière maritime ; une option spécifique est ouverte à la victime d'une infraction ainsi que pour les litiges concernant l'exploitation d'une succursale.

En matière contractuelle, qui intéresse notre litige, l'article 5-1 dispose que le défendeur peut être attiré « devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». Cette disposition a donné lieu à un contentieux particulièrement abondant, des cours suprêmes de chaque pays et, surtout de la CJCE. Par l'arrêt *De Bloos*, du 6 octobre 1976, la CJCE a dit que l'obligation à retenir n'était ni

l'une quelconque des obligations nées du contrat, ni l'obligation caractéristique, mais l'obligation qui sert de base à l'action en justice, à la demande. Dans l'arrêt *Tessili* également du 6 octobre 1976, la Cour de Justice a précisé que le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée se détermine selon la loi régissant l'obligation litigieuse selon la règle des conflits de lois de la juridiction saisie. Cette référence à l'arrêt *De Bloos*, a été reprise dans la convention d'adhésion de 1978 et par les versions ultérieures, et confirmée par l'arrêt « *Shenavai* » du 15 janvier 1987. Mais, devant les spécificités du contrat individuel de travail, la CJCE n'a pas appliqué ces règles à ce contrat, lui réservant des solutions particulières, comme nous l'examinerons au paragraphe B.

d) Les règles de compétences dérivées (art. 6) ont trait à la détermination de la compétence en cas de codéfendeurs, de demande en intervention ou en garantie ainsi qu'en matière de demande reconventionnelle ; mais cela ne concerne pas notre litige.

e) Les règles de compétence protectrices d'une partie faible régissent les contrats d'assurance, les contrats conclus par les consommateurs et le contrat individuel de travail.

## B. – Les règles en matière de contrat individuel de travail

a) Dans sa version initiale, l'article 5-1 ne contenait pas de disposition propre au contrat de travail, en sorte qu'un contentieux interprétatif important s'est développé pour appliquer au contrat de travail le concept d'obligation litigieuse.

La CJCE a renoncé à soumettre le contrat de travail à l'interprétation dégagée dans l'arrêt *De Bloos*<sup>(2)</sup> selon laquelle l'obligation à prendre en considération au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles est celle qui sert de base à l'action judiciaire.

Elle a estimé dans des arrêts *Ivenel*<sup>(3)</sup>, *Shevanai*<sup>(4)</sup> et *société Six constructions*<sup>(5)</sup> que l'obligation à prendre en considération est l'obligation caractéristique du contrat de travail, c'est-à-dire celle correspondant, pour le salarié, à l'obligation d'exercer les activités convenues.

Cette interprétation spécifique au contrat de travail s'explique par les considérations suivantes développées par la CJCE :

« Ces contrats présentent, par rapport aux autres contrats, même lorsque ces derniers sont relatifs à des prestations de services, certaines particularités en ce qu'ils créent un lien durable qui insère le travailleur dans le cadre d'une

certaine organisation des affaires de l'entreprise ou de l'employeur et en ce qu'ils se localisent au lieu de l'exercice des activités, lequel détermine l'application de dispositions de droit impératif et de conventions collectives. C'est en raison de ces particularités que le juge du lieu où doit s'exécuter l'obligation qui caractérise de tels contrats apparaît comme le plus apte à trancher les litiges auxquels une ou plusieurs obligations découlant de ces contrats peuvent donner lieu » (Arrêt *Shenavai*, point 16).

Ce rattachement du contentieux au lieu d'exécution de la prestation de travail a suscité diverses difficultés notamment dans les hypothèses où le travail s'exécute soit hors du territoire des Etats membres de l'Union européenne, soit encore dans plusieurs pays.

b) La convention de San Sebastian du 26 mai 1989, qui a aligné la convention de Bruxelles sur la convention de Lugano, a conduit à l'introduction d'une règle propre au contrat individuel de travail. L'article 5.1 de la convention de Bruxelles prévoit désormais qu'en matière de contrat individuel de travail, le lieu d'exécution qui sert de base à la demande « est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail ; lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attiré devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ».

Comme l'explique le professeur H. Gaudemet-Tallon dans son ouvrage, (*op. cit.*, pp. 236 et suiv.), cette règle de compétence particulière, limitée au contrat de travail individuel conçu strictement, « se décompose en deux prescriptions : lorsque le travail s'exécute habituellement sur le territoire d'un Etat contractant, le juge de ce lieu peut être saisi ; employeur ou salarié, a le choix entre ce juge et celui du domicile du défendeur. En revanche, seconde prescription, lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même Etat, l'option de compétence n'est offerte qu'au salarié : il peut attirer son employeur soit dans l'Etat du domicile de ce dernier, soit devant la tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement d'embauche ; mais, l'employeur n'a alors plus d'option de compétence et doit donc attirer le salarié au domicile de ce dernier ». Les rédacteurs de la convention de San Sebastian ont ainsi opté pour un dispositif où seul le salarié bénéficie d'une option en faveur du lieu d'embauche. A été ainsi pris en compte l'arrêt *société Six constructions* où la CJCE a notamment fait remarquer qu'admettre le critère du lieu d'établissement ayant embauché le travailleur lorsque ce dernier n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays et que l'employeur est demandeur conduit à établir un *forum actoris* préjudiciable au salarié. Est aussi clairement admise l'idée que le salarié, comme le consommateur ou l'assuré, est une partie faible au contrat qui mérite des dispositions particulières protectrices.

Par la suite, la CJCE a été amenée à préciser la notion de « lieu où le salarié accomplit habituellement son travail », dans des hypothèses factuelles diverses, plus ou

(2) CJCE, 6 octobre 1976 : Rec. CJCE, p. 14697 ; D. 1977, p. 616, note GAL Droz ; JDI 1977, p. 719, note A. Huet et J.-M. Bischoff, Rev. crit. DIP, 1977, p. 756, note P. Gothot et D. Holleaux.

(3) CJCE, 26 mai 1982 : Rec. CJCE, p. 1891 ; JDI 1982, p. 948, note J.-M. Bischoff et A. Huet ; Rev. crit. DIP, 1983, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

(4) CJCE 15 janvier 1987 : Rec. CJCE, p. 239 ; Rev. crit. DIP, 1987, p. 793, note G.A.-L. Droz.

(5) CJCE 15 février 1989, aff. 32/88, Rec. CJCE, p. 34 ; Rev. crit. DIP, 1989, p. 555, note P. Rodière ; JDI 1990, p. 461, obs. A. Huet.

moins compliquées à savoir : succession d'employeurs, partie du travail exécutée hors d'un Etat membre, ou dans plusieurs Etats membres, etc.<sup>(6)</sup>

c) Le règlement communautaire 44/2001 du 22 décembre 2000 (non applicable à la cause)

Les règles de compétence figurent à la section 5 du chapitre II du règlement. Elles sont principalement fixées par les articles 19 et 20 :

« Article 19 :

« Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un Etat membre peut être attrait :

1. Devant les tribunaux de l'Etat membre où il a son domicile,

ou

2. a) Devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou

b) Lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur. »

(6) La Cour retient que l'article 5, point 1, de la convention doit être interprété en ce sens que, en matière de contrats de travail, le lieu d'exécution de l'obligation pertinente, au sens de cette disposition, est celui où le travailleur exerce en fait les activités convenues avec son employeur (arrêts *Mulox IBC*, point 20 ; *Rutten*, point 15, et *Weber*, point 41). Elle a précisé, dans l'hypothèse où le salarié exécute les obligations résultant de son contrat de travail dans plusieurs Etats contractants, que le lieu où il accomplit habituellement son travail, au sens de l'article 5, point 1, de la convention, est l'endroit où, ou à partir duquel, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur (arrêts précités *Mulox IBC*, point 26 ; *Rutten*, point 23, et *Weber*, point 58).

Le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, visé par cette disposition de la convention, doit être déterminé sur la base de critères uniformes qu'il incombe à la Cour de définir en se fondant sur le système et les objectifs de la convention (voir, notamment, arrêts du 13 juillet 1993, *Mulox IBC*, C-125/92, Rec., p. I-4075, points 10, 11 et 16 ; du 9 janvier 1997, *Rutten*, C-383/95, Rec., p. I-57, points 12 et 13, et du 27 février 2002, *Weber*, C-37/00, Rec., p. I-2013, point 38). La Cour a en effet souligné que pareille **interprétation autonome** est seule de nature à assurer l'application uniforme de la convention dont l'objectif consiste, notamment, à unifier les règles de compétence des juridictions des Etats contractants, en évitant, dans la mesure du possible, la multiplication des chefs de compétence judiciaire à propos d'un même rapport juridique, et à renforcer la protection juridique des personnes établies dans la Communauté, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir, et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attrait (voir arrêts précités *Mulox IBC*, point 11, et *Rutten*, point 13).

La Cour considère que la règle de compétence spéciale prévue à l'article 5, point 1, de la convention se justifie par l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et la juridiction appelée à en connaître, en vue de garantir une bonne administration de la justice ainsi que de permettre l'organisation utile du procès, et que le juge du lieu où doit s'exécuter l'obligation du travailleur d'exercer les activités convenues est le plus apte à trancher le litige auquel le contrat de travail peut donner lieu (voir, notamment, arrêts précités *Mulox IBC*, point 17 ; *Rutten*, point 16, et *Weber*, point 39). La Cour constate que, en matière de contrats de travail, l'interprétation de l'article 5, point 1, de la convention doit tenir compte du souci d'assurer une protection adéquate au travailleur en tant que partie contractante la plus faible du point de vue social et qu'une telle protection est mieux assurée si les litiges relatifs à un contrat de travail relèvent de la compétence du juge du lieu où le travailleur s'acquitte de ses obligations à l'égard de son employeur, dans la mesure où c'est à cet endroit que le travailleur peut, à moindres frais, s'adresser aux tribunaux ou se défendre (arrêts précités *Mulox IBC*, points 18 et 19 ; *Rutten*, point 17, et *Weber*, point 40).

Les articles 19 et 20 constituent un système de compétence indépendant de celui établi par les articles 2 et 5-1, sauf 5-5 qui sont alors sans application, contrairement au système de la convention de San Sébastien ; le salarié bénéficie des mêmes options que celles qui lui étaient offertes par l'article 5-1, avec une option supplémentaire, celle du tribunal du dernier lieu où il a accompli son travail.

En revanche, l'employeur demandeur ne peut assigner le salarié que devant les tribunaux de l'Etat membre de son domicile. C'est une règle nouvelle.

\*  
\* \*

Après avoir examiné le droit applicable, qui est, en l'espèce, la convention de San Sébastien, il faut en rechercher la mise en œuvre dans le litige. Or, comme cela a été déjà souligné, c'est le défendeur, la société *Codéviandes*, qui se prévaut de la compétence spéciale de l'article 5-1, et non le demandeur, le salarié. Est-ce possible ? C'est la question qui doit être tranchée ; elle pose le problème de l'articulation de cette disposition avec l'article 2.

\*  
\* \*

### C. – Compétences respectives des articles 2 et 5-1 de la convention.

a) Il convient d'abord de rappeler que la société a son siège social en France, que les salariés sont eux-mêmes domiciliés en France et que seul le lieu d'exécution du contrat de travail est aux Pays-Bas, pays membre de la communauté ; ensuite, que les salariés n'ont pas attrait leur employeur devant le tribunal du lieu où ils accomplissaient habituellement leur travail (les Pays-Bas) mais devant une juridiction française, donc, devant une juridiction de l'Etat du siège social de la société.

Une chose est en effet de circonscrire le champ d'application de l'article 5.1 et une autre d'envisager son articulation avec l'article 2 de la convention qui prévoit en toute hypothèse la possibilité pour le demandeur d'attirer le défendeur devant les juridictions de l'Etat où celui-ci est domicilié.

« Article 2, al. 1 :

*Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat. »*

Cette règle attribue une compétence générale aux tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur ; puis, c'est au seul droit interne de fixer le tribunal spécialement compétent *rationae materiae* et *rationae loci* ; cette compétence est, pour le demandeur, impérative sous réserve des dérogations qui sont édictées, soit pour lui imposer une compétence déterminée, telles les compétences exclusives, soit pour lui donner une option, telle la compétence spéciale de l'article 5-1. Comme le relève la doctrine, dans ce dernier cas, la règle de compétence offerte est optionnelle pour le seul demandeur<sup>(7)</sup>.

(7) JCL Europe, J.-P. Beraudo, fasc. 3000, n° 15.

Ainsi que le notait déjà en 1973 Georges Droz<sup>(8)</sup>, lorsque le défendeur a son domicile ou son siège dans un Etat membre, la convention permet qu'on le cite dans un autre Etat contractant sur la base d'un certain nombre de chefs de compétence choisis en raison du lien sérieux qui existe entre le for et le litige. Il s'agit de compétences spéciales – parmi lesquelles figurent celles de l'article 5.1 – en ce sens que la convention désigne directement la juridiction territorialement compétente ; « la compétence des tribunaux désignés spécialement par la convention est impérative en ce sens que le défendeur ne peut s'y soustraire, mais elle reste facultative pour le demandeur qui conserve toujours le droit de s'adresser aux tribunaux du domicile de son adversaire ».

Dans son ouvrage qui fait autorité en la matière, le professeur Hélène Gaudemet-Tallon relève, au chapitre 4 sur les compétences spéciales, que cette option de l'article 5 est ouverte au demandeur pour assigner le défendeur non pas devant les tribunaux d'un Etat mais devant un tribunal *déterminé* dans un pays membre autre que celui du domicile du défendeur, et cela sans avoir à prendre en considération les règles étatiques de compétence de ce for. Elle note de même le principe d'interprétation restrictive de l'article 5 posé par la cour de justice :

« La Cour a dû, à plusieurs reprises, se prononcer sur les rapports entre les règles de l'article 5 et le principe général de compétence posé par l'article 2 et s'est prononcée en faveur d'une interprétation restrictive de tout ce qui apparaît comme une exception à l'article 2. Il n'y a aucune raison pour que cette interprétation restrictive ne continue pas lorsqu'il s'agit de l'article du règlement » (op. cit., n° 172, avec la jurisprudence citée).

L'ensemble de la doctrine est unanime sur cette interprétation réservant au seul demandeur l'option ouverte par les compétences spéciales : P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Montchrétien, 2004 ; B. Audit, *droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Economica.

Cette opinion est confirmée par l'avis de M. l'avocat général à la Cour de Justice des communautés européennes, Philippe Léger, dans de très récentes conclusions présentées le 14 décembre 2004 dans l'affaire C – 281/02 ; Andrew Owusu contre N.B. Jackson et autre relatives à une question préjudicielle formée par une cour d'appel (England and Wales) du Royaume-Uni. S'agissant de la coordination entre les articles 2 et 5 de la convention de Bruxelles, M. Léger s'exprime dans les termes suivants (points 241 et 242) :

« 241. Tout d'abord, nous indiquons que, si les règles de compétence spéciales ou particulières de la convention (prévues aux articles 5 et 6 ainsi qu'au titre II, sections 3 et 4) permettent de déroger à la règle de compétence obligatoire de l'article 2, eu égard notamment à l'existence d'un lien de rattachement direct ou particulièrement étroit entre la contestation et des juridictions d'un autre Etat que celui du domicile du défendeur concerné, cette option de compétence ne vaut que dans le cadre des relations entre plusieurs Etats contrac-

tants, et non dans celui concernant les relations entre un Etat contractant et un Etat tiers, comme c'est le cas dans le litige au principal.

242. En outre, et surtout, il importe de souligner que cette option de compétence n'est offerte qu'au demandeur, dans le cadre de la formation de son action. Par conséquent, une fois qu'une juridiction d'un Etat contractant est saisie d'une action en vertu de la règle de compétence de l'article 2, elle n'est pas en droit, sur le fondement des règles de compétence spéciales et particulières prévues par la convention, de renoncer à statuer, même si le litige concerné présente un lien de rattachement significatif avec des juridictions d'un autre Etat (contractant ou non) que celui du domicile du défendeur ».

Cette option de compétence au profit du demandeur est d'ailleurs très clairement réaffirmée dans le règlement communautaire du 22 décembre 2000.

b) Au vu de l'ensemble de ces principes, comment apprécier la pertinence du moyen du pourvoi ?

Le mémoire ampliatif fait valoir, d'abord, que les dispositions de la convention de Bruxelles dérogent à l'article R. 517-1 du Code du travail, ensuite, que « la règle à laquelle les juges du fond doivent se conformer est exclusivement celle mentionnée à l'article 5-1 de la convention, à savoir, soit la juridiction située dans le lieu où le salarié exécute son travail, soit, s'il l'exécute en plusieurs lieux, la juridiction localisée dans le lieu où se trouve l'établissement d'embauche du salarié ».

Au soutien de cette affirmation, le mémoire se prévaut de deux arrêts de la première chambre civile de 1991 et de 2001, desquels il déduit, au moins implicitement, que l'article 5-1 de la convention primerait l'article 2. Le mémoire énonce, p. 6 : « La Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi qui soutenait, à propos d'un litige en matière contractuelle, que l'article 2 de la convention avait vocation générale à s'appliquer au motif que « la règle de la compétence de l'article 2 de la convention de Bruxelles ne pouvait recevoir application que sous réserve de la compétence spéciale fondée, en l'espèce, sur l'article 5-1 de la convention (1<sup>re</sup> Civ., 19 mars 1991) ». Puis, « lorsqu'une cour d'appel fait ressortir que les demandes relevaient de la matière contractuelle, elle en a « à bon droit, déduit que la société demanderesse ne pouvait invoquer que les dispositions spéciales de l'article 5-1 de la convention » (1<sup>re</sup> Civ., 15 mai 2001, Bull., I, n° 134).

Il convient donc de rechercher si ces deux arrêts de la première chambre civile sont pertinents et si l'on peut en déduire un principe affirmé par la première chambre selon lequel l'article 5-1 primerait l'article 2, quelle que soit la situation procédurale des parties, dès lors que cet article est invoqué.

– 1<sup>re</sup> Civ., 15 mai 2001, Bull., I, n°134, *Journal de droit international*, octobre-novembre-décembre 2001, n° 4, pp. 1121-1130, note A. Huet ; La semaine juridique, éd. générale, 28 novembre 2001, n° 48, pp. 2208-2215, note J. Raynard ; Dalloz, 25 avril 2002, n° 17, pp. 1397-1398, note B. Audit.

Par acte du 16 octobre 1997, la société française Optelec avait assigné devant le tribunal de grande instance d'Albertville la société néerlandaise Midtronics en paiement de dommages-intérêts pour manquement aux obligations contractuelles d'un contrat de distri-

(8) Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, éd. 1973, n°s 21 à 23.

bution exclusive en France de testeurs de batteries et pour actes de concurrence déloyale postérieurement à la résiliation du contrat ; la défenderesse avait conclu à l'incompétence du tribunal français saisi au profit de la juridiction néerlandaise ; par arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1999, la cour d'appel de Chambéry avait estimé que l'article 5-1 invoqué par la société française ne désignait pas une juridiction française et que les tribunaux néerlandais étaient compétents en vertu de l'article 2.

Le pourvoi articule trois moyens : le premier, tiré de la violation de l'article 5-1, pour n'avoir pas caractérisé l'obligation résultant du contrat résilié ; le deuxième, pour avoir violé la convention de Rome dans la détermination de la loi applicable à l'obligation litigieuse, et, enfin, le troisième, qui a motivé la cassation, pour n'avoir pas appliqué la loi étrangère qu'elle avait cependant déclarée applicable. Seul, le premier moyen intéresse notre litige ; pour le rejeter, la première civile énonce :

*« Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la société Optelec avait formé une seule demande en dommages-intérêts qui tendait à la reconnaissance du caractère abusif de la rupture contractuelle, les actes de concurrence déloyale reprochés à la société Midtronics n'apparaissant que comme des conséquences postérieures à la rupture des relations contractuelles imputée à faute à cette société ; qu'après avoir ainsi caractérisé l'obligation servant de base à la demande, elle en a, à bon droit, déduit que la société Optelec ne pouvait invoquer que les dispositions spéciales de l'article 5-1<sup>o</sup> de la convention ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; »*

Cette décision ne doit-elle pas être replacée dans son contexte procédural précis ? La société demanderesse ayant invoqué le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse en France comme chef de compétence, il était normal qu'elle ne puisse pas invoquer un fondement autre que celui de l'article 5-1 ; peut-on en déduire une primauté de cet article, avec comme conséquence, le fait que le défendeur puisse s'en prévaloir même si le demandeur ne l'a pas fait ? Cela apparaît discutable, car l'arrêt ne le dit pas ; d'ailleurs, dans les commentaires, seuls les deux derniers moyens font l'objet de notes des auteurs et de références au bulletin ; le premier moyen n'est jamais évoqué. Implicitement, l'arrêt écarte l'application de l'article 2 retenue par la cour d'appel en considérant que le demandeur, qui se prévaut de l'article 5-1, ne peut plus se fonder que sur ce dernier article.

– 1<sup>re</sup> Civ., 19 mars 1991, n° 89-19.294, Rev. Crit. DIP, 1992, p.1121, note H. Muir-Watt.

La société Van den Broeck France, filiale de la société néerlandaise Van den Broeck Machine Fabrick a vendu à la société Ica-Fap une installation de déshydratation de pulpes de betterave ; le contrat stipulait la solidarité de la société néerlandaise et de sa filiale ; un arrêt devenu irrévocable a condamné les deux sociétés Van den Broeck solidairement entre elles et *in solidum* avec le GAN, assureur de la société française, à payer à la société Sica-Fap diverses sommes à titre de réparation ; le GAN, subrogé dans les droits de son assurée, a assigné devant le tribunal de commerce de Paris la société néerlandaise pour le relever de la moitié de ces condamnations ; la cour d'appel avait déclaré le tribu-

nal de Paris compétent internationalement sur le fondement de l'article 5-1 de la convention de Bruxelles du 25 septembre 1968.

Le pourvoi invoquait deux griefs : le premier, tiré d'un manque de base légale au regard de l'article 5-1 pour ne pas avoir recherché la loi applicable à l'obligation litigieuse ; le second, énoncé ainsi : « qu'en affirmant qu'en l'espèce, les juridictions du domicile de la victime sont compétentes pour connaître de la demande dirigée contre un débiteur domicilié dans un autre Etat, sans justifier le bien-fondé de cette exception, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 2 de la convention précitée ».

La première chambre civile répond :

*« que la cour d'appel, en décidant que l'obligation qui sert de base à la demande du GAN devait être exécutée en France, s'est nécessairement déterminée conformément à la loi française régissant cette obligation ; que la cour d'appel a donc bien effectué la recherche dont l'abstention lui est vainement reprochée et qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; »*

*Et attendu, ensuite, que la règle de compétence de l'article 2 de la convention de Bruxelles du 25 septembre 1968 ne pouvait recevoir application que sous réserve de la compétence spéciale fondée, en l'espèce, sur l'article 5-1, de la convention ; D'où il suit que le moyen, inopérant en ses deux branches, ne peut être accueilli ; »*

L'annotateur de l'arrêt voit dans la réponse au second moyen l'affirmation possible d'un principe autonome de la compétence spéciale de l'article 5-1, qui « dérogerait à la compétence de principe des juridictions de l'Etat du domicile... le juge d'un Etat autre que celui du domicile, qui se trouve saisi d'une action contractuelle, examinant néanmoins d'office, en cas de contestation de sa compétence, si celle-ci peut être retenue sur le fondement de l'article 5-1 » ; cet auteur relève, d'ailleurs, qu'une conception contraire était parfaitement possible.

Certes, cette réponse de la Cour suprême peut apparaître, de prime abord, catégorique et de principe ; mais, ne faut-il pas la nuancer ? car elle doit être replacée dans le contexte précis de l'espèce ; il s'agissait d'une action contractuelle pour laquelle la société demanderesse avait assigné le codébiteur solidaire, société domiciliée aux Pays-Bas, non pas devant la juridiction du siège social de celle-ci, mais devant le tribunal du lieu d'exécution, en France. Or, la Cour de cassation, en répondant au premier moyen, place bien le débat dans son véritable cadre, qui est celui de la détermination du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse justifiant la compétence de la juridiction saisie. Ayant constaté que la cour d'appel avait relevé, en se conformant aux principes d'interprétation de l'article 5-1, que l'obligation qui servait de base à la demande du GAN était exécutée en France, la première chambre civile en conclut que la société néerlandaise ne pouvait pas se prévaloir de l'article 2 de la convention pour revendiquer la compétence des tribunaux de son siège social car seule la compétence du tribunal du lieu d'exécution (art. 5-1), choisie par la demanderesse, était applicable. Si, dans ce cas de figure, la compétence spéciale optionnelle de l'article 5-1 évince celle de la compétence générale de l'article 2, en revanche cela n'implique pas



le principe inverse, selon lequel le défendeur, assigné par le demandeur devant les juridictions de son domicile, pourrait se prévaloir de l'article 5-1 pour évincer la compétence de l'article 2.

c) Si l'on doit considérer que ces deux arrêts ne sont pas suffisamment pertinents et ne peuvent constituer l'affirmation d'une règle instituant une primauté de l'article 5-1 sur l'article 2, quelle que soit la situation procédurale des parties, l'examen de la jurisprudence interne ou internationale nous fournit-il des indications pour la solution du litige ?

Il ne le semble pas car, jusqu'à présent, la Cour de cassation n'apparaît pas avoir connu du cas où le défendeur, assigné à son domicile, revendiquerait la compétence du lieu d'exécution, que ce soit en matière sociale ou dans d'autres domaines. En effet, en pratique et d'une façon générale en matière contractuelle, la question de la compétence directe des tribunaux français ne se pose que lorsque le défendeur, domicilié dans un autre Etat membre, est attrait en France à raison du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse ; ce défendeur va alors contester ce lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande pour se soustraire à la compétence du juge français au profit du tribunal de son domicile ou, parfois, de celui d'un autre Etat ; or, il ne le fait pas en invoquant l'article 5-1 d'office, mais seulement, parce que le demandeur a fondé son action sur la compétence optionnelle de l'article 5-1 de la convention. (cf. Soc., 15 octobre 2002, *Bull.*, V, n° 308, p. 296 ; Droit social, 2003, p.132).

Il en est de même pour les autres compétences spéciales de l'article 5 pour lesquelles l'option de compétence est ouverte au seul profit du demandeur. Cf. sur l'ensemble des autres chef de compétences spéciales de l'article 5, B. Audit, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Economica, pages 438 et suivantes.

La particularité de notre litige provient de ce que les deux parties ont toutes deux leur domicile dans le même pays et que le défendeur veut se soustraire à la compétence des tribunaux du pays de son domicile au profit de ceux d'un autre Etat membre.

Enfin, les recherches entreprises par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation auprès de la CJCE, du centre français de droit comparé et du centre d'étude européen de Trèves, n'ont pas permis de trouver de décisions rendues par des juridictions nationales d'Etats membres sur la question précise à trancher. Le service Recherche et documentation de la Cour de Justice nous a répondu dans les termes suivants : « Concernant votre demande, je suis au regret de vous annoncer que nos recherches n'ont pas permis de déceler des décisions de juridictions suprêmes qui auraient jugé sur la primauté de l'article 5 de la Convention de Bruxelles sur l'article 2, ou l'inverse. Selon nous, la solution à apporter à cette question découle du système même de la convention de Bruxelles puisque la compétence générale de l'article 2 et les compétences spéciales de l'article 5 se situent à un pied d'égalité et offrent au demandeur une option (choix) auquel le défendeur doit se plier ».

Il convient donc de se poser la question de savoir si l'on doit ou non reconnaître au défendeur, même assigné devant un tribunal de son domicile, ce droit d'option de l'article 5.

d) Doit-on donner au défendeur cette possibilité de se prévaloir de l'article 5-1, même s'il a été assigné devant une juridiction de son domicile ?

Certains arguments peuvent conduire à retenir cette solution.

Les compétences de l'article 5 ne sont pas des compétences exclusives mais des compétences optionnelles.

Ces compétences optionnelles sont fondées sur le concept de proximité territoriale et procédurale ; en centralisant l'examen du litige devant le juge le plus proche et le plus apte, on recherche une meilleure administration de la justice. Ainsi, en matière contractuelle, c'est le lieu d'exécution de la prestation due qui est le plus approprié pour faire trancher le litige dans toutes ses composantes de droit et de fait, notamment, en ce qui concerne l'établissement de la preuve, alors que le domicile du défendeur n'est pas toujours la meilleure localisation de la compétence juridictionnelle. La jurisprudence de la Cour de justice, particulièrement pour l'interprétation de l'article 5-1, a souvent mis l'accent sur la nécessité d'un rattachement étroit entre le juge et le litige<sup>(9)</sup>. Pourquoi ne pas accorder cette option à toutes les parties, sans la réserver au seul demandeur ?

La compétence générale de l'article 2, (tribunal du domicile du défendeur), conforme à la règle reconnue par tous les pays « *actor sequitur forum rei* », est édictée en faveur du défendeur. Lui accorder aussi le bénéfice de l'option, c'est lui permettre de renoncer à cet avantage, ce que lui seul doit apprécier.

Enfin, cette solution réaliserait souvent une unité entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative car souvent la loi applicable sera celle du pays du lieu de la prestation caractéristique ; par exemple, en matière contractuelle, par application de la convention de Rome sur les obligations contractuelles. Cette conjonction est gage d'efficacité. Dans notre espèce, la loi applicable au litige sera, par référence à la convention de Rome, la loi néerlandaise comme étant normalement celle du lieu d'accomplissement habituel du travail qui constitue la prestation caractérisant du contrat.

En matière de contrat de travail, pour déterminer la compétence du tribunal en vertu de l'article 5-1, la jurisprudence de la CJCE, puis, la convention de San Sébastien, ont substitué le lieu de l'accomplissement habituel du travail à celui du lieu d'exécution de l'obligation ; or, comme le relève le professeur Heuzé, (*op. cit.*, n° 23, p. 615), la nécessité de protéger le salarié n'apparaît pas une justification suffisante de cette règle car l'employeur a souvent aussi autant d'intérêt que le salarié à retenir cette compétence du lieu du travail, notamment, pour invoquer des lois impératives du lieu d'exercice de l'activité ou pour s'y soustraire. Ce sont les particularités

(9) Cf. Vincent Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 596, not. n° 17 et suivants » ;

du contrat de travail qui justifient cette règle dérogeant au principe de l'article 5-1 se référant à l'obligation litigieuse et non au contrat lui-même (cf. arrêt Shévani). Or, si ce droit d'option ne pouvait pas être reconnu au profit du défendeur dans tous les cas d'application de l'article 5, ne doit-on pas cependant réserver une exception en matière de contrat de travail ?

