

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

DROIT DU TRAVAIL JANVIER 2007 - AVRIL 2007

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

Référence de publication : Recueil Dalloz 2007 p.2261

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

DROIT DU TRAVAIL JANVIER 2007 - AVRIL 2007

Ce panorama de droit du travail est un panorama des arrêts rendus pendant les quatre premiers mois de l'année 2007. Seules les décisions novatrices ont été retenues

I - Conclusion du contrat de travail

A - Travail temporaire

Dans le cadre du travail temporaire, l'arrêt rendu par la Cour suprême (**Soc. 21 mars 2007, n° 06-40.370** , D. 2007. AJ. 1143) apporte une solution inédite au formalisme du contrat de mission et, par répercussion, du contrat de mise à disposition.

Au centre de la contestation se trouvait l'interprétation de l'article L. 124-4 du code du travail qui fixe le contenu obligatoire du contrat de mission. Ce contrat de travail écrit doit comporter, d'une part, la mention de la qualification du salarié et, d'autre part, la reproduction des clauses du contrat de mise à disposition dont le nom et la qualification de la personne remplacée ou de la personne à remplacer (cf. le renvoi à l'art. L. 124-3 c. trav.). Dans le cas du recours à l'intérim au titre du « remplacement » c'est une double mention de la qualification - du remplacé et du remplaçant - qui est ainsi requise. La mention « juriste fiscaliste » était-elle conforme à l'exigence légale de la mention de la qualification ? La Cour de cassation, approuvant la cour d'appel, juge insuffisante la seule mention de l'emploi sans préciser la qualification de cadre de l'intérimaire et du salarié remplacé et conclut à l'irrégularité des contrats de mission requalifiés en contrat de travail à durée indéterminée.

Il convient de retenir de cette décision que la mention de la qualification ne saurait se limiter à l'intitulé de l'emploi occupé. Elle doit nécessairement inclure la « catégorie d'emploi » : cadre,

employé, ouvrier... La Cour suprême adopte ainsi une interprétation extensive du texte mais qui ne surprend guère compte tenu de la tendance au renforcement continu du formalisme de la conclusion des contrats précaires. Elle se justifie semble-t-il par la volonté de la Cour de cassation non seulement de limiter les fraudes et abus dans le recours au travail temporaire mais aussi d'informer le salarié sur l'identification générique de l'emploi au sein de la classification qui détermine l'application des droits individuels et collectifs. En cela, et pour rigoureuse qu'elle soit, la solution retenue peut être approuvée.

Elle emporte cependant de redoutables conséquences pour l'entreprise de travail temporaire qui s'expose à une action en requalification des contrats de mission irréguliers en contrat de travail à durée indéterminée. En l'espèce, en rejetant le pourvoi, la Cour de cassation ne contredit pas la requalification-sanction prononcée par la cour d'appel. L'absence de mention de la qualification, au sens de la présente décision, subit la même sanction que l'omission pure et simple de la qualification du salarié remplacé (Soc. 19 juin 2002, n° 00-41.354 , D. 2002. Somm. 3118, obs. P. Fadeuilhe ; Dr. soc 2002. 994, obs. C. Roy-Loustaunau).

Malgré le silence des textes, l'arrêt confirme ainsi une jurisprudence désormais bien établie. L'action en requalification en contrat de travail de droit commun à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire est possible lorsque les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'oeuvre est interdite ne sont pas remplies. L'entreprise de travail temporaire est ainsi sanctionnée lorsqu'elle viole les obligations mises à sa charge par l'article L. 124-4 du code du travail : absence de contrat de mission écrit (Soc. 13 déc. 2006, n° 05-44.956 , Dr. soc. 2007. 772, obs. C. Roy-Loustaunau), absence de signature du contrat de mission (Soc. 7 mars 2000, Bull. civ. V, n° 90 ; D. 2000. IR. 110 ; 20 nov. 2001, n° 99-45.569), absence de mention du terme de la mission (Soc. 19 avr. 2000, Bull. civ. V, n° 146 ; D. 2000. IR. 160).

Cette interprétation de la mention de la qualification dans le cadre du contrat de mission devrait rejaillir sur le formalisme du contrat de travail à durée déterminée de remplacement qui doit également comporter le nom et la qualification de la personne remplacée (art. L. 122-3-1 c. trav.). Si juridiquement cette transposition paraît imparable, elle suscitera sans doute davantage de problèmes d'effectivité que dans les entreprises de travail temporaire au sein desquelles la

présente solution devrait rapidement se diffuser.

B. R.

B - Clause de non-concurrence

1 - Conditions relatives à l'imputabilité de la rupture

Depuis les arrêts du 10 juillet 2002 (Bull. civ. V, n° 239 ; D. 2002. Jur. 2491, note Y. Serra, Somm. 3111, obs. J. Péliissier, et 2003. Somm. 1222, obs. B. Thullier), la validité des clauses de non-concurrence est subordonnée à plusieurs conditions cumulatives et, notamment, à l'existence d'une contrepartie pécuniaire. A défaut, la clause est nulle et ne peut être opposée au salarié pour l'empêcher d'exercer une activité concurrentielle. Le salarié peut, à l'inverse, obtenir réparation du préjudice que lui cause nécessairement le respect d'une clause illicite et dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Soc. 11 janv. 2006, Bull. civ. V, n° 8 ; D. 2006. IR. 249 ; RTD civ. 2006. 311, obs. J. Mestre et B. Fages).

Existe-t-il, cependant, des exceptions à cette règle qui seraient liées soit aux circonstances de la rupture soit à son imputabilité ?

