

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

DROIT DU TRAVAIL
JANVIER 2008 - AVRIL 2008

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES; ISABELLE DESBARATS ; CAROLE DUPOUEY-DEHAN ;
BERNADETTE LARDY-PÉLISSIER ; JEAN PÉLISSIER ; BRIGITTE REYNÈS

Référence de publication : Recueil Dalloz 2008 p.2306

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

DROIT DU TRAVAIL
JANVIER 2008 - AVRIL 2008

Au cours des quatre premiers mois de l'année 2008, de nombreux arrêts de la Cour de cassation retiennent l'attention. La majorité d'entre eux concernent le contrat de travail qu'il s'agisse de sa conclusion (I), de son exécution (II) ou de sa rupture (III). Mais les pouvoirs du chef d'entreprise (IV) et les relations collectives de travail (V) ont également donné lieu à des décisions significatives. Quelques arrêts constituent un revirement de jurisprudence (contrats à durée déterminée d'usage, contrepartie du temps d'habillage) ; d'autres apportent des solutions entièrement nouvelles (convention personnalisée de reclassement, motivation de la lettre licenciant pour inaptitude d'origine professionnelle, dénonciation d'un accord d'entreprise, limitation du pouvoir de direction en raison de l'obligation patronale de sécurité) ; une dernière catégorie d'arrêts apportent d'utiles précisions à des prises de positions antérieures (mise à la retraite, avertissement, modulation des horaires, loyauté des preuves...)

I - CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

A - Succession de contrats à durée déterminée d'usage

Les contrats de travail à durée déterminée dits d'usage, visés à l'article L. 1242-2, 3°, recodifié, échappent à nombre de règles protectrices prévues par le code du travail pour les contrats à durée déterminée de droit commun. En particulier, le salarié ne bénéficie pas légalement de l'indemnité de précarité ni du mécanisme du délai de carence. De plus, à la suite des quatre arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 26 novembre 2003 (Bull. civ. V, n° 298 ; D. 2004. Somm. 376, obs. F. Terroux), la succession de ces contrats avec le même salarié pouvait être

illimitée. Seules deux conditions de recours à ce type de contrat ont subsisté : l'activité - principale - de l'entreprise doit appartenir à l'un des secteurs d'activité définis par décret (D. 121-2 devenu D. 1242-1 c. trav.) ou accord collectif étendu et, dans ledit secteur, doit exister un usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée pour l'emploi concerné. De manière quelque peu déroutante, sauf à vouloir alléger et sécuriser le contrôle judiciaire, a disparu l'exigence, antérieure à 2003, d'un emploi par nature temporaire.

C'est sur cet élément de précarisation des salariés que reviennent, pour l'abandonner, les deux arrêts du 23 janvier 2008 : l'un de cassation, l'autre de confirmation des décisions d'appel. Dans les deux cas, les hauts magistrats, en soulevant un moyen d'office, ont conclu à la requalification en contrat de travail à durée indéterminée d'une succession de contrats à durée déterminée d'usage s'échelonnant sur une période de 9 ans pour une journaliste pigiste dans l'audiovisuel (**Soc. 23 janv. 2008, n° 06-43.040** , D. 2008. Jur. 1321, note C. Vigneau ; RDT 2008. 170, obs. G. Auzero) ou couvrant 14 années scolaires pour un formateur dans l'enseignement (**Soc. 23 janv. 2008, n° 06-44.197** , D. 2008. Jur. 1321, note C. Vigneau).

Plusieurs aspects novateurs de la position de la Cour de cassation peuvent être relevés.

Sur le fond, le juge doit désormais vérifier que l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs était justifiée par des raisons objectives qui s'entendent de « *l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de cet emploi* ». Cette position accroît le contrôle du juge qui devra, dans le contentieux de la requalification, se livrer à un examen concret des conditions d'emploi du salarié. Devrait s'en suivre un retour du contentieux sur la notion d'emploi par nature temporaire (déjà en ce sens : Soc. 21 mai 2008, n° 07-41.287). Corrélativement, ce pouvoir juridictionnel élargi contraint les employeurs à apporter la preuve de la nécessité et de l'objectivité du recours à une série de contrats « d'usage » conclus avec le même salarié. Dans cette logique, s'il n'est pas interdit à l'employeur de recourir à des contrats successifs en lien avec l'activité normale et permanente de l'entreprise, il lui incombe de ne pas en user de manière durable au risque que l'emploi n'apparaisse permanent.

Sur le fondement utilisé pour justifier le revirement, la Cour de cassation met en exergue de

multiples sources. D'abord les dispositions du code du travail, en particulier les articles L. 122-1 et L. 122-1-1 (L. 1242-1 et L. 1242-2-3° recod.) dont l'application combinée fait ressortir l'impérativité du caractère par nature temporaire de l'emploi. En effet, quel que soit son motif, le recours au CDD « *ne peut avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ». En outre, l'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée doit se justifier « *en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* ». A eux seuls ces textes auraient justifiés amplement le revirement présenté à juste titre comme un retour à la *ratio legis* (G. Auzero, RDT 2008. 170 , préc.). Toutefois la Cour de cassation, comme elle le fait désormais fréquemment, puise dans le droit communautaire une autre motivation de renfort : les clauses 1 et 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en oeuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999. Afin de prévenir les abus, ces normes imposent aux Etats de prendre certaines mesures citées parmi lesquelles les raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats. La Cour de justice des Communautés européennes, chargée d'interpréter cette notion de « raisons objectives », a considéré que le recours à ce type particulier de relations de travail devait être justifié par l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice (CJCE 4 juill. 2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler*, pt 75, D. 2006. IR. 2209 ; RDT 2006. 141, obs. F. Guiomard). Bien que la situation examinée des CDD grecs dans le secteur public ait pu sembler assez éloignée du cas des CDD d'usage français, cette interprétation ne pouvait manquer de peser sur la position de la Cour de cassation comme le confirme l'alignement réalisé et la similarité de motivation (pour une opinion contraire : C. Vigneau, D. 2008. Jur. 1321, préc.). Les raisons objectives à la succession de CDD d'usage ne peuvent résider, en raison de leur généralité, dans la seule existence d'un usage à l'échelle du secteur mais bien dans « des circonstances précises et concrètes », appréciées au cas par cas, caractérisant l'emploi. Ainsi, l'objet et l'effet utile de la norme communautaire, prévenir les abus dans le travail à durée déterminée, sortent fortifiés des arrêts du 23 janvier 2008.

Il reste à certains secteurs d'activité, « grands consommateurs » de contrats à durée déterminée d'usage, d'adapter leurs pratiques car, outre la menace d'une requalification, le risque d'une condamnation pénale n'est jamais bien loin (Crim. 6 mai 2008, n° 06-82.366).

B. R.

B - Clause de mobilité

Si les arrêts rendus par la Cour de cassation les 23 et 24 janvier 2008 (**Soc. 23 janv. 2008, n° 07-40.522** , *M^{me} Garcia c/ Sté Distribution Casino*, D. 2008. AJ. 422, obs. B. Ines ; RDT 2008. 174, obs. B. Lardy-Pélessier ; **24 janv. 2008, n° 06-45.088**, *Sté Jacobs France c/ Didier Thomas*, D. 2008. AJ. 422) ne révolutionnent pas le droit de la mobilité géographique, leur analyse combinée présente néanmoins l'intérêt de clarifier, d'une part, les conditions de validité d'une clause de mobilité prévue conventionnellement (1), d'autre part, les effets de ce type de clauses notamment les conséquences résultant du refus du salarié de s'y soumettre (2).

1 - Les conditions de validité d'une clause de mobilité d'origine conventionnelle sont-elles les mêmes que celles exigées pour une clause figurant dans le contrat ? Tel était le problème dans une espèce où l'employeur se prévalait, pour imposer à son salarié un changement du lieu de travail, des stipulations d'une convention collective nationale qui consacraient une « *mobilité géographique de principe pour tous les salariés* » et qui étaient complétées par un accord d'entreprise prévoyant que « *les déplacements ou détachements font partie de l'activité normale de l'entreprise et que toute personne (sauf exception), est supposée accepter ces contraintes* ». Cette question est importante puisque, depuis un arrêt du 27 juin 2002 (Bull. civ. V, n° 222 ; D. 2002. Somm. 3115, obs. M.-C. Amauger-Lattes), la Cour de cassation estime qu'une clause conventionnelle ne peut jouer en l'absence de clause contractuelle que si, d'une part, le salarié a été informé de l'existence de la convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance, et sous réserve, d'autre part, que la disposition conventionnelle « se suffise à elle-même » : à défaut, une clause conventionnelle ne peut acquérir « force obligatoire », de sorte que « le relais du contrat devient indispensable » (B. Bossu, note ss. Soc. 24 janv. 2008, JCP S 2008. 1250). Dans ce contexte, l'intérêt de l'arrêt du 24 janvier 2008 est d'étendre aux clauses conventionnelles certaines conditions exigées pour la validité des clauses

contractuelles et, au premier chef, celle relative à la nécessaire délimitation de la zone d'application de la clause (Soc. 7 juin 2006, D. 2006. Jur. 3041, note M.-C. Escande-Varniol ; RDT 2006. 313, obs. J. Pélissier ; RTD civ. 2007. 110, obs. J. Mestre et B. Fages ; Dr. soc. 2006. 926, note F. Favennec-Héry). Ainsi la Cour de cassation a-t-elle déclaré ici illicite la clause conventionnelle litigieuse au motif qu'elle ne définissait pas précisément son périmètre géographique d'application ; cette clause ne pouvant donc s'appliquer et aucune clause contractuelle n'étant prévue, le licenciement, consécutif au refus de mutation exprimé par le salarié, ne pouvait qu'être dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Reste que la saga des clauses conventionnelles de mobilité n'est sans doute pas achevée : *quid* en effet des autres conditions requises pour la validité des clauses de mobilité et notamment de l'interdiction de toute modification de la rémunération du salarié (Soc. 3 mai 2006, Dr. soc 2006. 929, obs P. Waquet) ? Seront-elles exigées des clauses conventionnelles comme des clauses contractuelles ? Une réponse positive pourrait atténuer les réserves de certains auteurs qui se demandent si « *une convention collective (peut) imposer directement aux salariés des obligations qu'ils n'auraient pas eux-mêmes souscrites en concluant leur contrat de travail* » (J. Pélissier, Les restructurations d'entreprise et leurs effets sur l'emploi, Rev. crit. DIP 1990. 156).