En contrepoint, les objections ne manquent pas pour écarter ce droit d'option au profit du défendeur, même pour le contrat de travail.

Le texte lui-même. L'article 5-1 énonce :

« Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant :

1. En matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation... ; en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail... »

Or, la forme passive du texte induit que cette option n'est offerte qu'au seul demandeur, sinon, la compétence ne serait pas optionnelle mais alternative au profit de toutes les parties.

L'interprétation du texte doit être, selon la jurisprudence de la Cour de justice, une interprétation restrictive ; dans l'arrêt *Six constructions* du 15 février 1989, la cour énonce « les compétences spéciales sont d'interprétation stricte » (point 18), puis dans l'arrêt *Jakob Handte* du 17 juin 1992 « les règles de compétences dérogatoires au principe général de l'article 2 ne sauraient donner lieu à une interprétation au delà des hypothèses envisagées par la convention » (point 14) ; ceci a été confirmé dans des arrêts de 1995 et 1997 (Cf. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, pp.125, 126 et 127).

Il faut éviter la multiplication des chefs de compétence ouverts aux parties et privilégier la sécurité juridique et la prévisibilité dans la détermination de la compétence juridictionnelle ; or, permettre au défendeur de se prévaloir de cette option, introduirait un « désordre procédural » contraire à une bonne administration de la justice, car, un tribunal saisi, qui serait compétent en vertu de l'article 2, devrait alors se déclarer incompétent en raison de la compétence optionnelle revendiquée par le défendeur en cours de procédure, alors qu'il ne s'agit pas de compétence exclusive. Cette solution apparaît peu acceptable pour le demandeur qui serait contraint de reprendre son procès devant une juridiction d'un autre Etat ; elle serait cause d'une insécurité juridique alliée à une imprévisibilité.

En matière de contrat de travail individuel, une telle solution semble contraire au texte, à son esprit et, surtout à l'application du règlement communautaire 44/2001 du 22 décembre 2000.

Dans la convention, même si le lieu d'accomplissement du travail est privilégié, les options de l'article 5 sont essentiellement conçues au profit du salarié, jugé comme étant la partie la plus faible. Cette solution, si elle était retenue, n'aurait plus lieu de s'appliquer dans un bref avenir, car la compétence en matière de contrat de travail individuel ne figure plus dans le règlement parmi les compétences optionnelles de l'article 5 ; elle est désormais définie dans une section autonome,

la section 5 (articles 18 à 21), dans laquelle ce droit d'option est expressément écarté. Si l'employeur peut être attiré devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 19), en revanche, « l'action de l'employeur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile » (art. 20).

Accorder ce droit d'option au défendeur n'est-il pas contraire à la convention de Bruxelles, à son esprit et à ses objectifs, car cela ferait des compétences optionnelles une compétence quasi exclusive, et, surtout, ce serait à l'opposé de l'un des buts recherchés qui est de définir des règles de compétences directes.

Enfin, l'avantage de centraliser devant une même juridiction les compétences législative et juridictionnelle n'est pas ici déterminant car les deux compétences ne sont pas liées et le risque de *forum shopping* est en partie écarté par l'exception de fraude qui demeure et par l'application des conventions uniformes sur les compétences législatives.

\*

\* \*

**En conclusion** sur ce premier moyen, pour déterminer la juridiction compétente en application de la convention de Bruxelles, la Chambre mixte aura à se prononcer sur les questions suivantes :

– un défendeur, assigné devant un tribunal de l'Etat de son domicile, peut-il se prévaloir des règles de compétences spéciales de l'article 5-1 de la convention pour être attiré devant le tribunal d'un autre Etat ?

– si ce défendeur ne peut pas se prévaloir du droit de revendiquer cette compétence optionnelle, doit-on admettre cependant une exception en matière de contrat de travail individuel de travail pour reconnaître ainsi la compétence du tribunal où le travailleur accomplit habituellement son travail ?

– la règle d'interprétation donnée par la Chambre mixte à l'article 5-1 doit-elle être limitée au seul cas de l'article 5-1, objet du litige, ou s'applique-t-elle aussi à toutes les compétences spéciales définies par l'article 5 ?

\*

\* \*

## EXPOSÉ DU SECOND MOYEN DE CASSATION (AMENDE CIVILE)

Dans son second moyen, en une seule branche, la société Codéviandes reproche aux arrêts attaqués de l'avoir condamnée à payer à chacun des salariés (sic) une somme pour appel abusif, alors, selon le moyen, « que le fait de défendre par la voie du contredit, une exception d'incompétence territoriale ne constitue pas à lui seul un abus de droit et qu'en se bornant à dire que le recours pour écarter la compétence du conseil de prud'hommes de Forbach constituait une manœuvre purement dilatoire au sens de l'article 559 du nouveau Code de procédure civile justifiant une condamnation au paiement d'une amende civile, sans préciser en quoi l'exercice d'une voie de recours réglementée par le nouveau Code de procédure civile pouvait être regardé comme

*dilatoire ou abusif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 75, 80, 88 et 559 du nouveau Code de procédure civile. »*

On observera en premier lieu que la critique du moyen vise un chef de dispositif inexistant, dès lors que l'amende civile prononcée par les arrêts attaqués l'a été au profit du Trésor public et non au profit des salariés, l'amende civile se distinguant des dommages-intérêts pouvant être alloués aux intimés en cas d'appel abusif. Le moyen pourrait ainsi être rejeté comme manquant en fait.<sup>(10)</sup>

Mais en réalité le moyen de cassation, simplement entaché d'une erreur matérielle, est parfaitement compréhensible et c'est la condamnation à une amende civile qui est critiquée par l'employeur. Il convient donc de l'examiner. Ensuite, la voie de recours contre une ordonnance de référé, même statuant sur une question de compétence, est l'appel et non le contredit (art. 98 du NCPC) ; cependant, en page 3 de son arrêt, la cour d'appel a relevé qu'en application de l'article 91 du même Code, elle n'en demeurerait pas moins saisie et a donc statué.

L'article 559 du nouveau Code de procédure civile prévoit en son premier alinéa que « en cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile de 15 à 1 500 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés », tandis que l'article 88 du même Code précise que « les frais afférents au contredit sont à la charge de la partie qui succombe sur la question de compétence. Si elle est l'auteur du contredit, elle peut en outre être condamnée à une amende civile de 15 à 1 500 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient lui être réclamés. »

La Cour de cassation, qui contrôle les condamnations à l'amende civile prononcées par les juges du fond, exige que ces derniers caractérisent l'abus du droit dans la saisine de la juridiction du second degré. Ainsi sont cassées pour violation de l'article 559 du nouveau Code de procédure civile les décisions qui se bornent à affirmer que l'appel est manifestement abusif, ou que l'appelant est de mauvaise foi, ou qu'il a commis des errements procéduraux, sans caractériser la faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice ou le droit de saisine de la juridiction du second degré<sup>(11)</sup>.

Exerçant un contrôle sur la qualification d'abus de l'exercice du droit d'appel, la Cour de cassation a déjà jugé qu'étaient impropres à caractériser un tel abus les circonstances suivantes :

– la pauvreté de l'argumentation de l'appelant dont les premiers juges avaient fait litière<sup>(12)</sup> ;

– la reprise de la même argumentation que celle présentée devant les premiers juges par un habitué de la procédure procédurière, officier ministériel<sup>(13)</sup> ;

– le fait que l'appelant n'a pu se méprendre de bonne foi sur l'étendue et la portée de ses droits, ayant été éclairé par le jugement<sup>(14)</sup>.

De même, encourt la cassation pour violation de l'article 559 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt qui condamne à une amende civile un étranger qui a fait appel d'une ordonnance ayant autorisé son maintien en zone d'attente, au motif que l'intéressé a poursuivi en cause d'appel une procédure sur le mal-fondé de laquelle il était suffisamment éclairé par les motifs de l'ordonnance attaquée, alors que l'exercice du droit d'appel sur le maintien en zone d'attente ne revêtait, en l'espèce, aucun caractère abusif.

En revanche, est considéré comme abusif :

– l'appel d'une partie ni présente ni représentée devant les premiers juges et n'énonçant aucun moyen au soutien de son appel<sup>(15)</sup> ;

– le litige purement artificiel évoqué par l'appelant qui n'a formulé aucun moyen en appel<sup>(16)</sup> ;

– l'attitude malicieuse de l'appelant qui a laissé se dérouler la procédure de première instance précédée d'une expertise, sans faire connaître sa véritable situation et n'annoncer sa situation d'usufruitier qu'après un transport sur les lieux<sup>(17)</sup> ;

– est dilatoire l'appel d'une partie qui, résistant à une demande en paiement depuis plusieurs années, attend le jour de l'ordonnance de clôture pour présenter ses moyens au soutien de son appel présenté un an avant<sup>(18)</sup>.

S'agissant plus particulièrement de l'usage abusif du contredit, il a déjà été jugé que tel était le cas de la partie qui se prévaut du contredit pour déposer des conclusions de sursis à statuer dans une autre instance et agit dans le cadre d'une multiplication des procédures<sup>(19)</sup>.

En l'espèce, la cour d'appel a condamné la société Codéviandes à payer au Trésor public une amende civile au seul motif suivant :

« Attendu que le recours pour écarter la compétence du conseil de prud'hommes de Forbach est une manœuvre purement dilatoire au sens de l'article 559 du nouveau Code de procédure civile, ce qui justifie la condamnation de la société Codéviandes à une amende civile de 2 500 Frs » ;

Il conviendra d'apprécier si, au regard de la jurisprudence, cette affirmation est propre à justifier l'abus du droit de saisine de la juridiction du second degré et si l'arrêt ne doit pas être cassé sur ce moyen.

(13) Com., 20 novembre 2001, pourvoi n° 98-20.040.

(14) 1<sup>er</sup> Civ., 3 novembre 1998, *Bull.*, I, n° 303, p. 207.

(15) 2<sup>e</sup> Civ., 21 mars 2002, pourvoi n° 00-14.608 ; 2<sup>e</sup> Civ., 18 octobre 2001, pourvoi n° 00-12.544 ; 2<sup>e</sup> Civ., 4 février 1988, pourvoi n° 96-16.823.

(16) 2<sup>e</sup> Civ., 8 juin 2000, pourvoi n° 98-19.120.

(17) 2<sup>e</sup> Civ., 16 juin 1993, *Bull.*, II, n° 205 (2), p. 110.

(18) 2<sup>e</sup> Civ., 10 mai 1995, pourvoi n° 93-13.530.

(19) Soc., 16 juin 1993, pourvoi n° 91-22.208.

(10) Cf. pour une illustration de rejet du moyen manquant en fait, 3<sup>e</sup> Civ., pourvoi n° 98-16.410.

(11) 3<sup>e</sup> Civ., 2 décembre 2003, pourvoi n° 02-17.553 ; 3<sup>e</sup> Civ., 25 septembre 2002, pourvoi n° 00-19.238 ; 2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2001, pourvoi n° 99-16.503 ; 1<sup>re</sup> Civ., 21 février 1996, pourvoi n° 94-10.348 ; Com., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-21.622.

(12) Com., 12 mai 2004, pourvoi n° 01-16.268.

## Avis de M. Foerst

### Avocat général

Les présents pourvois ont été formés le 27 février 2002 par la société Codéviandes contre deux arrêts rendus le 31 janvier 2002 par la cour d'appel de Douai.

Par ordonnance du 7 septembre 2004 la chambre sociale en a ordonné le renvoi devant la chambre mixte.

La question que pose ces pourvois est celle de savoir quelle est la juridiction territorialement compétente pour connaître de l'action d'un salarié contre son employeur lorsque le travail est effectué à l'étranger.

#### Faits et procédure

Messieurs Caruel et Maillard, domiciliés tous deux à Mory dans le département du Pas-de-Calais ont été engagés respectivement le 13 juin et le 4 septembre 2000 en qualité de manutentionnaires par la société Codéviandes pour travailler à Rijksweg aux Pays-Bas.

Le 29 mars 2001 ils ont fait convoquer devant la formation de référé du conseil de prud'hommes d'Arras, compétent en raison de leur domicile, pour demander paiement de provisions sur des rappels de salaire qu'ils estiment leur être dus.

La société Codéviandes a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie, d'une part sur le fondement de l'article R. 517-1 du Code du travail en faisant valoir que le lieu d'exécution du travail par le salarié étant situé aux Pays-Bas, le tribunal de Maastricht serait compétent pour connaître de leur demande et d'autre part en opposant l'existence de contestations sérieuses.

Par ordonnance du 4 mai 2001 la formation de référé du conseil de prud'hommes d'Arras s'est déclarée incompétente au profit du conseil de prud'hommes de Forbach, juridiction du ressort du domicile du défendeur.

Sur les appels de la société Codéviandes la cour d'appel de Douai a confirmé la décision déferée et a renvoyé les parties devant le conseil de prud'hommes de Forbach par deux arrêts du 31 janvier 2002.

La société Codéviandes s'est pourvue en cassation contre ces deux arrêts le 27 février 2002.

#### Les pourvois

Le premier moyen, commun aux deux pourvois, reproche aux arrêts d'avoir désigné le conseil de prud'hommes de Forbach pour connaître du litige alors qu'il résulte de l'article 5, 1) de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 telle que modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989

que la juridiction territorialement compétente pour juger des actions engagées par un travailleur contre son employeur est celle où ce dernier accomplit habituellement son travail.

Le moyen précise en outre que ces dispositions impératives priment sur celles du droit interne, seraient-elles moins favorables que ces dernières aux salariés.

La société Codéviandes soutient ensuite qu'en retenant « *que les conventions internationales ne pouvaient priver le salarié du bénéfice des dispositions relatives à la compétence plus favorables du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits* », la cour d'appel a violé l'article 5, 1) de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par refus d'application et les articles R. 517-1, alinéa 2, du Code du travail, 14 du Code civil et 42 du nouveau Code de procédure civile par fausse application.

L'argumentation du pourvoi peut se résumer ainsi qu'il suit : la société Codéviandes soutient que les traités internationaux priment la loi nationale et en conclut que les articles du Code du travail sur lesquels la cour d'appel de Douai a fondé sa décision ne peuvent faire échec aux dispositions résultant de la convention de Bruxelles précitée. C'est donc cette convention qui est applicable et non la loi nationale.

Quelles sont les dispositions particulières de cette convention qui s'appliquent en l'espèce ?

Selon le moyen, la règle à laquelle les juges du fond auraient dû se conformer est exclusivement celle mentionnée à l'article 5, 1) de la convention de Bruxelles telle que modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989, règle qui dispose que « *la juridiction territorialement compétente pour juger des actions engagées par un travailleur est celle du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail* ».

Le demandeur au pourvoi estime que dès lors que l'on se trouve en matière de contrat individuel de travail, comme c'est le cas dans le présent litige puisque la demande formée par les deux salariés a un fondement salarial, c'est le texte spécial de l'article 5, 1) de la convention qui doit s'appliquer et nullement l'article 2, de portée générale, aux termes duquel les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées quelle que soit leur nationalité devant les juridictions de cet Etat.

C'est donc le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail qui doit être compétent et non le tribunal du domicile du défendeur.

Au soutien de son argumentation, la société Codéviandes invoque deux décisions de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation : une première en date du 19 mars 1991 (pourvoi n° 89-19.294) ainsi qu'une seconde du 15 mai 2001 (*Bull.*, n° 134).

Dans la première décision du 19 mars 1991 la 1<sup>re</sup> chambre civile a rejeté un pourvoi qui soutenait à propos d'un litige en matière contractuelle, que l'article 2 de la convention avait vocation générale à s'appliquer au motif que « la règle de compétence de l'article 2 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ne pouvait recevoir application que sous réserve de la compétence spéciale fondée en l'espèce sur l'article 5, 1) de la convention ».

Dans la deuxième décision citée, celle rendue par la 1<sup>re</sup> chambre civile le 15 mai 2001, celle-ci a jugé qu'« une cour d'appel qui relève qu'une seule demande en dommages-intérêts qui tendait à la reconnaissance du caractère abusif de la rupture contractuelle avait été formée et caractérise ainsi l'obligation servant de base à la demande ne peut invoquer que les dispositions spéciales de l'article 5, 1) de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ».

Selon le pourvoi, l'article 5, 1) s'impose donc de toute évidence à l'exclusion de toute autre disposition puisqu'il s'agit d'un texte spécial applicable en matière de contrat individuel de travail, texte qui prime les dispositions générales de l'article 2 de cette même convention.

Le second moyen, également commun aux deux pourvois, reproche aux arrêts d'avoir condamné la société Codéviandes à verser à chacun des salariés une somme pour appel abusif alors « que le fait de défendre par la voie du contredit une exception d'incompétence territoriale ne constitue pas en soi un abus de droit et que, d'autre part, en se bornant à dire que le recours pour écarter la compétence du conseil de prud'hommes de Forbach constituait une manœuvre dilatoire justifiant une condamnation au paiement d'une amende sans préciser en quoi l'exercice d'une voie de recours réglementée par la loi pouvait être regardé comme dilatoire ou abusif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 75, 80, 88 et 559 du nouveau Code de procédure civile ».

## Discussion

L'argumentation développée dans le premier moyen appelle plusieurs observations : s'agissant du premier point soulevé par le pourvoi, à savoir la primauté de la convention de Bruxelles sur la loi nationale, j'estime comme le demandeur au pourvoi que ce principe ne souffre aucune discussion puisqu'il trouve son fondement dans l'article 55 de la Constitution française aux termes duquel les dispositions relatives à la compétence judiciaire issues d'une convention internationale ou d'un instrument communautaire liant la France priment sur les règles internes.

Par ailleurs l'article 3 de cette même convention a expressément exclu l'application des articles 14 et 15 du Code civil qui permettent au plaideur fran-

çais d'attirer un étranger devant les juridictions françaises et au plaideur étranger d'y attirer un Français.

C'est donc indiscutablement la convention de Bruxelles du 24 septembre 1968 et non la loi française qui doit recevoir application dans la présente espèce.

En revanche, je ne partage nullement l'argumentation selon laquelle l'article 5, 1) de la convention doit s'appliquer de façon exclusive. Cette analyse m'apparaît contraire au texte même de la convention puisque l'article 5 précise dans son 1<sup>er</sup> alinéa introductif « que le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré dans un autre Etat contractant ».

Le paragraphe 1 de l'article 5 précise certes « qu'en matière de contrat individuel de travail le tribunal compétent est celui du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail » mais cette disposition n'a nullement pour effet de mettre à néant le premier alinéa introductif de l'article 5 lequel, en indiquant que le défendeur **peut** être attiré dans un autre Etat contractant, offre au demandeur, en l'espèce à des salariés français la faculté de saisir le tribunal où ils exercent habituellement leur travail.

Le demandeur dispose donc d'une option : il peut, sur le fondement de l'article 2 de la convention, attirer le défendeur devant les juridictions de l'Etat dans lequel il est domicilié dès lors qu'il s'agit d'un Etat contractant à savoir dans la présente espèce une juridiction française, ce qu'ont fait les deux salariés, mais ils pouvaient aussi s'ils l'avaient souhaité attirer le défendeur devant la juridiction du lieu où il exercent habituellement leur travail c'est-à-dire la juridiction néerlandaise.

Deux voies s'offraient donc à eux et contrairement à ce que soutient le pourvoi ils n'étaient nullement tenus de recourir de manière exclusive à l'article 5, 1) de la convention de Bruxelles.

Quant aux deux arrêts de la 1<sup>re</sup> chambre civile cités par le pourvoi et qui selon le moyen consacraient en quelque sorte une prééminence de l'article 5, 1) sur l'article 2 de la convention, ils n'ont nullement à mon sens la portée qu'on leur prête : l'arrêt du 19 mars 1991 que j'évoquais à l'instant énonce certes que « les règles de compétence de la convention ne peuvent recevoir application que sous réserve de la compétence spéciale fondée sur l'article 5, 1) » mais dans l'espèce qui avait motivé ce pourvoi, le demandeur avait attiré une société néerlandaise devant le tribunal de Paris sur le fondement de l'article 5, 1) au motif que l'obligation qui servait de base à sa demande devait être exécutée en France. Le demandeur avait exercé son option en faveur de la voie offerte par l'article 5, 1) qui, en matière contractuelle et non en matière de contrat individuel de travail, permet d'attirer le défendeur devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Ce tribunal était en l'espèce un tribunal français. La cour d'appel de Paris lui a donné raison et a déclaré le tribunal de Paris compétent sur le fondement de l'article 5, 1). En disant que

« la règle de l'article 2 ne pouvait recevoir application que sous réserve de la compétence spéciale de l'article 5, 1) de la convention » la 1<sup>re</sup> chambre civile qui a rejeté le pourvoi de la société néerlandaise ne me paraît pas avoir voulu affirmer une quelconque prééminence de l'article 5, 1) mais a seulement voulu répondre à l'argumentation de cette société qui contestait la désignation d'un tribunal français en invoquant l'article 2 en rappelant que cet article n'avait plus vocation à s'appliquer dès lors que le demandeur avait fait le choix de recourir à l'article 5, 1).

Le second arrêt visé par le pourvoi, rendu par la 1<sup>re</sup> chambre civile le 15 mai 2001, qui, comme le précédent, ne concerne pas la matière du contrat individuel de travail, ne me paraît pas plus démonstratif au regard de l'argumentation du pourvoi : il s'agissait en l'espèce d'une demande de dommages-intérêts pour rupture abusive d'un contrat de distribution en France, demande formée par une société française contre une société néerlandaise. La cour d'appel de Chambéry a estimé que les actes de concurrence déloyale et le refus de vente allégués par la société demanderesse relevaient de la matière contractuelle car ils étaient la conséquence et la suite de la résiliation du contrat de concession. La société néerlandaise soutenant que la cour d'appel n'avait pas caractérisé l'obligation résultant du contrat résilié dont la violation était invoquée par le demandeur, la 1<sup>re</sup> chambre civile a rejeté le moyen en considérant que « *la cour d'appel avait bien caractérisé l'obligation servant de base et qu'elle en avait à bon droit déduit que la société française demanderesse ne pouvait invoquer que les dispositions spéciales de l'article 5, 1) de la convention* ».

Dans cette espèce la société demanderesse avait, comme dans la précédente, fait le choix d'attirer la société néerlandaise devant la juridiction du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, en l'occurrence devant une juridiction française, et ce sur le fondement de l'article 5, 1). Aussi en rappelant « *que la société demanderesse ne pouvait invoquer que les dispositions spéciales de l'article 5, 1) de la convention* », la 1<sup>re</sup> chambre civile n'a nullement entendu rappeler une quelconque prééminence de cet article sur d'autres dispositions de ce texte mais a simplement voulu préciser que dès lors que le choix de la société française demanderesse était fondé sur le lieu où l'obligation servant de base à la demande doit être exécutée, il ne pouvait que s'inscrire dans le cadre de l'article 5, 1) de la convention mais ceci n'excluait nullement la possibilité pour le demandeur d'attirer son adversaire devant le tribunal de son domicile, sur le fondement de l'article 2, si telle avait été son intention.

Il me paraît donc erroné de soutenir, comme le fait le pourvoi, que la 1<sup>re</sup> chambre civile avait exclu l'application de l'article 2 de la convention lorsque l'on se trouve dans l'un des cas de figure énoncés par l'article 5, 1).

Quelle est sur ce point particulier la position de la chambre sociale de la Cour de cassation ?

Elle s'est prononcée à maintes reprises sur l'application des articles 2 et 5, 1) de la convention de Bruxelles mais je n'ai relevé que deux décisions qui me semblent significatives : d'abord un arrêt du 13 janvier 1998 (*Bull.*, n° 4) dans lequel la chambre sociale rappelle la règle de l'article 2 qui pose le principe de la compétence des tribunaux de l'Etat dans lequel le défendeur a son domicile et ensuite un arrêt plus récent du 15 octobre 2002 (*Bull.*, n° 308) par lequel cette juridiction a retenu la compétence de la juridiction du lieu habituel d'exécution du travail par le salarié en l'espèce un tribunal allemand sur le fondement de l'article 5, 1) et écarté l'application de l'article 2.

La chambre sociale a-t-elle voulu dire que l'application de l'article 2 était exclue dès lors que l'on se trouvait dans l'un des cas de figure énoncés par l'article 5, 1) ?

A mon avis aucunement. La chambre sociale a écarté l'application de l'article 2 non pas en raison de la prééminence de l'article 5, 1) mais parce que la société française assignée par le salarié n'était pas son employeur.

Il résulte donc clairement de la jurisprudence tant de la 1<sup>re</sup> chambre civile que de la chambre sociale que l'article 5, 1) de la convention de Bruxelles n'a pas pour effet d'exclure le recours à l'article 2 qui édicte des règles différentes de rattachement, le demandeur restant parfaitement libre de son choix en raison du droit d'option dont il dispose.

Cette solution me paraît d'autant plus s'imposer qu'elle a été consacrée par le règlement communautaire dit « Bruxelles 1 » du 22 décembre 2000 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002 qui s'inscrit dans le prolongement de la convention du 27 septembre 1968 et qui prévoit en ce qui concerne l'action du salarié deux corps de règles de rattachement différents.

Le règlement prévoit d'abord dans le § 1 de son article 19 la compétence des tribunaux de l'Etat où le défendeur a son domicile, règle qui ne fait que reprendre celle qui est posée par l'article 2 de la convention de Bruxelles.

Il énonce ensuite au § 2 de l'article 19 la règle qui retient la compétence du tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail.

Le règlement communautaire édicte donc en faveur du salarié deux règles de rattachement confirmant en cela les dispositions figurant déjà dans la convention de Bruxelles mais il introduit un élément nouveau en dissociant le régime du **salarié** qui dispose de **deux chefs** de compétence de celui de **l'employeur** qui ne dispose que d'**un seul chef** de rattachement, la demande patronale ne pouvant être portée, aux termes de l'article 20 du règlement communautaire, « *que devant les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel le salarié a son domicile* ».

Cette dissociation procède de l'idée déjà exprimée lors de la révision de la convention de Bruxelles, selon laquelle le salarié est une partie faible au contrat.

Ces dispositions du règlement CEE dit « Bruxelles 1 » n'ont certes qu'une valeur indicative puisqu'elles n'étaient pas applicables au cas d'espèce concerné par le présent pourvoi mais elles doivent néanmoins retenir l'attention puisqu'elles nous éclairent sur la doctrine des instances communautaires sur ce point particulier, laquelle n'est pas dénuée d'intérêt au regard de la problématique posée.

Les deux arrêts de la cour d'appel de Douai qui vous sont déférés encourent sans aucun doute la censure puisqu'ils ont écarté l'application d'une convention internationale au profit d'une disposition du Code du travail et ce en violation du principe constitutionnel de primauté des traités internationaux sur les règles internes mais je n'incline cependant pas à la cassation sur le premier moyen car elle conduirait à remettre en cause une décision avantageuse pour les salariés, « parties faibles au contrat ».

On ne voit pas en effet quel serait l'intérêt pour ces derniers de plaider aux Pays-Bas, solution nécessairement plus complexe et coûteuse, alors que la juri-

diction désignée par l'arrêt attaqué, en l'espèce le conseil de prud'hommes de Forbach, se situe sur le territoire français.

Je conclus donc au rejet du premier moyen en suggérant que soit substituée aux motifs erronés de la cour d'appel une motivation de pur droit consistant à dire :

– d'une part que la convention doit en l'espèce recevoir application en raison de la primauté des traités internationaux sur la loi interne ;

– d'autre part que le conseil de prud'hommes de Forbach, tribunal du lieu où est domicilié la société Codéviandes est compétent pour connaître du litige conformément à l'article 2 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

Quant à l'argumentation développée dans le second moyen, elle m'apparaît pertinente : il est évident que les juges du fond ne peuvent affirmer de manière péremptoire que le seul exercice d'une voie de recours constitue un abus de droit. Il appartenait à la cour d'appel de caractériser les éléments qui, selon elle, constituaient une faute ou un abus dans l'exercice de cette voie de recours. S'étant abstenue de le faire la cour d'appel a privé sa décision de base légale et encourt donc la censure.

Je conclus en conséquence à la cassation sur le second moyen.





## II. – SOMMAIRES D'ARRÊTS ET NOTES

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

1. *Emploi et formation**\* Apprentissage*

## N° 3

Il n'y a pas de tolérances administratives opposables devant les tribunaux répressifs. Il s'ensuit que la personne poursuivie sur le fondement des dispositions de l'article L. 222-4 du Code du travail, qui interdit d'employer les apprentis un jour de fête légale, ne saurait, pour obtenir sa relaxe, invoquer utilement des circulaires administratives à caractère interprétatif autorisant à certaines conditions un tel emploi, nonobstant les dispositions précitées.

**Crim. – 18 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 04-81.004 – T.P. Rouen, 5 février 2004

M. Cotte, Pt. – Mme Guirimand, Rap. – M. Cheminthe, Av. Gén.

## N° 4

Dès lors que les manquements d'un employeur, qui avait engagé quelqu'un en qualité d'apprenti, sont tels qu'ils compromettent la formation de ce dernier, la rupture du contrat d'apprentissage est imputable à l'employeur, nonobstant le fait que l'apprenti ait donné sa démission avant d'engager une action en justice tendant à la résolution du contrat d'apprentissage

**Soc. – 2 février 2005.**

**Rejet**

N° 02-45.259 – C.A. Dijon, 20 juin 2002.

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note :*

Selon les dispositions de l'article L. 117-17 du Code du travail, à défaut d'accord des parties, le contrat d'apprentissage exécuté pendant deux mois ne peut plus être rompu que par intervention judiciaire, le conseil des prud'hommes étant seul compétent pour prononcer la rupture du contrat.

L'apprenti peut-il alors démissionner avant de saisir le conseil de prud'hommes en reprochant divers manquements à son employeur ?

Telle était la question posée par le pourvoi dont la Cour de cassation était saisie dans cette espèce.

Pour la chambre sociale, les manquements de l'employeur, s'ils compromettent la formation de l'apprenti, justifient sa démission nonobstant la saisine postérieure du juge pour demander la résiliation du contrat d'apprentissage. La rupture du contrat d'apprentissage

est, dans cette hypothèse, imputable à l'employeur, car la décision de cesser le travail de l'apprenti ne procède pas d'une volonté claire et non équivoque, mais est la conséquence du comportement fautif de l'employeur.

L'arrêt confirme la solution déjà donnée par la chambre sociale dans de précédents arrêts diffusés (Soc., 6 décembre 1995, n° 92-42.427 ; Soc., 14 juin 2000, n° 98-42.385).