Depuis quelque temps déjà, la Cour de cassation répond négativement à la première interrogation, en estimant que le paiement de l'indemnité compensatrice - liée à la seule cessation d'activité du salarié, au respect de la clause de non-concurrence, et à l'absence de renonciation de l'employeur - ne peut être affecté par la possibilité, pour le salarié de retrouver, ou pas, une activité. L'indemnité doit donc lui être versée dès lors que la clause est valide, et cela, même s'il a trouvé un emploi ; s'il ne peut exercer d'activité professionnelle à cause de son état de santé ; ou bien encore s'il est parti à la retraite ou en préretraite (Soc. 30 avr. 2003, RJS 7/03, n° 899 ; 10 mars 2004, RJS 5/04, n° 533).

Or, aujourd'hui, la Cour de cassation dans l'arrêt *Ammand* (Soc. 27 févr. 2007 n° 05-44.984 , D. 2007. AJ. 869 ; RJS 5/07, n° 595) vient de répondre également par la négative sur le second point

en déclarant nulle une clause de non-concurrence qui ne prévoyait le versement d'une contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié. Il s'agit là, plus précisément, d'une solution parachevant la construction que les juges ont entrepris avec un précédent arrêt du 31 mai 2006 (D. 2007. Pan. 179, obs. D. Condemine ; JCP S 2006. 1731, note J.-Y. Frouin) et qui a censuré une clause limitant le paiement de l'indemnité compensatrice aux hypothèses de rupture à l'initiative de l'employeur.

La lecture combinée de ces deux décisions, rendues à moins d'un an d'intervalle, apprend ainsi que le versement d'une contrepartie financière ne saurait être circonscrit à certains cas de rupture, de sorte qu'en pareils cas, la clause doit être considérée comme totalement nulle et que tout recours au concept de nullité partielle est exclu. Peu importe, par conséquent, le mode de cessation de la relation contractuelle : en tout état de cause, « *méconnaît la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle et, comme telle, est nulle la clause de non-concurrence qui ne prévoit le versement d'une contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat* » à l'initiative de l'employeur (Soc. 31 mai 2006, préc.) comme du salarié (Soc. 27 févr. 2007, D. 2007. AJ. 869).

Sans doute, les conditions de validité des clauses de non-concurrence se trouvent ainsi en voie de clarification, encore que le contentieux les concernant demeure important.

Deux questions restent néanmoins en suspens. D'abord - applicable en cas de licenciement comme de démission - la solution posée par les arrêts du 31 mai 2006 et du 27 février 2007, jouera-t-elle également pour les départs d'un commun accord ? La question n'est pas anodine, au moment où les ruptures négociées font un retour remarqué dans le paysage juridique, à l'occasion de l'adoption de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007. Ensuite, « cette jurisprudence est-elle compatible avec une modulation - conventionnelle ou contractuelle - de la contrepartie en fonction du mode de rupture du contrat ? » (Liaisons soc. n° 88/2007, 29 mars 2007). Des auteurs le soutiennent (D. Corrigan-Carsin, JCP 2007. II. 10039). D'autres en doutent, en raison de « l'impératif d'effectivité de la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle » (Liaisons soc, préc).

En tout cas - si les parties ne peuvent pas réserver le versement de l'indemnité compensatrice à certains cas de rupture - elles peuvent, par contre, limiter le recours à la clause de non-concurrence à certaines hypothèses de rupture, sous réserve, néanmoins, que sa mise en oeuvre ne dépende pas de la seule volonté de l'employeur : il y aurait là, en effet, une condition purement potestative, nulle en application de l'article 1174 du code civil (Soc. 12 févr. 2002, D. 2002. Jur. 2011, note C. Puigelier et Somm. 2089, obs. C. Mathieu ; RJS 4/02, n° 431).

I. D.

2 - Conditions de validité et contrepartie financière

Une majoration de salaire, versée pendant la durée du contrat, peut-elle tenir lieu de contrepartie financière à une clause de non-concurrence ?

Après avoir rappelé que « *la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi* », la Cour de cassation vient de répondre par la négative à cette question en décidant que « *son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat, ni son paiement intervenir avant la rupture* » (**Soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511** , D. 2007. Jur. 1708, note C. Lefranc-Hamoniaux ; RDT 2007. 308, obs. G. Auzero ; Dr. soc. 2007. 650, note J. Mouly). Il s'agit là d'une solution en harmonie avec la jurisprudence antérieure selon laquelle, si le montant de la clause de non-concurrence ne fait l'objet d'aucune disposition particulière, celui-ci, en premier lieu, ne doit pas être dérisoire (Soc. 15 nov. 2006, D. 2006. IR. 2946 ; RDT 2007. 95, obs J. Péliissier ; Dr. soc. 2007. 241) et doit être, en second lieu, conforme au principe de proportionnalité visé par l'article L. 120-2 puisqu'il s'agit d'une restriction au principe de libre exercice d'une activité professionnelle.

Certes, il est vrai que la contrepartie empruntant au salaire sa nature de rémunération - ce qui implique sa soumission aux principaux éléments du régime juridique du salaire (cotisations sociales, Soc. 13 janv. 1998, Dr. soc 1998. 278, obs. J. Savatier ; statut fiscal ; prescription quinquennale des salaires, Soc. 26 sept 2002, Bull. civ. V, n° 283 ; D. 2003. Somm. 905, obs. P.

Fadeuilhe ; application des garanties de l'AGS, Soc. 20 juin 2006, Bull. civ. V, n° 218) - l'employeur pouvait se croire autorisé à octroyer une majoration de salaire au titre de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence. Au surplus, ce point de vue pouvait être conforté par le fait que la Cour de cassation admettait, jusqu'à présent, la possibilité d'un versement anticipé de la contrepartie financière, en cours d'exécution du contrat de travail (Soc. 19 juin 1991, D. 1992. Somm. 52, obs. Y. Serra ; RJS 1991, n° 962).