2 - Quoi qu'il en soit et en admettant qu'une clause de mobilité soit valable, quels en sont les effets ? Certes - et c'est ce que confirme l'arrêt du 23 janvier 2008 - un changement de lieu de travail décidé en application d'une telle clause doit s'analyser comme un simple changement des conditions de travail de sorte que le refus de cette mobilité est une faute contractuelle que l'employeur peut sanctionner. Mais quelle est la gravité de cette faute ? S'inscrivant dans le prolongement d'une jurisprudence favorable à une atténuation des effets du refus d'une mutation géographique contractuellement prévue, la Cour de cassation estime ici que si un tel refus « *constitue en principe un manquement (du salarié) à ses obligations contractuelles* », « *il ne caractérise pas à lui seul une faute grave* ». Ce faisant, les idées-force devant structurer l'analyse sont identifiées. Si la qualification même du refus d'un changement des conditions de travail doit, objectivement et automatiquement, s'analyser comme une faute contractuelle, la qualification de celle-ci doit, en revanche, s'apprécier subjectivement, au cas par cas.

I. D.

II - EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

A - Contrepartie du temps d'habillage

Les temps d'habillage et de déshabillage, lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire pour le salarié, suscitent des interrogations quant aux contreparties que l'employeur doit lui allouer. Deux arrêts récents ont été rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation sur cette question, l'un opérant un revirement de jurisprudence s'agissant des conditions d'octroi des contreparties, l'autre apportant des précisions sur la détermination de celles-ci.

L'arrêt *Société transports publics de l'agglomération stéphanoise* (Soc. 26 mars 2008, n° 05-41.476 , D. 2008. AJ. 1049, obs. L. Perrin ; RDT 2008. 395, obs. M. Véricel ; JS Lamy, 28 avr. 2008, n° 232, 16, obs. M.-C. Haller ; RJS 05/08, 398, avis S. Petit ; SSL, 7 avr. 2008, n° 1348, 10, obs. J. Quandalle-Bernard) revient sur les conditions d'application de l'article L. 212-4, alinéa 3, du code du travail (art. L. 3121-3 recod.). Celui-ci impose en effet aux employeurs d'accorder aux salariés des contreparties, sous forme financière ou de repos, dès lors que le port d'une tenue de travail est rendu obligatoire par des dispositions législatives ou réglementaires, des stipulations 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. Or, par une décision du 26 janvier 2005 (Soc. 26 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 34 ; D. 2005. IR. 390 ; Dr. ouvrier 2005. 405, note M. Miné ; Dr. soc. 2005. 469, obs. P. Waquet ; SSL, 14 mars 2005, n° 1206, 13, note F. Vélot), confirmée le 5 décembre 2007 (Soc. 5 déc. 2007, n° 06-43.888), la chambre sociale avait jugé que lorsque le port d'une tenue de travail était obligatoire, l'habillage et le déshabillage devaient nécessairement être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. Ainsi, les employeurs ne pouvaient pas se soustraire à l'obligation d'attribuer une contrepartie à ces opérations, parfois assez longues, en exigeant des salariés qu'ils se vêtissent et se dévêtissent en dehors du lieu de travail ou de l'entreprise. En décidant, au visa de l'article L. 212-4, que « *le*

bénéfice de ces contreparties est subordonné à la réalisation des deux conditions cumulatives prévues par ce texte », la Cour de cassation opte expressément pour une lecture stricte des termes de la loi. Elle casse alors l'arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon qui avait enjoint l'employeur d'engager des négociations permettant de conclure un accord sur la compensation du temps nécessaire pour revêtir ou quitter la tenue de travail, et ce même si les salariés n'avaient pas l'obligation de réaliser cette opération sur leur lieu de travail.

Si les conditions requises pour que l'employeur soit dans l'obligation de fournir des contreparties aux salariés astreints au port d'une tenue de travail sont désormais nettement établies, la question des modalités de détermination de ces contreparties a également été clarifiée par la Cour de cassation. A cet égard, le législateur a exprimé deux exigences. Tout d'abord, les contreparties doivent être octroyées soit sous forme de repos soit sous forme financière. Ensuite, elles doivent être déterminées par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par le contrat de travail. En l'absence, cependant, de convention ou d'accord collectif de travail ou de clause contractuelle fixant les contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, comment celles-ci sont-elles déterminées ? La chambre sociale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 16 janvier 2008, répondu expressément à cette question (**Soc. 16 janv. 2008, n° 06-42.983** , D. 2008. AJ. 359). Au triple visa des articles L. 212-4, alinéa 3, du code du travail, 4 du code civil et 12 du code de procédure civile, les hauts magistrats ont décidé « *qu'il résulte de ces textes qu'en l'absence d'accord collectif ou de clauses dans le contrat de travail, il appartient au juge de fixer la contrepartie dont doivent bénéficier les salariés qui le saisissent* ». En conséquence, en rejetant la demande des salariés en paiement d'une prime d'habillage et de déshabillage au motif qu'il n'appartenait pas au juge de fixer la contrepartie mais qu'il revenait aux salariés ou à leurs représentants de saisir la juridiction compétente pour solliciter la conclusion d'un accord ou l'octroi d'indemnités, la cour d'appel a méconnu son office et violé les textes susvisés. Il ressort de cette décision que les salariés indûment privés du bénéfice des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, en raison de l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle les prévoyant, sont en droit de saisir le conseil de prud'hommes afin de se voir attribuer ces contreparties qu'il appartiendra au conseil de fixer. Il n'est nul besoin de demander au juge qu'il condamne l'employeur à engager des négociations en vue de conclure un accord sur les contreparties. La sanction est donc forte pour un employeur récalcitrant à conclure un accord

ou qui n'aurait pas pris soin d'insérer une clause dans les contrats de travail concernés prévoyant les modalités d'attribution des contreparties aux temps nécessaires pour revêtir et quitter la tenue de travail. Dans ce cas là, la négociation ne sera plus de mise et le juge fixera lui-même, en fonction des prétentions respectives des parties, la contrepartie dont il aura admis le principe d'allocation. L'employeur pourra alors, à cette occasion, rapporter la preuve de ce qu'il avait rémunéré ces temps comme du temps de travail effectif (Soc. 12 juill. 2006, Bull. civ. V, n° 264 ; RDT 2007. 115, obs. M. Véricel ; JCP S 2006. 1967, note D. Asquinazi-Bailleux), lui évitant ainsi de verser la contrepartie.

C. D.-D.

B - Modulation du temps de travail

Bien qu'il n'ait pas fait l'objet d'une publication au *Bulletin*, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 mars 2008 mérite sans doute d'être signalé en raison des conséquences pratiques que pourrait produire la solution qu'il énonce si elle devait être réitérée (**Soc. 12 mars 2008, n° 06-45.274**).

Les faits concernent une salariée qui contestait l'application du dispositif de modulation du temps de travail appliqué dans l'entreprise et qui avait obtenu du juge prud'homal la condamnation de l'employeur au paiement d'un rappel de salaire à titre d'heures supplémentaires et de congés payés afférents. Celui-ci critiquait le jugement : si la validité de l'accord d'entreprise de modulation était contestable, le conseil de prud'hommes aurait dû, selon lui, rechercher si la mise en oeuvre de la modulation ne pouvait résulter directement de l'accord étendu du 1^{er} décembre 1998 relatif à la réduction et l'aménagement du temps de travail dans les entreprises de l'habillement, du bouton, de la bretelle et de la ceinture.

Il est vrai que l'article L. 212-8 du code du travail (L. 3122-9 recod.) prévoit que la mise en place

de la modulation du temps de travail dans une entreprise peut résulter soit d'une convention ou d'un accord collectif étendu, soit d'un accord d'entreprise ou d'établissement. Cependant, le texte (L. 3122-11 recod.) dispose également que « *la convention ou l'accord définis par le présent article doivent fixer le programme indicatif de la répartition de la durée du travail* », programme soumis pour avis aux institutions représentatives du personnel. Or, souligne la Cour de cassation, dans la mesure où l'accord de branche ne prévoyait qu'une amplitude maximale de variation des horaires modulés et faute de programme indicatif de répartition de la durée du travail, il ne pouvait à lui seul permettre la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail dans l'entreprise.

M.-C. A.-L.

C - Egalité de traitement et non-discrimination

Si l'autonomie conceptuelle des deux principes est consacrée, ils continuent l'un et l'autre à susciter de nouvelles interprétations de la chambre sociale de la Cour de cassation.

1 - A l'occasion d'une demande en résiliation judiciaire de son contrat de travail, un avocat salarié obtient de la cour d'appel, une somme liée à un avantage dont il a été privé par son employeur : l'octroi de tickets-restaurants. Ce dernier fait valoir au soutien du pourvoi devant la Cour suprême qu'il avait réservé le bénéfice de ces titres aux salariés non-cadres, catégorie professionnelle à laquelle n'appartenait pas l'avocat concerné. Selon lui, une telle disparité de traitement reposait sur « *des raisons objectives exclusives de toute discrimination* ».

Par arrêt du 20 février 2008 (**Soc. 20 févr. 2008, n° 05-45.601** , D. 2008. AJ. 696), la Cour de cassation rejette le moyen au motif que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant*

reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ».