*\* Contrats à durée déterminée*

## N° 5

Lorsque le juge requalifie en contrat de travail à durée indéterminée une succession de contrats de travail à durée déterminée conclus avec un même salarié, il ne doit accorder, sur le fondement de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, qu'une seule indemnité de requalification, laquelle ne peut être inférieure à un mois de salaire, peu important le nombre de contrats irréguliers requalifiés.

**Avis du 24 janvier 2005**

C.A. Paris, 2 et 9 septembre 2004

M. Canivet, P. Pt. – Mme Martinel, Rap. assistée de Mme Martinez, greffier en chef – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

Saisie d'une demande d'avis, la Cour de cassation précise que dans l'hypothèse d'une succession de contrats à durée déterminée, la requalification de la relation contractuelle entre les parties en un contrat à durée indéterminée ouvre droit à une seule indemnité de requalification d'un montant minimum d'un mois. Cet avis a été suivi d'un arrêt de la chambre sociale en date du 30 mars 2005 rendu à l'occasion de la requalification en contrat à durée indéterminée de contrats successifs de missions d'intérim (*cf. infra* A. – Contrat de travail, organisation et exécution du travail – 4. Contrats particuliers –\* travail temporaire N° 29).

## N° 6

La possibilité donnée à l'employeur de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer un ou des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il en résulte que l'employeur ne peut recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.

Dès lors, ayant constaté que, pendant deux années consécutives, et quel que soit le remplacement assuré à l'occasion des nombreux contrats à durée déterminée conclus, le salarié avait occupé le même emploi de receveur de péage, pour des durées très limitées mais répétées à bref intervalle, que le nombre de contrats de travail à durée déterminée de remplacement au péage était important comparativement à l'effectif de l'entreprise et que le recours au contrat à durée déterminée était érigé en mode normal de gestion de la main-d'œuvre, la cour d'appel en a exactement déduit que l'emploi qu'il occupait était lié durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise et qu'il y avait lieu de requalifier les contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 02-45.342 – C.A. Montpellier, 11 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Auroy, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

La question qui se présentait à la Cour concernait l'étendue du droit, reconnu à l'employeur par l'article L. 122-3-10 du Code du travail, de conclure des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer des salariés temporairement absents, au regard de l'interdiction faite par l'article L. 122-1, alinéa premier, dudit code de recourir au contrat à durée déterminée ayant pour objet ou pour effet « de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

Si la succession de contrats de remplacement à durée déterminée avec un même salarié est licite, « en cas de nouvelle absence du salarié remplacé (article L. 122-3-11, alinéa 2, du Code du travail) ou pour remplacer des salariés différents, absents ou dont le contrat est suspendu (article L. 122-3-10, alinéa 2, du Code du travail), celle-ci est néanmoins limitée par la condition générale relative aux contrats à durée déterminée, énoncée à l'article L. 122-1, alinéa premier, du Code du travail (Soc., 16 juillet 1997, *Bull.*, V, n° 270, p. 196).

La succession de contrats à durée déterminée ne doit pas avoir ni pour objet ni pour effet de faire occuper un poste qui pourrait durablement être pourvu par l'embauche d'un salarié à contrat indéterminée.

Ainsi, il a déjà été jugé qu'une salariée qui effectuait toujours des tâches identiques avec la même qualification pour remplacer les salariés absents, la régularité des absences entraînant un renouvellement systématique des engagements conclus avec elle, avait été engagée pour occuper durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (Soc., 29 septembre 2004, *Bull.*, V, n° 232, p. 216). De même, une salariée ayant conservé, pendant quatre années d'activité et quatre-vingt-quatorze contrats, la même qualification et le même salaire quel que soit le remplacement assuré, occupait en réalité un emploi permanent de l'entreprise (Soc., 4 décembre 1996, *Bull.*, V, n° 414, p. 297).

Dans l'espèce du 26 janvier 2005, la salariée avait occupé le même emploi de receveuse de péage, pendant deux années consécutives, au terme de cent quatre contrats à durée déterminée, pour des durées très limitées mais répétées à bref intervalle, ce qui permettait à la cour d'appel d'en conclure que l'emploi était lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

En rejetant le pourvoi, la chambre sociale confirme sa jurisprudence et condamne les pratiques de recours à des contrats de remplacement successifs (à durée déterminée) pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre.

**N° 7**

Le salarié qui a rompu un contrat de travail à durée déterminée en méconnaissance des dispositions de l'article L.122-3-8 du Code du travail n'a pas droit à l'attribution de dommages-intérêts.

**Soc. – 8 février 2005.**

**Cassation partielle sans renvoi**

N° 03-43.304 – C.A. Aix-en-Provence, 28 janvier 2003

M. Boubli, Pt. (f.f.) – M. Marzi, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale réaffirme la solution adoptée dans son précédent arrêt du 23 septembre 2003 (*Bull.*, V, n° 241, p. 249) commenté au rapport annuel de la Cour de cassation 2003, p. 230.

**N° 8**

Il résulte des termes de l'article L. 122-1-2, III, du Code du travail, que le contrat de travail, conclu pour remplacer une salariée absente pour congé de maternité, qui s'est poursuivi pendant le congé parental sollicité par cette dernière, a pour terme la fin de son absence.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour requalifier le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, a retenu que la prolongation de l'absence de la salariée n'avait pas eu pour effet de reporter le terme du contrat à l'issue du congé.

**Soc. – 9 mars 2005.**

**Cassation**

N° 02-44.927 – C.A. Amiens, 30 mai 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

L'article L. 122-1-1 du Code du travail autorise le recours au contrat de travail à durée déterminée pour remplacer un salarié absent ; dans ce cas, ainsi que l'indique expressément l'article L. 122-1-2, III, le contrat peut ne pas comporter de terme précis – pour tenir compte de l'incertitude sur la durée du remplacement nécessaire – mais il doit alors être conclu pour une durée minimale et a pour terme la fin de l'absence du salarié remplacé ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, un contrat à durée déterminée avait été conclu avec un salarié pour remplacer une salariée en congé de maternité. Ce congé de maternité ayant été suivi immédiatement par un congé parental d'éducation, le contrat du remplaçant s'était poursuivi. Le salarié remplaçant, se fondant sur la poursuite de son contrat de travail au-delà de l'expiration du congé légal de maternité considérait qu'il était désormais lié à son employeur par un contrat à durée indéterminée, qualification effectivement retenue par les juges d'appel.

L'employeur soutenait au contraire que le terme du contrat à durée déterminée du remplaçant devait être fixé au retour de la salariée absente, soit en l'espèce à la fin

de son congé parental, conformément à l'article L. 122-1-2, III du Code du travail qui vise expressément la fin de l'absence du salarié remplacé.

La chambre sociale avait ainsi à choisir entre deux options: soit considérer que le terme du contrat était la fin du congé de maternité, dans la mesure où cette dernière participait de la réalisation de l'objet pour lequel le contrat avait été conclu ; soit considérer que le contrat à durée déterminée avait pour terme le retour effectif de la salariée absente.

C'est cette dernière solution que la chambre sociale retient en prenant en considération la finalité du contrat de remplacement : le remplacement n'est plus justifié dès lors que le poste de travail est à nouveau occupé par le retour du salarié absent ; *a contrario*, ce remplacement est nécessaire tant que le salarié absent ne regagne pas son poste. Dans un précédent arrêt, la chambre sociale avait déjà expressément retenu que le terme du contrat de travail à durée déterminée conclu pour remplacer un salarié absent était la fin de l'absence du salarié remplacé (Soc., 17 décembre 1997, *Bull.*, V, n° 447, p. 319).

Dans son arrêt du 18 février 2003 (pourvoi n° 01-41.334), la chambre sociale a notamment précisé que le contrat de travail à durée déterminée conclu pour remplacer un salarié absent pour cause de maladie a pour terme la fin de l'absence de ce salarié, laquelle comprend la période de maladie stricto sensu et la période de congé maternité qui s'en était suivie.

## N° 9

L'article L.122-1-1, 1° du Code du travail qui permet notamment d'engager un salarié par contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié ayant quitté définitivement l'entreprise en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer, suppose que le poste considéré soit pourvu par un titulaire déjà recruté mais momentanément indisponible et n'autorise en aucun cas l'employeur à recourir à un contrat à durée déterminée afin de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise dans l'attente du recrutement du titulaire du poste.

Dès lors encourt la cassation l'arrêt qui n'a pas recherché si un salarié avait été effectivement recruté par un contrat de travail à durée indéterminée pour remplacer un salarié démissionnaire et si le contrat de travail à durée déterminée était justifié par l'attente de l'entrée en service de l'intéressé.

**Soc. – 9 mars 2005. Cassation partielle**

N° 03-40.386 – C.A. Douai, 28 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

## N° 10

La règle posée par l'article L. 122-3-10 du Code du travail est d'application générale et dès l'instant que la relation de travail se poursuit à l'expiration du terme d'un contrat de travail à durée déterminée, le contrat devient un contrat à durée indéterminée, même si ultérieurement un nouveau contrat à durée déterminée est signé.

L'indemnité de précarité, qui compense pour le salarié la situation dans laquelle il est placé du fait de son contrat à durée déterminée, lorsqu'elle est perçue par ce dernier à l'issue du contrat, lui reste acquise nonobstant une requalification ultérieure en contrat à durée indéterminée.

Si le droit à l'indemnité de licenciement naît à la date où le congédiement est notifié, l'évaluation du montant de l'indemnité est faite en tenant compte de l'ancienneté à l'expiration du contrat, c'est-à-dire à l'expiration normale du préavis même s'il y a eu dispense de l'exécuter.

**Soc. – 30 mars 2005. Cassation partielle**

N° 03-42.667 – C.A. Douai, 31 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note commune aux nos 9 et 10 ci-dessus :*

Ces deux arrêts fournissent à la chambre sociale l'occasion de rappeler des principes déjà affirmés dans de précédents arrêts ; ainsi, sur la transformation du contrat à durée déterminée en durée indéterminée à l'expiration du terme du contrat à durée déterminée, dans le même sens que : Soc., 14 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 226, p. 177 et les arrêts cités ;

Sur le versement de l'indemnité de précarité nonobstant une requalification ultérieure du contrat à durée déterminée en durée indéterminée, dans le même sens que : Soc., 24 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 203 (4), p. 202 et l'arrêt cité ; sur la date d'appréciation de l'ancienneté du salarié pour fixer le montant de l'indemnité légale de licenciement, dans le même sens que : Soc., 4 avril 1991, *Bull.* 1991, V, n° 169, p. 106 ; Soc., 25 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 398, p. 285.

## \* Contrats saisonniers

### N° 11

Le caractère saisonnier d'un emploi concerne des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs. Il appartient donc aux juges du fond de vérifier que les missions confiées au travailleur intérimaire présentent un caractère saisonnier en précisant la nature et la date des emplois ayant donné lieu à la conclusion des emplois saisonniers.

**Soc. – 9 mars 2005. Cassation partielle**

N° 02-44.706 – C.A. Douai, 31 janvier 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

L'article L.124-2-1, 3° du Code du travail permet expressément l'utilisation du contrat de travail temporaire dans le cadre d'emplois à caractère saisonnier.

La chambre sociale a défini la notion d'emploi saisonnier par son caractère répétitif dépendant du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs (Soc., 12 octobre 1999, *Bull.*, V, n° 373, p. 274).

L'importance de l'arrêt du 9 mars 2005 est de se prononcer pour la première fois sur la définition de l'emploi saisonnier en matière de travail temporaire. La chambre sociale reprend la définition posée pour les contrats à durée déterminée, en précisant que c'est l'emploi, et non l'activité de l'entreprise, qui doit présenter un caractère saisonnier.

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

### \* *Clause de non-concurrence*

#### N° 12

La nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié, dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard.

L'action en concurrence déloyale engagée contre le nouvel employeur du salarié devant la juridiction commerciale, qui n'a ni le même objet, ni la même cause et qui n'oppose pas les mêmes parties, ne fait pas obstacle à ce que l'ancien employeur agisse contre son ancien salarié en réparation du préjudice qu'il lui a causé par sa faute.

**Soc. – 28 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 02-47.527 – C.A. Toulouse, 11 octobre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

La Cour de cassation avait déjà jugé que même non liée par une clause de non-concurrence, la responsabilité du salarié pouvait être recherchée sur le plan délictuel dès lors que les conditions de l'action en concurrence déloyale étaient réunies (Soc., 25 novembre 1993, pourvoi n° 90-43.003).

La solution est étendue à l'hypothèse où la clause de non-concurrence est nulle et donc anéantie rétroactivement.

### \* *Clause de période d'essai et période probatoire*

#### N° 13

Un salarié ne peut valablement renoncer, pendant la durée de son contrat, par avance, au droit de se prévaloir des règles légales de licenciement.

Si, en cours de contrat, les parties peuvent convenir, à l'occasion d'un changement d'emploi, d'une période probatoire, la rupture de celle-ci ne peut concerner le contrat de travail et a pour effet de remplacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Cassation**

N° 02-46.103 – C.A. Aix-en-Provence, 4 septembre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Mazars, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Rejet**

N° 02-46.338. – C.A. Nancy, 10 septembre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Grivel, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

#### N° 14

Un salarié ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat, par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement.

En présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat, ou dans l'avenant, ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures ; il en résulte que lorsqu'une société a mis fin à la période d'essai stipulée dans un avenant, sans proposer au salarié de retrouver ses fonctions antérieures, cette rupture s'analyse en un licenciement qui, en l'absence d'une lettre en précisant les motifs, est sans cause réelle et sérieuse.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Rejet**

N° 03-41.797 – C.A. Versailles, 14 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note commune aux n°s 13 et 14 ci-dessus :*

A l'occasion des trois arrêts dont sont tirés les sommaires susvisés, la chambre sociale a eu à préciser ce qu'il fallait entendre par période d'essai et en quoi elle devait être distinguée d'une période probatoire et les effets attachés à cette distinction.

Dans chacune des espèces soumises à la Cour de cassation, il convenait de savoir à quel régime est soumis l'essai imposé par le contrat à un salarié, qui après un premier contrat conclu pour une fonction précise avec une période d'essai, conclut un second contrat de travail pour occuper un emploi différent.

Se fondant sur les dispositions de l'article L. 122-14-7, alinéa 3, du Code du travail interdisant aux parties de renoncer par avance aux règles posées en matière de licenciement, la chambre sociale retient expressément que *la période d'essai se situe au commencement* de l'exécution d'un contrat de travail et qu'il est impossible de stipuler des périodes d'essai différées (Soc., 16 juillet 1987, *Bull.*, V, n° 484 (1), p. 308; Soc., 25 février 1997, *Bull.*, V, n° 83, p. 58).

Tirant toutes les conséquences de ce principe, elle a notamment déjà jugé qu'un stage effectué en vue d'une promotion professionnelle en cours d'exécution du contrat de travail ne constituait pas une période d'essai (Soc., 14 novembre 1990, *Bull.*, V, n° 552, p. 335) ; de même il ne peut être imposé au salarié muté sur un emploi correspondant à sa nouvelle classification une nouvelle période d'essai qui aurait pour effet de permettre à l'employeur de rompre le contrat de travail de son salarié sans avoir à justifier d'aucun motif (Soc., 17 février 1993, *Bull.*, V, n° 55 (3), p. 39).

La seule possibilité d'imposer au salarié un nouveau contrat et une période d'essai en cas de changement de fonctions a été admise dans le cadre d'une *novation* des rapports contractuels (Soc., 17 mars 1993, pourvoi

n° 89-45.508). Mais celle-ci, sans être exclue *a priori*, doit être utilisée avec prudence en matière de contrat de travail compte tenu du rapport inégalitaire des parties.

Se plaçant sur un autre plan que celui de la novation, la chambre sociale retient que la période d'essai en cours de contrat est illicite.

Mais pour autant, dans le souci de tenir compte des besoins raisonnables d'une entreprise en matière d'appréciation de la capacité d'un salarié à occuper un autre poste, notamment à l'occasion d'une promotion professionnelle, la chambre sociale admet que le salarié soit soumis à une période probatoire.

Cette période probatoire au cours de la relation contractuelle de travail ne se confond pas avec la période d'essai prévue au début du contrat de travail ; sans doute a-t-elle pour finalité de vérifier que le salarié est apte à remplir ce nouvel emploi ; mais à la différence de ce qui se passe pour la période d'essai, le salarié qui ne donne pas satisfaction doit être rétabli dans ses anciennes fonctions sans pouvoir encourir de licenciement ni qu'il soit mis fin au contrat de travail sans motif.

Cette solution équilibrée retenue par la chambre sociale dans ses arrêts du 30 mars 2005 s'explique par la volonté de ne pas faire supporter au seul salarié le risque d'une éventuelle erreur de jugement de l'employeur sur sa capacité à occuper ce nouvel emploi.

### \* *Harcèlement moral*

#### N° 15

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, relevant que l'employeur a eu à l'égard du salarié une attitude « répétitive » constitutive de violences morales et psychologiques, retient que ce dernier était en droit de rompre son contrat de travail pour harcèlement moral et d'en imputer la rupture à l'employeur.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 02-47.296 – C.A. Montpellier, 16 octobre 2002

Mme Mazars, Pt. (f.f) – Mme Bouvier, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation concerne la définition du harcèlement moral et ses conséquences sur la rupture du contrat du travail.

Les faits reprochés s'étant produits avant la loi du 17 janvier 2002, la définition du harcèlement moral donnée à l'article L. 122-49 du Code du travail issu de cette loi, n'était pas applicable en l'espèce. Néanmoins, la jurisprudence s'était déjà prononcée sur le comportement fautif de l'employeur – qui relèverait aujourd'hui de la qualification de harcèlement – en fondant ses décisions sur l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi (article 1134, alinéa 3, du Code civil), sur le respect de la moralité et de la dignité du salarié ou sur l'abus de son pouvoir de direction par l'employeur.

La Cour insiste, en l'espèce, sur le caractère répétitif de l'attitude de l'employeur, ce qui n'est pas nouveau (pour exemple : Soc., 27 octobre 2004, *Bull.*, V, n° 267, p. 243) pour caractériser le harcèlement moral. Par ailleurs, elle retient que le harcèlement moral peut être constitué par des violences morales et psychologiques.

La conséquence qu'elle en tire, classique elle aussi, est que le salarié, non seulement, avait le droit de rompre son contrat de travail pour harcèlement moral, mais encore, que cette rupture était imputable à l'employeur (Soc., 16 décembre 1993, n° 90-43.039 ; sur des solutions similaires en cas d'attitude vexatoire de l'employeur ayant conduit le salarié à quitter son poste : Soc., 10 avril 1986, *Bull.*, V, n° 127, p. 101 ; Soc., 9 avril 1987, *Bull.*, V, n° 202, p. 130 ; Soc., 16 février 1989, *Bull.*, V, n° 137, p. 82).

### \* *Modification du contrat de travail*

#### N° 16

Le seul refus d'un salarié d'accepter une modification de son contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement ; il appartient à la cour d'appel de rechercher si la nécessité pour l'employeur de procéder à la modification du contrat est justifiée.

**Soc. – 28 janvier 2005.**

**Cassation partielle**

N° 03-40.639. – C.A. Versailles, 5 décembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

Après avoir affirmé que le refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail ne pouvait constituer une cause de licenciement (Soc., 7 juillet 1998, *Bull.*, V, n° 367, p. 278 ; Soc., 15 juillet 1998, *Bull.*, V, n° 381, p. 288), ou qu'il n'était pas fautif (Soc., 16 décembre 1998, *Bull.*, V, n° 557, p. 416), la chambre sociale affirme aujourd'hui précisément, comme en l'espèce, que ce refus ne constitue pas, en soi, une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 24 novembre 1999, *Bull.*, V, n° 456, p. 338 ; Soc., 9 avril 2002, *Bull.*, V, n° 121, p. 128 ; Soc., 5 mai 2004, *Bull.*, V, n° 120, p. 109).

Si l'employeur n'entend pas renoncer à cette modification que le salarié refuse, il lui appartient d'engager une procédure de licenciement dans le respect des dispositions prévues aux articles L. 122-14-1 et suivants du Code du travail (Soc., 21 février 1990, *Bull.*, V, n° 74, p. 44 ; Soc., 20 janvier 1998, *Bull.*, V, n° 23, p. 17). En d'autres termes, le licenciement pourra être valable si les motifs ayant conduit l'employeur à proposer la modification sont justifiés, l'absence de justification de la nécessité de procéder à la modification du contrat de travail rendant le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 26 novembre 2002, *Bull.*, V, n° 353, p. 345).

Dans l'arrêt du 28 janvier 2005, la Cour de cassation précise qu'il appartient à la cour d'appel de rechercher si la nécessité pour l'employeur de procéder à la modification du contrat est justifiée (à rapprocher de : Soc., 10 décembre 1996, *Bull.*, V, n° 430, p. 311 : il appartient au juge de rechercher si le motif de la modification constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement).

#### N° 17

La mise à disposition d'un salarié n'entraîne pas en soi une modification de son contrat de travail.

Dès lors, prive sa décision de base légale, la cour d'appel qui décide que l'absence de toute extension de la clause de mobilité contractuelle hors de l'entreprise employeur autorise le salarié à refuser sa mise à la disposition d'une société du même groupe, sans rechercher d'une part si le salarié

continuait à dépendre de son employeur, d'autre part si sa qualification, sa rémunération ou sa durée du travail s'en trouvaient affectées.

**Soc. – 15 mars 2005.**

**Cassation**

N° 03-41.371 – C.A. Nancy, 18 décembre 2002

M. Boubli, Pt. (f.f) – Mme Grivel, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale confirme sa jurisprudence selon laquelle la mise à disposition d'un salarié n'implique pas nécessairement une modification de son contrat de travail (Soc., 1<sup>er</sup> avril 2003, *Bull.*, V, n° 128 (3), p. 124). Ce qui compte est de déterminer en quoi la mise à disposition du salarié modifie son contrat de travail et nécessite, à ce titre, son accord.

### \* *Obligation de loyauté du salarié*

**N° 18**

Pendant la période de suspension de son contrat de travail, le salarié reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté.

Sont de nature à constituer un manquement à cette obligation des faits de pratiques prohibées de démarchage, détournement de clientèle et de concurrence déloyale.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Cassation partielle**

N° 03-16.167 – C.A. Montpellier, 5 mai 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Auroy, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale confirme sa jurisprudence aujourd'hui bien établie selon laquelle le salarié reste tenu d'une obligation de loyauté du salarié pendant une période de suspension de son contrat de travail, que celle-ci résulte d'un arrêt de travail pour maladie (Soc., 21 octobre 2003, *Bull.*, V, n° 258, p. 264), ou de l'accomplissement d'un stage pour formation (Soc., 12 octobre 2004, *Bull.*, V, n° 247, p. 227 ; Soc., 10 mai 2001, *Bull.*, V, n° 159, p. 126).

L'arrêt du 30 mars 2005 donne une illustration de manquement à l'obligation de loyauté, à savoir, en l'espèce, des actes de pratiques prohibées de démarchage, détournement de clientèle et de concurrence déloyale commis par le salarié pendant la suspension de son contrat de travail.

### \* *Pouvoir de direction de l'employeur*

**N° 19**

1° La bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié (1<sup>re</sup> espèce), ou de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail (2<sup>e</sup> espèce) est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; 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.

2° Le refus par un salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave.

**Soc. – 23 février 2005.**

**Rejet**

N° 03-42.018 – C.A. Montpellier, 22 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – M. Liffra, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

**Soc. – 23 février 2005.**

**Rejet**

N° 04-45.463 – C.A. Amiens, 12 mai 2004

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

Par ces deux arrêts la chambre sociale a souhaité clarifier les obligations des parties au contrat de travail en matière d'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction et de refus par le salarié de l'accepter.

Il résulte d'une jurisprudence bien établie de la chambre sociale que la mutation du salarié en application d'une clause de mobilité de son contrat de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur (Soc., 30 septembre 1997, *Bull.*, V, n° 289, p. 211, Soc., 10 juin 1997, *Bull.*, V, n° 210, p. 152) tout comme la simple modification des conditions de travail. Et on rappellera la distinction fondamentale que fait la chambre sociale entre la modification des conditions de travail, qui relève du pouvoir de direction de l'employeur, et la modification du contrat de travail que l'employeur ne peut imposer à son salarié (Soc., 23 janvier 2003, *Bull.*, V, n° 15, p. 15 – Soc., 14 novembre 2000, *Bull.*, V, n° 365, p. 280 ; Soc., 28 janvier 2005, pourvoi n° 03-40.639, *supra* n° 16 en cours de publication au bulletin, ce dernier arrêt précisant qu'en matière de modification du contrat de travail le juge doit rechercher si la nécessité de cette modification est justifiée, solution qui s'explique pas le fait qu'il n'entre pas dans les pouvoirs d'un employeur de modifier unilatéralement un contrat de travail).

Inhérent aux prérogatives de l'employeur, l'exercice de son pouvoir de direction est soumis à l'obligation générale de bonne foi qui, en vertu de l'article 1134 du Code civil, préside à l'exécution de tous les contrats, y compris du contrat de travail (art. L.121-1 du Code du travail, étant observé que la loi du 17 janvier 2002 a encore renforcé la portée en droit du travail de cette norme fondamentale du droit des contrats en insérant dans le code du travail un article L. 120-4 ainsi rédigé « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* »).

Toutefois, sauf disposition légale contraire, en tous domaines la bonne foi est « toujours présumée », pour reprendre les termes mêmes de l'arrêt Picot rendu le 5 novembre 1913 par la chambre civile de la Cour de cassation (*Bull.* n° 190, p. 365) qui a donné à l'article 2268 du Code civil une portée générale jamais démentie depuis ; la chambre sociale l'a d'ailleurs encore rappelé le 13 octobre 2004 (*Bull.*, V, n° 261, p. 238). S'agissant de la modification des conditions de travail d'un salarié, la bonne foi suppose certes que cette modification est conforme à l'intérêt de l'entreprise, mais cette conformité est présumée en tant qu'élément de la bonne foi contractuelle. Le juge n'a dès lors pas à procéder à une recherche de cette conformité sur le simple refus du salarié d'accepter la modification, ce qui reviendrait d'ailleurs d'une certaine façon à méconnaître le principe posé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt SAT du 8 décembre 2000 (*Bull.*, Ass. plén., n° 11, p. 9), principe

suivant lequel il n'appartient pas au juge de contrôler le choix fait par l'employeur entre les solutions possibles, et, en tout cas, à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et à présumer l'employeur de mauvaise foi dans l'exercice de son pouvoir de direction.

Le salarié qui conteste la décision de l'employeur modifiant ses conditions de travail, ou bien mettant en œuvre une clause de mobilité prévue par le contrat, doit donc démontrer, conformément aux règles relatives à la charge de la preuve, soit que la décision a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, soit qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle.

S'agissant des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, on peut ainsi penser, par exemple, à l'intention d'évincer en fait un salarié de son emploi.

S'agissant de l'exigence d'une mise en œuvre conforme à la bonne foi contractuelle – déjà affirmée clairement par un arrêt du 4 juin 2002 (*Bull.*, V, n° 188, p. 85) suivant lequel « *l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur envers le salarié n'impose pas que l'employeur ait agi dans le but de nuire au salarié, il suffit qu'il ait manqué à l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail* » – elle est riche de potentialités et allège sensiblement la nature et « l'intensité » de la preuve que doit apporter le salarié pour justifier son refus d'accepter la modification. Il n'est en effet pas nécessaire qu'il démontre un abus de droit ou une légèreté blâmable de son employeur, pour reprendre des formules employées par certains arrêts, (par exemple Soc., 11 juillet 2001, *Bull.*, V, n° 265, p. 213, ou Soc., 6 février 2001, *Bull.*, V, n° 41, p. 31), il suffit qu'il établisse le manquement à la bonne foi. Or cette notion, confortée par l'article 1135 du Code civil, permet au juge, dans sa mission complétive, de prendre en considération des éléments tirés de la situation individuelle de chaque salarié, voire d'une éthique de la solidarité et de la communauté d'intérêts, pour apprécier si la mise en œuvre d'une modification des conditions de travail n'est pas exclusive de la bonne foi contractuelle. On peut ainsi estimer qu'il n'est pas de bonne foi contractuelle d'imposer à un salarié une mutation, même prévue par le contrat de travail, s'il est en situation de fragilité familiale ou de santé (on sait qu'en matière de temps partiel la loi du 19 janvier 2000 – article L. 214-4-3 du Code du travail – légitime le refus d'un changement même prévu par le contrat si le salarié justifie de contraintes de ce type).

Pour compléter cet allègement de la nature de la preuve que doit apporter le salarié à l'appui de sa contestation de la décision de l'employeur lui imposant un changement de ses conditions de travail, le premier arrêt, revenant sur la doctrine issue d'un arrêt du 10 juillet 1996 (*Bull.*, V, n° 278, p. 196) décide que le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave. Seules des circonstances particulières – on peut ainsi penser à un refus totalement injustifié au regard de la nature et des conséquences de la modification en jeu – pourront justifier la qualification de faute grave. Un large éventail de solutions est donc ouvert au juge du fond, pouvant même aller, dans des cas où les raisons du salarié de refuser une modification sont particulièrement fortes, jusqu'à la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette évolution de jurisprudence traduit en tout cas la volonté de la chambre sociale, d'une part, de ne pas entraver l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction en lui imposant de démontrer qu'il est conforme à l'intérêt de son entreprise, d'autre part, de garantir au

salarié la possibilité d'établir que la mise en œuvre de ce pouvoir n'est pas conforme à l'exigence fondamentale de bonne foi contractuelle largement entendue.

### \* Responsabilité de l'employeur

#### N° 20

La rupture d'un contrat de travail procédant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut être opposée à un salarié pour le priver de la réparation du préjudice résultant des fautes commises par l'employeur dans l'exercice de ses obligations contractuelles.

Dès lors, ayant retenu qu'un employeur avait commis la faute de ne pas affilier un salarié à un régime de prévoyance complémentaire, encourt la cassation l'arrêt qui, pour le débouter de sa demande tendant à la réparation du préjudice résultant de cette faute, retient que les prestations liées à une invalidité du régime de prévoyance auquel il aurait dû être affilié ne concernaient que les salariés dont le contrat de travail n'est pas rompu et qu'en l'espèce ce salarié avait été licencié avant sa mise en invalidité.

**Soc. – 26 janvier 2005. Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 02-45.665 – C.A. Angers, 27 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

### \* Travail dissimulé

#### N° 21

La dissimulation d'emploi salarié prévue par le dernier alinéa de l'article L. 324-10 du Code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué et les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une telle intention.