Mais, valider cette technique consistant à inclure la contrepartie dans la rémunération versée au salarié pendant l'exécution de son contrat s'inscrirait finalement en faux avec les exigences jurisprudentielles. En effet, « cela revenait, en fonction de l'ancienneté des salariés, à juger la clause, soit dérisoire, et donc nulle, soit proportionnée et valable, si le salarié avait passé de nombreuses années dans l'entreprise » (M.-C. Haller, Une majoration de salaire ne peut plus tenir lieu de contrepartie financière, JS Lamy, 27 mars 2007, n° 208, 18), solutions manifestement créatrices d'insécurité juridique. Voilà pourquoi, sans doute, la Cour de cassation a « renforcé l'autonomie de la clause de non-concurrence par rapport au contrat de travail » (J. Mouly, Dr. soc. 2007. 659), à un double point de vue : en ce qui concerne, en premier lieu, la fixation du montant de la contrepartie, en effet, étranger à toute idée de rémunération, dès lors que l'objet de cette indemnité n'est pas de rétribuer le travail effectué par le salarié lors de son contrat, mais de réparer l'atteinte portée à la liberté du travail, subie après la rupture de la relation contractuelle ; s'agissant, en second lieu, de la date de paiement de cette contrepartie, désormais nécessairement postérieure à la cessation du contrat.

Sans doute, cette solution participe, avec bien d'autres (V., par ex, Soc. 27 févr. 2007, D. 2007. AJ. 869), d'une volonté de clarification du régime juridique des clauses de non-concurrence. Loin s'en faut, cependant, que tout contentieux soit tari. Bien au contraire, celui-ci risque d'être réalimenté par le caractère rétroactif de ce nouveau revirement condamnant le paiement anticipé de la contrepartie financière. *Quid*, en effet, des stipulations contractuelles mais aussi conventionnelles prévoyant un tel versement anticipé ? Le même sort devra-t-il être réservé aux dispositions prévoyant, non pas un « paiement anticipé », mais seulement, un « versement d'avances » ? (sur cette question, V. S. Béal et M.-N. Rouspide-Katchadourian, Les modalités de versement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, JCP S 2007. 1313).

I. D.

3 - Contrepartie financière et contrôle du juge

Selon l'article 17 de l'ANI du 3 octobre 1975, « *pendant l'exécution de l'interdiction, l'employeur versera au représentant une contrepartie pécuniaire mensuelle spéciale dont le montant sera égal à deux tiers de mois si la durée est supérieure à un an et à un tiers de mois si la durée en est inférieure ou égale à un an. Ce montant sera réduit de moitié en cas de rupture de contrat de représentation consécutive à une démission. Cette contrepartie pécuniaire mensuelle spéciale sera calculée sur la rémunération moyenne des 12 derniers mois (... après déduction des frais professionnels)* ».

Le montant de la contrepartie pécuniaire à l'obligation de non-concurrence due à un VRP peut-il être réduit par le juge, en raison de son caractère jugé excessif ?

C'est par l'affirmative que les juges du fond avaient répondu, dans une espèce où, d'une part, la clause litigieuse prévoyait une interdiction d'exercice de deux ans et où, d'autre part, l'intéressé avait fait l'objet d'un licenciement. Pour réduire le montant élevé de la condamnation de l'entreprise qui résultait de la combinaison de ces deux facteurs, la Cour d'appel de Lyon s'était référée aux « éléments de la cause » - sans plus de précision - et avait décidé de ramener ce montant à 2 000 euros. Sans surprise, la Cour de cassation censure cette analyse et confirme que la contrepartie pécuniaire n'est pas réductible au motif, vraisemblablement, qu'il ne s'agit pas d'une clause pénale (**Soc. 7 mars 2007, n° 05-45.574** , JCP S 2007. 1299, note J.-F. Césaro ; V. déjà, Soc. 26 mai 1988, Bull. civ. V, n° 318 ; 23 juill. 1984, D. 1985. IR. 101).

Est-ce à dire que la fixation de l'indemnité compensatrice relève de la seule volonté des parties et ne peut faire l'objet d'aucune vérification judiciaire ? Certes, le juge n'est pas autorisé à en modérer le montant au motif qu'il serait disproportionné au préjudice réel subi par le salarié. En revanche, il peut juger un montant excessivement bas et en déduire la nullité de la clause de non-concurrence (en ce sens, J.-F. Césaro, note préc.). On sait en effet que, depuis un arrêt du 15

novembre 2006, la Cour de cassation décide « *qu'une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans le contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie* » (Soc. 15 nov. 2006, D. 2006. IR. 2946 ; JCP 2007. II. 10039, note D. Corrignan-Carsin).

I. D.

II - Accidents du travail et maladies professionnelles

A - Qualification d'accident du travail

La suspension du contrat de travail neutralise momentanément les effets de la subordination, mais laisse subsister le lien d'entreprise. Ceci explique la solution retenue par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 février 2007 pour retenir la qualification d'accident du travail s'agissant d'un événement survenu pendant une période de suspension du contrat (Civ. 2e, 22 févr. 2007, n° 05-13.771 , D. 2007. AJ. 791, obs. A. Fabre, et Jur. 1767, note H. Kobina Gaba ; RDT 2007. 306, obs. B. Lardy-Pélissier). Dans cette affaire, un salarié avait tenté de mettre fin à ses jours alors qu'il était en arrêt maladie pour syndrome anxio-dépressif. Pour écarter la qualification d'accident du travail, l'employeur avait argué du fait que le salarié ne se trouvait pas en état de subordination, son contrat étant déjà suspendu. La Cour de cassation ne retient pas cet argument et considère qu'il s'agissait bien d'un accident du travail « *dès lors que le salarié établit qu'il est survenu par le fait du travail* ». Remontant la chaîne des causes, il était apparu aux juges du fond que le syndrome anxio-dépressif dont souffrait le salarié était directement lié à ses conditions de travail. En effet, les juges avaient relevé que l'équilibre psychologique du salarié avait été « *gravement compromis à la suite de la dégradation continue des relations de travail et du comportement de l'employeur* ». Ce travail d'identification de la cause première et déterminante incombe aux juges du fond. La Cour de cassation leur reconnaît le pouvoir d'apprécier souverainement les éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis pour déterminer le lien de causalité. La protection des salariés ne peut se révéler qu'en partant d'un principe, celui de l'indivisibilité de la personne, ce qui oblige parfois à s'affranchir de chronologies séquentielles souvent artificielles et toujours relatives.