Cet attendu est porteur d'enseignements sur les contours jurisprudentiels du principe d'égalité de traitement entre salariés. Certes, il ne constitue pas une complète nouveauté puisque l'on retrouve une proximité de formulation dans un précédent arrêt du 15 mai 2007 (D. 2007. AJ. 1506, et Pan. 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut et A. Jeammaud ; RJS 7/07, n° 848 ; Dr. soc. 2007. 896, obs. C. Radé). Néanmoins, l'arrêt en question se situait sur le terrain de l'application du principe « *à travail égal, salaire égal* », manifestation particulière, en matière de rémunération, du principe d'égalité de traitement.

L'arrêt du 20 février 2008, plus large, conforte l'exigence d'égalité de traitement des salariés et vient préciser la justification des exclusions autorisées quels que soient les avantages. En ce sens, la Cour de cassation n'évoque même pas la nature juridique du titre-restaurant pour viser le terme plus générique « d'avantage ». Plus fondamentalement, elle met en oeuvre une approche pragmatique du principe d'égalité. En effet, l'on sait que seuls des salariés dans une situation comparable peuvent revendiquer une égalité de traitement. En l'espèce, la Cour de cassation affirme avec plus de netteté que pour apprécier l'identité de situation des salariés, la comparaison doit être faite au regard de l'avantage en cause.

S'agissant de l'octroi de tickets-restaurants l'ensemble des salariés de l'entreprise, face au besoin de se nourrir, a vocation à en bénéficier. Seules des raisons objectives, dont la réalité et la pertinence doivent être démontrées par l'employeur et contrôlées par le juge, pouvaient justifier une inégalité de traitement. Dans une logique d'effectivité du principe d'égalité, cet arrêt incite les employeurs à se livrer à un examen attentif, au cas par cas, des critères d'attribution des avantages et notamment de leur pertinence. En l'espèce, la seule différence de catégorie professionnelle a légitimement pu apparaître comme une motivation inadéquate de la différence opérée dans l'attribution de tickets-restaurants. Déjà la Cour de cassation avait conclu que le critère de sédentarité avancé pour refuser le bénéfice de tickets-restaurants à des conducteurs-receveurs ne constituait pas un élément pertinent alors que d'autres salariés non sédentaires en bénéficiaient (Soc. 16 nov. 2007, RJS 2/08, n° 185).

2 - Un salarié français de la société Européan synchrotron, s'estimant victime d'une discrimination fondée sur la nationalité, demande le paiement d'une indemnité d'expatriation réservée par la convention d'entreprise aux salariés de nationalité étrangère. Il s'étonne de ce que les ressortissants étrangers bénéficient de cet avantage du seul fait de leur nationalité, abstraction faite de toute expatriation effective. Mais la Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble qui l'a débouté de sa demande.

L'arrêt du 17 avril 2008 (**Soc. 17 avr. 2008, n° 06-45.270** , D. 2008. AJ. 1339, obs. L. Perrin, et Jur. 1519, note S. Petit et C. Cohen) constitue un nouvel acte de l'affaire *Synchrotron* qui promet de ne pas être le dernier, compte tenu de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme. Déjà, à propos de la même prime, la Cour de cassation n'a pas reconnu la discrimination salariale (Soc. 9 nov. 2005, D. 2005. Pan. 410, obs. F. Guiomard ; Dr. soc. 2006. 221 obs. A. Jeammaud ; J.-P. Lhernoult, SSL, n° 1243. 12) alors que la dite prime a été qualifiée comme telle par la Halde (Délib. n° 2007-272, 22 oct. 2007, SSL, n° 1328. 2).

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation maintient sa position malgré l'audition de la Halde. Elle retient que la prime d'expatriation est destinée à compenser les inconvénients nés de l'expatriation du salarié et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international. « *La privation de cet avantage pour les salariés français repose ainsi sur une raison objective, pertinente, étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par les Etats membres* ».

Avant de parvenir à cette solution la Cour de cassation écarte la prétendue violation des règles de non-discrimination à raison de la nationalité inscrites en droit communautaire aux articles 12 et 39 Traité CE. Ces règles communautaires n'ont pas vocation à régir des « situations purement internes » selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (ex : CJCE 26 oct. 1982, aff. C-35-36/82, *Morson*). Dés lors, comme l'indique la Cour suprême, leur application est liée à l'exercice effectif, non avéré en l'espèce, du droit à la libre circulation pour occuper un emploi dans un autre Etat membre.

En second lieu, la Cour de cassation ne répond pas directement à l'invocation d'autres sources

internationales (CEDH) ou internes (L. 122-45 recod. L. 1132-1 s. c. trav., principe à « *travail égal, salaire égal* »). Mais elle confirme l'ouverture à de possibles justifications à des discriminations tout en reformulant le critère de légitimité. Jusqu'à présent l'employeur devait justifier « *de raisons objectives étrangères à toute discrimination prohibée* ». Désormais, il doit justifier d'« *une raison objective, pertinente, étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi* ». Cette motivation subit l'attraction du droit européen en particulier à travers l'ajout du critère de proportionnalité. Il anticipe également les récents apports de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. En substance, l'interdiction des discriminations ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (sur cette dérogation : cf. not. art. 2 et 6 [L. 1133-1 c. trav.] de la loi).

Tout en approuvant l'effort « d'eupéanisation » des hauts magistrats français, on peut réprover cette admission plus large de la justification des discriminations et les possibles dérives dues au glissement opéré de la discrimination vers l'égalité de traitement (en ce sens A. Jeammaud, Une discrimination peut-elle être justifiée ?, SSL, n° 1354. 13). De là à les confondre, il n'y a qu'un pas.

B. R.

III - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

A - Licenciement pour absence et pour inaptitude

1 - Licenciement pour absence prolongée ou absences répétées : la nécessité de remplacement définitif

Des absences répétées ou une absence prolongée en raison de l'état de santé d'un salarié ne sauraient suffire à elles seules à motiver son licenciement. C'est seulement si des absences répétées ou prolongées perturbent le fonctionnement de l'entreprise que l'employeur peut licencier, malgré la prohibition des licenciements en raison de l'état de santé du salarié. Afin de s'assurer qu'un tel licenciement repose bien sur une situation de l'entreprise qui soit véritablement objective, les juges doivent vérifier que les perturbations invoquées entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement définitif du salarié licencié. Trois arrêts du mois de février 2008 contribuent à mieux préciser la notion de remplacement définitif. Deux conditions sont posées par la jurisprudence : il faut non seulement que le remplacement s'avère nécessaire, il faut aussi qu'il soit effectué à titre définitif.

a - Un arrêt du 6 février 2008 (**Soc. 6 févr. 2008, n° 06-45.762**) conjugue les deux exigences liées au remplacement d'un salarié licencié en raison de ses fréquentes absences. Dans cette affaire, le salarié licencié avait été engagé en qualité de conseiller commercial. Ses absences répétées avaient, selon l'employeur, désorganisé l'équipe commerciale dont ce salarié faisait partie. Ce dernier considéra que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Débouté par la cour d'appel de Lyon, il forma un pourvoi, mais celui-ci fut rejeté. La Cour de cassation rappelle que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve. Or, ceux-ci avaient jugé le licenciement bien fondé en raison de la nécessité pour l'employeur de pourvoir au remplacement définitif de ce salarié. Pour apprécier l'existence d'une telle nécessité, les juges s'étaient fondés sur la qualité des fonctions exercées par ce salarié. Celui-ci était conseiller commercial ; l'exercice de ces fonctions imposait un apprentissage spécifique de la technique de vente et une formation sur le terrain, ce qui rendait impossible le recours au travail intérimaire.

Il résulte de cet arrêt que la nécessité d'un remplacement doit s'apprécier en tenant compte des fonctions exercées par le salarié dont les absences perturbent le fonctionnement de l'entreprise.

Cette solution présente, *a priori*, toutes les garanties de l'objectivité. Pourtant, ces garanties ne pourraient être qu'apparentes et laisser place à une large part de subjectivisme. De très nombreuses fonctions exigent un apprentissage spécifique et une formation *in situ*. Ne risque-t-on pas d'accroître la part de subjectivité de l'employeur libre de choisir les collaborateurs dont il entend se séparer ? La référence à des fonctions « *rendant impossible le recours au travail intérimaire* » ne risque-t-elle pas d'amoindrir les efforts accomplis jusqu'alors pour obliger les employeurs à chercher, au moins dans un premier temps, des solutions alternatives au licenciement ?

Le remplacement nécessaire du salarié doit être aussi définitif. La Cour de cassation précise ce qu'il faut entendre par « définitif » dans un autre arrêt rendu le 6 février 2008 (**Soc. 6 févr. 2008, n° 06-44.389** , D. 2008. AJ. 619). Un remplacement définitif signifie un remplacement « fixé une fois pour toutes », c'est-à-dire fixe, irrémédiable et irrévocable. Dès lors, on conçoit aisément que les juges aient écarté les embauches sous contrats à durée déterminée (par ex. Soc. 2 mars 2005, RJS 2/05, n° 503) ou, pour les mêmes raisons, les embauches de salariés intérimaires (par ex. Soc. 13 mars 1991, RJS 5/91, n° 563). Seul un contrat à durée indéterminée pourra répondre à une telle exigence.