**Soc. – 19 janvier 2005. Cassation partielle**

N° 02-40.085 – C.A. Montpellier, 6 novembre 2001

M. Sargos, Pt. – Mme Bourgeot, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale de la Cour de cassation réaffirme ici classiquement que l'existence d'une dissimulation d'emploi salarié suppose que soit prouvée l'intention de l'employeur de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué (Soc., 29 octobre 2003, *Bull.*, V, n° 268, p. 272 ; Soc., 4 mars 2003, *Bull.*, V, n° 80, p. 77 ; Soc., 21 mai 2002, *Bull.*, V, n° 170, p. 168).

Elle ajoute que l'existence de cette intention relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

### 3. Modification dans la situation juridique de l'employeur

#### \* Transfert d'un salarié protégé

Cf. infra E – 3 – Représentants du personnel – \*protection contre le licenciement, n<sup>os</sup> 66 et 67)

### 4. Contrats particuliers

#### \* Contrats de qualification

##### N° 22

Les jeunes titulaires de contrats de qualification devant bénéficier de l'ensemble des dispositions applicables aux autres salariés dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec leur situation, et la durée du travail du salarié sous contrat de qualification incluant le temps passé en formation, les déplacements pendant le temps de formation doivent être indemnisés selon les dispositions applicables à l'ensemble des salariés de l'entreprise.

Viole dès lors l'article L. 981-10 ancien du Code du travail, devenu l'article L. 981-7, le conseil de prud'hommes qui rejette une demande en paiement de l'indemnité conventionnelle pour les frais de déplacement exposés pour se rendre à un centre de formation professionnelle.

**Soc. – 8 mars 2005. Cassation partielle**

N° 03-41.392. – C.P.H. Rouen, 18 décembre 2002

M. Texier, Pt. (f.f.) – Mme Grivel, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

#### Note :

Les contrats de qualification sont des contrats de travail spécifiques réglementés par les articles L. 981-1 à L. 981-12 anciens, R. 981-1 et suivants et D. 981-1 et suivants du Code du travail. Il s'agit de contrats d'insertion en alternance, à durée déterminée, comprise entre six mois et deux ans, destinés à permettre à des jeunes de seize à vingt-cinq ans de suivre une formation en vue d'acquérir une qualification professionnelle.

En vertu de l'article L. 981-10 ancien du Code du travail, les jeunes titulaires d'un contrat de qualification doivent bénéficier de l'ensemble des dispositions applicables aux autres salariés dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec leur situation. Par le présent arrêt, la Cour de cassation tire de ce principe la conséquence que les déplacements pendant le temps de formation doivent être indemnisés selon les dispositions applicables à l'ensemble des salariés de l'entreprise. Le salarié titulaire d'un contrat de qualification peut donc demander le paiement de l'indemnité conventionnelle pour les frais de déplacement exposés pour se rendre à un centre de formation professionnelle.

Il faut noter que les contrats de qualification sont amenés à disparaître progressivement, puisque la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 a créé un nouveau contrat de formation en alternance, le contrat de professionnalisation, voué à remplacer les contrats de qualification, d'adaptation et d'orientation à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2004.

### \* Contrats initiative-emploi

##### N° 23

Les contrats initiative-emploi sont des contrats de travail de droit privé réservés aux demandeurs d'emploi de longue durée, aux bénéficiaires de minima sociaux et aux personnes qui, du fait de leur âge, de leur handicap, de leur situation sociale ou familiale, rencontrent des difficultés particulières d'accès à l'emploi, et conclus en application de conventions passées par les employeurs avec l'Etat. Il en résulte que lorsqu'ils sont conclus pour une durée déterminée, qui ne peut excéder vingt-quatre mois aux termes de l'article L. 322-4-4 du Code du travail, ils peuvent, par exception au régime de droit commun des contrats à durée déterminée, être contractés pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

**Soc. – 26 janvier 2005. Irrecevabilité et cassation sans renvoi**

N<sup>os</sup> 02-46.639, 02-46.731 et 02-46.732 – C.A. Paris, 10 septembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Barthélémy, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

#### \* Contrats conclus par les associations intermédiaires

##### N° 24

Les associations intermédiaires étant régies par les dispositions de l'article L. 322-4-16-3 du Code du travail, la violation des articles L. 124-1, L. 124-3 et L. 124-4 du Code du travail n'est pas susceptible d'entraîner la requalification des contrats de travail temporaires en contrats de travail à durée indéterminée.

**Soc. – 23 février 2005. Rejet**

N<sup>os</sup> 02-40.913 et 02-41.075 – C.A. Nîmes, 13 décembre 2001

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

#### Note :

L'article L. 322-4-16-3 du Code du travail autorise les associations intermédiaires – qui ont pour objet d'embaucher des personnes en difficulté pour faciliter leur insertion professionnelle – à les mettre à titre onéreux à la disposition de personnes physiques ou morales.

Cette mise à disposition s'effectue dans le cadre de contrats de travail temporaire dont le régime est précisé à l'article L. 322-4-16-3.

La question posée par le pourvoi était de savoir si, en présence de contrats de travail temporaire conclus par une association intermédiaire et ne comportant pas les mentions obligatoires imposées par les articles L. 124-3 et L. 124-4 (droit commun des contrats de travail temporaire), le salarié pouvait solliciter la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée en application de l'article L. 124-7-1 du même Code.



La chambre sociale répond par la négative à la question ; en effet les contrats de travail temporaires conclus par les associations intermédiaires relèvent d'un régime spécifique précisé à l'article L. 322-4-16-3 du Code du travail, dérogeant sur certains points au droit commun des contrats de travail temporaire ; en particulier, ce dernier texte réserve la sanction civile de la requalification au cas de violation de la durée du contrat de mise à disposition.

L'interprétation stricte de l'article L. 322-4-16-3 commande la solution retenue par la chambre sociale soucieuse de ne pas compromettre la pérennité des associations intermédiaires en ouvrant le champ des actions en requalification.

## N° 25

L'absence de convention entre l'Etat et une association intermédiaire, qui aux termes de l'article L. 322-4-16-3 du Code du travail, a pour objet d'embaucher des personnes afin de faciliter leur insertion professionnelle en les mettant à titre onéreux à la disposition de personnes physiques ou de personnes morales, ne peut avoir pour effet de dispenser les bénéficiaires des travaux ou des prestations de leur paiement à l'association.

Doit donc être rejeté le pourvoi formé contre un jugement de tribunal d'instance qui a condamné le bénéficiaire de travaux accomplis à son domicile en rejetant le moyen tiré de l'absence de convention liant l'Etat à cette association intermédiaire.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Rejet**

N° 03-12.057 – T.I. Valenciennes, 14 mai 2001

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note :*

Les associations intermédiaires, créées par la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 sont des associations ayant pour objet d'embaucher les personnes sans emploi, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières, afin de faciliter leur insertion professionnelle en les mettant à titre onéreux à disposition de personnes physiques ou de personnes morales, et qui ont conclu avec l'Etat une convention (article L. 322-4-16-3 du Code du travail, issu de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions).

La convention conclue avec l'Etat, pour une durée maximale de trois ans, doit préciser notamment les principales caractéristiques des personnes en difficulté accueillies par l'association, le territoire dans lequel l'association se propose d'exercer son activité, les personnels et les moyens matériels et financiers destinés à accueillir et aider les personnes embauchées, les aides publiques ou privées dont bénéficiera l'association intermédiaire (article 2 du décret n° 99-109 du 18 février 1999).

Les associations intermédiaires ont une mission sociale spécifique qui consiste à assurer l'accueil des personnes concernées ainsi que le suivi et l'accompagnement de leurs salariés en vue de faciliter leur insertion sociale et de rechercher les conditions d'une insertion professionnelle durable.

Les associations doivent, pour mettre leurs salariés à disposition, conclure des contrats écrits de mise à disposition avec l'utilisateur. Ces contrats doivent mentionner le nom du ou des salariés mis à disposition, les tâches à rem-

plir, le lieu où elles s'exécutent, le terme de la mise à disposition, lorsque l'utilisateur est une entreprise, le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, et la nature des équipements de protection individuelle que le salarié doit utiliser (article 5 du décret précité).

Ce sont donc des relations quadripartites qui se mettent en place entre l'association intermédiaire, le salarié, l'utilisateur et l'Etat.

L'absence de convention entre l'Etat et l'association intermédiaire qui a mis à disposition ses salariés a-t-elle une incidence sur la validité du contrat conclu entre cette association et l'utilisateur ?

La Cour de cassation affirme par la présente décision que l'absence de convention entre l'Etat et une association intermédiaire ne peut avoir pour effet de dispenser les bénéficiaires des travaux ou des prestations de leur paiement à l'association. L'absence de convention entre l'Etat et l'association n'entraîne donc pas ipso facto la nullité du contrat de mise à disposition, qui doit être exécuté par les parties.

En l'espèce, un utilisateur qui se prévalait de l'absence de convention entre l'association intermédiaire et l'Etat pour soulever la nullité du contrat de mise à disposition et refuser de payer les travaux effectués pour son compte a été condamné à payer à l'association le montant des prestations effectuées.

## \* Travail temporaire

## N° 26

Les dispositions de l'article L. 124-7, alinéa 2, du Code du travail, qui sanctionnent l'inobservation par l'entreprise utilisatrice des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4 du même Code, par la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée, ne sont pas applicables à la méconnaissance de l'article L. 124-7, alinéa 3, relatif au délai de carence.

**Soc. – 23 février 2005.**

**Rejet**

N° 02-44.098 – C.A. Riom, 14 mai 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

*Note :*

L'article L.124-7, alinéa 3, du Code du travail prévoit que des missions temporaires successives ne peuvent concerner un même poste de travail que si le délai qui s'écoule entre chacune des missions est au moins égal au tiers de la mission précédente.

Le non-respect de cette règle – dite du tiers temps – peut-elle entraîner la requalification des contrats de travail temporaires en contrat de travail à durée indéterminée ?

Telle était la question qui était posée par le pourvoi à la Cour de cassation.

L'arrêt du 23 février 2005 affirme très clairement – ce qui lui confère sa particulière importance – que l'inobservation par l'entreprise utilisatrice du délai de carence prévu par le troisième alinéa de l'article L. 124-7 ne permet pas au salarié intérimaire de faire valoir auprès de cette entreprise les droits afférents à un contrat de travail à durée

indéterminée, et met ainsi fin à la solution contraire retenue dans un précédent arrêt diffusé de la chambre sociale (Soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-44.058).

En effet, la sanction de requalification est expressément réservée aux cas de violation des règles énumérées aux articles L. 124-2 à L. 124-2-4 du Code du travail, parmi lesquelles ne figure pas celle relative au respect du délai de carence prévu à l'article L. 124-7 du même Code.

#### N° 27

Il résulte de la combinaison des articles L. 124-2 et L. 124-2-1 du Code du travail que le contrat de travail temporaire ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice et que, lorsque ce contrat est justifié par un accroissement temporaire d'activité de l'entreprise, le recours à des salariés intérimaires ne peut être autorisé que pour les besoins d'une ou plusieurs tâches résultant de cet accroissement, notamment en cas de variations cycliques de production, sans qu'il soit nécessaire ni que l'accroissement présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même de ces tâches.

Est dès lors légalement justifié l'arrêt qui, ayant constaté que l'employeur était amené à une utilisation intensive d'intérimaires de janvier à mai et que l'activité, loin d'être lissée, répondait à des cycles correspondant aux saisons agricoles, dépendant d'année en année des conditions climatiques et de leur incidence financière sur les capacités d'investissement des agriculteurs, a rejeté la demande de requalification de ces contrats de travail temporaire en contrats de travail à durée indéterminée.

**Soc. – 23 février 2005.**

**Rejet**

N° 02-40.336 – C.A. Metz, 23 octobre 2001

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

*Note :*

Par le présent arrêt, la chambre sociale précise la notion d'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, autorisant, en application de l'article L. 124-2-1, 2° du Code du travail, le recours aux salariés des entreprises de travail temporaire.

Elle décide en l'espèce que l'activité d'une entreprise fabriquant du matériel agricole qui « loin d'être lissée, répondait à des cycles correspondant aux saisons agricoles, dépendant d'année en année des conditions climatiques et de leur incidence financière sur les capacités d'investissement des agriculteurs » permet le recours à des salariés intérimaires sur le fondement de l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise.

Cet arrêt est à rapprocher d'un autre arrêt rendu par la chambre sociale le 21 janvier 2004 (*Bull.*, V, n° 27, p. 25, rejet), dans lequel elle avait décidé qu'une société, qui bénéficiait d'une augmentation constante de sa production et qui avait recruté des salariés intérimaires dont les différents contrats de mission s'inscrivaient dans cet accroissement durable et constant de son activité, ne justifiait pas d'un accroissement temporaire de son activité et a validé la requalification des contrats de travail temporaire en contrats de travail à durée indéterminée.

(Cf. sur le droit du syndicat d'agir en requalification, *infra* n° 109 G – Actions en justice-syndicat – droit d'action)

#### N° 28

L'entreprise de travail temporaire, sur laquelle pèse l'obligation de verser aux salariés mis à la disposition d'une entreprise, mais dont elle demeure l'employeur, des salaires conformes aux dispositions qui leur sont applicables, peut, en cas de manquement à cette obligation, se retourner contre l'entreprise utilisatrice dès lors qu'une faute a été commise par cette dernière. Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui, ayant constaté qu'une entreprise utilisatrice avait fourni à l'entreprise de travail temporaire des renseignements tronqués édulcorant la prime de treizième mois, a accueilli la demande de remboursement des compléments de rémunération versés par cette dernière.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Rejet**

N° 02-20.406 – C.A. Douai, 9 septembre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note :*

L'article L. 124-3, 6° du Code du travail dispose que le contrat de mise à disposition – par lequel un entrepreneur de travail temporaire met un salarié à la disposition d'un utilisateur – doit indiquer « le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris s'il en existe les primes et accessoires de salaires que percevait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification équivalente occupant le même poste ». Lorsque l'entreprise de travail temporaire a manqué à cette obligation en ne versant pas au salarié mis à disposition l'intégralité des rémunérations auxquelles il pouvait prétendre, et qu'elle est condamnée à lui verser un complément de salaire, à quelles conditions peut-elle exercer un recours à l'encontre de l'entreprise utilisatrice ? Telle était la question posée par l'entreprise utilisatrice, demanderesse au pourvoi. Cette dernière, s'appuyant sur un précédent arrêt (Soc., 4 décembre 1996, *Bull.*, V, n° 422, p. 304) prétendait que pour obtenir remboursement des compléments de salaires versés aux salariés intérimaires, l'entreprise de travail temporaire devait avoir mis préalablement en demeure l'entreprise utilisatrice de lui fournir les éléments relatifs à la rémunération et susceptibles de lui faire défaut. En l'absence de mise en demeure, elle ne pourrait engager sa responsabilité contractuelle.

Cette interprétation est condamnée par la chambre sociale. Le recours contre l'entreprise utilisatrice est fondé, dès lors que cette dernière a commis une faute. Le sommaire relatif à l'arrêt de 1996 n'évoquait d'ailleurs que la faute de l'entreprise utilisatrice sans faire référence à une quelconque obligation de mise en demeure préalable.

Ayant ainsi levé toute ambiguïté sur la portée de l'arrêt de 1996, la chambre sociale admet ici le recours de l'entreprise de travail temporaire contre l'utilisateur qui a commis une faute en ne lui précisant pas que ses salariés bénéficiaient d'une prime de treizième mois.

## N° 29

1° Il résulte des dispositions des articles L. 122-4-4 et L. 124-7 du Code du travail, que le salarié intérimaire, qui a obtenu la requalification de la relation de travail en contrat de travail à durée indéterminée, peut prétendre à une indemnité de préavis qui s'ajoute à l'indemnité de précarité.

Doit donc être rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui a condamné l'entreprise utilisatrice, qui avait déjà versé une indemnité de précarité, au paiement d'une indemnité de préavis.

2° Il résulte des dispositions de l'article L. 124-7-1 du Code du travail que lorsque le juge requalifie une succession de contrats de travail temporaire conclus avec le même salarié en contrat de travail à durée indéterminée, il ne doit accorder qu'une seule indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire.

Doit donc être rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt d'une cour d'appel, qui, ayant requalifié plusieurs contrats de travail temporaire en un contrat de travail à durée indéterminée, a accordé au salarié à titre d'indemnité de requalification une somme correspondant à un mois de salaire.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Rejet**

N° 02-45.410 – C.A. Versailles, 28 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note :*

L'article L. 122-4-4 du Code du travail permet le versement au salarié lié par un contrat de travail temporaire, d'une indemnité destinée à compenser la précarité de sa situation qui est versée à l'issue de chaque mission dans l'hypothèse où il ne bénéficie pas immédiatement d'un contrat de travail à durée indéterminée avec l'utilisateur.

La question posée par le pourvoi dont la Cour de cassation était saisie dans cette espèce était celle du cumul de l'indemnité de précarité avec celle de préavis.

La chambre sociale avait posé le principe de non-cumul de l'indemnité compensatrice de préavis et de précarité d'emploi, tout en prévoyant une exception à ce principe de non-cumul dans l'hypothèse d'une requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée. Ainsi un arrêt du 18 novembre 1981 (Soc., 18 novembre 1981, *Bull.*, V, n° 897, p. 666), avait jugé que le salarié pouvait prétendre à une indemnité de préavis qui s'ajoutait à l'indemnité de précarité d'emploi, lorsque, quelle que soit la qualification donnée au contrat la réglementation relative au travail temporaire n'était pas applicable et que tel était le cas lorsque l'entrepreneur de travail temporaire ne s'était pas conformé aux dispositions des articles L. 124-2 et L. 124-3 du Code du travail (alors en vigueur) et se trouvait de ce fait lié à lui par un contrat de travail à durée indéterminée de droit commun.

De même, la chambre sociale a admis dans un arrêt du 19 janvier 1999, (Soc., 19 janvier 1999, *Bull.*, V, n° 36, p. 27), le cumul de l'indemnité de précarité avec celle de préavis lorsque le salarié avait obtenu dans l'entreprise utilisatrice la requalification de son contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée.

L'importance de l'arrêt du 30 mars 2005 est d'affirmer expressément que le salarié intérimaire, qui a obtenu la requalification de sa relation de travail en contrat à durée indéterminée, peut prétendre à une indemnité de préavis qui s'ajoute à celle de précarité d'emploi : il importe peu que le salarié ait agi uniquement à l'encontre de l'entreprise utilisatrice ou ait au contraire attiré également l'entreprise de travail temporaire.

La chambre sociale en matière de travail temporaire suit l'avis de la Cour de cassation rendu le 24 janvier 2005 selon lequel, lorsque le juge requalifie une succession de contrats de travail à durée déterminée conclus avec le même salarié en un contrat de travail à durée indéterminée, il ne doit accorder qu'une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un mois de salaire (Avis n° 005 0003 du 24 janvier 2005).

## 5. Statuts particuliers

### \* *Voyageur, représentant, placier (VRP)*

#### N° 30

Le point de départ du délai de quinze jours prévu par l'article 17 de l'Accord national interprofessionnel des voyageurs représentants placiers du 3 octobre 1975 pendant lequel l'employeur peut dispenser le salarié de l'exécution de la clause de non-concurrence est la date de réception de la lettre de licenciement, qui ne compte pas pour la computation dudit délai.

La cour d'appel qui déboute le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité de clientèle doit statuer sur son droit à une indemnité de licenciement après avoir recueilli les observations des parties. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui s'abstient sans donner de motifs d'allouer au salarié pour la durée totale de son ancienneté, l'indemnité légale de licenciement qui constituait le minimum auquel il avait droit et dont le montant était nécessairement inclus dans la demande d'indemnité de clientèle plus élevée réclamée pour la même période.

**Soc. – 9 mars 2005.**

**Cassation partielle**

N° 02-46.149 – C.A. Versailles, 28 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale confirme ici des solutions déjà consacrées ; ainsi la règle relative à la détermination du point de départ du délai de quinze jours pendant lequel le salarié peut être dispensé de son obligation de non-concurrence par l'employeur est une confirmation d'un précédent arrêt (Soc., 14 octobre 1998, *Bull.*, V, n° 424 (2), p. 318 et l'arrêt cité).

La chambre sociale rappelle aux juges du fond qu'ils ont l'obligation de statuer sur le droit à indemnité légale de licenciement d'un voyageur représentant placier après rejet de sa demande d'indemnité de clientèle (dans le même sens que : Soc., 21 mars 1990, *Bull.*, V, n° 141, p. 83 et l'arrêt cité).

## B. – Durée du travail et rémunérations

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

#### \* Temps de travail – temps effectif

##### N° 31

Lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu du travail de sorte que les dispositions de l'article L. 212-4, alinéa 3, du Code du travail sont applicables.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 03-15.033 – C.A. Nancy, 10 décembre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Bourgeot, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

##### Note :

Le texte de l'article L. 212-4, alinéa 3, du Code du travail prévoit que : « Lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions législatives ou réglementaires, par des clauses conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties soit sous forme de repos, soit financières, devant être déterminées par convention ou accord collectif ou à défaut par le contrat de travail, sans préjudice des clauses des conventions collectives, de branche, d'entreprise ou d'établissement, des usages ou des stipulations du contrat de travail assimilant ces temps d'habillage et de déshabillage à du temps de travail effectif. » Le législateur a ainsi posé l'exigence de conditions cumulatives.

Dans l'espèce soumise à l'examen de la Cour de cassation, le règlement intérieur d'une entreprise de transport public urbain de voyageurs, qui imposait aux conducteurs receveurs le port d'une tenue de travail, ne précisait pas si l'habillage et le déshabillage devaient être faits à domicile ou sur le lieu de travail. Le salarié avait donc le choix théorique de s'habiller à domicile ou dans l'entreprise.

Pour faire bénéficier le salarié d'un choix réel, notamment lorsqu'il ne souhaite pas porter sa tenue de travail en dehors de son lieu ou temps de travail, et de la compensation prévue par l'article L. 212-4, la Cour de cassation a considéré que lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail.

#### \* Temps partiel-temps complet

##### N° 32

En l'absence de disposition légale le prévoyant, il n'est pas possible d'appliquer un horaire d'équivalence aux salariés employés à temps partiel.

**Soc. – 28 janvier 2005. Cassation partiellement sans renvoi**

N°s 02-40.381 et 03-40.382 – C.A. Dijon, 19 novembre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis – M. Allix, Av. Gén.

##### N° 33

Si l'absence de contrat de travail écrit fait présumer que l'emploi est à temps complet, l'employeur, qui conteste cette présomption, peut rapporter la preuve qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel en établissant que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas tenu de se tenir constamment à la disposition de son employeur.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour décider qu'un contrat de travail n'était pas à temps partiel, se borne à relever que ce contrat n'étant pas écrit était présumé à temps complet.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Cassation partielle**

N° 02-46.146 – C.A. Pau, 27 août 2002

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

##### N° 34

L'absence de contrat de travail écrit fait présumer que l'emploi est à temps complet. Il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel, d'autre part que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de son employeur.

**Soc. – 9 mars 2005.**

**Cassation partielle**

N° 03-40.386 – C.A. Douai, 28 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

##### Note commune aux n°s 33 et 34 :

Le contrat de travail d'un salarié à temps partiel doit mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine pour les contrats établis sur une base hebdomadaire ou les semaines du mois pour ceux établis sur une base mensuelle.

Selon les dispositions de l'article L. 212-4-3 du Code du travail, le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit. La jurisprudence en déduit de manière constante que l'absence d'écrit fait présumer que le contrat de travail a été conclu pour un horaire normal (Soc., 26 mars 1997, n° 96-40.501).

Cette présomption est simple et l'employeur peut apporter la preuve de la durée exacte du travail convenu (Soc., 12 mars 2002, *Bull.*, V, n° 90 (1), p. 98 ; Soc., 23 novembre 1999, *Bull.*, V, n° 451 (2), p. 330).

Confirmant sa jurisprudence maintenant bien établie en matière de preuve par l'employeur d'un contrat de travail à temps partiel (Soc., 25 février 2004, *Bull.*, V, n° 63, p. 58 ; Soc., 8 juillet 2003, *Bull.*, V, n° 225 (1), p. 232), la chambre sociale, rappelle dans son arrêt du 26 janvier 2005, qu'il appartient à l'employeur qui entend combattre la présomption simple pour défaut d'écrit de rapporter la preuve que le salarié ne s'est pas trouvé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et n'a pas été tenu de demeurer constamment à sa disposition. Ce n'est qu'en présence de ces éléments de preuve apportés par l'employeur que le contrat à temps partiel pourra être retenu.

## 2. Rémunérations

### \* Heures supplémentaires

#### N° 35

Le juge saisi d'une demande en paiement d'heures supplémentaires ne peut y substituer une condamnation à des dommages-intérêts.

**Soc. – 23 février 2005. Cassation partielle**

N° 02-42.552 – C.A. Paris, 14 février 2002

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

#### Note :

La chambre sociale censure ici fermement la pratique des juges du fond consistant à indemniser les salariés des heures supplémentaires accomplies en leur octroyant des dommages-intérêts. Déjà dans son arrêt du 15 octobre 2002 (*Bull.*, V, n° 315, p. 303), la chambre sociale avait rappelé qu'en vertu de l'article L. 212-1-1 du Code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles et la Cour de cassation en avait déduit que ces dispositions excluaient la possibilité de réparer une perte de chance de prouver le nombre d'heures supplémentaires effectuées.

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 23 février 2005, le salarié avait expressément demandé le paiement d'une somme correspondant au nombre des heures supplémentaires qu'il prétendait avoir accomplies, et qu'il évaluait forfaitairement à six mois de salaires ; les juges du fond, eu égard au caractère forfaitaire de la somme réclamée et retenant à l'encontre de l'employeur un manquement à ses obligations contractuelles en matière d'élaboration des fiches de paye ont condamné l'employeur à lui verser des dommages-intérêts ; cette disposition est cassée par la chambre sociale au double visa de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile et L. 212-1-1 du Code du travail.

En effet, la pratique consistant à indemniser le salarié des heures supplémentaires accomplies en lui octroyant des dommages-intérêts a pour conséquence de modifier l'objet du litige.

Par ailleurs, l'article L. 212-1-1 du Code du travail institue, en matière de charge de la preuve des heures supplémentaires, un mécanisme spécifique. La jurisprudence récente élaborée à cet égard par la chambre sociale aboutit à ce que les deux parties contribuent à la production d'éléments probatoires (obligation pour le salarié demandeur de fournir tous éléments à l'appui de sa demande (témoignages de collègues, fiches de présence établies par lui-même...) et obligation pour l'employeur de fournir tous éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié), et ce sous le contrôle du juge qui peut user de tout moyen d'investigation utile. Ces dispositions sont de nature à permettre au juge du fond de résoudre la difficulté à laquelle il est confronté quant à la détermination du nombre exact d'heures sup-

plémentaires effectuées. On peut observer que les juges sont souverains pour évaluer les heures supplémentaires non rémunérées et cette évaluation peut être forfaitaire.

Il n'est dès lors pas juridiquement fondé ni utile de passer par le détour des dommages-intérêts pour assurer au salarié le paiement des heures supplémentaires accomplies et non rémunérées.

Au demeurant, les créances salariales et indemnitaires ne se confondent pas et obéissent à des régimes distincts ; en outre, il ne faudrait pas que sous couvert de dommages-intérêts alloués au salarié ce dernier soit privé du paiement du salaire majoré auquel donnent droit les heures supplémentaires, ainsi que des congés payés y afférents.

### \* Salaire

#### N° 36

Si l'inscription en compte courant, qui équivaut à un paiement, fait perdre à la créance son individualité et la transforme en simple article du compte courant dont seul le solde peut constituer une créance exigible entre les parties, c'est à la condition que les remises sur le compte soient faites avec l'accord exprès du salarié.

#### Note :

La chambre sociale confirme sa jurisprudence sur la remise en compte courant des rémunérations du salarié, et ses effets (*Soc.*, 15 octobre 2002, *Bull.*, V, n° 305, p. 292), mais en y ajoutant une précision importante, à savoir qu'elle est subordonnée à l'accord exprès du salarié.

**Soc. – 23 février 2005.**

**Rejet**

N°03-40.482 – C.A. Douai, 29 novembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Texier, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

### \* Garantie AGS

#### N° 37

L'indemnité due en réparation du préjudice subi par le salarié du fait du non-paiement par l'employeur des cotisations à une caisse de retraite complémentaire prévue par la convention collective est une créance née en exécution du contrat de travail, peu important le taux de cotisation choisi par l'employeur, qui n'est qu'une modalité de l'exécution de son obligation conventionnelle. Une telle créance d'un salarié, née et exigible avant l'ouverture de la procédure collective, relève de la garantie de l'AGS en application de l'article L. 143-11-1-1° du Code du travail.

**Soc. – 25 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 03-40.195 – C.A. Aix-en-Provence, 2 octobre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Lebée, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

## C. – Santé et sécurité au travail

### \* *Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail*

N° 38

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du Code du travail que lorsque la lettre de licenciement a été envoyée au salarié avant qu'il ne soit victime d'un accident du travail, la circonstance que cette lettre ne lui soit parvenue qu'au cours de la période de suspension de son contrat de travail consécutive à l'accident n'a pas pour conséquence de rendre nul le licenciement précédemment prononcé dont l'effet est reporté à l'expiration de la période de suspension.

Ass.plén., – 28 janvier 2005.

Rejet

N° 01-45.924 – C.A. Bourges, 21 août 2001

M. Canivet, P. Pt. – Mme Bellamy, Rap. assistée de Mme Benichou, greffier en chef – M. de Gouttes, Av. Gén.

Note :

Aux termes de l'article L. 122-32-2 du Code du travail l'employeur ne peut rompre la relation de travail au cours de la période de suspension consécutive à un accident ou à une maladie d'origine professionnelle, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif qui n'est pas lié à l'accident ou à la maladie. La méconnaissance de cette interdiction entraîne la nullité du licenciement et le salarié est en droit d'exiger sa réintégration ou le versement de dommages-intérêts.

Qu'advient-il si l'accident du travail survient une fois la lettre de licenciement expédiée ?

Telle était la question posée par le pourvoi dont l'Assemblée plénière était saisie dans cette espèce.

La chambre sociale dans un précédent arrêt du 8 octobre 1991 (Soc., 8 octobre 1991, *Bull.*, V, n° 398, p. 249) avait jugé « *qu'en l'absence de faute grave ou de l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat, le licenciement prononcé pendant la période de suspension provoquée par un accident du travail est nul, quand bien même l'accident serait intervenu après l'entretien préalable* ».

Par arrêt du 28 janvier 2005, l'Assemblée plénière décide que l'expression de la volonté de licencier résulte de l'envoi par l'employeur de la lettre de licenciement et qu'il convient de se placer à cette date pour vérifier si la rupture a ou non eu lieu pendant la période de suspension.