B. L.-P.

B - Champ d'application de la loi : hypothèses d'employeurs successifs

L'interprétation de l'article L. 122-32-10 s'avère fort délicate ; les récents arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation les 14 et 28 mars 2007 en sont une nouvelle illustration. Cet article précise que les règles particulières édictées par le législateur en faveur des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle « *ne sont pas applicables aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, survenu ou contractée au service d'un autre employeur* ». A première lecture, les choses sont claires ; lorsque le salarié est victime d'un risque de l'entreprise, il appartient à l'employeur de l'entreprise considérée, et normalement à lui seul, de respecter les règles prévues par les articles L. 122-32-1 et suivants du code du travail visant à assurer la protection du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Si le salarié est engagé par un nouvel employeur, ce dernier n'est donc pas *a priori* tenu des obligations qui incombaient à celui qui avait été à l'origine d'un risque de l'entreprise. Mais, tout naturellement, pourrait-on dire, il est apparu que lorsque le contrat de travail d'un salarié a été transféré à la suite d'une modification dans la situation juridique de l'employeur par application de l'article L. 122-12, alinéa 2, l'article L. 122-32-10 n'était pas applicable ; la continuation du même contrat de travail au sein de l'entité économique transférée ayant pour effet de mettre au premier plan le lien d'emploi emporte pour conséquence que le nouvel employeur ne peut plus être considéré comme « un autre employeur » (Soc. 20 janv. 1993, Bull. civ. V n° 14 ; D. 1993. IR. 43 ; Dr. soc. 1993. 300). La Cour de cassation applique la même solution en cas d'application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, par un employeur (Soc. 9 juill. 1992, RJS 8-9/92, n° 974).

L'application d'un accord collectif organisant la reprise des salariés correspond-elle à une application volontaire de la loi ? La Chambre sociale de la Cour de cassation rejette une telle assimilation et décide, dans ce cas, de faire application de l'article L. 122-32-10 dans une affaire *Rumen* (Soc. 14 mars 2007, n° 05-43.184 , D. 2007. AJ. 1018, obs. J. Cortot ; RDT 2007. 311, obs. P. Waquet ; *ibid.* 381, obs. M. Véricel ; RJS 5/07, n° 584 et rapp. J.-M. Béraud). En l'espèce, un salarié, agent de propreté au sein de la société Iss Abilis, avait été victime d'un

accident du travail. Trois semaines plus tard environ, alors qu'il était en arrêt de travail, son contrat fut transféré à une autre société, la société TFN, car l'entreprise de nettoyage dans laquelle il travaillait précédemment avait perdu le marché de nettoyage à l'exécution duquel il était affecté. Le transfert de son contrat avait eu lieu en application d'un accord étendu annexé à la convention collective nationale du personnel des entreprises de propreté. Le médecin du travail ayant conclu à une inaptitude physique de ce salarié à tout emploi dans l'entreprise, le nouvel employeur l'avait licencié sans observer les règles applicables aux salariés victimes d'accident du travail. Les juges d'appel avaient considéré que l'accord qui organisait la reprise de tout ou partie des contrats de travail en cas de perte d'un marché équivalait à une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, pour en déduire que le salarié devait bénéficier de la protection spéciale. L'arrêt est cassé au motif qu'un tel accord « *ne constitue pas une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, et ne peut à lui seul, et sauf clause contraire le prévoyant, faire échec aux dispositions de l'article L. 122-32-10* ». Il est possible d'émettre des réserves sur le fait qu'un tel accord ne constitue pas une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2. On pourrait, en effet, considérer qu'un tel accord manifeste de la part de ceux qui l'ont conclu la volonté d'assurer le maintien de l'emploi, comme le fait la loi. La différence peut simplement résulter de la possibilité pour les acteurs sociaux de déterminer des conditions particulières pouvant s'avérer plus restrictives que la loi ; une convention collective peut ainsi décider qu'il n'y aura pas de maintien de tous les contrats de travail. Mais, dans la mesure où un contrat, suspendu pour cause d'accident du travail par application de l'article L. 122-32-1, a été transféré, ne pourrait-on considérer que l'inaptitude d'origine professionnelle du salarié déclarée par le médecin du travail à la fin de la période de suspension impose au nouvel employeur de respecter les règles de protection édictées par l'article L. 122-32-5 ? Cet article fait suite, en effet, à l'article L. 122-32-1 qui organise lui-même le principe de la suspension du contrat de travail. Si tel n'était pas le cas, le salarié aurait certainement tout intérêt à refuser le transfert de son contrat pour être assuré de bénéficier de la protection qui lui est normalement due.

Dans une autre espèce, s'agissant là encore d'employeurs successifs, la Cour de cassation va écarter, au contraire, l'application de l'article L. 122-32-10 s'agissant d'une rechute d'accident du travail (**Soc. 28 mars 2007, n° 06-41.375** , D. 2007. AJ. 1143 ; RDT 2007. 381, obs. M. Véricel ; RJS 6/07, n° 727). Dans l'affaire *Forcina*, une salariée avait été victime d'un accident du travail