Il convient d'examiner avec soin les caractéristiques précises de ce contrat à durée indéterminée. La question posée dans l'arrêt sous examen était de savoir si le remplacement d'un salarié à temps partiel peut être effectué par le recrutement d'un autre salarié à temps partiel dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée ? La réponse ne pouvait être qu'affirmative. Mais il faut pousser plus loin l'analyse en ce qui concerne le contenu du contrat à temps partiel ainsi conclu. En l'espèce, le remplacement avait concerné une salariée qui avait été engagée à temps plein, puis à temps partiel comme agent d'assurances. La durée mensuelle de son travail avait été fixée à 121 heures lors de son passage à temps partiel. Or, la salariée recrutée pour assurer son remplacement l'avait été sous contrat à durée indéterminée avec un horaire de travail établi sur la base de 61 heures par mois, soit la moitié de la durée inscrite dans le contrat de travail de la salariée remplacée. La Cour de cassation juge qu'il n'a pas été procédé à son remplacement définitif dans son emploi. La solution de la Cour de cassation a pour mérite de poser clairement l'exigence selon laquelle un remplacement ne peut être considéré comme définitif que s'il coïncide parfaitement avec le

contenu du précédent contrat de travail à temps partiel.

b - La question du délai dans lequel doit intervenir le remplacement est toujours délicate. La Cour de cassation juge qu'« *il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de ce qu'il a procédé au remplacement définitif du salarié, licencié en raison de son absence prolongée pour maladie, dans un délai raisonnable après son licenciement* ». L'expression de « délai raisonnable », ce « standard » juridique hautement flexible, laisse une marge d'appréciation non négligeable, ce qui peut susciter des contestations quant à l'ampleur de ce délai. Un arrêt rendu le 10 novembre 2004 (n° 02-45.156, Bull. civ. V, n° 283 ; D. 2005. Jur. 765, note H. K. Gaba) a indiqué que le remplacement définitif doit intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement « *délai que les juges du fond apprécient souverainement en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement* ». Mais, la question soulevée dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt du 20 février 2008 (**Soc. 20 févr. 2008, n° 06-44.712**) est particulièrement originale. Car, l'employeur n'avait pas tardé à remplacer le salarié absent, il l'avait, au contraire, remplacé très vite, peut-être même trop vite. En l'espèce, l'absence prolongée d'un salarié occupant des fonctions de directeur avait entraîné son licenciement le 12 novembre 2003. Quelques mois auparavant, le 2 juin 2003, un salarié avait été engagé en qualité de responsable commercial. Ce salarié avait été ensuite promu au poste de directeur adjoint en décembre 2003. La quasi-concomitance de cette promotion avec le licenciement du salarié qui exerçait jusqu'alors les fonctions de directeur éveilla quelques suspicions chez ce dernier qui contesta le caractère réel et sérieux de son licenciement. Les juges du fond, reprenant la chronologie des faits, conclurent que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cet arrêt. Certes, le remplacement était intervenu après le licenciement du salarié malade, mais le salarié « remplaçant » avait été recruté plusieurs mois avant que le licenciement n'ait été engagé. Les juges de cassation approuvèrent les juges du fond d'avoir constaté que la promotion interne au poste de directeur adjoint d'un salarié engagé quelques mois auparavant en qualité de responsable commercial n'établissait pas à elle seule le remplacement définitif du salarié licencié dix-huit jours plus tôt.

Pour que le licenciement soit justifié, il faut établir des perturbations dans le fonctionnement de

l'entreprise. En la circonstance, puisque la personne présentée comme remplaçant le salarié licencié était déjà en fonction et était en mesure d'effectuer les tâches jusqu'alors confiées au salarié licencié, la nécessité d'un remplacement n'apparaissait plus pertinente.

Ces trois arrêts tracent plus nettement les contours de ce que doit être un remplacement définitif. Il s'agit de substituer à un emploi devenu vacant à la suite d'un licenciement un autre emploi de même nature. L'équation paraît assez simple ; il doit y avoir stricte adéquation en ce qui concerne la nature juridique du contrat (à un contrat à durée indéterminée doit succéder un contrat à durée indéterminée), le volume d'emploi au regard notamment de la durée du travail (la durée du temps partiel, s'il s'agit d'un contrat à temps partiel, ne peut être réduite par rapport à la durée prévue dans le précédent contrat). Enfin, la nécessité d'un remplacement définitif doit s'apprécier au moment où la décision de licenciement intervient ; elle s'accommode mal d'anticipations trompeuses.

2 - Intervention du médecin du travail

a - Un arrêt du 6 février 2008 (**Soc. 6 févr. 2008, n° 06-44.413** , D. 2008. AJ. 552, obs. L. Perrin ; RDT 2008. 232, obs. J. Lévy-Amsalem) apporte de nouvelles précisions sur le rôle du médecin du travail appelé à statuer sur l'inaptitude physique d'un salarié à son poste de travail.

Un ouvrier professionnel, victime d'une rechute d'accident du travail ayant entraîné un arrêt de travail de huit mois, avait dû se présenter devant le médecin du travail pour une visite de reprise. Le médecin du travail avait conclu à « *une reprise à mi-temps thérapeutique dans un poste limitant le port de charges lourdes à 30 kg et ne nécessitant pas l'utilisation d'outils vibrants* ». La société qui l'employait lui avait alors proposé deux postes « *entrant parfaitement dans ses qualifications et aptitudes physiques réduites* », selon les termes reproduits dans l'arrêt. Le salarié, qui avait refusé de manière réitérée ces deux postes, fut licencié pour insubordination. La cour d'appel de Lyon avait jugé ce licenciement bien fondé. Pour casser l'arrêt de la cour d'appel

de Lyon, les juges de la chambre sociale relèvent que, dans la mesure où le salarié contestait la compatibilité du poste auquel il avait été affecté avec les recommandations du médecin du travail, l'employeur devait de nouveau solliciter l'avis de ce dernier.

L'article L. 4624-1, alinéa 2, du code du travail (anc. L. 241-10-1) énonce que l'employeur est tenu de prendre en compte les propositions du médecin du travail et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. Selon l'alinéa 3 de l'article précité, en cas de difficulté ou de désaccord, un recours peut être exercé devant l'inspecteur du travail. L'interprétation que fait la Cour de cassation de l'article L. 4624-1 peut paraître, à première vue, surprenante. En effet, dans la mesure où il y avait manifestement un désaccord, on aurait pu penser que l'employeur ou le salarié aurait dû saisir l'inspecteur du travail. Toutefois, la rédaction de l'alinéa 3 présente ce recours comme une simple faculté laissée à l'initiative de l'une ou l'autre des parties et n'en fait donc pas une condition préalable.

Pour résoudre le désaccord sur les conditions du reclassement telles qu'elles ont été proposées par l'employeur, qui, mieux que le médecin du travail, se trouve être effectivement en mesure de régler le désaccord, du moins d'en clarifier les termes ? L'employeur ne peut à lui seul valablement apprécier si les mesures de reclassement qu'il propose répondent bien aux exigences formulées par le médecin du travail. Et, comme l'a très justement relevé Madame J. Lévy-Amsallem « *la consultation réitérée du médecin du travail devrait permettre de faciliter la preuve pour l'employeur de l'impossibilité de reclassement* » (RDT 2008. 232 , préc.). La lecture que la chambre sociale de la Cour de cassation fait de l'article L. 4624-1 présente l'intérêt de reconnaître au médecin du travail le rôle véritable qui est le sien. Ce n'est pas seulement un prescripteur ; c'est aussi un expert, conseiller de l'employeur (art. R. 4623-1 c. trav.). Les recommandations du médecin du travail doivent être scrupuleusement respectées par l'employeur. Il peut arriver que des employeurs prennent quelque liberté avec les recommandations qui leur sont faites ; c'est la raison pour laquelle, il paraît justifié de demander à l'employeur de consulter le médecin du travail sur l'adéquation des propositions de reclassement qu'il formule avec les recommandations émises dans l'avis d'inaptitude. Le médecin du travail paraît être le mieux placé pour vérifier que ses recommandations ont été respectées lorsque le salarié conteste la compatibilité des postes de reclassement avec les restrictions émises par le médecin du travail.

b - Les conséquences découlant de l'absence de seconde visite. Le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude médicale d'un salarié à son poste de travail qu'après avoir réalisé une étude de ce poste, une étude des conditions de travail dans l'entreprise et après deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines. La troisième et dernière condition posée par l'article R. 4624-31 du code du travail (anc. R. 241-51) est particulièrement importante. Cette seconde visite est obligatoire à une exception près qui concerne les cas dans lesquels le maintien du salarié à son poste de travail entraînerait un danger immédiat pour la santé ou la sécurité du salarié lui-même ou des tiers. Il appartient à l'employeur de solliciter lui-même cette seconde visite (Soc. 16 juill. 1998, Bull. civ. V, n° 393 ; D. 1998. IR. 212 ; RJS 10/98, n° 1203). L'importance de cette seconde visite est telle qu'à défaut le licenciement sera déclaré nul (Soc. 4 juin 2002, Bull. civ. V, n° 192 ; D. 2002. IR. 2304 ; RJS 8-9/02, n° 964 ; 26 sept. 2007, RJS 11/07, n° 1174).

Dans l'affaire jugée le 12 mars 2008 (**Soc. 12 mars 2008, n° 07-40.039** , D. 2008. AJ. 994), une salariée avait été déclarée définitivement inapte à son poste de vendeuse à la suite d'une seule visite de reprise effectuée par le médecin du travail. Cette salariée, victime d'un accident du travail, avait été classée en invalidité « deuxième catégorie ». Le médecin du travail avait conclu cette première visite en précisant qu'il n'y avait pas lieu d'en prévoir une seconde, mais sans faire référence à l'article R. 241-51-1 (recod. R. 4624-31) ni même à un danger immédiat ; il n'avait donc pas visé expressément l'exception visée par ce texte qui, seule, peut dispenser d'une seconde visite. L'employeur n'avait pas sollicité de seconde visite ; il avait cependant engagé à deux reprises une procédure de licenciement qu'il avait abandonnée chaque fois. Ce n'est qu'un an plus tard qu'il demanda à la salariée de se rendre à une nouvelle visite médicale et qu'il la licencia pour impossibilité de reclassement à la suite de la seconde visite au terme de laquelle avait été formulée une déclaration d'inaptitude. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir jugé que l'employeur qui s'était abstenu, dans un premier temps, de saisir le médecin du travail pour faire pratiquer le second des examens exigés par les textes « *avait, ce faisant, commis une faute dont il devait réparation* ».