Le choix opéré par l'Assemblée plénière s'explique d'une part, par la nature juridique du licenciement, acte unilatéral de l'employeur qui prend effet dès qu'il a exprimé sa volonté de mettre fin à la relation de travail, et d'autre part, par la recherche d'une solution raisonnable à cette difficulté, car après l'envoi de la lettre de licenciement la situation échappe à l'employeur.

La solution adoptée par l'Assemblée plénière est à rapprocher d'un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 27 janvier 2005 (Arrêt de la deuxième chambre du 27 janvier 2005, affaire C-188/03 – Junkc/Kuhnel). Saisie d'une demande de question préjudicielle portant sur l'interprétation des articles 2 à 4 de la

directive 98/59/CE du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, la Cour a précisé que « *l'événement valant licenciement est constitué par la manifestation de volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail* ».

N° 39

En visant expressément dans son certificat médical l'article R. 241-51-1 du Code du travail, assorti de la mention « *inapte définitif à tout poste existant dans l'entreprise, une seule visite* », le médecin du travail estime nécessairement qu'il existait une situation de danger immédiat au sens de cette disposition.

Soc. – 19 janvier 2005.

Rejet

N° 03-40.765 – C.A. Angers, 7 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Bourgeot, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

Note :

L'inaptitude du salarié à son poste de travail ne peut être constatée qu'à l'issue de deux examens médicaux espacés de deux semaines, d'une étude de poste et éventuellement d'examens complémentaires (article R. 241-51-1, alinéa 1<sup>er</sup>).

Le double examen est exigé pour toutes les déclarations d'inaptitude, même à tout emploi, qu'elles soient émises en cours d'exécution du contrat de travail ou lors de la reprise du travail.

Cependant, un seul examen suffit si l'avis mentionne la situation de danger immédiat qu'entraînerait pour la santé ou la sécurité du salarié son maintien à son poste de travail.

A défaut d'une telle mention expresse portée sur l'avis médical, les juges du fond peuvent-ils analyser l'avis comme se plaçant sur le terrain de l'état de danger ?

Telle était la question posée par le pourvoi à la Cour de cassation.

Pour la chambre sociale, en se référant expressément dans son certificat à l'article R. 241-51-1 suivi de la mention « *une seule visite* », le médecin a nécessairement retenu l'existence d'un danger immédiat. Renonçant à un formalisme excessif, la chambre sociale n'exige pas l'écriture en toutes lettres de la formule « *danger immédiat* ». Par contre on peut penser que le seul visa de l'article R. 241-51-1 du code du travail serait insuffisant à caractériser l'existence d'un danger immédiat car cet article ne concerne pas que cette situation.

Par un arrêt précédent (Soc., 4 juin 2002, *Bull.*, V, n° 192, p. 188), la Cour avait sanctionné par la nullité un licenciement prononcé pour inaptitude à la suite d'un seul examen médical ne portant pas mention du danger immédiat : un tel danger résultait, pour les juges du fond, des circonstances propres à l'espèce. Mais dans cet arrêt, contrairement à l'arrêt commenté, le certificat du médecin ne faisait pas apparaître le visa de l'article R. 241-51-1 du Code du travail.

N° 40

Lorsque les avis du médecin du travail ont été délivrés en vue de la reprise du travail par le salarié et que l'employeur en a eu connaissance, la période de suspension du contrat de travail au sens de l'article

R. 241-51 du Code du travail a pris fin, peu important à cet égard que le salarié ait continué à bénéficier d'un arrêt de travail de son médecin traitant.

**Soc. – 19 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 03-41479 – C.A. Paris, 31 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Bourgeot, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

#### N° 41

Lorsque les avis du médecin du travail ont été délivrés en vue de la reprise du travail par le salarié et que l'employeur en a eu connaissance, la période de suspension du contrat de travail au sens de l'article R. 241-51 du Code du travail a pris fin, peu important à cet égard que le salarié ait continué à bénéficier d'un arrêt de travail de son médecin traitant.

**Soc. – 19 janvier 2005.**

**Cassation**

N° 03-41.904 – C.A. Poitiers, 21 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Bourgeot, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

*Note :*

Cette solution confirme le précédent arrêt rendu par la chambre sociale le 6 avril 1999 (*Bull.*, V, n° 157, p. 114).

#### N° 42

Aucune disposition du Code du travail ne prévoit la nullité du licenciement lorsque l'employeur engage la procédure de licenciement avant que le médecin du travail ne se soit prononcé définitivement sur l'aptitude du salarié à son poste de travail.

Il résulte de l'engagement de la procédure de licenciement avant que le médecin du travail se soit prononcé définitivement sur l'aptitude du salarié à son poste de travail qu'aucune tentative de reclassement du salarié n'a été effectuée.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Cassation partielle**

N° 03-40.332 – C.A. Versailles, 27 novembre 2002

Mme Mazars, Pt. (f.f.) – Mme Bourgeot, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

L'inaptitude du salarié à son poste de travail ne peut être constatée qu'à l'issue de deux examens médicaux espacés de deux semaines, d'une étude de poste et éventuellement d'examens complémentaires et d'un avis du médecin inspecteur régional du travail (article R. 241-51-1). Le double examen est exigé pour toutes les déclarations d'inaptitude, même à tout emploi, qu'elles soient émises en cours d'exécution du contrat de travail ou lors de la reprise du travail.

L'article L. 122-45 du Code du travail prévoit par ailleurs la nullité des licenciements prononcés en raison de l'état de santé ou du handicap du salarié, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail.

Quelle règle appliquer alors dans l'hypothèse où l'employeur a engagé la procédure de licenciement entre les deux examens médicaux, le licenciement ayant été prononcé une fois l'inaptitude régulièrement constatée?

Telle était la question posée par le pourvoi à la Cour de cassation.

Pour la chambre sociale, l'employeur peut engager la procédure de licenciement entre les deux examens et un tel licenciement n'est pas nul dès lors qu'il sera prononcé lorsque l'inaptitude aura été régulièrement acquise. On peut observer que la procédure de licenciement n'a pas été engagée pendant une période de suspension, mais alors que celle-ci avait pris fin avec le premier examen médical de reprise.

Cependant, la Cour précise que, dès lors que la procédure de licenciement a été engagée avant même que l'inaptitude du salarié n'ait été définitivement constatée, la recherche de reclassement n'a pu être sérieuse. Le caractère hâtif de la mise en œuvre du licenciement témoigne du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement. Sur ce point de droit, la jurisprudence de la Chambre est constante (Soc., 28 janvier 2004, *Bull.*, V, n° 29, p. 28).

#### N° 43

Lorsqu'un salarié, dont l'inaptitude a été reconnue par le médecin du travail, a, en application de l'article L. 241-10-1 du Code du travail, contesté l'avis médical devant l'inspecteur du travail, et que ce dernier ne reconnaît pas l'inaptitude, le licenciement prononcé par l'employeur après l'avis médical, mais avant la décision de l'inspecteur du travail, devient privé de cause et le salarié a droit à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**Soc. – 9 février 2005.**

**Rejet**

N° 03-44.486 – C.A. Orléans, 29 avril 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Auroy, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

Cette solution a été donnée pour la première fois par la chambre sociale dans son arrêt du 8 avril 2004, *Bull.*, V, n° 118 (2), p. 106.

#### N° 44

Selon l'article L. 122-24-4 du Code du travail, l'employeur est tenu de verser au salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel, qui n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de l'examen de reprise du travail et qui n'est pas licencié, le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail et cette disposition s'applique également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail.

En l'absence de disposition expresse en ce sens, aucune réduction ne peut être opérée sur la somme, fixée forfaitairement au montant du salaire antérieur à la suspension du contrat, que l'employeur doit verser au salarié en application de l'article L. 122-24-4 du Code du travail, la question de la

conservation des avantages reçus au titre des prestations versées par une institution de prévoyance en raison de l'état de santé du salarié relevant des seuls rapports entre ces derniers.

**Soc. – 16 février 2005. Rejet et cassation partielle**

N<sup>os</sup> 02-43.792, 03-41.879, 03-41.880 et 04-40.265 – C.A. Aix-en-Provence, 19 décembre 2002, 30 septembre 2003 et 14 mars 2002

M. Sargos, Pt. – M. Trédez, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale applique ici la solution déjà admise en cas d'incapacité à tout emploi consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle : Soc., 19 mai 1998, *Bull.*, V, n° 263, p. 200 ; Soc., 22 octobre 1996, *Bull.*, V, n° 336 (2), p. 237. On notera toutefois la précision quant au sort des avantages reçus au titre des prestations perçus d'une institution de prévoyance qui relèvent des seuls rapports de celle-ci avec le salarié. Seules des clauses contractuelles particulières pourraient permettre de répéter ou de compenser ces prestations.

#### N° 45

Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui après avoir constaté que le salarié s'est présenté à l'entreprise à l'issue de son arrêt de travail pour maladie et que l'employeur n'avait pas pris les dispositions nécessaires pour que soit effectuée la visite médicale de reprise et s'était borné à affecter le salarié à des tâches ne correspondant pas à ses fonctions contractuelles, analyse la rupture du contrat de travail en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**Soc. – 26 janvier 2005. Rejet**

N° 03-40.893 – C.A. Rouen, 10 décembre 2002

Mme Mazars, Pt. (f.f.) – Mme Bourgeot, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

#### N° 46

L'avis des délégués du personnel prévu à l'article L. 122-32-5 du Code du travail sur le reclassement du salarié qui, victime d'un accident du travail, a été déclaré par le médecin du travail, à l'issue des périodes de suspension de son contrat de travail, inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, doit être recueilli lorsque l'incapacité du salarié a été constatée dans les conditions prévues à l'article R. 241-51-1 du Code du travail. Il s'ensuit que n'ont pas été consultés conformément aux prévisions de l'article L. 122-32-5 du Code du travail les délégués du personnel dont l'avis a été recueilli alors que le salarié n'a fait l'objet que du premier des deux examens médicaux exigés par l'article R. 241-51-1 du Code du travail en vue de faire constater son incapacité.

**Soc. – 16 février 2005. Cassation partielle**

N° 03-40.721 – C.A. Versailles, 16 janvier 2002

Mme Mazars, Pt. (f.f.) – Mme Leprieux, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

Protectrice des intérêts des salariés victimes d'un accident du travail ou atteints d'une maladie professionnelle, les dispositions de l'article L. 122-32-5 du Code du travail imposent à l'employeur de consulter les délégués du personnel pour recueillir leur avis concernant les possibilités de reclassement dans l'entreprise du salarié victime d'un accident de travail ou atteint d'une maladie professionnelle. Mais cette consultation ne peut intervenir qu'après que le médecin du travail a déclaré le salarié inapte à reprendre son emploi, à l'issue des périodes de suspension.

Or, cette exigence doit être comprise à la lumière de l'article R. 241-51-1 du Code du travail qui dispose que l'incapacité du salarié à son poste de travail ne peut être constatée qu'après deux examens médicaux.

La chambre sociale en déduit logiquement l'irrégularité de la consultation des délégués du personnel alors qu'un seul examen médical a été fait, l'incapacité n'ayant alors pas encore été constatée définitivement. Elle avait, d'ailleurs, déjà jugé en ce sens (Soc., 15 octobre 2002, *Bull.*, V, n° 310, p. 297).

#### N° 47

Si les indemnités prévues par les articles L. 122-32-6 et L. 122-32-7 du Code du travail ne sont pas dues en cas de licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-32-2 du même Code, le salarié qui n'a pas demandé sa réintégration peut prétendre à l'indemnité légale de licenciement dès lors qu'il remplit la condition d'ancienneté prévue à l'article L. 122-9.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, pour débouter le salarié licencié dans de telles circonstances de sa demande d'indemnité légale de licenciement, relève, par motifs adoptés des premiers juges, que l'intéressé ne remplissait pas la condition d'ancienneté prévue par l'article précité.

Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis.

Viole par conséquent les articles L. 122-8 et L. 122-32-2 du Code du travail l'arrêt qui, pour rejeter la demande en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et des congés payés afférents formée par le salarié dont le licenciement survenu au cours d'une suspension du contrat de travail provoquée par un accident du travail était nul en application de l'article L. 122-32-2, relève que les dispositions de l'article L. 122-8 du Code du travail ne sont pas applicables en l'espèce.

**Soc. – 16 février 2005. Cassation partielle sans renvoi**

N° 02-43.182 – C.A. Rennes, 12 mars 2002

M. Sargos, Pt. – M. Blatman, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

1° La chambre sociale rappelle ici que les indemnités spécifiques prévues aux articles L. 122-32-6 et L. 122-32-7 du Code du travail ne sont pas dues lorsque le licenciement



ment est prononcé pendant une période de suspension pour cause de maladie ou d'accident du travail : les textes précités n'envisagent que les licenciements prononcés à l'issue de la période de suspension (Soc., 12 mai 1998, *Bull.*, V, n° 243 (1), p. 184 et l'arrêt cité).

En cas de licenciement prononcé en cours de suspension et non justifié par une faute grave du salarié ou par un motif non lié à son état de santé, le salarié victime du licenciement nul pourra solliciter sa réintégration ou à défaut, obtenir les indemnités de rupture prévues dans les conditions de droit commun, et donc notamment l'indemnité légale de licenciement ; celle-ci relevant de l'article L. 122-9 du Code du travail, elle n'est due que si le salarié a une ancienneté suffisante (de deux ans). Cette indemnité de licenciement de l'article L. 122-9 du Code du travail soumise à des conditions d'ancienneté ne doit pas être confondue avec l'indemnité spéciale de licenciement prévue à l'article L.122-32-6 du Code du travail, dont la chambre sociale a déjà jugé qu'en l'absence de précision légale, elle était due sans condition d'ancienneté (Soc., 10 novembre 1988, *Bull.*, V, n° 589, p. 380).

2° La chambre sociale confirme sa jurisprudence aujourd'hui bien établie selon laquelle si le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis, peu important les motifs de la rupture (Soc., 2 juin 2004, *Bull.*, V, n° 153 (2), p. 145 et les arrêts cités).

#### N° 48

Dès lors que la cessation d'activité est réelle et qu'elle rend impossible la poursuite du contrat de travail, la résiliation de ce contrat n'est pas contraire aux dispositions de l'article L. 122-32-2 du Code du travail relatives au licenciement d'un salarié pendant une période de suspension consécutive à un accident du travail.

**Soc. – 15 mars 2005.**

**Rejet**

N° 03-43.038 – C.A. Versailles, 6 février 2003

M. Boubli, Pt. (f.f) – M. Trédez, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

Selon l'article L. 122-32-2 du Code du travail, au cours des périodes de suspension du contrat de travail d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur ne peut rompre le contrat que s'il justifie, soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir le contrat.

La jurisprudence de la chambre sociale décide de manière constante que l'existence d'un motif économique de licenciement ne constitue pas nécessairement une impossibilité de maintenir le contrat du salarié (Soc., 16 décembre 1992, *Bull.*, V, n° 597 (1), p. 376 ; Soc., 3 février 1993, *Bull.*, V, n° 32, p. 24 ; Soc., 28 janvier 1998, *Bull.*, V, n° 37, p. 28).

L'intérêt de l'arrêt du 15 mars 2005 est de rappeler que le juge se doit de rechercher si le motif économique constitue une impossibilité de maintenir le contrat au sens de l'article L. 122-32-2 du Code du travail : tel est le cas si l'employeur a cessé définitivement son activité (Soc., 20 février 1991, pourvoi n° 87-42.695).

### \* Discrimination en raison de l'état de santé

#### N° 49

Les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail s'appliquent à la période d'essai.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté qu'un salarié, dont la période d'essai avait été suspendue pendant un congé maladie, s'était vu notifier la rupture de son contrat de travail parce que l'employeur avait manifestement souhaité l'écarter en raison de ses problèmes de santé, prononce la nullité de cette rupture et condamne l'employeur à la réparation du préjudice résultant du caractère illicite de celle-ci ainsi qu'au versement d'une indemnité compensatrice de préavis.

**Soc. – 16 février 2005.**

**Rejet**

N° 02-43.402 – C.A. Paris, 12 mars 2002

M. Sargos, Pt. – M. Blatman, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

L'article L. 122-45 du Code du travail instaure un régime de nullité pour discriminations. Il précise qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une formation et ne peut être sanctionnée ou licenciée pour un motif discriminatoire.

En l'espèce, la question posée à la chambre sociale était celle de l'application des dispositions de l'article L. 122-45 à la période d'essai, et plus précisément de la possibilité de déclarer nulle la rupture d'une période d'essai, pour discrimination en raison de l'état de santé du salarié.

S'il est de jurisprudence constante que la rupture unilatérale du contrat de travail par l'employeur au cours de la période d'essai relève de son pouvoir discrétionnaire, sauf abus (Soc., 18 juin 1996, *Bull.*, V, n° 247, p. 173 ; Soc., 9 octobre 1996, *Bull.*, V, n° 318, p. 226 ; Soc., 5 mai 2004, *Bull.*, V, n° 123, p. 112), la chambre sociale ne s'était encore jamais prononcée sur l'application de l'article L. 122-45 à une période d'essai.

La nouveauté et l'importance de l'arrêt du 16 février 2005 résident, d'une part, dans l'application de l'article L. 122-45 à la période d'essai et d'autre part dans la précision des sanctions civiles encourues par l'employeur : ce dernier est condamné à la réparation du préjudice résultant du caractère illicite de la rupture de la période d'essai ainsi qu'au versement d'une indemnité compensatrice de préavis.

Le choix opéré par la chambre sociale de la nullité de la rupture et pas seulement de son caractère abusif s'explique par la volonté de conserver à la période d'essai sa finalité propre (qui est d'évaluer les aptitudes professionnelles du salarié) et de protéger le salarié de toute discrimination fondée sur son état de santé, dès la formation du contrat de travail.

**\* Obligation de sécurité pesant  
sur le salarié**

N° 50

En cas de manquement à l'obligation qui lui est faite par l'article L. 230-3 du Code du travail de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou omission au travail, un salarié engage sa responsabilité et une faute grave peut être retenue contre lui. Dès lors, la cour d'appel qui constate qu'un salarié chargé de fonctions d'encadrement n'avait pas respecté l'obligation de porter un casque de sécurité, a pu décider qu'il avait commis une faute grave.

**Soc. – 23 mars 2005.**

**Rejet**

N° 03-42.404 – C.A. Lyon, 28 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

Cet arrêt s'inscrit dans le cadre des décisions de la chambre sociale sur l'impact disciplinaire que peut avoir le concept de sécurité à l'égard d'un salarié.

Ce concept de sécurité au travail a été modifié en profondeur par la très importante directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989 « concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ». Transposée dans le Code du travail par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991, cette directive impose une approche globalisante de la sécurité qui fait peser sur l'employeur, une obligation de résultat de mise en œuvre de la sécurité et, sur le salarié, une obligation de moyens d'apporter son concours à la sécurité. La transposition de cet article 13 de la directive par la loi du 31 décembre 1991 correspond essentiellement à l'article L. 230-3 du Code du travail issu de cette loi, qui est ainsi rédigé : « Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur ou le chef d'établissement, dans les conditions prévues, pour les entreprises assujetties à l'article L. 122-33 du présent Code, au règlement intérieur, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail ».

La chambre sociale a entendu avoir une vision proche de l'esprit comme de la lettre de la directive, c'est-à-dire une vision globale et intégrée de la sécurité à laquelle doit concourir – ce verbe est répété deux fois dans l'article 13 de la directive – le salarié, même si les devoirs de l'employeur sont infiniment plus importants.

Un premier arrêt a ainsi été rendu le 28 février 2002 (Bull., V, n° 82, p. 91) à propos d'un cadre, chargé de la direction du service entretien d'un établissement industriel, qui avait en particulier dans ses attributions la passation des commandes relatives à la maintenance des installations, la détermination avec les entreprises intervenantes des conditions de leur intervention et leur information sur les mesures de sécurité, et qui, à l'occasion de travaux confiés à une entreprise extérieure et portant sur l'installation d'une nouvelle centrale hydraulique, avait omis de signaler que l'ancienne conduite de l'installation, qu'il fallait démonter, comportait des particularités au niveau d'un dispositif ; de ce fait, deux ouvriers de

l'entreprise qui travaillaient au démontage furent tués. L'employeur ayant licencié ce cadre pour faute grave, et la cour d'appel ayant retenu une telle faute, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

Un autre arrêt du 22 mai 2002 (Bull., V, n° 175, p. 307) concerne un salarié soumis par son employeur – conformément à une disposition du règlement intérieur – à un contrôle de son imprégnation alcoolique alors qu'il conduisait un véhicule, dans lequel il transportait un autre salarié, sur un chantier. Le contrôle s'étant révélé positif, l'employeur avait engagé une procédure de licenciement. La cour d'appel avait jugé qu'il était sans cause réelle et sérieuse au motif que le contrôle d'alcoolémie, s'il a pour objet de prévenir ou de faire cesser immédiatement une situation dangereuse, ne saurait permettre de constater une faute disciplinaire. Cette décision a été cassée, notamment au visa de l'article L. 230-3 du Code du travail, dans les termes suivants : « Les dispositions d'un règlement intérieur permettant d'établir sur le lieu de travail l'état d'ébriété d'un salarié en recourant à un contrôle de son alcoolémie sont licites dès lors, d'une part, que les modalités de ce contrôle en permettent la contestation, d'autre part, qu'en égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger, de sorte qu'il peut constituer une faute grave ».

La même solution a été reprise le 24 février 2004 (Bull., V, n° 60, p. 56).

Dans la présente espèce, le salarié chef de chantier refusait de respecter une consigne de sécurité obligatoire – en l'espèce le port d'un casque –. Un tel comportement constitue un manquement à l'obligation légale de sécurité personnelle et permet au juge du fond de retenir une faute grave justifiant le licenciement immédiat de ce salarié.

**\* Revenu de remplacement**

N° 51

L'attribution d'une pension d'invalidité de la deuxième catégorie par un organisme de sécurité sociale n'implique pas que son bénéficiaire soit inapte au travail au sens de l'article L. 351-1 du Code du travail.

**Soc. – 22 février 2005.**

**Rejet**

N° 03-11.467 – C.A. Bordeaux, 21 novembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Chauviré, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

L'article L. 351-1 du Code du travail dispose que « les travailleurs involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi, ont droit à un revenu de remplacement... »

Selon les dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la sécurité sociale, en vue de la détermination du montant de la pension d'invalidité, les invalides sont classés en première, deuxième ou troisième catégorie : la deuxième catégorie correspondant aux invalides absolument incapables d'exercer une profession quelconque.

Un invalide classé en deuxième catégorie peut-il alors être reconnu apte au travail au sens de l'article L. 351-1 du Code du travail, pour bénéficier du revenu de remplacement ?

Telle était la question posée par le pourvoi dont la Cour de cassation était saisie dans cette espèce.

La cour d'appel avait estimé que l'aptitude au travail devait être appréciée au regard des seules dispositions du droit du travail et qu'il n'y avait aucune dépendance entre les législations du travail et de la sécurité sociale.

L'intérêt de l'arrêt du 22 février 2005 est d'affirmer avec la plus grande netteté qu'un assuré social, jugé, par un organisme de sécurité sociale incapable d'exercer une profession quelconque, ne doit pas être considéré comme inapte au sens de l'article L. 351-1 du Code du travail.

La jurisprudence de la chambre sociale s'oppose à celle du Conseil d'Etat selon laquelle les personnes titulaires d'une pension d'invalidité de la deuxième catégorie doivent être regardées comme inaptes au travail au sens des dispositions de l'article L. 351-1 du Code du travail (CE, 17 mai 1999, n° 168206, 1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> s. – s., Fiquemont).

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

### 1. *Accords et conventions collectives*

#### *\*Champ d'application*

##### N° 52

L'arrêté d'extension du ministre du travail prévu par l'article L. 133-8 du Code du travail a pour effet de rendre obligatoires les dispositions d'un accord professionnel ou interprofessionnel pour tous les employeurs compris dans son champ d'application territorial ou professionnel, dont les organisations patronales signataires sont représentatives au sens de l'article L.133-2 du Code du travail.

Il en résulte que la fédération du caoutchouc et des polymères, seule représentative de cette branche, n'étant ni signataire ni adhérente à l'organisation interprofessionnelle signataire de l'accord objet de l'extension, la branche du caoutchouc et des polymères n'entrait pas dans le champ d'application de cet accord que l'arrêté d'extension ne pouvait à lui seul modifier.

**Soc. – 15 mars 2005.**

**Rejet**

N° 03-16.616 – C.A. Rennes, 27 mars 2003

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

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

##### N° 53

La cour d'appel qui relève que l'article 36 de la convention sur l'emploi conclue le 29 octobre 1990 par le groupement des entreprises sidérurgiques et minières et des syndicats représentatifs de salariés, et l'article 4, relatif aux garanties sociales du statut du personnel mis en congé de longue durée, établi par l'accord du 23 juin 1992 conclu pour la mise en œuvre dudit article 36, prévoient de préserver les droits à pension de retraite des salariés en congé de longue durée uniquement en ce qui concerne les

pensions des régimes de retraite complémentaire, déduit exactement de ces dispositions qu'elles n'imposent pas à l'employeur de verser les cotisations d'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale, peu important que les salariés en congé de longue durée soient maintenus aux effectifs de l'entreprise jusqu'à leur retrait d'activité.

**Soc. – 22 février 2005.**

**Rejet**

N° 03-40.042 – C.A. Metz, 25 novembre 2002.

M. Sargos, Pt. – M. Chauviré, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

##### N° 54

Selon l'article 24 c) de l'accord national professionnel du 5 mars 1991 relatif aux conditions spécifiques d'emploi du personnel exerçant des activités de transport de fonds et de valeurs, l'ancienneté acquise dans l'entreprise par les convoyeurs de fonds donne lieu à partir de la date de formation du contrat de travail à une majoration des salaires minimaux professionnels calculée selon leur ancienneté dans l'entreprise.

N'étant pas régie par les dispositions susvisées, la prime d'ancienneté mensuelle instituée par l'accord collectif d'entreprise du 29 mai 1998 sur les conditions de travail et d'emploi du personnel doit être calculée, selon les dispositions de cet accord, à partir du seul salaire de base.

**Soc. – 9 mars 2005.**

**Cassation sans renvoi**

N° 02-45.482 – C.P.H. Mâcon, 20 juin 2002

M. Sargos, Pt. – M. Liffan, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

##### N° 55

Il résulte des dispositions de l'article 3 de l'annexe « mensualisation » à l'avenant « ouvriers » de la convention collective nationale de caoutchouc du 13 janvier 1971, étendue par arrêté du 12 mai 1971, que le salarié en arrêt de travail pour maladie a droit, dans les cas prévus par ce texte, à la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler. Pour la détermination de cette rémunération, les indemnités ou prestations sont retenues pour leur montant avant précompte des contributions sociales et des impositions de toute nature que la loi met à la charge du salarié.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Rejet**

N° 04-45.556 – C.A. Bourges, 4 juin 2004

M. Sargos, Pt. – M. Liffan, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### *Note :*

Cette solution confirme la règle déjà dégagée par la chambre sociale à propos d'une autre convention collective contenant des dispositions analogues (cf. Soc., 15 décembre 2004, en cours de publication, pourvoi n° 03-13.074).

**\* Substitution d'un accord collectif  
à un usage**

N° 56

Lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations représentatives de l'entreprise, cet accord a pour effet de mettre fin à cet usage.

Encourt dès lors la cassation, le jugement du conseil de prud'hommes qui, après avoir constaté l'existence dans l'entreprise d'un engagement unilatéral de l'employeur ayant valeur d'usage consistant dans le versement d'une prime de treizième mois versée sans condition d'ancienneté, a décidé de ne pas faire application de l'accord collectif intervenu dans l'entreprise portant sur les nouvelles conditions d'octroi de cette prime.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Cassation**

N° 02-47.507 – C.P.H. Verdun, 28 octobre 2002

M. Mazars, Pt. (f.f) – Mme Bouvier, Rap. – M. Colomp, Av. Gén.

*Note :*

Par le présent arrêt, la chambre sociale confirme sa jurisprudence aujourd'hui bien établie autorisant la substitution d'un accord d'entreprise à un usage d'entreprise sans dénonciation de ce dernier (Soc., 8 janvier 2002, *Bull.*, V, n° 4 (1) p. 4 et arrêts cités).

Encore faut-il que les dispositions de l'usage et de l'accord collectif aient le même objet. Tel était bien le cas en l'espèce puisque l'usage et l'accord étaient relatifs aux conditions d'attribution de la prime de treizième mois.

**\* Dénonciation d'un accord collectif**

N° 57

Il résulte de l'article L. 132-8, alinéas 1, 3 et 6, du Code du travail, que lorsqu'une convention ou un accord collectif a été dénoncé et n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou accord collectif à l'expiration d'un délai d'un an augmenté du délai de préavis de trois mois précédant la dénonciation, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais.

Toutefois, si à la suite de la dénonciation d'un accord collectif les salariés ont droit au maintien du niveau de rémunération atteint au jour où cet accord a été dénoncé, ils ne peuvent cependant plus prétendre à la réévaluation, pour l'avenir, de leur salaire selon les dispositions de cet accord, celle-ci ne constituant pas un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail sus-visé.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Cassation partielle**

Nos 02-44.712, 02-44.938 et 02-44.940 – C.A. Paris, 17 mai 2002

M. Sargos, Pt. – M. Liffra, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

La Cour de cassation confirme par le présent arrêt une jurisprudence bien établie.

La chambre sociale juge en effet de manière constante que constitue un avantage individuel, au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail, l'avantage qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel (Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 90, p. 69 (rejet) ; Soc., 15 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 170, p. 134 (rejet)), mais elle considère que les mécanismes de calcul ou de réévaluation de la rémunération du salarié ne constituent pas un tel avantage (Soc., 12 février 1991, *Bull.* 1991, V, n° 62 (2), p. 39 (rejet) ; Soc., 22 avril 1992, *Bull.* 1992, V, n° 296 (1), p. 183 (cassation partielle)).

**2. Conflits collectifs du travail**

**\* Grève**

N° 58

Dès lors qu'une grève totale d'un secteur d'une entreprise entraîne la paralysie d'un autre secteur et empêche le maintien des tâches d'exécution et que l'employeur avait attendu que le fonctionnement de l'entreprise fût bloqué pour recourir à la mise en chômage technique, il est justifié d'une situation contraignante, non imputable à l'employeur, qui rend impossible la fourniture de travail aux salariés non grévistes.