alors qu'elle était au service d'un précédent employeur ; or, ses fonctions actuelles d'aide-soignante impliquaient des efforts physiques, notamment pour soulever les malades, qui avaient entraîné une rechute ayant nécessité une intervention chirurgicale. Les juges en avaient exactement déduit que la salariée pouvait prétendre au bénéfice de la protection prévue par l'article L. 122-32-2. Reprenant une solution qu'elle avait déjà dégagée dans un arrêt du 16 février 1999 (Bull. civ. V, n° 71 ; D. 1999. IR. 75 ; Dr. soc. 1999. 538, note J. Savatier), la Cour de cassation propose une autre lecture de l'article L. 122-32-10 ; elle décide, en effet, que « *le salarié peut prétendre au bénéfice de la protection légale dès lors qu'il existe un lien de causalité entre la rechute de l'accident du travail initial et ses conditions de travail ou tout autre événement inhérent à ses fonctions au service du nouvel employeur* ». Le terme même de rechute implique bien évidemment qu'un accident du travail ait produit des effets différés dans le temps. Ce n'est pas tant la rechute qui explique cette solution que le fait que les lésions constatées lors de la rechute étaient imputables aux conditions de travail auxquelles la salariée était soumise dans son nouvel emploi. En définitive, ce qu'il paraît important de souligner c'est que l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés.

Mais, s'il apparaissait que la rechute est sans lien avec les conditions de travail du salarié, l'article L. 122-32-10 serait alors applicable et le nouvel employeur serait dégagé de l'obligation de respecter les règles de protection.

B. L.-P.

C - Protection renforcée pendant les périodes de suspension

Au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée ; l'article L. 122-32-2 énonce cependant deux exceptions à ce principe qui sont soit une faute grave du salarié, soit l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie. Toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance de ces dispositions est nulle. Dans l'affaire *Cleuet* (Soc. 7 mars 2007, n° 05-42.279 , D. 2007. AJ. 945 ; RDT 2007. 381, obs. M. Véricel), un salarié avait été en arrêt de travail pendant deux semaines

à la suite d'un accident du travail ; puis, il avait repris son travail mais sans qu'une visite médicale de reprise ait été effectuée par un médecin du travail. Il avait ainsi travaillé pendant plus d'un an. La Cour de cassation avait rappelé encore récemment dans un arrêt du 28 février 2006 que l'employeur ne peut « *laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier lors de la reprise du travail, ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail* » ; à défaut, il ne peut résilier le contrat de travail du salarié (Bull. civ. V, n° 87 ; D. 2006. IR. 745, obs. E. Chevrier, et Pan. 2002, obs. B. Lardy-Pélissier ; RDT 2006. 23, obs. B. Lardy-Pélissier). Or, en l'espèce, l'employeur avait prononcé la mise à la retraite du salarié un an après que celui-ci ait repris le travail ; le salarié saisit les juges d'une demande d'indemnisation au titre de la nullité de la rupture. L'employeur arguait d'un accord de volontés et soutenait que la mise à la retraite était intervenue à la demande du salarié ; il reste pourtant que, selon l'article L. 122-14-13, alinéa 2, « *la mise à la retraite résulte d'une décision de l'employeur* ». Les juges d'appel avaient cependant retenu la version de l'employeur pour débouter le salarié de sa demande. L'arrêt est cassé au motif que « *au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, une mise à la retraite décidée par l'employeur est nulle* ». Alors même que les conditions d'une mise à la retraite seraient remplies, celle-ci ne peut en aucun cas faire échec aux dispositions organisant la protection des salariés victimes d'un accident du travail. La nullité de la rupture l'emporte et fait ainsi obstacle aux échappatoires que pourrait faire miroiter le temps qui passe. Le salarié avait travaillé plus d'un an... alors que son contrat de travail était toujours suspendu !

B. L.-P.

D - Strict respect des modalités de protection

On ne badine pas avec le strict respect des règles édictées en faveur des salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles. La cessation d'activité d'une entreprise suffirait-elle à exonérer l'employeur de toute obligation de reclassement et à rendre sans objet toute notification par écrit des raisons de l'impossibilité de reclasser ? Une Cour d'appel l'avait admis. La Cour de cassation rétorque que « *la cessation d'activité ou tout autre motif économique*

ne libère pas l'employeur de son obligation de respecter les règles particulières aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle » (**Soc. 7 mars 2007, n° 05-43.872** , D. 2007. AJ. 1019 ; RDT 2007. 381, obs. M. Véricel ; *ibid.* 314, obs. P. Waquet ; RJS 5/07, n° 586). Cette solution s'impose à un double titre ; d'une part, la loi n'a pas prévu de limitation de son champ d'application en ce sens ; d'autre part, l'obligation de reclassement ne se limite pas à des reclassements internes dans le cadre de l'entreprise. Les recherches de reclassement doivent, le cas échéant, s'étendre aux entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. L'article L. 321-1, alinéa 3, ajoute que « *les offres de reclassement doivent être écrites et précises* ». Pour retenir la cause économique de licenciement induite par une cessation d'activité de l'entreprise, à condition toutefois qu'elle ne procède pas d'une faute ou d'une légèreté blâmable de l'employeur, il faut qu'une recherche de reclassement ait été réellement effectuée et se soit révélée infructueuse. A cet égard, l'information du salarié sur les efforts engagés par l'employeur paraît essentielle pour déterminer si ceux-ci ont été réels et sérieux.

Doit être également abordée sérieusement la procédure à suivre lorsqu'un salarié a été déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment à l'issue des périodes de suspension. Tels sont les rappels clairement énoncés dans un arrêt *Garçonnet* (**Soc. 28 mars 2007, n° 06-41.332** ; RJS 6/07, n° 728). Seules les recherches de reclassement compatibles avec les conclusions du médecin du travail émises au cours de la visite de reprise peuvent être prises en considération pour apprécier le respect par l'employeur de ses obligations, ce qui souligne une nouvelle fois l'importance de la visite de reprise effectuée par le médecin du travail. Le même arrêt *Garçonnet* rappelle également que la consultation des délégués du personnel pour avis doit être correctement organisée. Tel n'est pas le cas lorsque les délégués du personnel ont été consultés sans information préalable sur le cas du salarié, sans ordre du jour précis et le jour même où une convocation à un entretien préalable avait été envoyée au salarié.