La Cour de cassation souligne une nouvelle fois le caractère obligatoire et totalement inéluctable de la seconde visite (ce qu'avait clairement signifié un arrêt du 19 janv. 2005, n° 03-40.765, Bull.

civ. V, n° 7). L'intérêt que suscite la lecture de l'arrêt rendu le 12 mars va bien au-delà en précisant les modalités selon lesquelles il faut envisager la réparation de la faute ainsi commise. La salariée avait, en effet, demandé le paiement de ses salaires pour la période allant du 30 mai 2004 (date de l'unique visite de reprise) au 29 avril 2005 (date de son licenciement consécutif à l'avis d'inaptitude formulé au terme des deux visites « réglementaires »). Sa demande était fondée sur l'article L. 122-24-4 du code du travail (recod. L. 1226-4) qui dispose que dans l'hypothèse où un salarié n'a été ni reclassé ni licencié à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de l'examen de reprise du travail, l'employeur doit lui verser les salaires correspondant à l'emploi que le salarié occupait avant la suspension de son contrat de travail. Or, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait condamné l'employeur à payer seulement les salaires pour la période d'une année précédant la rupture de son contrat ; elle décide que la faute commise par l'employeur, caractérisée par l'absence de sollicitation d'une seconde visite, doit être réparée par une indemnisation du préjudice réellement subi. La réparation devra donc englober l'intégralité des salaires perdus pour toute la période correspondant au temps où la salariée ni reclassée ni licenciée n'a pu effectuer de travail, mais il faut aller au-delà de ce qui est préconisé par l'article L. 1226-4. Les juges du fond devront envisager la réparation intégrale du dommage, c'est-à-dire non seulement une indemnisation correspondant aux gains manqués du fait de la faute de l'employeur, mais également la perte subie, par exemple, en matière de formation professionnelle manquée, d'avancement, d'augmentation des salaires intervenue pendant cette période et ils devront prendre en compte aussi le préjudice moral.

La vigueur de la solution emporte l'approbation dans la mesure où elle met en lumière l'exacte portée des obligations de l'employeur. Non seulement, il lui appartient de veiller à la santé et à la sécurité des salariés, mais il lui appartient aussi de prendre les décisions qui s'imposent au regard des prescriptions légales et réglementaires. Le pouvoir de direction dont est investi l'employeur lui fait obligation de prendre des décisions. Certains atermoiements sont parfois inévitables, mais ils peuvent devenir une faute causant un préjudice au salarié. En l'espèce, l'absence de toute décision, à la suite d'un seul examen de reprise par le médecin du travail, avait constitué cette faute ; et, le principe de réparation intégrale du préjudice posé par un arrêt du 23 janvier 2008 (n° 06-42.919, D. 2008. AJ. 424) trouve ici confirmation.

3 - Les exigences quant à la motivation de la lettre de licenciement

« Ne constitue pas l'énoncé d'un motif précis de licenciement l'inaptitude physique du salarié, sans mention de l'impossibilité de reclassement ». La formule de l'arrêt rendu le 9 avril 2008 (Soc. 9 avr. 2008, n° 07-40.356 , D. 2008. AJ. 1211, obs. B. Ines ; RDT 2008. 378, obs. F. Héas) est placée sous les visas des articles L. 122-14-2 et L. 122-32-5 (recod. respectivement L. 1232-6 et L. 1226-12 c. trav.). Le visa conjoint de ces deux articles a permis à la Cour de cassation de renforcer l'exigence de motivation de la lettre de licenciement lorsque celui-ci est consécutif à une inaptitude d'origine professionnelle. La question que soulève la solution adoptée par la Cour de cassation est de savoir si la combinaison de ces deux articles imposait de considérer que, dans le cas où l'employeur ne mentionnerait pas l'impossibilité de reclassement dans la lettre de licenciement, la mention de l'inaptitude ne saurait à elle seule constituer le motif précis qu'exige la rédaction même de l'article L. 1232-6 (anc. L. 122-14-2).

Certains auteurs ont vu dans cet arrêt un signe de durcissement qui pourrait produire à terme des effets plus négatifs que positifs pour la protection des salariés. Les craintes exprimées, notamment par J.-Y. Frouin, ne peuvent laisser indifférent (SSL 2008, n° 1359. 13). L'on peut, en effet, redouter qu'un « excès de formalisme » ne finisse par exacerber les employeurs et provoquer une remise en cause notamment de la jurisprudence *Rogie*. Mais, ces craintes ne sauraient freiner les efforts pour faire prévaloir des exigences de clarté. Des motivations claires et précises sont les prémisses de solutions acceptables ; ce qui vaut pour les décisions de justice peut s'appliquer aux lettres de licenciement.

La question ici posée concernait un licenciement consécutif à une déclaration d'inaptitude par un médecin du travail dans le cas où l'inaptitude est consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle. Lorsqu'un employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi au salarié devenu inapte à la suite d'une maladie professionnelle, il doit lui faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement (art. L. 1226-12). Il n'est cependant pas précisé à quel moment doit intervenir cette information du salarié. Dans un arrêt du 27 novembre 1990 (n° 88-41.971), la Cour de cassation avait jugé que « cette formalité... doit être accomplie avant

que ne soit engagée la procédure de licenciement ». Cette interprétation n'exclut pas, pour autant, que le motif de l'impossibilité de reclassement figure dans la lettre de notification du licenciement. Telle est précisément la solution que la Cour de cassation a décidé d'appliquer avec l'arrêt du 9 avril 2008. Cette solution s'explique aisément si l'on veut bien admettre que la véritable cause de licenciement n'est pas tant l'inaptitude que l'impossibilité de reclassement. En d'autres termes, le licenciement d'un salarié devenu inapte en raison d'un risque de l'entreprise (accident du travail ou maladie professionnelle) ne peut être prononcé que si aucun autre emploi n'a pu lui être proposé. L'inaptitude, par elle-même et à elle seule, ne correspond pas totalement à l'exigence d'un motif précis ; celui-ci réside dans l'impossibilité de reclassement.

En faisant clairement porter l'exigence de motivation sur l'impossibilité de reclassement, la Cour de cassation confond-elle, comme le pense M. Frouin, motivation et bien-fondé du licenciement ? Nous ne le pensons pas. Il paraît utile et sage que le salarié licencié soit pleinement et très précisément informé du motif de son licenciement : l'inaptitude est, certes, la cause première, mais ce n'est pas la cause déterminante. La cause déterminante étant l'impossibilité de reclassement, il n'est pas illogique d'exiger qu'elle soit mentionnée dans la lettre de licenciement. La question pourrait être abordée d'une autre façon. Si l'employeur a bien notifié par écrit au salarié, préalablement à son licenciement, les motifs rendant impossible tout reclassement, ne pourrait-il être admis qu'une copie de ce courrier soit alors annexée à la lettre de notification du licenciement ? Cette solution a d'ailleurs été retenue par la Cour de cassation s'agissant d'une lettre de convocation à un entretien préalable de licenciement (Soc. 2 déc. 1998, RJS 1/99, n° 23).

Quelles pourraient être les conséquences de cette solution en termes de sanctions ? L'article L. 1226-13 énonce que la rupture du contrat est nulle si l'employeur n'a pas fait connaître par écrit les motifs qui s'opposaient au reclassement du salarié dont l'inaptitude est d'origine professionnelle. La nullité pourrait-elle être encourue dans l'hypothèse où l'impossibilité de reclassement ne figurerait pas dans la lettre de licenciement alors même qu'elle aurait fait préalablement l'objet d'une notification écrite ? Nous ne le pensons pas, car ce serait alors véritablement un excès de formalisme. Mais, en l'absence de mention de l'impossibilité de reclassement dans la lettre de notification du licenciement, celui-ci doit être considéré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse ; la solution peut paraître sévère, comme l'avait été

qualifiée en son temps la solution dégagée par l'arrêt *Rogie*. Néanmoins, le bienfait de l'arrêt *Rogie* a été de donner du sens à l'exigence de motivation : le salarié doit être clairement informé des motifs exacts de son licenciement. Un motif précis est celui qui correspond à la cause déterminante, et finalement décisive, du licenciement et il doit être inscrit dans la lettre de notification du licenciement ou rappelé dans un document annexé à cette dernière.

Cet arrêt peut soulever une dernière interrogation en raison de la généralité de la formule employée par la Cour de cassation. Pourrait-elle encourager la généralisation de la solution adoptée à tous les cas d'inaptitude, y compris ceux n'ayant pas d'origine professionnelle ?

B. L.-P.

B - Convention de reclassement personnalisé

C'est à une question, objet de division, que la Cour de cassation vient de mettre un terme, en affirmant que « *si l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture qui est réputée intervenir d'un commun accord, elle ne le prive pas de la possibilité d'en contester le motif économique* ». L'arrêt du 5 mars 2008 (**Soc. 5 mars 2008, n° 07-41.964** , D. 2008. AJ. 856, obs. B. Ines ; RDT 2008. 385, obs. E. Durlach) statue pour la première fois sur l'un des effets de la « rupture d'un commun accord » spécifique résultant de l'acceptation du salarié de cette convention (*adde* Cass., avis, 7 avr. 2008, n° 0080001P ; V. aussi, n° 0080002P, du même jour, D. 2008. AJ. 1352, obs. L. Perrin).