**Soc. – 22 février 2005.**

**Rejet**

N° 02-45.879 – C.P.H. Villefranche-sur Saône, 28 juin 2002

M. Sargos, Pt. – M. Funck-Brentano, Rap. – M. Colomp, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale confirme la solution retenue précédemment (Soc., 4 juillet 2000, *Bull.*, V, n° 262, p.207) et donne une illustration de la situation contraignante.

N° 59

La cour d'appel qui pour refuser la réintégration de salariés grévistes n'ayant pas commis de faute lourde, énonce que les postes de ces salariés ne sont plus vacants, et que ceux-ci ont, compte tenu du temps écoulé, retrouvé un emploi, ne caractérise pas l'impossibilité matérielle de les réintégrer dans leur emploi, ou à défaut, dans un emploi équivalent.

**Soc. – 2 février 2005.**

**Rejet**

N° 02-45.085 – C.A. Dijon, 6 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note :*

Conformément aux dispositions de l'article L.521-1 du Code du travail, tout licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié gréviste est, sauf faute lourde lui étant imputable, nul de plein droit. La chambre sociale tirant les conséquences de cette règle a, dans deux arrêts de principe (Soc., 26 septembre 1990, *Bull.*, V, n° 387, p. 233; Soc., 10 octobre 1990, *Bull.*, V, n° 434, p. 262) approuvé les juges du fond d'avoir, en présence d'un licenciement prononcé à l'égard d'un salarié gréviste n'ayant commis aucune faute lourde « ordonné la poursuite du contrat de travail qui n'avait pu être valablement rompu ».

Les juges du fond sont tenus d'ordonner la réintégration d'un salarié gréviste illégalement licencié (Soc., 29 juin 1994, *Bull.*, V, n° 215, p.146). La seule exception à cette réintégration de plein droit du salarié qui le demande réside dans l'impossibilité matérielle de cette réintégration, l'employeur étant alors tenu de justifier, sous le contrôle du juge, des circonstances l'empêchant de maintenir le salarié dans son emploi ou dans un emploi équivalent.

## E. – Représentation du personnel et élections professionnelles

### 1. Elections professionnelles

#### N° 60

L'invitation à négocier le protocole d'accord préelectoral est valablement adressée par le chef d'entreprise aux organisations syndicales intéressées, soit directement à l'organisation syndicale, soit au délégué syndical désigné par celle-ci dans l'entreprise.

**Soc. – 2 mars 2005. Cassation sans renvoi**

N° 04-60.019 – T.I. Poissy, 16 janvier 2004

M. Boubli, Pt. (f.f.) – M. Bouret, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

### 2. Représentation du personnel

#### 2.1. Cadre de la représentation

#### \* Unité économique et sociale

#### N° 61

Dès lors qu'il constate que les éléments constitutifs d'une unité économique et sociale sont réunis entre des sociétés, le tribunal d'instance qui intègre au sein de cette unité économique et sociale la société holding qui détient le pouvoir, justifie légalement sa décision.

**Soc. – 26 janvier 2005. Rejet**

N° 04-60192 – T.I. Paris (3<sup>e</sup>), 15 mars 2004

M. Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale a déjà précisé dans plusieurs arrêts les critères de reconnaissance d'une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes : il

s'agit, en premier lieu, de la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que de la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités ; en second lieu, d'une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une possibilité de permutation des salariés (Soc., 18 janvier 2000, *Bull.*, V, n° 299, p.236 (rejet) ; Soc., 30 mai 2001, *Bull.*, V, n° 191 (2), p.150 (rejet) ; Soc. 15 janvier 2003 pourvoi n° 0160696).

A la question posée ici de savoir si une société qui n'emploie pas de personnel comme une société holding mais qui gère l'ensemble de l'activité économique du groupe et exerce le pouvoir de direction, peut s'intégrer au sein d'une unité économique et sociale, le présent arrêt répond par l'affirmative ainsi qu'elle l'avait déjà fait précédemment (Soc., 21 janvier 1997, *Bull.*, V, n° 28, p.18 et Soc., 17 décembre 2003 pourvoi n° 01-60.877).

#### N° 62

Il résulte de l'article L. 412-12 du Code du travail qu'il ne peut être procédé à la désignation d'un délégué syndical central qu'au niveau de l'entreprise, à laquelle est assimilée l'unité économique et sociale reconnue entre plusieurs personnes juridiques, à condition qu'elle comporte au moins deux établissements de cinquante salariés ou plus.

Encourt dès lors la cassation le jugement qui déclare valable la désignation d'un délégué syndical central au niveau d'une des entités composant l'unité économique et sociale (UES).

**Soc. – 23 février 2005. Cassation sans renvoi**

Nos 04-60.289 et 04-60.290 – T.I. Mende, 29 avril 2004

M. Bouret, Pt. (f.f.) – Mme Fartouat-Danon, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

### 2.2. Institutions représentatives du personnel

#### \* Comités d'entreprise et d'établissement-attributions

#### N° 63

Les comités d'établissement ne sont pas investis de la prérogative d'exercer le droit d'alerte prévu à l'article L. 432-5 du Code du travail qui est subordonné à l'existence de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise.

**Soc. – 1<sup>er</sup> mars 2005. Rejet**

N° 03-20.429 – C.A. Versailles, 2 octobre 2003

M. Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Andrich, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

Cet arrêt répond pour la première fois à la question de savoir si, dans les entreprises comportant plusieurs établissements, le droit d'alerte peut être exercé par le comité d'établissement et non par le comité d'entreprise. La chambre sociale, prenant en compte la lettre même de l'article L. 432-5 du code du travail et la finalité de la procédure d'alerte retient que ce droit appartient au

seul comité d'entreprise, et exclut sa décentralisation au niveau du comité d'établissement qui ne dispose pas de cette prérogative.

### \* *Délégué syndical*

#### N° 64

Le syndicat qui mandate un salarié doit indiquer, à peine de nullité de la désignation, que ce dernier est désigné soit en qualité de représentant syndical au comité d'établissement, soit en qualité de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement distinct.

**Soc. – 29 mars 2005.**

**Rejet**

N° 04-60.166 – T.I. Saint-Germain-en-Laye, 24 février 2004

M. Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Andrich, Rap. – M. Colomp, Av. Gén.

*Note :*

Par le présent arrêt, la chambre sociale rappelle que le syndicat qui mandate un salarié doit indiquer, à peine de nullité de la désignation, que ce dernier est désigné soit en qualité de représentant syndical au comité d'établissement, soit en qualité de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement distinct.

Il s'agit en effet de fonctions bien distinctes : le délégué syndical est désigné par le syndicat représentatif ayant constitué une section syndicale, pour le représenter auprès du chef d'entreprise (article L. 412-11 du Code du travail), tandis que le représentant syndical au comité d'entreprise ou au comité d'établissement est désigné facultativement par les syndicats représentatifs pour siéger au comité avec voix consultative (article L. 433-1, dernier alinéa, du Code du travail).

En l'espèce, un syndicat avait désigné un salarié en qualité de « délégué syndical du comité d'entreprise pour l'établissement dans lequel ce salarié travaille ». Cette désignation ayant été jugée imprécise et donc nulle par un tribunal d'instance, le syndicat a formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs que le tribunal d'instance, qui a constaté que la désignation est imprécise en ce qu'elle ne mentionne pas l'établissement, le cadre de la désignation et les fonctions exactes du délégué, a légalement justifié sa décision.

Cet arrêt est à rapprocher d'un autre arrêt rendu par la chambre sociale le 18 juillet 2000 (*Bull.* 2000, V, n° 303, p. 238), par lequel elle avait précisé que le syndicat qui désigne un délégué syndical doit indiquer, à peine de nullité, soit l'entreprise soit l'établissement lieu de la désignation dans la lettre qu'il notifie au chef d'entreprise.

### \* *Syndicat – activité syndicale*

#### N° 65

Il résulte de l'article L. 412-8 du Code du travail que la diffusion de tracts et de publications syndicales sur la messagerie électronique que l'entreprise met à la disposition des salariés, n'est possible qu'à la condition, soit d'être autorisée par l'employeur, soit d'être organisée par un accord d'entreprise.

**Soc. – 25 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 02-30.946 – C.A. Paris, 31 mai 2002

M. Sargos, Pt. – M. Bouret, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

L'article 52 de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 complétant les dispositions de l'article L. 412-8 du Code du travail permettant l'utilisation des nouvelles technologies de l'information pour la diffusion des publications et tracts de nature syndicale n'était pas applicable à l'espèce soumise à la Cour de cassation.

Cependant l'intérêt de l'arrêt est qu'il donne une solution qui, *a priori*, pourrait s'inscrire dans le cadre de la loi précitée en décidant que la diffusion de tracts et de publications syndicales sur la messagerie électronique que l'entreprise met à disposition des salariés est possible si un accord d'entreprise l'organise.

L'arrêt prévoit toutefois une condition alternative à l'accord d'entreprise en considérant que l'autorisation peut également émaner de l'employeur. Cette solution est dans la lignée jurisprudentielle de la chambre sociale qui a déjà admis que tout autre moyen de communication que l'affichage ou la diffusion interne aux heures d'entrée et de sortie du travail nécessitait une autorisation de l'employeur ou un usage (*Soc.*, 25 mars 1981, *Bull.*, V, n° 260, p. 193 et *Soc.* 27 octobre 1981, *Bull.*, V, n° 832, p. 618).

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

#### \* *Protection contre le licenciement*

#### N° 66

L'autorisation de l'inspecteur du travail de transférer un salarié, agent de propreté d'une entreprise de nettoyage, titulaire de mandats représentatifs, affecté au marché faisant l'objet d'un changement de prestataire, ne fait pas obstacle à ce que ce salarié dont le mandat dépasse le cadre du marché repris, opte, comme le lui permet l'article 5 de l'accord collectif du 29 mars 1990 « fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire », pour un maintien au sein de l'entreprise dont le contrat commercial a cessé.

Dans ce cas, l'employeur qui ne peut le réintégrer doit solliciter une autorisation administrative de licenciement.

**Soc. – 11 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 02-42.961 joint 02-43.222 – C.A. Paris, 21 mars 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

#### N° 67

L'autorisation de l'inspecteur du travail de transférer un salarié, représentant du personnel, au prestataire qui a repris un marché sur lequel le premier était affecté en qualité d'agent de propreté ne fait pas obstacle à ce que ce salarié, dont le mandat dépasse le marché repris, opte pour un maintien dans l'entreprise comme le lui permet l'article 5 de l'accord

collectif du 29 mars 1990 fixant les « conditions de la garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail en cas de changement d'employeur ».

Dans ce cas, l'employeur qui ne demande pas l'autorisation de licencier le salarié doit continuer à le rémunérer.

**Soc. – 11 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 03-46.840 – C.P.H. Paris (référé), 2 septembre 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Morin, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

*Note :*

Les articles L.412-18, 425-1 et L. 436-1 du Code du travail soumettent à une autorisation administrative préalable le transfert d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise en application de l'article L. 122-12 du même code.

La chambre sociale a étendu cette règle protectrice au cas où le salarié exerçant des fonctions représentatives du personnel est transféré en exécution d'un accord ou d'une convention collective après la perte d'un marché (Soc., 20 novembre 2002, *Bull.*, V, n° 349, p.341 ; Soc., 28 mai 2003, *Bull.*, V, n° 181(1), p.176).

Une fois l'autorisation donnée par l'inspecteur du travail, le salarié peut-il refuser son transfert et solliciter son maintien dans l'entreprise cédante sur le fondement d'une disposition conventionnelle lui offrant le choix entre la continuation de son contrat avec le nouveau prestataire et le maintien avec l'ancien ?

La chambre sociale répond par l'affirmative à cette question : l'autorisation administrative donnée a pour objet de vérifier qu'il n'est porté aucune atteinte à l'exercice du mandat de représentation, mais ne peut priver le salarié de l'option conventionnelle offerte.

#### N° 68

La période de protection du représentant des salariés dans l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire instaurée par l'article L. 627-5 du Code du commerce correspond à la durée du mandat. Il en résulte que le licenciement d'un candidat à une telle désignation ou élection n'est pas soumis à l'autorisation du comité d'entreprise et de l'inspecteur du travail.

**Soc. – 1<sup>er</sup> mars 2005.**

**Cassation sans renvoi**

N° 02-44.293 – C.A. Versailles, 30 avril 2002,

M. Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Andrich, Rap. – M Allix, Av. Gén.

*Note :*

Le licenciement du représentant des salariés désigné conformément aux dispositions prévues par l'article L. 627-5 du Code de commerce en cas de procédure collective de l'employeur obéit à des règles spéciales prévues aux articles R. 436-1 et suivants du Code du travail. Cette protection est réservée au représentant désigné, aucun texte ne permettant de l'étendre au salarié qui se déclarerait candidat à cette fonction particulière, à la différence de ce qui se passe pour les délégués du personnel, membres du comité d'entreprise et représentants syndicaux audit comité, et délégués syndicaux, lesquels bénéficient, en vertu de dispositions expresses du Code du travail,

d'une protection dès réception par l'employeur de la notification de leur candidature. C'est ce que vient d'énoncer clairement la chambre sociale.

#### N° 69

S'agissant d'un salarié détenant les mandats de délégué du personnel, de membre du comité d'entreprise, et de conseiller prud'homme, licencié après autorisation administrative qui ne visait que les deux premiers mandats, une cour d'appel a pu décider que, à défaut de recours du salarié contre cette décision administrative, le licenciement autorisé par l'inspecteur du travail devait produire ses effets.

**Soc. – 1<sup>er</sup> mars 2005.**

**Rejet**

N° 03-43.477 – C.A. Amiens, 18 mars 2003.

M.Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Bouret, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

#### N° 70

La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun des salariés investis de fonctions représentatives a été instituée non dans leur seul intérêt, mais dans celui de l'ensemble des salariés. Il en résulte qu'est atteinte de nullité absolue d'ordre public la transaction conclue avec l'employeur avant la notification du licenciement, lequel ne peut avoir lieu qu'après l'obtention de l'autorisation administrative.

**Soc. – 16 mars 2005.**

**Rejet**

N° 02-45.293 – C.A. Rouen, 11 juin 2002

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

*Note :*

La chambre sociale réaffirme que la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun des salariés investis de fonctions représentatives a été instituée non dans leur seul intérêt, mais dans celui de l'ensemble des salariés, ce dont elle avait déjà déduit que toute transaction, concernant la rupture du contrat de travail, conclue entre l'employeur et le salarié protégé avant la notification du licenciement après autorisation administrative était nulle d'une nullité absolue d'ordre public (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* V, n° 249, p. 243 et arrêts cités).

#### N° 71

Le salarié membre du comité d'entreprise européen licencié par son employeur sans autorisation administrative et qui ne demande pas sa réintégration a le droit d'obtenir, d'une part, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection, dans la limite de la durée de protection accordée aux membres du comité d'entreprise par l'article L. 436-1 du Code du travail, d'autre part, outre ses indemnités de rupture, une indemnité réparant

l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail.

**Soc. – 16 mars 2005. Cassation partielle**

N° 02-45.077 – C.A. Versailles, 4 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Farthouat-Danon, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

L'article L. 439-23 du Code du travail, qui transpose la directive 94-45 du 22 septembre 1994 sur les comités d'entreprise européens et organismes assimilés, dispose que « les membres du groupe spécial de négociation et les membres du comité d'entreprise européen institué par accord ou en application de l'article L. 439-12 bénéficient de la protection spéciale instituée par le chapitre VI du présent titre », soit de celle prévue pour les représentants du personnel.

La Cour de cassation juge de manière constante que lorsque les représentants du personnel sont licenciés sans autorisation, ils ont droit, s'ils ne demandent pas leur réintégration :

- au titre de la méconnaissance du statut protecteur, à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'ils auraient perçue entre le licenciement et l'expiration de la période de protection ;

- au titre de la perte d'emploi, aux indemnités de rupture et à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail (Soc., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-44.262 en cours de publication et arrêts cités).

Une des questions posées par le pourvoi était de savoir si les mêmes réparations étaient dues en cas de licenciement sans autorisation d'un membre du comité d'entreprise européen, avec la difficulté particulière tenant au fait que ni la directive ni les dispositions internes ne précisent la durée du mandat du représentant du personnel au comité d'entreprise européen, qui avait été fixée en l'espèce par l'accord d'entreprise à 4 ans.

L'intérêt de l'arrêt du 16 mars 2005 est d'appliquer intégralement les sanctions du licenciement sans autorisation du représentant du personnel au licenciement sans autorisation d'un membre du comité d'entreprise européen, et d'instituer une limite pour le calcul de l'indemnité pour violation du statut protecteur, celle de la durée légale de protection du représentant du personnel.

Cette solution était commandée par les textes, et notamment par la référence expresse aux règles protectrices du représentant du personnel.

La chambre sociale a d'ailleurs déjà résolu des difficultés du même ordre : s'agissant du conseiller du salarié, dont le mandat n'est pas limité dans le temps, et pour le conseiller prud'homal dont le mandat est de cinq ans, la chambre sociale a été amenée à instituer une limite pour le calcul de l'indemnité pour violation du statut protecteur, celle de la durée légale de protection du délégué syndical pour le premier, et celle de la durée légale de protection des représentants du personnel pour le second (Soc., 2 mai 2001, *Bull.*, V, n° 144 (2), p. 113 et arrêt cité ; Soc., 12 juin 2001, *Bull.*, V, n° 219, p. 175 et arrêt cité).

## \* Protection contre d'autres formes de rupture

N° 72

Si la procédure de licenciement du salarié représentant du personnel est d'ordre public, ce salarié ne peut être privé de la possibilité de poursuivre la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur en cas de manquement par ce dernier à ses obligations.

**Soc. – 16 mars 2005. Cassation partielle**

N° 03-40.251 – C.A. Limoges, 26 novembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Gillet, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

Le salarié représentant du personnel, délégué du personnel, membre du comité d'entreprise ou représentant syndical à ce comité, bénéficie en cas de licenciement, comme le délégué syndical, d'une protection légale, liée à son mandat et instituée non dans son intérêt mais dans celui de la collectivité des travailleurs. Un tel licenciement ne peut notamment être prononcé par l'employeur, en application des articles L. 425-1 et L. 436-1 du Code du travail, qu'après autorisation de l'inspecteur du travail, qui vérifie sous le contrôle du juge administratif que le licenciement envisagé n'est pas en rapport avec les fonctions représentatives ou syndicales normalement exercées. Le salarié, en raison du caractère d'ordre public de cette protection, ne peut y renoncer.

Mais si, en l'absence de licenciement, l'employeur ne satisfait pas aux obligations que lui impose le contrat de travail, la protection ainsi instituée interdit-elle au salarié concerné de poursuivre devant le juge judiciaire la résiliation de ce contrat aux torts de l'employeur ? Une telle possibilité était précédemment écartée par la jurisprudence qui excluait toute résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé (Soc., 18 juin 1996, *Bull.*, V, n° 248, p.174).

Revenant sur cette position – de nature à mettre le salarié protégé dans une situation humainement très difficile et à amoindrir sa protection par rapport aux autres salariés –, la chambre sociale de la Cour de cassation, qui rejette sur ce point le pourvoi, a voulu placer le salarié protégé dans une situation identique à celle des autres salariés, en lui permettant, comme les salariés ordinaires, de poursuivre la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur en cas de manquements.

L'employeur, en revanche, ne peut mettre fin au contrat de travail, qu'en recourant à la procédure de licenciement dans le respect, d'une part des garanties qu'elle institue pour tout salarié, et, d'autre part, de la protection particulière qu'elle assure au représentant du personnel comme au délégué syndical.

## F. – Rupture du contrat de travail

### 1. Prise d'acte de la rupture

N° 73

Lorsque le 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 ; et le contrat étant rompu par la prise d'acte émanant du salarié, peu importe la lettre envoyée postérieurement par l'employeur pour lui imputer cette rupture.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, tout en constatant que les faits invoqués par un salarié ne justifiaient pas la rupture, décide néanmoins que celle-ci s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse imputable à l'employeur dès lors que ce dernier a lui-même pris acte de la démission du salarié sans mettre en œuvre la procédure de licenciement.

**Soc. – 19 janvier 2005. Cassation partielle sans renvoi**

N° 02-41.113 – C.A. Paris, 20 décembre 2001

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

## N° 74

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.

En l'absence de faits suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur dont un salarié a pris acte, cette rupture produit les effets d'une démission ; et le licenciement notifié par l'employeur après la prise d'acte en raison du refus du salarié de reprendre son travail, doit être considéré comme non avenue.

**Soc. – 19 janvier 2005. Rejet**

N° 03-45.018 – C.A. Riom, 20 mai 2003

M. Sargos, Pt. – M. Barthélemy, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

### Note :

Ces deux arrêts s'inscrivent dans le cadre de l'évolution de la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail depuis la décision du 25 juin 2003 (*Bull.*, V, n° 209 et Rapport annuel 2003, p. 323). Ils apportent deux précisions importantes : d'une part, dès la prise d'acte le contrat de travail est rompu et le juge doit seulement rechercher si les faits invoqués par le salarié la justifiaient, de sorte qu'il importe peu que l'employeur ait ensuite imputé la rupture au salarié, voire notifié un licenciement, qui est non avenue ; d'autre part, seuls des faits suffisamment graves peuvent justifier que les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse soient attachés à une prise d'acte.

## 2. Licenciements

### 2.1. Mise en œuvre

#### \* Pouvoir d'y procéder

## N° 75

Le directeur du personnel, engagé par la société mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales en France, n'est pas une personne

étrangère à ces filiales et peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit.

**Soc. – 19 janvier 2005. Cassation partielle**

N° 02-45.675 – C.A. Douai, 28 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

### Note :

Le présent arrêt de la chambre sociale répond à la question inédite de savoir si le licenciement d'un salarié engagé par une filiale peut être prononcé par le directeur du personnel du groupe auquel appartient cette filiale.

L'article L. 122-14 du Code du travail prévoit que seul l'employeur, ou son représentant, est habilité à conduire la procédure de licenciement, sans toutefois fixer les règles de représentation de l'employeur. C'est la Cour de cassation qui, par étapes, a fixé ces règles.

La Cour de cassation a d'abord précisé que « la faculté de représenter l'employeur à l'entretien préalable n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement », c'est-à-dire que l'entretien préalable peut être conduit par un représentant de l'employeur qui n'est pas habilité à prononcer lui-même le licenciement (*Soc.*, 14 juillet 1987, *Bull.*, V, n° 332 (2), p. 211 (rejet)).

Elle a ensuite décidé que les juges du fond, saisis de la validité d'une procédure de licenciement, doivent rechercher la fonction exercée par le représentant de l'employeur dans la société, afin de permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la délégation de pouvoir dont il aurait été titulaire (*Soc.*, 18 février 1988, *Bull.*, V, n° 116, p. 77 (cassation partielle)).

Plus récemment, la chambre sociale a posé le principe général selon lequel « la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement » (*Soc.*, 26 mars 2002, *Bull.*, V, n° 105, p. 113 (cassation partielle sans renvoi)). En l'espèce, l'entretien de licenciement, conduit par un cabinet d'expertise comptable mandaté par l'employeur, a été considéré comme irrégulier.

Il restait à préciser la notion de personne étrangère à l'entreprise.

La cour d'appel de Douai, dans son arrêt du 28 juin 2002 déferé à la Cour de cassation, a considéré, pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, que la lettre de convocation à l'entretien préalable et la lettre de licenciement émanent du directeur du personnel de la société mère, lequel ne fait pas partie du personnel de la filiale, les deux sociétés constituant des entités juridiques distinctes.

Ce raisonnement est censuré par la haute juridiction, aux motifs que « le directeur du personnel, engagé par la société mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales en France, n'est pas une personne étrangère à ces filiales et peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales ».

La notion d'entreprise, qui n'est pas définie par le Code du travail, ne doit pas être entendue de manière trop restrictive : l'entreprise ne se confond pas nécessairement avec la personne morale qui en est le support juridique. En l'espèce, le directeur du personnel, qui a été engagé

par la société mère, pouvait exercer ses fonctions à la fois dans la société mère et dans ses filiales. Il était donc bien membre de l'entreprise et habilité à conduire l'entretien de licenciement.

### \* *Entretien préalable*

#### N° 76

Lorsque, pour des raisons légitimes, le lieu de l'entretien préalable au licenciement n'est pas celui où s'exécute le travail, ou celui du siège social de l'entreprise, le salarié a droit au remboursement de ses frais de déplacement. Doit donc être cassé l'arrêt qui rejette la demande de remboursement par le salarié des frais de déplacement qu'il a exposés pour se rendre à l'étude du mandataire-liquidateur de son employeur, où il avait été convoqué pour l'entretien préalable à son licenciement.

**Soc. – 28 janvier 2005. Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 02-45.971 – C.P.H. Evreux, 14 août 2002.

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

#### Note :

Selon les dispositions de l'article L.122-14 du Code du travail, tout licenciement individuel doit être précédé d'un entretien préalable quels que soient l'effectif de l'entreprise ou l'ancienneté du salarié.

A défaut de mention légale sur le lieu de l'entretien préalable, la jurisprudence de la chambre sociale a précisé que le lieu de l'entretien était en principe celui où s'exécute le travail ou celui du siège social de l'entreprise ; ce n'est que s'il justifie de raisons légitimes que l'employeur peut décider d'un autre lieu (Soc., 9 mai 2000, *Bull.*, V, n° 171 (1) p. 132).

L'intérêt de l'arrêt du 28 janvier 2005 est de préciser la portée de la fixation du lieu de l'entretien dans un lieu autre que celui de l'exécution du travail ou du siège social et le droit du salarié d'exiger le remboursement de ses frais de déplacement.

#### N° 77

L'absence de récépissé de remise en main propre de la lettre de convocation du salarié à l'entretien préalable à son licenciement ne peut être suppléée par des témoignages.

**Soc. – 23 mars 2005. Cassation**

N° 02-46.105 – C.A. Chambéry, 10 octobre 2002

M. Chagny, Pt. (f.f.) – Mme Divialle, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

#### Note :

L'article L. 122-14 du Code du travail dispose que « l'employeur, ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge en lui indiquant l'objet de la convocation ».

Ces dispositions ont été interprétées par la Cour de cassation de façon à rendre effective la protection du salarié voulue par le législateur :

– il a ainsi été jugé que la convocation orale du salarié à l'entretien de licenciement est irrégulière (Soc., 22 février 1990, *Bull.* 1990, V, n° 87, p. 51 (cassation partielle)).

– la Cour de cassation a également rappelé à plusieurs reprises que la convocation doit être envoyée suffisamment tôt au salarié afin qu'il puisse préparer sa défense, notamment dans les cas où le délai légal de cinq jours n'est pas applicable (V. notamment : Soc., 13 décembre 2000, diffusé, pourvois n° 98-43.809 et 98-43.929 (cassation partielle) ; Soc., 22 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 27, p. 21 (cassation partielle) et l'arrêt cité ; Soc., 13 juin 1991, *Bull.* 1991, V, n° 296, p. 181 (cassation) et l'arrêt cité ; Soc., 8 novembre 1989, *Bull.* 1989, V, n° 652, p. 393 (cassation partielle) et les arrêts cités).

La question s'est posée de savoir par quels moyens les parties peuvent prouver la remise de la lettre de convocation et plus précisément si la remise en main propre de la convocation pouvait être prouvée par des témoignages, lorsque l'employeur ne peut pas fournir un récépissé.

La chambre sociale de la Cour de cassation répond par le présent arrêt que l'absence de récépissé de remise en main propre de la lettre de convocation du salarié à l'entretien préalable à son licenciement ne peut être suppléée par des témoignages.

Même si, par principe, la preuve des faits juridiques peut être rapportée par tous moyens, les formalités de l'article L. 122-14 du Code du travail doivent être considérées comme substantielles car elles visent à protéger le salarié dont le licenciement est envisagé par l'employeur. Il ne peut donc pas être dérogé à la règle selon laquelle le salarié est convoqué à l'entretien préalable au licenciement par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Dans ce dernier cas, seule la production du récépissé signé du salarié permet de prouver l'accomplissement de la formalité.

## 2.2. Imputabilité et motifs de la rupture

#### N° 78

Le juge qui constate la rupture du contrat de travail doit dire à qui cette rupture est imputable et en tirer les conséquences juridiques à l'égard du salarié qui s'en prévaut.

**Soc. – 8 février 2005.**

**Rejet**

N° 03-40.385 – C.A. Rouen, 4 avril 2002.

M. Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Nicolétis, Rap. – M. Colomp, Av. Gén.

#### Note :

La chambre sociale rappelle quel doit être l'office du juge après constatation de la rupture du contrat de travail (Soc., 14 novembre 2000, *Bull.*, V, n° 366, p. 281).

#### N° 79

Le licenciement pour motif personnel doit être fondé sur des éléments objectifs imputables au salarié. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour débouter le salarié, retient que la fin du mandat de président de l'assemblée territoriale, laquelle a engagé l'intéressé, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement en raison du caractère

*intuitu personae* du contrat de travail, alors que le non-renouvellement du mandat de l' élu n'est pas un élément objectif imputable au salarié.

**Soc. – 23 février 2005. Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 02-43.770 – C.A. Nouméa, 5 décembre 2001.

M. Sargos, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

### 2.3. Licenciements disciplinaires

#### \* *Faute grave*

##### N° 80

La faute grave est celle qui, par son importance, rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée même limitée du préavis.

Le seul fait qu'un employeur, tout en notifiant au salarié une rupture de son contrat de travail avec effet immédiat en raison de la faute grave qu'il lui imputait, lui ait néanmoins versé une somme équivalente à l'indemnité compensatrice de préavis, ne peut priver l'employeur du droit d'invoquer une telle faute.

**Soc. – 2 février 2005. Rejet**

N° 02-45.748 – Tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou, 4 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Bobin-Bertrand, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

*Note :*

La chambre sociale de la Cour de cassation reprend dans cet arrêt la définition de la faute grave d'un arrêt du 26 février 1991 (*Bull.*, V, n° 97, p. 60), définition dont on peut souligner qu'elle est en conformité avec celle résultant de la Convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève et publiée en France par le décret n° 90-140 du 9 février 1990 (*JO* du 15 février) ; l'article 11 de cette convention dispose en effet que la faute grave est « une faute d'une nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper le salarié pendant la période de préavis ».