B. L.-P.

III - Rupture du contrat de travail

A - Résiliation judiciaire

1 - Distinction entre la demande en résiliation judiciaire et la prise d'acte de rupture

L'arrêt *Société Bayer diagnostics* (Soc. 21 mars 2007, n° 05-45.392 , D. 2007. AJ. 1019 ; RJS 5/07, n° 589) affirme très nettement « *qu'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail formée par un salarié ne peut être assimilée à une prise d'acte de la rupture* ». Cette solution n'est pas nouvelle. La Cour de cassation avait déjà statué en ce sens à plusieurs reprises (Soc. 22 févr. 2006, Bull. civ. V, n° 81 ; D. 2006. IR. 672 ; 26 sept. 2006, n° 04-48.588, RDT 2007. 28, obs. T. Grumbach et J. Pélissier). Elle mérite cependant d'être mise en valeur parce que la confusion est très fréquente dans la pratique judiciaire entre la demande en résiliation judiciaire et la prise d'acte de rupture. Les deux actes juridiques sont pourtant très différents. En prenant acte de la rupture, le salarié constate la rupture du contrat de travail qui est, selon lui, imputable à l'employeur. Il cesse immédiatement de fournir sa prestation de travail et demande à l'employeur les indemnités qui lui sont dues. En introduisant une demande en résiliation judiciaire, le salarié ne tranche pas lui-même la difficulté qui l'oppose à l'employeur ; il demande seulement au juge de prononcer la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur. Dans l'attente de la décision de juge, il continue à fournir sa prestation de travail. La demande en résiliation judiciaire ne rompant pas elle-même le contrat de travail, le salarié peut se désister de sa demande. Ce désistement peut résulter du fait que les motifs allégués par le salarié ne pouvaient pas être établis ou étaient fallacieux, mais il ne peut produire qu'un seul effet. Il met fin à la procédure en résiliation judiciaire. Il ne peut pas être invoqué par l'employeur pour prétendre que cette demande était fantaisiste et justifiait le licenciement postérieur du salarié : « *le seul fait que le salarié ait exercé une action en justice tendant à la rupture de son contrat de travail contre son employeur ne peut pas constituer une cause de licenciement* » (arrêt *Sté Bayer diagnostics*). De la même façon, si, en l'absence de désistement, le juge refuse de prononcer la résiliation judiciaire au motif que les manquements reprochés à l'employeur ne justifient pas la rupture du contrat, le juge déboute seulement le salarié de sa demande ; il ne peut pas en déduire que la rupture du contrat incombe au salarié du fait de sa demande injustifiée (Soc. 26 sept. 2006 préc.).

J. P.

2 - Concours entre une demande en résiliation judiciaire et un départ à la retraite

L'arrêt *Madame Lejeune* (Soc. 21 févr. 2007, n° 05-43.438 , RDT 2007. 310, obs. J. Pélissier) concerne le concours entre une demande en résiliation judiciaire et un départ en retraite (ou une mise à la retraite). La rédaction de l'arrêt laisse subsister un doute sur l'origine de la retraite. Dans un attendu, l'arrêt indique que « *le contrat de travail a pris fin par la mise à la retraite du salarié* » ; dans un autre attendu, il est relevé « *que le salarié avait fait valoir ses droits à la retraite en cours d'instance* ». Ce qui est sûr, c'est que la Cour de cassation ne fait pas la distinction entre la mise à la retraite et le départ à la retraite. Elle juge que la mise à la retraite survenue après que la demande en résiliation ait été engagée rend la demande en résiliation judiciaire sans objet : « *lorsque, au moment où le juge statue sur une action du salarié tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur, le contrat a pris fin par la mise à la retraite du salarié, sa demande de résiliation devient sans objet* ». Deux mois plus tard, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide au contraire « *que lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation était fondée ; que c'est seulement s'il ne l'estime pas fondée qu'il doit statuer sur le licenciement* » (Soc. 21 mars 2007, n° 06-40.650 , *Bretaudeau*, RJS 5/07, n° 592). La distinction ainsi faite entre le licenciement et la mise à la retraite est difficile à comprendre. En revanche, une distinction entre mise à la retraite et départ à la retraite semble s'imposer.

Le contrat de travail continuant à produire ses effets après l'introduction d'une demande en résiliation judiciaire, il faut en déduire que, lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, il peut être rompu unilatéralement par l'une ou l'autre des parties. Cette rupture produisant immédiatement ses effets, le prononcé d'une résiliation judiciaire n'a plus, en principe, de raison d'être ; le juge ne peut pas prononcer la rupture d'un contrat déjà rompu. Ainsi lorsque le salarié a pris acte de la rupture ou a décidé de partir à la retraite avant que le juge n'ait statué sur la demande en résiliation judiciaire, le juge ne statuera pas sur la demande en résiliation judiciaire (en ce sens, Soc. 15 mars 2006, n° 05-41.376 , D. 2006. Pan. 2002, obs. J. Pélissier, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; RDT 2006. 24, obs. J. Pélissier ; 31 oct. 2006, D. 2006. IR. 2810, obs. C. Dechristé, et 2007. Pan. 686, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, P. Lokiec, E.