La solution consacrée était prévisible malgré les divergences de vue exprimées par les juges du fond (dont Douai, 23 févr. 2007 et Paris, 22 mars 2007, RDT 2007. 387, obs. E. Durlach ; RJS 2007, n° 768 et n° 1103). En effet, la convention de reclassement personnalisé de 2005 a emprunté aux anciennes conventions de conversion de 1986 à la fois la qualification de la rupture et les traits essentiels des techniques d'accompagnement et d'indemnisation. Cette proximité,

voulue par le législateur (cf. rapp. Ass. nat. n° 1930, p. 366) autorisait un raisonnement par analogie se référant aux décisions jurisprudentielles retenues sous l'empire du régime des conventions de conversion. En particulier, dans la mesure où ladite convention impliquait l'existence d'un motif économique, le salarié s'était vu reconnaître, en cas d'adhésion, la possibilité de contester le motif économique de la rupture (Soc. 29 janv. 1992, Bull. civ. V, n° 52 ; D. 1992. IR. 91 ; Dr. soc. 1992. 269). Il y avait donc fort à penser que la Cour de cassation emprunterait la même voie s'agissant de la CRP.

Cette solution se justifie amplement si l'on observe que c'est par l'effet d'une « fiction légale » (obs. J. Savatier, Dr. soc. 1998. 560) que le contrat de travail est *réputé* rompu d'un commun accord lorsque le salarié adhère à la CRP (art. L. 321-4-2, 1° et L. 1233-67 recod. c. trav.). Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une véritable résiliation amiable du contrat de travail mais bel et bien d'une mesure d'accompagnement du licenciement économique qui s'intègre dans sa procédure (cf. en ce sens son positionnement dans le code du travail).

Déjà, à propos de la convention de conversion, la Cour de cassation affirmait que « *l'adhésion à une convention de conversion n'est qu'une modalité du licenciement économique* » (Soc. 11 juill. 2000, Dr. soc. 2000. 1033, obs. J. Savatier). Par ailleurs, il aurait été malvenu de faire dépendre la faculté de contestation du motif économique du fait que le salarié accepte ou refuse la CRP alors même que la cause économique réelle et sérieuse doit fonder la rupture envisagée.

Il demeure que le présent arrêt autorisant le salarié à contester le motif de la rupture n'aplanit pas l'ensemble des difficultés liées à la portée de l'adhésion à la convention de reclassement personnalisé. En effet, et toujours à propos des conventions de conversion, la Cour de cassation avait assimilé, sur bien des plans, la rupture à un licenciement économique (Soc. 17 juin 1997, D. 1997. IR. 166 ; Dr. soc. 1997. 694, concl. P. Lyon-Caen ; 9 déc. 1997, D. 1997. IR. 43 ; Dr. soc. 1998. 288 ; 30 sept. 1997, D. 1997. IR. 216 ; Dr. soc. 1997. 104, obs. F. Favennec-Héry ; 27 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 417 ; D. 2000. Somm. 372, obs. B. Reynès). Dès lors, on est en droit de se demander si, hormis la faculté de contester la cause économique, le salarié adhérant à la CRP ne peut pas invoquer d'autres manquements de l'employeur aux obligations afférentes au licenciement économique : non-respect de l'obligation de reclassement, de la motivation de la

rupture, ou encore violation de l'ordre des licenciements, de la priorité de réembauchage... Une relative période d'incertitude s'ouvre en lien avec le degré d'autonomie de la rupture d'un commun accord par rapport à celle du licenciement économique que consacrera la Cour de cassation. Mais la prudence étant mère de toutes les vertus, on serait tenté de conseiller aux employeurs de se mettre dans la perspective probable du maintien de la jurisprudence antérieure relative aux conventions de conversion. Le récent avis de la Cour de cassation (7 avr. 2008, préc.) qui précise que le salarié adhérant à une CRP est recevable à contester l'ordre des licenciements devrait les en convaincre.

B. R.

C - Mise à la retraite

Tandis que, dans le contexte actuel d'allongement des carrières professionnelles, l'opportunité du maintien de la mise à la retraite apparaît de plus en plus douteuse, la chambre sociale de la Cour de cassation a, au cours du premier trimestre 2008, rendu deux décisions marquant l'autonomie de ce mode de rupture dont la cause reste sans incidence sur les droits du salarié.

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 janvier 2008 (**Soc. 16 janv. 2008, n° 06-44.583** , D. 2008. AJ. 358 ; RDT 2008. 234, obs. M.-C. Amauger-Lattes), tout d'abord, concernait un salarié contre lequel une procédure de licenciement pour faute avait été engagée. Cependant, à la suite de l'entretien préalable, l'employeur lui avait fait savoir qu'il renonçait à poursuivre la procédure de licenciement et envisageait sa mise à la retraite. Sept jours plus tard, il lui notifiait la mesure. Le salarié avait alors demandé au juge de requalifier la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse, dans la mesure où elle dissimulait, selon lui, un licenciement disciplinaire et se justifiait par le souci de l'employeur de contourner la procédure disciplinaire prévue par la convention collective. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *sauf détournement de procédure, l'employeur peut renoncer à poursuivre la procédure de*

licenciement qu'il a engagée ». Or, un tel détournement n'ayant pas été établi, la mise à la retraite prononcée dans les conditions de l'article L. 122-14-13 du code du travail (L. 1237-5 recod.) ne pouvait être contestée. Cette décision surprend si on l'envisage par rapport à la jurisprudence qui, depuis l'arrêt *Hôtel Le Berry* du 16 juin 1998 (n° 95-45.033, D. 1999. Jur. 125, note C. Puigelier, Somm. 171, obs. M.-C. Amauger-Lattes, et J. Mouly, Les modifications disciplinaires du contrat de travail, D. 1999. Chron. 359), favorise la combinaison des logiques disciplinaire et contractuelle chaque fois qu'une mesure qui affecte le contrat est prononcée en raison de la faute du salarié. Elle consacre au contraire l'autonomie de la mise à la retraite dont la cause n'a pas à être recherchée. Dès lors que les conditions d'âge et de durée d'assurance prévues par la loi sont remplies, la mise à la retraite s'impose au salarié. Celui-ci ne peut alors ni soutenir qu'elle constitue en fait un licenciement disciplinaire déguisé, ni même semble-t-il qu'il s'agit d'une sanction disciplinaire; il en va probablement différemment lorsque la mesure figure dans la liste des sanctions que l'employeur peut prendre (Soc.7 nov. 2007, n° 06-42.988).

Dans le même esprit, il résulte de l'arrêt du 18 mars 2008 (n° 07-40.269, D. 2008. AJ. 991, obs. S. Maillard), que, même décidée en raison des difficultés économiques de l'entreprise, la mise à la retraite du salarié n'entraîne pas les effets du licenciement et ne lui ouvre pas droit à l'indemnité conventionnelle. C'est donc à tort que la cour d'appel de Versailles avait condamné l'employeur au paiement du solde de l'indemnité conventionnelle de licenciement au motif que, la mise à la retraite ayant été décidée dans le cadre d'une réduction des effectifs, elle devait être assimilée à un licenciement économique pour suppression d'emploi. Cette décision confirme un revirement de jurisprudence amorcé par un arrêt du 25 juin 2002 (n° 00-18.907, D. 2002. IR. 2303), à propos d'un départ volontaire à la retraite négocié dans le cadre d'un plan social. Plus précisément, en vertu de l'article L. 321-1, alinéa 2, du code du travail (L. 1233-3 recod.), les dispositions du chapitre relatif au licenciement économique sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique. La portée de ce texte est cependant incertaine. Pose-t-il le principe d'une assimilation totale des ruptures justifiées par un motif économique au licenciement ? C'est ce qu'avait décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 18 avril 2000 (n° 97-45.434, D. 2000. IR. 141 ; RDSS 2000. 837, obs. F. Muller). Huit ans plus tard, elle retient une solution inverse en considérant que l'article L. 321-1, alinéa 2, du code du travail ne prescrit qu'une assimilation partielle des ruptures justifiées par une cause économique

au licenciement, qui se limite à la consultation des représentants du personnel et, le cas échéant, à la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi ; en revanche, elle n'entraîne pas les effets du licenciement sauf si le plan en dispose autrement.

M.-C. A.-L.

IV - POUVOIR DU CHEF D'ENTREPRISE

A - Notification d'un avertissement suite à un entretien préalable

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 avril 2008 (**Soc. 16 avr. 2008, n° 06-41.999**) fournit une précision utile quant au délai de notification d'un avertissement décidé à la suite d'un entretien préalable.

On sait que, lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction disciplinaire à l'encontre d'un salarié fautif, il doit, en vertu de l'article L. 122-41 du code du travail (L. 1332-2 nouv.), convoquer le salarié à un entretien préalable et respecter les formalités décrites par le texte. Il doit en particulier notifier la sanction au moins un jour franc et au plus un mois après la date fixée pour l'entretien. Toutefois, en cas d'avertissement ou de sanction de même nature n'ayant pas d'incidence sur le contrat de travail, la procédure est allégée : d'une part, une simple notification écrite de la sanction et de la faute qui en est la cause suffit, d'autre part, elle n'est enfermée dans aucun délai, si ce n'est le délai de l'article L. 122-44 (L. 1332-4 nouv.) interdisant l'engagement de poursuites au-delà d'un délai de deux mois à compter de la découverte des faits par l'employeur. Il n'y a cependant aucun obstacle à ce que l'employeur, comme c'était le cas en l'espèce, prononce un avertissement après avoir suivi la procédure d'entretien préalable. En effet, une telle décision n'a d'autre conséquence que d'accroître les droits de la défense du salarié ; il n'y a donc aucune raison d'en limiter le recours. Par ailleurs, une solution inverse contraindrait l'employeur à la sévérité en lui interdisant le prononcé d'une sanction mineure alors que l'entretien a notamment pour objet de lui permettre d'apprécier la gravité réelle de la faute et donc

de la sanction. Mais, dans cette hypothèse, le délai de notification de la sanction prescrit par le texte s'impose-t-il ? Le présent arrêt apporte une réponse positive. A partir du moment où l'employeur opte pour la procédure d'entretien, il doit se soumettre à l'ensemble des règles prescrites par l'article L. 122-41 du code du travail et notifier la sanction dans le mois qui suit la date fixée pour l'entretien. Dans le cas contraire la procédure est irrégulière et la sanction nulle. La solution semble logique. En effet, en imposant à l'employeur de notifier la sanction choisie dans le délai d'un mois à compter de l'entretien préalable, le législateur a souhaité que le salarié ne soit pas tenu trop longtemps dans l'incertitude quant à son sort. Or, en optant pour la procédure d'entretien préalable, l'employeur élargit le panel des sanctions qu'il peut prendre et donc l'incertitude du salarié. Il en va ainsi même si au final c'est une sanction mineure qui lui est infligée.