Cet arrêt ne revient pas sur la doctrine d'un autre arrêt du 15 mai 1991 (*Bull.*, V, n° 237 p. 145) qui interdit à l'employeur d'invoquer une faute grave lorsqu'il a laissé le salarié exécuter le préavis. Dans la présente affaire l'employeur n'avait en effet pas laissé le salarié accomplir le préavis mais lui avait notifié un licenciement à effet immédiat, tout en acceptant de lui payer une somme équivalente au montant de l'indemnité de préavis. Le seul fait de ce paiement, qui atténue les conséquences pécuniaires très lourdes pour le salarié de la faute grave, ne peut priver l'employeur du droit de l'invoquer. Par un arrêt du 8 janvier 1997 (pourvoi 95-40.230), mais qui n'avait pas été publié au bulletin, la chambre sociale avait d'ailleurs déjà jugé que « le paiement volontaire de l'indemnité compensatrice de préavis ne prive pas l'employeur du droit d'invoquer la faute grave dès lors qu'il s'est opposé à l'exécution du préavis ».

##### N° 81

Encas de manquement à l'obligation qui lui est faite par l'article L. 230-3 du Code du travail de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou omissions au travail, un salarié engage sa responsabilité et une faute grave peut être retenue contre lui. Dès lors, la cour d'appel qui constate qu'un salarié chargé de fonctions d'encadrement n'avait pas respecté l'obligation de porter un casque de sécurité, a pu décider qu'il avait commis une faute grave.

**Soc. – 23 mars 2005. Rejet**

N° 03-42.404 – C.A. Lyon., 28 janvier 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

Cf. commentaire *supra* in C-Santé et sécurité du salarié \* obligation de sécurité pesant sur le salarié.

##### N° 82

En matière de licenciement disciplinaire, si la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend en tirer quant aux modalités de rupture, il appartient au juge de qualifier les faits invoqués.

C'est dès lors, à bon droit, qu'une cour d'appel recherche si les faits dénoncés dans la lettre de licenciement n'étaient pas constitutifs d'une faute de nature à conférer une cause réelle et sérieuse au licenciement.

**Soc. – 22 février 2005. Rejet**

N° 03-41.474 – C.A. Toulouse, 28 septembre 2001

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

### 2.4. Licenciement économique

##### N° 83

Selon l'article L. 321-1-2 du Code du travail, lorsqu'un employeur, pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1 du même Code, envisage une modification substantielle des contrats de travail, il en informe chaque salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. La méconnaissance de cette formalité interdit à l'employeur de se prévaloir d'un refus ou d'une acceptation de la modification par le salarié.

**Soc. – 25 janvier 2005. Cassation**

N° 02-41819 – C.A. Grenoble, 18 février 2002

M. Sargos, Pt. – M. Bouret, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

*Note :*

Dans son arrêt du 10 décembre 2003 (*Bull.*, V, n° 313 (1), p. 315), la chambre sociale précise que le délai d'un mois institué par l'article L. 321-1-2 du Code du travail constitue une période de réflexion destinée à permettre au

salarié de prendre partie sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix, pour en déduire que l'inobservation de ce délai par l'employeur prive de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail.

Loin d'être une formalité seulement probatoire, la notification écrite de la proposition de modification du contrat de travail est considérée par la chambre sociale comme une formalité substantielle, constituant obligatoirement le point de départ du délai de réflexion ouvert au salarié en lui garantissant une pleine information sur ses droits en la matière.

#### N° 84

Selon l'article L. 321-1-1 du Code du travail l'ordre des licenciements économiques est déterminé par la convention collective applicable.

Il en résulte que lorsque cette convention précise que l'ordre des licenciements s'apprécie par catégorie professionnelle, il appartient à la cour d'appel de rechercher si l'ordre des licenciements a été respecté dans la catégorie professionnelle dont relève ce salarié au sens de la convention collective.

**Soc. – 16 mars 2005. Cassation**

N° 02-45.753 – C.A. Toulouse, 11 juillet 2002.

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

*Note :*

Selon les dispositions de l'article L. 321-1-1 du Code du travail en cas de licenciement collectif pour motif économique, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements s'apprécient par catégorie professionnelle.

La jurisprudence de la chambre sociale donne une définition de la catégorie professionnelle qui s'entend de l'ensemble des salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (Soc., 13 février 1997, *Bull.* 1997, V, n° 63 (1), p. 43).

L'arrêt du 16 mars 2005 précise qu'il faut se référer à la définition des catégories professionnelles telle que donnée par la convention collective lorsque celle-ci, comme dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, prévoit expressément que l'ordre des licenciements s'apprécie par catégorie. On ne peut dès lors s'affranchir de la définition conventionnelle de la catégorie professionnelle pour vérifier si l'ordre des licenciements a bien été respecté.

### 2.5. Indemnité compensatrice de préavis

#### N° 85

En cas d'inexécution par le salarié du préavis, l'employeur n'est tenu au paiement d'une indemnité compensatrice que lorsqu'il a unilatéralement décidé de dispenser le salarié d'exécuter sa prestation de travail ou lorsque cette inexécution lui est imputable.

Encourt dès lors la cassation, le jugement qui condamne l'employeur au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis alors qu'il résultait

de ses constatations que l'inexécution du préavis par le salarié avait été décidée d'un commun accord entre les parties.

**Soc. – 28 janvier 2005. Cassation partielle sans renvoi**

N° 03-47.403 – C.P.H. Toulouse, 3 octobre 2003

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis, Rap., M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

Qu'il s'agisse d'une démission ou d'un licenciement, la rupture d'un contrat de travail (sous réserve du licenciement justifié par une faute grave) n'a, en principe, pas d'effet immédiat et donne lieu à l'exécution d'un préavis, dont la durée et les modalités sont prévues aux articles L. 122-5 et suivants du Code du travail.

L'article L. 122-8 prévoit néanmoins que le délai-congé peut ne pas être observé, cette inobservation donnant alors lieu à une indemnité compensatrice en faveur du salarié, sauf faute grave. Précisément, l'alinéa 3 du même article prévoit 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 des avantages.

Mais, cette indemnité doit-elle être payée lorsque l'inexécution du préavis est due à une dispense d'exécution accordée par l'employeur à la demande du salarié, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'un commun accord entre le salarié et l'employeur ?

De façon générale, les décisions de la Cour de cassation laissent apparaître que l'indemnité compensatrice de préavis ne doit être versée que si l'inexécution du délai-congé a été décidée unilatéralement par l'employeur ou, du moins, qu'elle lui est imputable.

Ainsi, lorsque le salarié est dans l'impossibilité d'exécuter le préavis, l'indemnité n'est pas due (Soc., 14 octobre 1997, *Bull.*, V, n° 311, p. 226). Précisément, l'inexécution du préavis en raison de la maladie du salarié exclut son droit à l'indemnité compensatrice de préavis, sauf si cette maladie a été provoquée par les violences verbales de l'employeur (Soc., 29 mai 1986, *Bull.*, V, n° 263, p. 202). Il en est de même lorsque le salarié ne peut accomplir le délai-congé en raison d'une inaptitude physique (Soc., 3 juin 1997, *Bull.*, V, n° 205, p. 149 ; Soc., 22 novembre 1979, *Bull.*, V, n° 884, p. 651) : le salarié n'a pas droit à l'indemnité, sauf si l'inexécution est imputable à l'employeur (Soc., 10 juillet 2002, *Bull.*, V, n° 241, p. 236). A l'inverse, lorsque l'inexécution du préavis est la conséquence du défaut de paiement des salaires par l'employeur, ce dernier doit payer l'indemnité compensatrice de préavis puisqu'il est responsable de la rupture de ce dernier (Soc., 18 octobre 1989, *Bull.*, V, n° 603, p. 455).

Dans la suite logique de cette jurisprudence, la chambre sociale précise que lorsque l'inexécution du préavis résulte d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, alors ce dernier n'est pas fondé à réclamer l'indemnité compensatrice de préavis. La chambre sociale avait déjà jugé en ce sens (Soc., 22 novembre 1979, *Bull.*, V, n° 887, p. 653).

#### N° 86

Lorsqu'un licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis, peu important les motifs de la rupture.

**Soc. – 30 mars 2005. Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 03-41.518 – C.A. Paris, 20 décembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Chollet, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

Note :

(Cf. commentaire *supra*, sous Soc., 16 février 2005, n° 377 in C-Santé et sécurité au travail – \* Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail)

### 3. Résiliation judiciaire

N° 87

Lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service, et que ce dernier le licencie ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat était justifiée. C'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur.

Soc. – 16 février 2005. Cassation partielle

N° 02-46.649 – C.A. Colmar, 26 septembre 2002.

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

Note :

La cessation du contrat peut procéder de la volonté du salarié qui, face à une modification de son contrat de travail imposée unilatéralement par l'employeur, peut demander la résiliation judiciaire du contrat.

La spécificité de la présente espèce soumise à la chambre sociale, tenait non seulement au fait que le salarié avait continué à travailler après sa demande de résiliation judiciaire, mais que postérieurement à celle-ci et en cours de procédure, l'employeur l'avait licencié disciplinairement pour des faits commis après l'engagement de l'action en résiliation du salarié.

L'importance de l'arrêt du 16 février 2005 est d'affirmer que le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation judiciaire était justifiée avant de se prononcer sur le bien-fondé du licenciement notifié par l'employeur.

Compte tenu de la spécificité de l'action en résiliation judiciaire engagée par le salarié qui continuait son travail, cet arrêt n'est pas un revirement par rapport à un arrêt de la chambre sociale du 13 juillet 2004 (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.*, V, n° 206, p. 191) qui posait comme principe qu'en cas de refus par un salarié de la modification de son contrat de travail, l'employeur devait soit, le rétablir dans son emploi, soit engager la procédure de licenciement : l'employeur ne pouvant par ailleurs se prévaloir, sans l'avoir rétabli dans son emploi, d'un comportement fautif postérieur au refus, pour procéder au licenciement.

Il convient aussi de réserver le cas où entre l'action en résiliation judiciaire du salarié et la décision des juges du fond, le contrat de travail prend fin pas la mise à la retraite du salarié. En ce cas la demande de résiliation devient sans objet, mais le salarié peut demander des dommages intérêts si les faits qu'il invoquait à l'appui de sa demande de résiliation étaient établis.

N° 88

Il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines des obligations résultant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour en justifier la résiliation.

Soc. – 15 mars 2005.

Rejet

N° 03-41.555 – C.A. Bourges, 20 décembre 2002

M. Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Grivel, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

## G. – Actions en justice

### \* Aide juridictionnelle

N° 89

Le dépôt d'une demande d'aide juridictionnelle pour l'exercice d'un recours en révision à porter devant une juridiction du premier degré interrompt le délai dudit recours en application de l'article 38 du décret du 19 décembre 1991 ; et un nouveau délai commence à courir à compter des événements prévus au même article.

Prive en conséquence sa décision de base légale le conseil de prud'hommes qui, en présence d'une demande d'aide juridictionnelle déposée dans le délai du recours en révision, déclare ce recours irrecevable comme tardif sans rechercher à quelle date un nouveau délai avait commencé à courir.

Soc. – 8 février 2005.

Cassation

N° 02-46.044 – C.P.H. Aix-en-Provence, 17 septembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Gillet, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

Note :

Dans le but de ne pas restreindre l'accès à la justice des justiciables qui, en raison de leurs faibles ressources, demandent le bénéfice de l'aide juridictionnelle, le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 a prévu, en son article 38, les dispositions suivantes :

« Lorsqu'une action en justice doit être intentée avant l'expiration d'un délai devant la juridiction du premier degré, devant le premier président de la cour d'appel en application des articles 149-1 et 149-2 du code de procédure pénale ou devant la Commission nationale de réparation des détentions provisoires, l'action est réputée avoir été intentée dans le délai si la demande d'aide juridictionnelle s'y rapportant est adressée au bureau d'aide juridictionnelle avant l'expiration dudit délai et si la demande en justice est introduite dans un nouveau délai de même durée à compter :

– soit de la notification de la décision d'admission provisoire ;

– soit de la date à laquelle la décision d'admission ou de rejet est devenue définitive ;

– soit, en cas d'admission, de la date, si elle est plus tardive, à laquelle un auxiliaire de justice a été désigné. »

Cela signifie en pratique que la demande d'aide juridictionnelle déposée dans le délai pour intenter une action interrompt ce délai, l'interruption durant pendant tout le

temps nécessaire à l'instruction de la demande. Un nouveau délai d'action de même durée court à compter des événements énumérés à l'article 38 *in fine*.

L'article 39 du même décret contient des dispositions similaires concernant le pourvoi en cassation en matière civile. Mais qu'en est-il des autres voies de recours prévues par le nouveau Code de procédure civile ?

### 1. L'appel

La deuxième chambre civile a décidé récemment que l'effet interruptif prévu par les articles 38 et 39 ne s'applique pas au délai d'appel (2<sup>e</sup> Civ., 2 décembre 2004, à paraître au *Bull.*, pourvoi n° 03-10.427 (rejet)). Cette solution avait déjà été adoptée sous l'empire de l'ancien texte (2<sup>e</sup> Civ., 5 février 1986, *Bull.*, II, n° 5, p. 4 (rejet)).

### 2. Le recours en révision

Le recours en révision est une voie de recours extraordinaire, qui « *tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* » (article 593 du nouveau Code de procédure civile) et qui doit être intenté dans un délai de deux mois à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque (article 596 du même Code).

Par le présent arrêt, la chambre sociale décide que l'effet interruptif de l'article 38 s'applique au délai de recours en révision lorsque ce recours doit être porté devant une juridiction de première instance.

En l'espèce, la haute juridiction a cassé le jugement d'un conseil de prud'hommes qui avait déclaré irrecevable comme tardif le recours en révision porté devant lui plus de deux mois après le jour où le demandeur a eu connaissance de la cause de révision, alors que le délai de deux mois avait été interrompu par le dépôt d'une demande d'aide juridictionnelle.

On peut conclure, à la lecture de ces deux arrêts de la Cour de cassation, que l'effet interruptif d'une demande d'aide juridictionnelle ne s'applique pas au délai de recours en révision lorsque ce recours est porté devant une cour d'appel.

### \* Appel (décisions susceptibles)

#### N° 90

L'alinéa 4 de l'article L. 236-5 du Code du travail ne prévoit la compétence du tribunal d'instance statuant en dernier ressort qu'en ce qui concerne les contestations relatives à la délégation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

Il en résulte que les décisions statuant sur les contestations relatives à la désignation d'un représentant syndical conventionnel au sein de ce comité sont susceptibles d'appel.

**Soc. – 16 février 2005. Irrecevabilité**

N° 04-60.073 – T.I. Evry, 15 janvier 2004

M. Boubli, Pt. (f.f.) – Mme Morin, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### N° 91

En application de l'article 462 du nouveau Code de procédure civile, une décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en

cassation lorsque la décision rectifiée est passée en force de chose jugée.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déclare recevable l'appel d'un jugement rectificatif et annule ce jugement au motif que le conseil de prud'hommes a modifié sur la compétence sa précédente décision et a méconnu l'autorité de la chose jugée.

**Soc. – 16 mars 2005. Cassation sans renvoi**

N° 03-40.058 – C.A. Versailles, 7 novembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Gillet, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

### \* Cassation (pouvoir)

#### N° 92

Nul ne peut se pourvoir deux fois contre la même décision. Est donc irrecevable un second pourvoi formé par la même partie contre le même arrêt.

**Soc. – 26 janvier 2005. Irrecevabilité et cassation sans renvoi**

N°s 02-46.639, 02-46.731 et 02-46.732 – C.A. Paris, 10 septembre 2002.

M. Sargos, Pt. – M. Barthélémy, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

### \* Cassation partiellement sans renvoi - applications diverses

#### N° 93

Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort de débouter un salarié de sa demande tendant à la réparation du préjudice que lui avait causé son employeur en ne respectant pas ses obligations contractuelles à son égard, la Cour de cassation pouvant mettre fin au litige de ce chef en décidant que l'employeur ne pouvait, pour échapper à sa responsabilité, opposer à son salarié la date de la rupture du contrat de travail, le renvoi étant limité aux points restant en litige.

**Soc. – 26 janvier 2005. Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 02-45.665 – C.A. Angers, 27 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

#### N° 94

Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort qu'un licenciement était justifié, la Cour de cassation pouvant mettre fin au litige de ce chef en décidant que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse, le renvoi étant limité aux points restant en litige.

**Soc. – 23 février 2005. Cassation partielle  
partiellement sans renvoi**

N° 02-43.770 – C.A. Nouméa, 5 décembre 2001.

M. Sargos, Pt. – Mme Bouvier, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

**N° 95**

Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort qu'un salarié n'avait pas droit à l'indemnité compensatrice de préavis, la Cour de cassation pouvant, par application de l'article 627 du nouveau Code de procédure civile, mettre fin au litige de ce chef en décidant que le salarié a droit à cette indemnité, le renvoi étant limité à la détermination de la somme devant lui revenir.

**Soc. – 30 mars 2005. Cassation partielle  
partiellement sans renvoi**

N° 03-41.518 – C.A. Paris, 20 décembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Chollet, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

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

**N° 96**

Il résulte de la combinaison des articles L. 511-1, L. 122-49 et L.122-52 du Code du travail que le conseil de prud'hommes connaît de l'entier préjudice consécutif au harcèlement moral.

**Soc. – 16 mars 2005. Cassation partielle**

N° 03-40.251 – C.A. Limoges, 26 novembre 2002

M. Sargos, Pt. – M. Gillet, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

La compétence du conseil de prud'hommes s'étend selon l'article L.511-1 du Code du travail « *aux différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail* » entre employeurs et salariés. Elle englobe donc les litiges relatifs à l'application de l'article L. 122-49 du Code du travail prohibant les actes de harcèlement moral et pour lesquels l'article L. 122-52 du même code édicte des règles particulières de preuve. Il en est ainsi notamment des litiges portant sur l'existence et le quantum d'un préjudice invoqué du fait d'un harcèlement. L'arrêt casse en conséquence la décision de la cour d'appel ayant renvoyé le salarié à agir sur ce point devant un tribunal des affaires de sécurité sociale.

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

**N° 97**

Les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international

intra-communautaire, soumis aux dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989.

Le défendeur assigné devant une juridiction de l'Etat de son domicile conformément à l'article 2 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989, n'est pas en droit, pour écarter la compétence internationale de ce juge, de se prévaloir des compétences spéciales de la section 2 du titre II de cette convention, et notamment de l'article 5, 1) qui permet au seul demandeur de l'attirer, dans un autre Etat contractant, devant le lieu d'exécution de l'obligation ; par suite, la société employeur – dont le siège est situé en France –, attirée par son salarié devant une juridiction française n'est pas fondée à invoquer la compétence spéciale du lieu d'exécution du contrat de travail situé dans un autre Etat contractant, en l'espèce les Pays-Bas, pour revendiquer la compétence d'une juridiction hollandaise.

**Ch. mixte, 11 mars 2005. Cassation partielle  
par voie de retranchement  
et sans renvoi**

Nos 02-41.371 et 02-41.372 – C.A. Douai, 31 janvier 2002

M. Canivet, P. Pt. – M. Pluyette, Rap., assisté de Mme Amand, auditeur – M. Foerst, Av. Gén.

*Note :*

La question posée à la Cour de cassation était de déterminer quelle était la juridiction compétente pour statuer sur un litige opposant un salarié français domicilié en France à une société employeur ayant son siège social en France, étant précisé que le contrat de travail était exécuté aux Pays-Bas.

L'employeur prétendait sur le fondement de l'article 5 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 que c'était la juridiction de Maastricht située aux Pays-Bas qui était seule compétente comme correspondant au lieu de l'exécution du contrat de travail.

La cour d'appel avait considéré en application du droit interne et notamment de l'article R. 517-1 du Code du travail que la juridiction française du lieu de l'établissement de l'employeur était compétente.

L'arrêt du 11 mars 2005 vient d'abord rappeler – par un moyen relevé d'office – que s'agissant d'un litige d'ordre international intra-communautaire, seules les dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 modifiée par la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 étaient applicables, à l'exclusion du droit interne.

La chambre sociale avait déjà jugé que lorsque cette convention est applicable, les juges sont tenus de l'appliquer, même d'office (Soc., 17 décembre 1986, *Bull.*, V, n° 605, p.458, solution réitérée par l'assemblée plénière le 18 février 1994, *Bull.*, A.P., n° 2, p. 3) et les règles de compétence prévues par cette convention évincent les règles de compétence interne.

Ensuite, l'arrêt précise que dès lors que le salarié a attiré son employeur défendeur devant la juridiction de l'Etat où l'employeur a son domicile, conformément à la règle ordinaire de compétence prévue par l'article 2 de

la convention de Bruxelles, l'employeur n'est pas fondé à revendiquer la compétence d'une autre juridiction en application de l'article 5 de la convention.

En effet le choix donné par la convention de Bruxelles entre la juridiction compétente sur le fondement de l'article 2 et celles compétentes sur le fondement de l'article 5 de la même convention est offert au seul demandeur – en l'espèce le salarié – en sorte que le défendeur – ici l'employeur – ne pouvait revendiquer à son profit la compétence du lieu d'exécution du contrat de travail prévue par l'article (cf. sur les arguments juridiques de cette solution, le rapport du conseiller rapporteur, *supra*).

### \* Immunité de juridiction

#### N° 98

L'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constitue un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France. Dès lors, n'excède pas son pouvoir la cour d'appel qui, pour décider que la juridiction française est compétente pour connaître du litige, d'une part, a retenu à juste titre qu'en l'absence de toute juridiction du travail instituée au sein de la Banque Africaine de développement l'immunité de juridiction édictée au bénéfice de ladite banque par l'article 52 de l'accord signé à Khartoum le 4 août 1963, publié en vertu du décret n° 86-1039 du 12 septembre 1986, mettait le salarié qu'elle avait licencié dans l'impossibilité d'exercer son droit à un tribunal pour connaître de sa cause, de sorte qu'elle ne pouvait se prévaloir de l'immunité de juridiction et qui, d'autre part, a fait ressortir que le lien avec la France était la nationalité française de l'intéressé.

**Soc. – 25 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 04-40.012 – C.A. Paris, 7 octobre 2003

M. Sargos, Pt. – Chagny, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

#### Note :

L'immunité de juridiction est reconnue à certaines organisations internationales par l'effet des traités instituant ces organisations ou des « Accords de siège » qu'elles ont conclus avec les Etats.

Cette immunité permet aux organisations internationales de ne pas être attirées devant les juridictions de l'Etat où elles résident, ni en matière pénale, ni en matière civile.

Ce principe d'immunité doit se combiner avec le droit à toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal. Ce droit affirmé par le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est reconnu par la communauté universelle des nations.

En l'espèce, l'organisme en cause était la Banque africaine de développement créée par l'accord international de Khartoum du 4 août 1963, signé par la France.

A l'appui de son pourvoi, la Banque, opposée à l'un de ses anciens salariés de nationalité française, soutenait que les juges d'appel français avaient commis un excès

de pouvoir en déclarant recevables les demandes du salarié, alors qu'elle bénéficiait d'une immunité de juridiction prévue à l'article 52 de l'accord de siège.

L'ancien salarié répliquait que si l'immunité de juridiction était appliquée, il se trouvait privé de tout recours juridictionnel et dans l'impossibilité de voir juger par un tribunal sa contestation relative au paiement de primes, la seule procédure administrative interne à la banque sur recours du salarié n'étant pas assimilable à un recours devant une juridiction.

Sensible à cette argumentation, la chambre sociale rejette le pourvoi et fait prévaloir le droit universellement reconnu à un tribunal sur l'application d'un accord instituant une immunité de juridiction au bénéfice d'une organisation internationale.

La chambre sociale reconnaît explicitement l'existence de droits, tel le droit à un tribunal, qui relèvent d'un ordre public international

En vertu de cet ordre public international créateur de droits, les juges du fond, sans excès de pouvoir, peuvent alors décider d'écarter d'autres normes rentrant en conflit.

### \* Impartialité

#### N° 99

La circonstance qu'un membre du conseil de prud'hommes, ne figurant pas dans la composition de la section appelée à statuer sur l'affaire, ait donné publiquement son opinion sur le litige n'est pas de nature à mettre en cause l'impartialité de l'ensemble de ses membres.

Dès lors, la cour d'appel qui a constaté que l'auteur des propos n'appartenait pas à la section saisie du litige a pu décider qu'il n'existait pas de raison objective de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction pour cause de suspicion légitime.

**Soc. – 26 janvier 2005.**

**Rejet**

Nos 03-18.004, 03-18.005, 03-46.181 et 03-46.182. – C.A., Douai, 2 juillet 2003

M. Chagny, Pt. (f.f.) – M. Leblanc, Rap. – M. Maynial, Av. Gén.

#### N° 100

En vertu de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Cette exigence implique qu'un conseiller prud'homme n'exerce pas de mission d'assistance ou de mandat de représentation devant le conseil des prud'hommes dont il est membre.

**Soc. – 2 février 2005.**

**Rejet**

N° 03-40.271 – C.A. Paris, 19 novembre 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Slove, Rap. – M. Duplat, Av. Gén.

#### Note commune aux nos 99 et 100 ci-dessus :

Dans ses arrêts du 26 janvier et du 2 février 2005, la chambre sociale précise les contours de l'exigence d'impartialité en matière prud'homale.



Tout d'abord, l'exigence d'impartialité s'oppose-t-elle à ce qu'un conseiller prud'homal exprime publiquement son opinion sur une affaire dont sa juridiction est saisie ?

Dans l'affaire du 26 janvier 2005, la chambre sociale juge que cette circonstance n'est pas de nature à mettre en cause l'impartialité de la juridiction appelée à statuer dès lors que le conseiller qui s'est publiquement prononcé sur l'affaire ne figure pas dans la composition de la section appelée à statuer sur l'affaire. Précisément, c'est donc parce que l'intéressé n'appartenait pas à cette section qu'il n'y avait pas de raison objective de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction pour cause de suspicion légitime.

Ensuite, l'exigence d'impartialité permet-elle de laisser un délégué syndical représenter ou assister un salarié, alors qu'il est conseiller prud'homal de la juridiction appelée à se prononcer sur le litige ?

Dans l'espèce du 2 février 2005, la section encadrement du conseil de prud'hommes de Paris était saisie d'un litige opposant un salarié à son employeur. Ce salarié avait choisi d'être assisté par un délégué syndical FO qui était par ailleurs conseiller prud'homal à la section industrie du même conseil de prud'hommes.

La Cour a jugé qu'en vertu de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. Par conséquent, un conseiller prud'homme ne peut exercer de mission d'assistance ou de mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre.

Cette solution est classique. En effet, la chambre sociale a déjà jugé en ce sens dans une affaire, similaire à celle du 2 février 2005, où un délégué syndical par ailleurs conseiller prud'homal de la juridiction saisie, représentait le salarié (Soc., 8 janvier 1997, *Bull.*, V, n° 11, p. 7). En outre, elle a appliqué le même principe dans une espèce où la salariée était représentée par son époux membre de la juridiction prud'homale saisie (Soc., 3 juillet 2001, *Bull.*, V, n° 247, p. 196).

Il faut remarquer que cette solution s'impose même si le représentant ou le mandataire en question n'est pas appelé à se prononcer sur l'affaire en cause, comme n'étant pas par exemple membre de la section amenée à se prononcer.

### *\* Procédure spécifique à certains contentieux*

#### N° 101

Lorsqu'une instance opposant un organisme de sécurité sociale à l'un de ses agents et portant sur un différend né à l'occasion du contrat de travail n'a pas été engagée par le salarié mais par l'organisme lui-même, le salarié n'est pas tenu d'appeler à l'instance le Préfet de région, alors même qu'il a formé une demande reconventionnelle contre l'organisme.

**Soc. – 19 janvier 2005.**

**Rejet**

N° 00-44.921 – C.A. Saint Denis de la Réunion, 22 février 2000

M. Sargos, Pt. – M. Texier, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

#### N° 102

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 151-1 et R. 123-3 du Code de la sécurité sociale que la mise en cause du préfet de région ne s'impose que dans les litiges concernant les organismes, énumérés par le premier de ces textes, à l'égard desquels cette autorité administrative exerce des pouvoirs de tutelle ; la Caisse nationale maladie des travailleurs salariés ne figurant pas dans cette énumération, les dispositions de l'article R. 123-3 du Code de la sécurité sociale ne sont pas applicables à ses salariés.

**Soc. – 30 mars 2005.**

**Rejet**

N° 03-42.270 – C.A., Bordeaux, 25 février 2003

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

*Note commune aux n°s 101 et 102 ci-dessus :*

Par deux arrêts, la chambre sociale précise le champ d'application de l'article R. 123-3 du Code de la sécurité sociale qui oblige l'agent d'un organisme de sécurité sociale à appeler à l'instance le préfet de région, quand l'instance porte sur un différend né à l'occasion du contrat de travail.

Tout d'abord, cette obligation s'impose-t-elle au salarié quand c'est l'organisme de sécurité sociale qui intente l'action et que le salarié forme une demande reconventionnelle ?

La chambre sociale de la Cour de cassation juge, dans son arrêt du 19 janvier 2005, que le salarié n'y est pas tenu.

En effet, le texte lui-même dispose expressément que cette obligation d'appeler le préfet de région s'impose au salarié, s'il engage lui-même l'action (par exemple: Soc., 28 octobre 1997, *Bull.*, V, n° 352, p. 252 ; Soc. 17 mars 2004, *Bull.*, V, n° 90, p. 81, et les arrêts cités) ; lorsque, comme en l'espèce le salarié est défendeur principal à l'action engagée par l'organisme de sécurité sociale, cette formalité ne s'impose pas à lui, même s'il est également demandeur reconventionnel.

Par ailleurs, la règle de l'article R. 123-3 du Code de la sécurité sociale exigeant du demandeur à peine de nullité qu'il appelle à l'instance le préfet de région, ne peut être appliquée au détriment du salarié qui n'a pas introduit lui-même l'instance, comme l'avait exactement jugé la cour d'appel.

Ensuite, cette disposition est-elle applicable au personnel de la Caisse nationale d'assurance maladie ?

Pour répondre par la négative, la chambre sociale se réfère à l'article L. 151-1 du Code de la sécurité sociale qui énumère précisément les organismes à l'égard desquels cette autorité de l'Etat exerce des pouvoirs de tutelle. Or la Caisse nationale d'assurance maladie n'en fait pas partie. Aux termes de l'article R. 226-3 du même Code, en effet, le contrôle des caisses nationales relève du ministre chargé de la Sécurité sociale et du ministre chargé du budget.

L'article R. 123-3 ne concerne donc pas la Caisse nationale d'assurance maladie qui n'a pas le préfet de région pour autorité de tutelle.

La Cour avait déjà jugé en ce sens au sujet de l'Union des caisses nationales de sécurité sociale (Soc., 21 juillet 1993, *Bull.*, V, n° 214, p. 146).