Pesquine et C. Wolmard ; RDT 2007. 28 , obs. T. Grumbach et J. Pélissier ; pour la prise d'acte de rupture ; peut-être l'arrêt *Lejeune*, ici commenté, s'il s'agit d'un départ à la retraite). Ce principe doit cependant être écarté lorsque, après l'introduction de la demande en résiliation judiciaire, la rupture du contrat de travail est décidée par celui contre qui cette demande a été introduite. Le défendeur à une action en justice ne peut, par l'effet de sa seule volonté, échapper aux poursuites engagées contre lui. Il ne peut ni priver le juge du pouvoir de juger ni priver la victime de son droit à réparation. Le salarié qui obtient la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur a droit aux indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ; il ne peut être privé de ce droit spécifique, ce qui serait le cas si le juge refusait de statuer sur la demande en résiliation judiciaire. Il convient donc de distinguer très nettement la mise à la retraite et le départ à la retraite. Le départ à la retraite doit être traité, au regard des concours de rupture, comme la prise d'acte de rupture par le salarié. Il entraîne la rupture immédiate du contrat et rend sans objet la demande en résiliation judiciaire introduite antérieurement. La mise à la retraite doit, en revanche, être traitée comme un licenciement lorsqu'il s'agit de régler un problème de concours avec une demande en résiliation judiciaire. Dans les deux cas, il s'agit d'une décision de l'employeur et celui-ci ne peut pas, par l'effet de sa seule volonté, échapper aux poursuites dirigées contre lui.

J. P.

3 - La date d'effet de la résiliation judiciaire

L'arrêt *Madame Bonnet* statue, pour la première fois, sur la date de prise d'effet de la résiliation judiciaire (**Soc. 11 janv. 2007, n° 05-40.626** , D. 2007. Jur. 913, note J. Pélissier ; RDT 2007. 237, obs. J. Pélissier). Il décide que la prise d'effet de la résiliation judiciaire « *ne peut être fixée qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant, dès lors qu'à cette date le salarié est toujours au service de son employeur* ». La Cour de cassation impose donc une solution aux juges du fond, qui rejette la proposition de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ; celle-ci fixe au contraire la date d'effet de la résolution à la date d'assignation en résolution (art. 1160-1). Cette solution qui ne fait pas l'objet d'une motivation explicite (pour la présentation de motivations possibles, V. D. 2007. Jur. 913) a une portée limitée. Elle ne

concerne que les résiliations prononcées lorsque le salarié est encore au service de l'employeur au jour du prononcé du jugement. Cette limitation impose de déterminer ce qu'il faut entendre par l'expression « être au service de l'employeur ». Deux interprétations sont possibles : ou bien on considère que le salarié est au service de l'employeur tant que le contrat n'a pas été rompu ou bien on considère que le salarié qui ne fournit plus sa prestation de travail, en raison de sa maladie par exemple, n'est plus au service de l'employeur. Dans l'arrêt rendu le 11 janvier 2007, la Cour de cassation retient la première interprétation. En effet, bien que la salariée ne soit plus en situation de travail depuis plusieurs années, elle décide que la date d'effet de la résiliation devait être fixée au jour du prononcé de la décision de justice. Reste pendante une question : quelle est la date d'effet de la décision judiciaire prononçant la résiliation lorsque le salarié n'est plus au service de l'employeur ? Un choix reste possible entre trois dates : celle du jour où l'employeur a cessé d'exécuter ses obligations contractuelles, celle du jour de la demande en résiliation judiciaire ou celle du jour où le contrat a été rompu (en l'état actuel de la jurisprudence, le prononcé d'une résiliation judiciaire ne peut intervenir après une rupture du contrat de travail que lorsque cette rupture résulte d'un licenciement ; sur ce point V. D. 2006. Pan. 2002, spéc. 2008 et *supra* arrêt *Mme Lejeune*). Dans la logique de l'arrêt commenté, la date d'effet de la résiliation devrait être fixée au jour où le contrat a cessé de produire ses effets du fait du licenciement. Avant cette date, le salarié est au service de l'employeur. Puisqu'il est jugé que la résiliation judiciaire ne peut pas produire effet pendant une période où le salarié est au service de l'employeur, il faut en déduire que lorsque le service de l'employeur a cessé avant le prononcé de la résiliation judiciaire, l'effet de celle-ci remontera au jour de la cessation du service de l'employeur sans pouvoir toutefois remonter à une période antérieure.

J. P.

B - Licenciement économique

1 - Validité du plan de sauvegarde de l'emploi

L'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation (**Soc. 14 févr. 2007, n° 05-45.887** , D. 2007. AJ. 660, obs. A. Fabre ; RDT 2007. 244, obs. P. Waquet), met un terme définitif, par une

cassation sans renvoi, à l'affaire suscitée par la réorganisation de la Société Pages Jaunes (Cf. les arrêts du 11 janv. 2006, D. 2006. Jur. 1013, note J. Pélissier).

En l'occurrence, l'arrêt se prononce non plus, comme ses célèbres aînés, sur le bien fondé du motif économique de licenciement mais sur la validité du plan de sauvegarde de l'emploi. Comme le laissait entendre la Cour, dans l'un des arrêts du 11 janvier 2006 (n° 04-46.201), le plan est jugé conforme à l'article L. 321-4-1 du code du travail. Si la cohérence des solutions est ainsi assurée, le présent arrêt mérite d'être signalé en raison de l'apport de deux précisions.

La première valide une mesure originale du plan. Constitue « *une mesure de reclassement licite la mise en situation de recherche de reclassement pendant une période déterminée avec dispense d'activité et maintien de la rémunération* ». L'objet de cette mesure était de permettre aux salariés de consacrer une partie de leur temps, puis tout leur temps, à la recherche d'un emploi au sein du groupe avec l'accompagnement d'un relais conseil mobilité. La cour d'appel avait considéré que cette mesure transférait au salarié une obligation de reclassement à la charge de l'employeur. La Cour de cassation ne partage pas cette analyse au motif que cette mesure s'inscrit bien dans le cadre des mesures de reclassement mais à la condition, vérifiée en l'espèce, qu'elle ne dispense pas l'employeur de son obligation de rechercher durant cette période un reclassement et que le plan ait prévu les mesures à cet effet. Ce faisant la Cour de cassation continue à faire peser la charge du reclassement sur l'employeur, même si des mesures du plan peuvent permettre aux salariés de participer activement à cette recherche.