M.-C. A.-L.

B - Pouvoir de direction et obligation patronale de sécurité

Le pouvoir d'organisation reconnu au chef d'entreprise peut-il être restreint au nom de la protection de la santé ? La Cour de cassation vient de répondre par l'affirmative à cette question fondamentale à l'occasion d'un litige né de la demande, par un syndicat, de la suspension judiciaire d'une opération de réorganisation du travail qui avait pour conséquence de laisser un seul salarié surveiller un site dangereux (**Soc. 5 mars 2008, n° 06-45.888** , D. 2008. AJ. 857 ; RDT 2008. 316, obs. L. Lerouge ; Dr. soc. 2008. 605 , obs P. Chaumette ; M. Hautefort, JS Lamy, 14 avr. 2008, n° 231, p. 10). Elle a en effet décidé que « *l'employeur (étant) tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs, il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* ». Donnant corps à l'affirmation jurisprudentielle récente selon laquelle l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de

résultat dont il doit assurer l'effectivité (Soc. 28 févr. 2006, n° 05-41.555 , D. 2006. IR. 745, obs. E. Chevrier, et Pan. 2002, obs. J. Péliissier, B. Lardy-Péliissier et B. Reynès ; RDT 2006. 23, obs. B. Lardy-Péliissier), cette décision apparaît tout à la fois hardie (1) et pondérée (2) (dans le même sens, V. RDT 2008. 216, obs. F. G.).

1 - Alors que son champ d'application était déjà large, c'est un pas décisif que la Cour de cassation vient de faire franchir à l'obligation patronale de sécurité. La raison en est que, jusqu'à présent, la Cour suprême a eu à connaître de la protection de la santé physique et mentale des salariés en vertu de cette obligation de sécurité dans une logique essentiellement individuelle. Ainsi en a-t-elle fait bénéficier des victimes d'accidents du travail afin de faire reconnaître la faute inexcusable de l'employeur (Soc. 28 févr. 2002, Bull. civ. V, n° 81 ; D. 2002. Jur. 2696, note X. Prétot ; RTD civ. 2002. 310, obs. P. Jourdain ; 11 avr. 2002, Bull. civ. V, n° 127 ; D. 2002. Jur. 2215, note Y. Saint-Jours, et Jur. 2696, note X. Prétot) et des salariés souhaitant imputer la prise d'acte de la rupture du contrat à l'employeur (Soc. 29 juin 2005, Bull. civ. V, n° 219 ; D. 2005. Jur. 2565, note A. Bugada, et 2006. Pan. 29, obs. CRDS Lyon 2). Mais, dans tous les cas, la violation de cette obligation n'emportait que des conséquences de nature individuelle, que ce soit sur le terrain de la responsabilité civile ou pénale ou bien sur celui du contrat. Or, il est clair qu'opérant un glissement de l'individuel vers le collectif, la Cour de cassation est désormais décidée à placer la santé au coeur de l'organisation du travail puisqu'elle vient de décider qu'une décision patronale susceptible de rendre une telle organisation dangereuse pour les salariés peut être suspendue et ce, y compris en l'absence de toute infraction aux règles d'hygiène et de sécurité. Ainsi cette décision se caractérise-t-elle par un double apport : le premier est de légitimer le recours au juge, ainsi érigé au rang de garant de la compatibilité des choix organisationnels avec la préservation de la santé au travail ; le second, de faire primer l'impératif de protection de la santé sur le pouvoir patronal puisque - à l'initiative d'un syndicat - l'exercice de celui-ci peut être suspendu en cas d'incompatibilité avec celui-là... sans que, pour autant, le caractère unilatéral de ce pouvoir soit nié. Hardie, cette décision du 5 mars 2008 est simultanément modérée : en effet, si elle renforce les prérogatives des représentants du personnel et confirme ainsi la dimension collective de la santé au travail, elle n'aboutit pas, pour autant, à une remise en question du pouvoir d'organisation de l'employeur.

2 - Fondés à suspendre une réorganisation susceptible de générer des risques pour les salariés, des juges du fond pourraient-ils également imposer une négociation des modalités d'organisation du travail ? Alors même qu'elle n'y était pas contrainte et faisant preuve, non plus d'audace, mais de modération, c'est par la négative que la Cour de cassation répond cette fois. Si l'autorité judiciaire est habilitée à limiter le pouvoir patronal de direction, la Cour de cassation ne lui reconnaît pas la faculté de subordonner sa mise en oeuvre « *à l'accord des institutions représentatives du personnel* ». Ainsi, « *la sécurité ne (pouvant) fonder un droit de veto ou de co-décision, sans texte* » (P. Chaumette, obs. ss. Soc. 5 mars 2008, Dr. Soc. 2008. 605), un juge ne saurait imposer à l'employeur de négocier la réorganisation du travail, laquelle relève de son pouvoir de direction. « *L'affirmation (est d'ailleurs) logique : puisqu'il est responsable de la sécurité de son personnel, l'employeur est forcément seul décisionnaire dans ce domaine. La sécurité est une obligation d'ordre public : elle ne se négocie pas !* » (M. Hautefort, note ss. Soc. 5 mars 2008, JS Lamy, 14 avr. 2008, n° 231. 10).

Cela étant, les moyens d'action impartis aux représentants du personnel en matière de protection de la santé se trouvent indiscutablement renforcés par cette décision puisqu'un nouvel outil de protection de la santé au travail est mis à leur disposition : la saisine possible du juge judiciaire en vue de la suspension d'une décision patronale génératrice de risques pour les travailleurs... Ce faisant, les syndicats disposent là d'une « nouvelle arme judiciaire » qui - non seulement s'ajoute à « la panoplie existante » (droit d'alerte et de retrait ; intervention de l'administration du travail...) - mais la complète opportunément en permettant aux représentants syndicaux d'agir beaucoup plus tôt et en aval des décisions patronales (F. Champeaux, La santé au travail entre le juge et la statistique, SSL, 25 mars 2008, n° 1346. 2).

Un autre intérêt est de renforcer l'impact de l'expertise à laquelle un CHSCT peut avoir recours. Dans cette affaire, les juges du fond se sont fondés sur les conclusions de cette expertise pour décider de suspendre la nouvelle organisation du travail que l'employeur avait mise en place en dépit des avis négatifs des représentants du personnel. Dans ces conditions, on peut penser que des employeurs refusant de tenir compte des préconisations d'un tel expert s'exposeront à l'avenir à un blocage judiciaire de leurs projets à l'initiative d'un syndicat.

I. D.

C - Contrôle de l'employeur et loyauté de la preuve

Modérant le principe selon lequel la preuve des faits juridiques est libre, la jurisprudence sociale encadre strictement les modes de preuve en droit du travail. L'objectif est de restaurer une certaine égalité entre les parties à un contrat par essence déséquilibré. Il s'agit également de permettre à l'employeur d'exercer ses prérogatives disciplinaires tout en garantissant la protection des droits et libertés du salarié, y compris aux temps et lieu de travail. Au coeur de cette double préoccupation, se trouve l'exigence de loyauté susceptible de limiter les preuves qu'un employeur peut produire en justice et dont deux arrêts rendus le 18 mars 2008 confirment l'importance. Si aucune de ces deux décisions n'est vraiment novatrice, leur combinaison permet de faire le point sur les conditions auxquelles l'obtention loyale d'une preuve par l'employeur est aujourd'hui subordonnée.

Premier enseignement, ou plutôt premier rappel : la prohibition des procédés clandestins de surveillance, comme en témoigne la solution retenue dans l'arrêt *G. Bonnici c/ Syndicat CGT des énergies EDG/GDF*. La Cour de cassation y souligne, en effet, que « *des agents EDF, mandatés par le chef de centre, s'étaient rendus dans l'établissement tenu par l'épouse de l'intéressé en se présentant comme de simples clients, sans révéler leur qualité et le but de leur visite, ce dont il résultait que leurs vérifications avaient été effectuées de manière clandestine et déloyale, en ayant recours à un stratagème* ». Conclusion : la cour d'appel avait retenu à tort, comme moyen de preuve, les rapports établis dans de telles conditions. S'inscrivant dans le prolongement d'une jurisprudence inaugurée par le fameux arrêt *Néocel* (Soc. 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 519 ; D. 1992. Jur. 73, concl. Y. Chauvy ; RTD civ. 1992. 365, obs. J. Hauser , et 418, obs. P.-Y. Gautier), ce premier arrêt présente l'intérêt de rappeler qu'un employeur ne saurait établir de façon déloyale la déloyauté de son salarié ce qui conduit à écarter des débats l'utilisation de modes de preuve occultes, susceptibles de porter atteinte aux droits des personnes et à leur

dignité. On sait d'ailleurs que cette jurisprudence a été relayée par le législateur puisque celui-ci subordonne désormais la mise en place d'un procédé de surveillance des salariés à la consultation préalable du comité d'entreprise (art. L. 2323-32 c. trav.) ainsi qu'à l'information individuelle des salariés concernés (art. L. 1221-9 c. trav.). L'affaire est donc entendue : au motif que les preuves doivent être recherchées selon des procédés légalement et moralement admissibles, la Cour de cassation confirme ici son hostilité à l'utilisation de procédés de contrôle non contradictoires et péchant par une insuffisante transparence. On notera d'ailleurs que, ce faisant, loyauté et vérité entretiennent des rapports complexes puisque le respect de la loyauté peut conduire au rejet de certaines preuves... et donc altérer l'expression de la vérité (A. Leborgne, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD civ. 1996. 535).