**\*Prescription****N° 103**

En matière de demande de rappel de salaire le délai de prescription ne court qu'à compter de la date d'exigibilité de chacune des fractions de la somme réclamée.

**Soc. – 26 janvier 2005** **Cassation partielle  
partiellement sans renvoi**

N° 02-45.665 – C.A. Angers, 27 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

**N° 104**

N'est pas dans l'impossibilité d'agir dans le délai de la prescription le demandeur à une action en paiement de l'allocation d'assurance chômage dès lors qu'il pouvait lui-même invoquer l'illégalité des dispositions d'une convention d'assurance chômage annulées dans le cadre d'une instance opposant d'autres parties.

**Soc. – 22 février 2005.** **Rejet**

N° 03-13.346 – C.A. Versailles, 13 février 2003

M. Sargos, Pt. – M. Chauviré, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

*Note :*

L'article 50 du règlement annexé à la convention relative à l'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 1994 prévoyait que « le montant des allocations servies aux allocataires bénéficiant d'un avantage de vieillesse est réduit dans les conditions fixées par délibération de la commission paritaire nationale ».

Par une délibération n° 5 du 22 septembre 1994, la commission avait déterminé les conditions de cumul entre les allocations d'assurance chômage et les avantages de vieillesse.

Ces dispositions ont été annulées par la cour d'appel de Paris par un arrêt définitif du 30 mai 2001, le Conseil d'Etat ayant par la suite annulé, par un arrêt du 19 octobre 2001, l'arrêté du 4 janvier 1994 portant agrément de la convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 1994, en ce qu'il agréait l'article 50.

Un travailleur privé d'emploi, qui a touché pendant deux ans l'allocation d'assurance sous déduction de sa pension de retraite militaire, en application des règles de cumul édictées par ces dispositions annulées, a assigné l'ASSEDIC en paiement de la part d'allocation qui ne lui a pas été versée, mais son action a été déclarée partiellement prescrite. Le demandeur a formé un pourvoi en cassation en alléguant la suspension de la prescription de son action en paiement, du fait qu'il ignorait l'illégalité des dispositions fondant la réduction de son allocation et qu'il n'avait pas pu agir plus tôt.

La jurisprudence admet traditionnellement, à côté des causes légales de suspension, que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir. La Cour de cassation a fait à plusieurs reprises application de la maxime classique « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* » (V. notamment Soc., 13 février 1964, Bull. 1964, III, n° 136, p. 108 (rejet) et les arrêts cités ; Com., 17 février 1964, Bull. 1964, III, n° 78 (2), p. 68 (rejet) ;

3<sup>e</sup> Civ., 18 octobre 1977, Bull. III, n° 346, p. 261 (cassation partielle)). La preuve de l'existence de l'impossibilité d'agir incombe naturellement à celui qui l'invoque (2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2004, Bull. 2004, II, n° 361, p. 306 (rejet)).

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment admis l'application de cette règle dans le cas où le demandeur a, de manière légitime et raisonnable, ignoré la naissance de son droit (Com., 13 avril 1999, Bull., IV, n° 89, p. 72 (rejet)). Dans cette espèce, la prescription annale de l'action en paiement d'un transporteur à l'encontre de son affréteur a été suspendue jusqu'à la date de l'assignation, car les juges du fond avaient constaté que l'entreprise de transports « ne pouvait se rendre compte de la rentabilité exacte de son travail et apprécier l'économie globale du contrat la liant » à l'affréteur. C'est notamment sur cette décision qu'était fondée l'argumentation du demandeur au pourvoi.

Dans la présente espèce, la chambre sociale rejette le pourvoi, aux motifs que « l'intéressé n'était pas dans l'impossibilité d'agir dans le délai de la prescription dès lors qu'il pouvait lui-même invoquer l'illégalité des dispositions de la convention d'assurance chômage ». Le demandeur aurait en effet pu agir en paiement de la part complémentaire d'allocation chômage avant l'annulation des dispositions de la convention d'assurance chômage, dans le délai de prescription, en invoquant lui-même l'illégalité de ces dispositions.

**N° 105**

Les indemnités de départ et d'installation accordées à un salarié d'une caisse primaire d'assurance maladie à l'occasion de sa mutation à la Caisse générale de sécurité sociale de la Réunion constituent un complément de salaire et sont donc soumises à la prescription quinquennale ; doit dès lors être cassé l'arrêt qui considère que de telles indemnités sont soumises à la prescription trentenaire.

**Soc. – 15 mars 2005.** **Cassation sans renvoi**

N° 01-44.379 – C.A. Saint-Denis-de-la-Réunion, 22 mai 2001

M. Sargos, Pt. – M. Texier, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

**N° 106**

L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, qui est prohibée par l'article L. 412-2 du Code du travail, se prescrit par trente ans.

**Soc. – 15 mars 2005.** **Rejet**

N° 02-43.560 – C.A. Versailles, 3 avril 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Andrich, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

Ces deux arrêts rendus par la formation plénière de la chambre sociale illustrent le conflit de la prescription quinquennale et de la prescription trentenaire en matière d'actions en paiement de sommes réclamées à l'occasion d'une relation de travail.

Dans la première espèce, le salarié réclamait le paiement des indemnités prévues pour les personnels des caisses primaires d'assurance maladie en cas d'installation et de départ en outre-mer ; en effet l'agent qui rejoint pour la première fois une caisse de sécurité sociale située dans un département d'outre-mer se voit attribuer par des dispositions conventionnelles une indemnité de départ et une indemnité d'installation, et ce quelles que soient les circonstances de cette affectation (mutation, permutation ou première installation), ainsi que l'a jugé récemment la chambre sociale à propos d'une permutation (Soc., 27 octobre 2003, *Bull.*, V, n° 272, p. 274).

La question posée par le pourvoi était celle de savoir si ces indemnités de départ et d'installation payables en une seule fois étaient soumises à la prescription quinquennale de l'article L. 143-14 du code du travail ou bien à la prescription trentenaire.

La chambre sociale soumet ces indemnités conventionnelles à la prescription quinquennale après avoir relevé qu'elles avaient la nature de complément de salaire.

Cette jurisprudence se situe dans la droite ligne de l'interprétation téléologique du domaine d'application de la prescription quinquennale – issue en droit du travail de la loi n° 71-486 du 16 juillet 1971 – opérée par la chambre sociale, laquelle conformément à la finalité de la loi précitée y englobe les diverses contreparties d'un travail salarié ; ainsi relèvent de la prescription quinquennale le versement des sommes qui auraient dû être payées en raison de l'absence de prise de repos (Soc., 13 janvier 2004, *Bull.*, V, n° 2, p. 2), le paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence (Soc., 26 septembre 2002, *Bull.*, V, n° 283, p. 262), le paiement de sommes qui auraient dû être payées au titre du repos compensateur d'astreinte (Soc., 5 mai 2004, pourvoi n° 0244949). Et la périodicité des paiements en litige est indifférente pour l'application de la prescription quinquennale.

Cette interprétation extensive est d'ailleurs conforme au droit communautaire : dès le 25 mai 1971 (Arrêt Defrenne, Recueil p. 451) la Cour de Justice des Communautés européennes a ainsi dit que la notion de rémunération comprenait « tous les avantages, en espèce ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ». Et dans son arrêt Garland du 9 février 1982 (Recueil 1982, p. 359 et Revue trimestrielle de droit européen 1983, p. 602 à 605), la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé cette doctrine à propos d'un avantage en matière de transport : il suffit que « les avantages soient octroyés en relation avec l'emploi ». Et l'actuel article 141 du traité CEE, modifié par le traité d'Amsterdam, dispose qu'on entend par rémunération, le salaire, le traitement ordinaire de base, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

Cette interprétation extensive de la prescription quinquennale connaît néanmoins certaines limites, dont un exemple est donné dans le second arrêt du 15 mars 2005.

Dans la seconde espèce, un salarié engagé par un constructeur automobile en 1974, a exercé, à partir de 1978, des mandats de représentant du personnel. En 1997, il a engagé une action judiciaire contre son employeur en faisant notamment valoir que, du fait de son engagement syndical, il avait été victime d'une discrimination syndicale, prohibée par l'article L. 412-2 du code du travail, se traduisant par une augmentation de salaire inférieure à

celle de cadres de son niveau. Il réclamait en réparation des dommages intérêts d'un montant de presque trois millions de francs.

La cour d'appel avait retenu que le salarié avait fait l'objet d'une discrimination syndicale du 1<sup>er</sup> janvier 1980 au 26 février 2002 « et condamné l'employeur à lui payer une somme de 260 000 euros de dommages intérêts en réparation de l'ensemble du préjudice subi sur le fondement de l'article L. 412-2 du Code du travail ».

Le pourvoi invoquait une violation de l'article L. 143-14 du Code du travail pour refus d'application de la prescription quinquennale à la demande en paiement de sommes correspondant en partie à une perte de salaires sur plus de vingt ans.

La chambre sociale a rejeté l'argumentation du pourvoi et retenu une prescription trentenaire ; cette solution se justifie de plusieurs manières : d'une part, le texte même de l'article L. 412-2 du Code du travail qui sanctionne les mesures prises par l'employeur en violation de l'interdiction d'ordre public de discrimination syndicale par l'octroi de dommages-intérêts. Le législateur a donc entendu faire en quelque sorte masse de tous les types de préjudices liés à une telle discrimination, et cela sans distinguer entre les conséquences en résultant, de sorte qu'il aurait été hasardeux, et difficile d'application, d'en extraire le préjudice lié à un manque à gagner salarial pour le soumettre à la prescription quinquennale ; d'autre part, une prescription courte est mal adaptée à ce type de contentieux, dans la mesure où la discrimination syndicale est difficile à prouver et que c'est au fil du temps que le salarié se rend compte par comparaison avec les traitements reçus par ses collègues qu'il est victime d'une discrimination ; sans doute, cet inconvénient pourrait être résolu en faisant varier le point de départ de la prescription mais cette question ne se posera réellement que lorsque la durée de la prescription contractuelle de droit commun, actuellement de trente ans, sera ramenée à 10 ans comme cela est envisagé.

### \* *Preuve-documents de l'entreprise*

#### N° 107

Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui, pour déclarer coupable de vol de documents de l'entreprise, un salarié qui les a photocopiés, retient que les photocopies ont été réalisées à l'insu de son employeur et que le mobile de l'appréhension délictueuse est indifférent, sans rechercher si les documents dont s'agit n'étaient pas strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense du salarié dans le litige l'opposant à l'employeur.

**Crim. – 4 janvier 2005.**

**Cassation**

N° 04-82.337 – C.A. Nancy, 11 mars 2004

M. Cotte, Pt. – M. Pometan, Rap. – M. Davenas, Av. Gén.

*Note :*

Cet arrêt est commenté dans l'étude intitulée « L'obligation de loyauté dans la collecte des preuves en droit du travail ».

**\* Répétition de l'indu****N° 108**

Les articles 79 et 80 du règlement annexé à la convention d'assurance chômage du 1<sup>er</sup> janvier 1994, conclue en vertu de l'article L. 351-8 du Code du travail, confèrent aux institutions gestionnaires de ce régime un pouvoir propre d'interrompre le service de l'allocation d'assurance en cas d'extinction du droit à l'allocation et d'agir en répétition des sommes indûment versées.

Les allocations d'assurance chômage versées sans cause donnent lieu à répétition, même en l'absence de fraude ou de fausse déclaration.

**Soc. – 22 février 2005.****Rejet**

N° 03-13.942 – C.A. Aix-en-Provence, 22 mai 2002

M. Sargos, Pt. – M. Chauviré, Rap. – M. Collomp, Av. Gén.

**\* Responsabilité du salarié - action en responsabilité****N° 109**

1° La nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié, dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard.

2° L'action en concurrence déloyale engagée contre le nouvel employeur du salarié devant la juridiction commerciale, qui n'a ni le même objet, ni la même cause et qui n'oppose pas les mêmes parties, ne fait pas obstacle à ce que l'ancien employeur agisse contre son ancien salarié en réparation du préjudice qu'il lui a causé par sa faute.

**Soc. – 28 janvier 2005.****Rejet**

N° 02-47.527 – C.A. Toulouse, 11 octobre 2002.

M. Sargos, Pt. – Mme Nicolétis, Rap. – M. Allix, Av. Gén.

*Note :*

La Cour de cassation avait déjà jugé que même non lié par une clause de non-concurrence, le salarié pouvait voir sa responsabilité recherchée sur le plan délictuel dès lors que les conditions de l'action en concurrence déloyale étaient réunies (Soc., 25 novembre 1993, pourvoi n° 90-43.003).

La solution est étendue à l'hypothèse où la clause de non-concurrence est nulle et donc anéantie rétroactivement.

La chambre sociale rappelle également, tout comme la chambre commerciale l'avait précédemment jugé (Com., 24 mars 1998, *Bull.*, IV, n° 111, p. 89), que les actions en concurrence déloyale engagées par l'ancien employeur contre le nouvel employeur n'empêchent nullement le premier d'agir contre son ancien salarié en réparation du préjudice causé par ce dernier du fait d'actes de concurrence déloyale; En effet, les deux actions sont de nature différente (l'une délictuelle et l'autre contractuelle) et tendent à réparer des préjudices distincts en sorte que leur cumul est tout à fait possible.

**\* Syndicat-droit d'action****N° 110**

L'action d'un syndicat aux fins d'obtenir des dommages-intérêts du fait de la requalification d'un contrat de travail en contrat de travail à durée indéterminée est recevable en application de l'article L. 411-11 du Code du travail.

**Soc. – 23 février 2005.****Rejet**

N°s 02-40.913 et 02-41.075 – C.A. Nîmes, 13 décembre 2001

M. Sargos, Pt. – Mme Martinel, Rap. – M. Foerst, Av. Gén.

*Note :*

S'agissant des personnes habilitées à solliciter la requalification en contrat de travail à durée indéterminée d'un contrat de travail conclu avec une association intermédiaire, la chambre sociale précise qu'un syndicat est recevable à agir en requalification et, ce au visa de l'article L. 411-11 du Code du travail. Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence traditionnelle de la chambre sociale qui adopte une interprétation large de l'intérêt collectif de la profession qu'un syndicat a vocation à défendre.

**\* Unicité de l'instance****N° 111**

La règle de l'unicité de l'instance ne peut être opposée à des créances nées ou révélées postérieurement au premier jugement du conseil de prud'hommes.

**Soc. – 26 janvier 2005.****Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 02-45.665 – C.A. Angers, 27 juin 2002

M. Sargos, Pt. – Mme Quenson, Rap. – M. Legoux, Av. Gén.

*Note :*

Par cet arrêt la chambre sociale confirme la solution déjà retenue dans un précédent arrêt Soc., 19 novembre 2002, *Bull.*, V, n° 346, p.338 (cassation partielle sans renvoi).

**N° 112**

Sont irrecevables, en application de la règle de l'unicité de l'instance, les demandes nouvelles en paiement d'indemnités de rupture du contrat de travail déposées par un salarié qui, dès l'instance initiale sur la requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée avait la possibilité d'y joindre toutes les demandes en paiement d'indemnités de rupture qui pouvaient en découler.

**Soc. – 22 février 2005.****Rejet**

N° 03-40 838 – C.A. Fort-de-France (chambre détachée de Cayenne), 16 décembre 2002

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

# COURS ET TRIBUNAUX

Certains titres et sommaires publiés dans cette rubrique correspondent à des décisions extraites de la base de consultation de la jurisprudence des cours et tribunaux (JURIDICE) de la Direction des services judiciaires du ministère de la Justice.

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

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

#### \* *Pouvoir de direction de l'employeur*

##### N° 113

En vertu des dispositions de l'article L. 432-1-1 du Code du travail, l'employeur est tenu d'informer le comité d'entreprise préalablement à la décision de mise en œuvre de moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.

La mise en œuvre dans un réseau d'autobus urbains d'un système informatisé destiné à contrôler le respect des horaires de passage des voitures aux arrêts, s'il échappe à la déclaration préalable prévue par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 dès lors qu'il ne contient pas d'informations nominatives, doit faire l'objet d'une information préalable du comité d'entreprise ; à défaut, les informations tirées de la mise en œuvre du système revêtent un caractère illicite et ne peuvent être retenues comme éléments de preuve pour justifier une mise à pied disciplinaire d'un salarié, laquelle doit dès lors être annulée.

C.A. Versailles (6<sup>e</sup> Ch.), 25 janvier 2005 – R.G. n° 04/03112.

M. Ballouhey, Pt. – MM. Poirotte et Boilevin, Conseillers.

05-116.

#### \* *Travail dissimulé*

##### N° 114

Il résulte de l'article L. 324-11-1 du Code du travail que l'indemnité prévue par ce texte, compte tenu de sa nature de sanction forfaitaire de la violation d'une obligation égale et de son lien avec d'autres indemnités liées à la rupture, du fait de l'incidence de l'éventuelle application d'autres règles conduisant à une solution plus favorable, ne peut être mise à la charge que de l'employeur à la date de la rupture et lui-même auteur de la violation susvisée ; par suite, lorsque l'employeur qui a eu recours à un salarié en violation des dispositions de l'article L. 324-10 du Code du travail n'a plus cette qualité

lors de la rupture du contrat de travail par l'effet d'un transfert survenu conformément à l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, les dispositions de l'article L. 324-11-1 du même Code ne peuvent recevoir application.

C.A. Paris (18<sup>e</sup> Ch. D), 11 janvier 2005 – R.G. n° 04/36055.

M. Linden, Pt. – Mmes Schmeitzky et Degrandi, Conseillères.

05-83.

## B. – Durée du travail et rémunérations

### 2. Rémunérations

#### \* *Egalité des salaires*

##### N° 115

La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5-4<sup>e</sup> et L. 136-2-8<sup>e</sup> du Code du travail, ce dont il se déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique.

Par conséquent, doit être condamné à payer à une de ses salariées des rappels de salaire, l'employeur qui, en l'absence d'éléments objectifs de nature à justifier une différence de rémunération, verse à cette salariée un salaire moindre qu'à une autre employée exerçant le même travail avec une qualification et un coefficient professionnel identiques.

C.A. Paris (18<sup>e</sup> Ch. D), 1<sup>er</sup> mars 2005 – R.G. n° 04/35579.

M. Linden, Pt. – Mmes Schmeitzky et Martinez, Conseillères.

05-125.

**\* Garantie AGS****N° 116**

La créance née de l'allocation d'une indemnité au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, tout comme celle relative aux frais non compris dans les dépens, a pour fondement la décision qui en ordonne la charge ; il en résulte qu'au regard des dispositions du Code de commerce relatives aux procédures collectives, elle relève de l'article L. 621-22, comme étant nées régulièrement après le jugement d'ouverture, et non pas des dispositions de l'article L. 621-40 interdisant les poursuites individuelles. Cette créance qui ne résulte pas de l'exécution ni de la rupture du contrat de travail ne relève donc pas de la garantie de l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS).

C.A. Versailles (6<sup>e</sup> Ch.), 7 décembre 2004 – R.G. n° 04/02163.

M. Ballouhey, Pt. – MM. Boilevin et Poirotte, Conseillers.

05-63.

**C. – Santé et sécurité au travail****\* Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail****N° 117**

S'il est vrai qu'il incombe normalement à l'employeur, en application de l'article R. 241-51 du Code du travail, de prendre l'initiative de l'examen de reprise après une absence du salarié pour raison de santé d'une certaine durée, encore convient-il que le salarié remplisse les conditions prévues par ce texte, c'est-à-dire qu'il se tienne à la disposition de l'employeur pour reprendre le travail ou pour qu'il soit statué sur son aptitude à la reprise et le manifeste d'une quelconque manière, étant précisé que la visite de reprise peut toujours être sollicitée par le salarié, soit auprès de son employeur, soit auprès du médecin du travail en avertissant l'employeur de cette demande.

C.A. Poitiers (Ch. sociale), 1<sup>er</sup> mars 2005 – R.G. n° 03/02484.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe, M. Frouin, Conseillers.

Sur l'initiative de la visite de reprise après un arrêt de travail, dans le même sens que :

– Soc., 12 novembre 1997, Bull. 1997, V, n° 365, p. 262 (rejet).

05-126.

**F. – Rupture du contrat de travail****2. Licenciements****2.4. Licenciement économique****N° 118**

Le licenciement de plus de dix salariés dans une même période de trente jours dans une entreprise de plus de cinquante salariés relève de la procédure du licenciement collectif régie par les dispositions de l'article L. 321-4-1 du Code du travail.

La circonstance que les contrats de travail comportent une clause de mobilité entre deux sites – dans la région parisienne pour l'un, dans le nord pour l'autre – ne saurait dispenser l'employeur du respect de la procédure de licenciement collectif applicable dès lors que, d'une part, la nature de la décision de délocalisation d'un service pour motif économique implique nécessairement l'application du régime juridique prévu par la loi dans un tel cas, quand bien même par son objet une telle mesure entrerait dans les prévisions contractuelles – la possibilité de déplacer un salarié d'un site à l'autre – et que, d'autre part, le contrat de travail ne peut porter atteinte au statut collectif des salariés tel que défini par la loi ou les conventions collectives.

En conséquence, le refus par un salarié de changer de lieu de travail à l'occasion d'une réorganisation de l'entreprise pour motif économique (au sens de l'article L. 321-4-1 précité) dépasse le cadre du contrat de travail de l'intéressé, comme mettant en cause son emploi supprimé sur un site, non remplacé en nombre identique sur le second, et son licenciement consécutif ressortit d'un motif économique inhérent à l'entreprise à l'exclusion d'un motif disciplinaire tenant à sa personne.

C.A. Versailles (6<sup>e</sup> Ch.), 30 novembre 2004 – R.G. n° 04/01706.

M. Ballouhey, Pt. – MM. Boilevin et Poirotte, Conseillers.

05-62.

**3. Résiliation judiciaire****\*Faute grave****N° 119**

Une agression physique et verbale de l'employeur, totalement inadmissible, quand bien même le reproche qu'il a adressé à sa salariée serait fondé, constitue une faute caractérisée rendant impossible le maintien du contrat de travail et entraînant sa résolution judiciaire, aux torts de l'employeur, à la date de l'agression. Le contrat de travail étant résilié à cette date, le conseil des prud'hommes n'avait pas à examiner le bien-fondé du licenciement intervenu postérieurement.

C.A. Lyon, 12 janvier 2005 – R.G. n° 01/07058.

M. Vouaux-Massel, Pt. – M. Gervesie et Mme Vilde, Conseillers.

05-77.

**\* Effets****N° 120**

La demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur présentée par un salarié n'a plus d'objet, en tant que telle, lorsqu'en cours d'instance et avant qu'il n'ait été statué sur cette demande, le contrat de travail a pris fin par l'effet du départ volontaire à la retraite du salarié.

Cependant, la juridiction demeure saisie de la demande de dommages-intérêts dont était assortie la demande de résiliation judiciaire, sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'employeur, sauf à ce que les parties soient invitées à s'expliquer contradictoirement sur ce moyen.

C.A. Poitiers (Ch. sociale), 1<sup>er</sup> mars 2005 – R.G. n° 03/02484.

M. Dubois, Pt. – Mme Grandbarbe, M. Frouin, Conseillers.

**G. – Actions en justice****\* Appel****N° 121**

Aux termes des articles 931 et 932 du nouveau Code de procédure civile, applicables aux procédures sans représentation obligatoire, reprises en matière prud'homale par les articles R. 517-7 et R. 517-9 du Code du travail, l'appel doit être formé par la partie ou son mandataire, lequel doit justifier d'un pouvoir spécial pour accomplir cet acte de procédure, sauf s'il est avocat. Une déclaration d'appel non signée par la partie ni par son avocat mais par une autre personne, ne disposant pas d'un pouvoir spécial de l'appelant pour interjeter appel, s'avère irrégulière au regard des textes susvisés.

Dès lors, l'acte d'appel formé par une personne ne disposant pas d'un mandat spécial émanant de la partie concernée et n'ayant pas la qualité d'avocat ou d'avoué est vicié par une irrégularité de fond et cet appel doit en conséquence être déclaré irrecevable.

C.A. Nîmes, (Ch. soc.), 16 janvier 2001 – R.G. n° 99/2341.

Mme Cuttat, Pte.

05-74.

**\* Compétence en droit intra-communautaire****N° 122**

Il résulte de l'article 19 du règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 qu'un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un Etat membre peut être attrait :

1. *Devant les tribunaux de l'Etat membre où il a son domicile, ou*

2. *a) Devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou*

*b) Lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur.*

Par suite, le conseil de prud'hommes de Paris n'est pas compétent pour statuer sur les demandes en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive et de rappels de salaires formulées par un demandeur domicilié en Belgique dans le litige qui l'oppose à la société, également domiciliée en Belgique, qui l'a employé pour démarcher ses clients joailliers et a rompu le contrat pour détournement de marchandises ; en effet, même si le demandeur a exécuté sa prestation de travail le plus souvent en France mais aussi dans d'autres Etats et notamment la Belgique, la contestation présente des liens de rattachement plus étroits, au sens de la jurisprudence de la CJCE (arrêt Rutten du 9 janvier 1997 et arrêt Weber du 22 février 2002) avec ce dernier pays qu'avec la France, dans la mesure où le détournement invoqué comme motif de la rupture a eu lieu à un moment où le demandeur ne démarchait plus en France, que le régime du contrat ayant lié les parties est régi par le règlement pour les bourses de diamants anversoises, que le demandeur a signé un billet de commission signé en néerlandais, qu'il a invoqué la violation de la loi belge sur les contrats à durée déterminée et s'est inscrit comme demandeur d'emploi en Belgique.

C.A. Paris (18<sup>e</sup> Ch. D), 15 février 2005 – R.G. n° 04/35620.

M. Linden, Pt. – Mmes Schmeitzky et Martinez, Conseillères.

05-78.

**\* Impartialité****N° 123**

S'il résulte des termes de l'article 341 du nouveau Code de procédure civile que « la récusation d'un juge n'est admise que pour les causes déterminées par la loi », il n'en demeure pas moins qu'en vertu des dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle constitue une norme ayant une autorité supérieure à celle de la loi française, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

S'agissant d'un conseiller prud'homme et d'un délégué syndical appartenant à une même organisation syndicale, le fait pour le premier d'avoir, sur mandat de son organisation, substitué le second dans ses fonctions de représentation d'un salarié devant un autre conseil de prud'hommes, fût-ce pour une simple demande de renvoi, démontre

que les intéressés sont parfois amenés à intervenir dans les mêmes dossiers ; que cette circonstance et l'accusation de manœuvres dilatoires portées par ce conseiller dans la lettre de refus de récusation sont de nature à mettre en cause pour l'employeur, demandeur à la récusation, l'apparence d'impartialité de ce conseiller prud'homme et justifie le renvoi devant un autre conseil.

C.A. Versailles (5<sup>e</sup> Ch., B), 21 février 2002 – R.G. n° 02/136.

Mme Linden, Pt. – Mme Robert et M. Hayat, Conseillers.

05-80.

*\* Preuve-preuve illicite*

**N° 124**

Cf. n° 113, C.A. Versailles (6<sup>e</sup> Ch.), 25 janvier 2005 – R.G. n° 04/03112.



DOCTRINE



# DOCTRINE

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

### *3. Modification dans la situation juridique de l'employeur*

Droit social, février 2005, n° 2, p. 133, « Le transfert d'entreprise dans le cadre des procédures collectives », A. Mazeaud.

## **E. – Représentation du personnel et élections professionnelles**

### *2. Représentation du personnel*

#### *2.1. Cadre de la représentation*

### *\*Unité économique et sociale*

Droit social, janvier 2005, n° 1, p. 68, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise ».

## **F. – Rupture du contrat de travail**

### *2. Licenciement et autres modes de rupture*

Droit social, mars 2005, n° 3, p. 277, « Licenciement nul et licenciement dont l'autorisation est annulée : une distinction s'impose », article de B. Gauriau.

Droit social, janvier 2005, n° 1, p. 45, « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », B. Teyssié.

Le contentieux du licenciement est important ainsi qu'en témoignent les nombreuses décisions des juges du fond rendues en la matière. Mais ce mode de rupture n'est pas le seul. L'auteur s'attache à montrer l'importance d'autres modes de rupture qu'il s'agisse des cas de rupture unilatérale, de rupture contractuelle, et même de rupture judiciaire.

## **G. – Actions en justice**

### *\*Prescription*

Semaine sociale Lamy 2005, n° 1208 du 29 mars 2005, étude de M. P. Sargos « Etendue et limites de la prescription quinquennale ».

Soc., 15 mars 2005, pourvoi n° 01-44.379

Soc., 15 mars 2005, pourvoi n° 02-43.560

### *\*Unicité de l'instance*

Droit social, mars 2005, n° 3, p. 288, « Sur l'étendue pratique du principe de l'unicité de l'instance », M.-L. Divialle.

### *\* Application dans le temps des revirements de jurisprudence*

\* Droit social, février 2005, n° 2, p. 123, « L'horreur économique dans la relation de droit », de P. Sargos.



# BULLETIN D'ABONNEMENT

---

## AUX BULLETINS DE LA COUR DE CASSATION

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le  
à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner (1) :

- ☐ Au bulletin des arrêts des chambres civiles, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 25) : **186,70 € (2)**
- ☐ Au bulletin des arrêts de la chambre criminelle, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 29) : **126,40 € (2)**
- ☐ Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **78,10 € (2)**
- ☐ Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 97) : **13,90 € (2)**
- ☐ A l'index annuel des arrêts civils, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 81) : **15,70 € (2)**
- ☐ A la table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 87) : **15,50 € (2)**
- ☐ Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la  
chambre criminelle + index annuel des arrêts civils + table annuelle des  
arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 37) : **325,20 € (2)**
- ☐ Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la  
chambre criminelle + bulletin d'information + index annuel des arrêts  
civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 49) : **401,20 € (2)**
- ☐ Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M., par avion : tarif sur demande
- ☐ Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon  
la zone de destination, tarif sur demande

Nom : ..... Prénom : .....

N° d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) : ..... N° de payeur : .....

Adresse : .....

Code postal : ..... Localité : .....

Date : ..... Signature : .....

- ☐ Ci-joint mon règlement par chèque bancaire ou postal,  
à l'ordre de la Direction des Journaux officiels.

---

(1) Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

(2) Tarif d'abonnement pour la France pour l'année 2005, frais de port inclus.



197050690-000405 – Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

*N° d'ISSN : 0992-6623*

N° de CPPAP : en cours

*Le directeur de la publication* : le conseiller à la Cour de cassation, directeur du service de documentation et d'études : Alain Lacabarats

*Reproduction sans autorisation interdite* – Copyright Service de documentation et d'études

Le bulletin d'information peut être consulté sur le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

**Maquette courverture : Ph. Soussan**