Reste que la condamnation des procédés de contrôle clandestins ne peut, à elle seule, garantir le respect de l'exigence de loyauté puisque certains systèmes de surveillance peuvent être valablement invoqués... alors même que les salariés n'ont pas été informés de leur utilisation. Tel est notamment le cas du constat d'huissier à propos duquel le Conseil d'Etat juge en effet qu'il « *ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié* » (CE 7 juin 2000, n° 191828 , JS Lamy, 21 nov. 2000, n° 68-3), jurisprudence confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 juillet 1995 (Bull. civ. V, n° 235 ; D. 1995. IR. 190) et aujourd'hui réaffirmée dans l'arrêt du 18 mars 2008 (**Soc. 18 mars 2008, n° 06-40.852** , D. 2008. AJ. 993). Or, bien qu'en principe licite, un constat d'huissier peut être établi dans des conditions douteuses : tel était le cas dans cette affaire où une caissière avait été licenciée pour faute grave après que son employeur ait eu recours à un huissier pour vérifier que les salariés ne détournaient pas l'argent des caisses ; pour ce faire, l'huissier avait dépêché sur place des tiers qui firent des achats en espèces, le contrôle ultérieur des caisses faisant apparaître que les opérations n'avaient pas été enregistrées. Comme le défaut d'information préalable du salarié ne pouvait être invoqué, la Cour de cassation a eu ici recours à la qualification de « stratagèmes » pour écarter des débats des éléments de preuve, certes recueillis par un officier ministériel, mais dans des conditions, selon elle, déloyales. Ainsi est-il clair qu'un constat d'huissier établi dans des conditions destinées à confondre le salarié, c'est-à-dire à le piéger afin de pouvoir établir publiquement ses torts ne saurait être admis comme un élément de preuve recevable. La faute d'un salarié qui serait seulement révélée par le biais d'un subterfuge, machination et autre «

stratagème » entendu comme une « ruse habile, bien combinée », (Le Petit Robert) ne peut donc donner lieu à sanction, puisque les éléments ainsi recueillis ne peuvent être acceptés comme preuve. Sans doute, cette solution peut désarçonner les employeurs et leurs conseils, « *confrontés à un comportement malhonnête d'un salarié face auquel les procédés de surveillance déclarés se révèlent à l'évidence inefficace* » (C. Néau-Leduc, RLDA, mai 2008. 50). Il n'en demeure pas moins que cette interdiction faite tant à l'employeur qu'à l'huissier de « *piéger un salarié en provoquant la situation illicite justifiant des sanctions disciplinaires (est) conforme au principe de loyauté qui gouverne le droit de la preuve et aux règles du procès équitable, au sens de l'article 6-1 de la Convention EDH* » (C. Radé, obs ss. Soc. 18 mars 2008, Dr. soc. 2008. 611).

I. D.

V - RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

A - Dénonciation d'un accord d'entreprise

L'arrêt rendu le 5 mars 2008 (**Soc. 18 mars 2008, n° 07-40.273** , D. 2008. AJ. 855, obs. S. Maillard) par la chambre sociale de la Cour de cassation apporte une contribution intéressante au droit de la dénonciation des conventions collectives. L'affaire concerne deux sociétés formant une unité économique et sociale qui avaient dénoncé les accords sur l'aménagement et la réduction du temps de travail applicables à leurs salariés. Elles avaient ensuite consulté leur comité d'entreprise commun sur un projet de note de service visant à préciser les conditions d'aménagement du temps de travail désormais à l'oeuvre. Un recours en nullité de ce document et une demande de retrait sous astreintes avaient alors été engagés devant le juge des référés qui y avait répondu favorablement. Selon lui, le comité d'entreprise n'ayant pas été consulté préalablement à la dénonciation de l'accord, celle-ci était sans effet ; en conséquence, la note portant sur l'instauration de nouvelles mesures d'aménagement du temps de travail constituait un trouble manifestement illicite justifiant que soit ordonné son retrait sous astreintes. C'est cette décision que contestait le pourvoi. Pour la Cour de cassation, le pourvoi doit être rejeté.

Le code du travail pose, en effet, deux règles. L'article L. 432-1 (L. 2323-6 nouv.) prévoit tout d'abord que « *le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise...* ». Il résulte ensuite de l'article L. 431-5 (L. 2323-2 recod.) que cette consultation doit être préalable à la décision de l'employeur. C'est sur ce double fondement que l'arrêt du 5 mars 2008 prescrit la consultation du comité d'entreprise « *sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise* ». La décision s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure. C'est effectivement sur la base de la même combinaison de textes que la Cour de cassation avait décidé, dans l'arrêt du 5 mai 1998 (n° 96-13.498, D. 1998. Jur. 608, note G. Auzero), que, lorsqu'elle porte sur l'une des questions entrant dans le champ de compétence matérielle du comité d'entreprise, la négociation d'un accord collectif d'entreprise doit donner lieu à la consultation de celui-ci, au plus tard avant la signature de l'accord. Or, si l'existence d'une décision de l'employeur au sens de l'article L. 432-1 pouvait prêter à discussion en cas d'ouverture de négociations avec les syndicats et si l'opportunité d'une consultation du comité d'entreprise pouvait être débattue, il n'en va pas de même de la dénonciation d'un accord d'entreprise, qui constitue incontestablement une décision unilatérale de l'employeur. Il n'y a donc pas lieu d'écarter la consultation du comité d'entreprise dans ce cas.

L'arrêt s'avère plus innovant en ce qui concerne la sanction du manquement à l'obligation. Les décisions antérieures considéraient que le défaut de consultation préalable à la conclusion d'un accord collectif pouvait être sanctionné « *selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise* », c'est-à-dire sur le fondement du délit d'entrave ; elles n'affirmaient pas que cette omission affectait la validité ou l'opposabilité de l'accord conclu. L'arrêt du 5 mars 2008 précise que la dénonciation d'un accord qui intervient sans consultation du comité d'entreprise « *demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité* ». Les salariés peuvent donc continuer à se prévaloir de l'accord dénoncé, ce qui n'exclut pas, bien sûr, d'éventuelles poursuites pour délit d'entrave.

Le présent arrêt a une portée pratique non négligeable. La plupart des accords d'entreprise ont une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Les dénonciations de

tels accords, intervenues sans que le comité d'entreprise soit consulté, sont sans effet ; les salariés peuvent donc continuer à réclamer l'application des accords concernés tant que la consultation du comité n'a pas eu lieu.

M. C. A.-L.

B - Mise en place d'un CHSCT dans une UES

A l'heure où l'on observe une remarquable montée en puissance du CHSCT et où, dans le même temps, les structures des entreprises se complexifient parfois à l'extrême, dans quel cadre un CHSCT doit-il être mis en place lorsque plusieurs sociétés juridiquement distinctes peuvent être regardées comme une UES ? Telle est la question que la Cour de cassation a eu à connaître dans une espèce où une telle entité avait été conventionnellement reconnue entre trois sociétés et où, pourtant, les élections des membres du CHSCT n'avaient été organisées que dans l'une d'elles, ce que contestaient les syndicats. Après avoir énoncé que « *le CHSCT est institué dans le cadre de l'établissement et le cas échéant par secteur d'activité* », elle y a répondu en approuvant les juges du fond d'avoir décidé que « *l'existence d'une unité économique et sociale (...) (n'a) de conséquences ni sur le cadre de désignation du CHSCT ni sur la composition du collège désignatif* » (Soc. 16 janv. 2008, n° 06-60.286 , Syndicat UFPL c/ Brit Air et a, D. 2008. AJ. 425).

La solution laisse une impression mitigée. Certes, il résulte bien de l'article L. 4611-1 du code du travail que le cadre de mise en place de l'institution est l'établissement, lequel, d'ailleurs, peut être doté de contours différents de ceux retenus pour l'établissement au sens des délégués du personnel ou bien du comité d'établissement. Est-ce à dire pour autant que la reconnaissance d'une UES n'influe aucunement sur le cadre de mise en place du CHSCT et donc sur la composition du collège désignatif ? On pourrait en convenir si les différentes sociétés juridiquement distinctes composant l'UES correspondaient toujours à autant d'établissements

distincts. Mais tel n'est pas forcément le cas puisque « *l'établissement peut transcender les divisions sociétaires* » (J.-B. Cottin, note ss. Soc. 16 janv. 2008, JCP S 2008. 1255). Comme on l'a encore souligné, « *le droit social peut (en effet) se montrer intransigeant, ignorant jusqu'au bout l'organisation sociétaire, laquelle peut d'ailleurs ne correspondre en rien à l'organisation économique et sociale des activités au sein d'un groupe* » (J. Daniel et A. Teissier, Unité Economique et Sociale et instances de représentation du personnel, JCP S 2006. 1774). Dès lors, dans une telle hypothèse, la conclusion s'impose : « *si le cadre de désignation du CHSCT est (...) affecté par l'existence d'une UES, la composition du collège désignatif le sera alors tout autant* » ; (...) « *selon les hypothèses retenues, les représentants du personnel, amenés à participer à (ce) collège pourront en effet appartenir à plusieurs sociétés juridiquement distinctes* » (J.-B. Cottin, préc.).

I. D.