La seconde porte sur l'étendue du contrôle judiciaire sur la pertinence du plan. La cour d'appel avait relevé l'absence de proportionnalité entre les moyens de l'entreprise et du groupe et les mesures de reclassement interne proposées. Il s'avère en effet que sur un nombre de 266 postes offerts au reclassement au moment de l'établissement du plan, seuls 67 constituaient des offres réelles et concrètes proposables effectivement aux salariés au moment de leur refus de la modification de leur contrat de travail ayant conduit à leur licenciement économique.

En cassant également sur ce point l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, la Cour de cassation juge que « *la pertinence du plan doit être appréciée en fonction de l'ensemble des mesures qu'il*

contient et en tenant compte de la procédure d'actualisation des offres d'emploi qu'il prévoit ». Par cet attendu, la Cour de cassation admet le caractère évolutif des mesures de reclassement interne à la condition, essentielle, que le plan lui-même ait prévu cette actualisation.

La solution est réaliste compte tenu de l'écoulement du temps inhérent au respect des procédures de réorganisation qui entraîne un décalage entre les offres initiales et finales. On peut cependant relever qu'elle aboutit à minorer les opportunités effectives de reclassement interne des salariés et affaiblit le rôle essentiel dévolu au plan.

B. R.

2 - Qualification et justification

Pour classiques qu'elles soient deux solutions rendues par la Cour de cassation méritent d'être évoquées en parallèle car elles illustrent certaines confusions récurrentes des juges du fond à propos de distinctions essentielles dans le droit du licenciement.

Dans un premier arrêt (**Soc. 21 mars 2007, n° 05-45.060**), la Cour de cassation rappelle un principe constant selon lequel « *la qualification que l'employeur a donné au licenciement s'impose à lui* ». Dès lors que, comme en l'espèce, l'employeur a motivé un licenciement par une cause économique « *la suppression de poste* », le licenciement ne peut légitimement reposer sur un motif personnel : « *le refus par le salarié de reprendre un emploi similaire à ses anciennes fonctions* » à l'issue d'un congé sabbatique. Non seulement l'employeur doit énoncer la nature du licenciement - personnel ou économique - mais aussi un motif conforme à sa nature. Au visa de l'article L. 122-14-2 du code du travail, l'arrêt confirme le rôle déterminant de l'énonciation des motifs dans la notification du licenciement tant à l'égard de l'employeur que du juge. Le contrôle du juge sur le bien-fondé du licenciement est contraint par la motivation de la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige. La cour d'appel avait cru pouvoir rectifier l'erreur commise par l'employeur qui s'était référé à un licenciement économique. Elle considérait que le juge, vérifiant la nature exacte du licenciement, pouvait restituer au licenciement sa véritable nature de licenciement pour motif personnel. La Cour de cassation ne dément pas cet office du

juge dans la recherche de la nature exacte du licenciement, mais celle-ci doit nécessairement le conduire à déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse si la nature du licenciement notifié s'avère inexacte, car par hypothèse le motif réel ne figure pas dans la lettre (déjà en ce sens : Soc. 29 avr. 1998, Bull. civ. V, n° 213).

Sur un terrain différent, mais complémentaire, la Cour de cassation confirme (**Soc. 14 févr. 2007, n° 05-40.504** , D. 2007. AJ. 802 ; RDT 2007. 242, obs. P. Waquet), que « *le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement ne lui enlève pas sa nature juridique de licenciement économique* ». On sait que la Cour suprême n'a pas toujours distingué avec toute la rigueur théorique nécessaire ce qui relève de la cause qualificative du licenciement et de la cause justificative (cf. J. Pélissier, La cause économique du licenciement, RJS 1992. 527).

Cependant depuis un arrêt du 13 avril 1999 (D. 1999. IR. 129 ; GADT, Dalloz, 2004, n° 102) elle s'efforce d'éviter la confusion et sanctionne les décisions des juges du fond qui réalisent cet amalgame. En l'espèce, la nature économique du licenciement n'était pas contestée dans la mesure où le motif était non inhérent à la personne du salarié. Néanmoins la cour d'appel ayant fait valoir que le licenciement n'a pas « de cause » avait ordonné la restitution de l'indemnité de licenciement majorée perçue par le salarié au titre d'un plan social. Or, la Cour de cassation considère, à juste titre, que ce n'est pas parce qu'un licenciement économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse que le salarié perd les avantages attachés au licenciement économique. C'est bien la qualification juridique du licenciement qui doit déterminer son régime et ses effets.

B. R.

C - Licenciement disciplinaire

La jurisprudence admet depuis longtemps que l'employeur puisse infliger une nouvelle sanction au salarié qui refuse une rétrogradation disciplinaire. En revanche, des questions d'ordre procédural demeuraient en suspens, auxquelles l'arrêt du 27 mars 2007 apporte une réponse (**Soc. 27 mars 2007, n° 05-41.921** , D. 2007. AJ. 1081 ; RDT 2007. 459, obs. S. Frossard). Selon la Cour de cassation, en cas de refus d'une rétrogradation pour faute par le salarié, l'employeur qui

envisage un licenciement doit le convoquer à un nouvel entretien et c'est à compter de la date fixée pour ce dernier que court le délai d'un mois prévu par l'article L. 122-41 du code du travail.

On sait, depuis l'arrêt *Hôtel Le Berry* (Soc. 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 320 ; D. 1999. Jur. 125, note C. Puigelier, Somm. 171, obs. M.-C. Amauger-Lattes, et J. Mouly, Chron. 359), que le salarié ne peut se voir imposer une rétrogradation disciplinaire. Une modification du contrat de travail requiert son accord et, en cas de refus, l'employeur doit y renoncer. Toutefois, il peut alors décider de lui infliger une nouvelle sanction, notamment un licenciement, dont le bien fondé sera apprécié par rapport aux faits à l'origine de la proposition de rétrogradation. Mais, on pouvait se demander, si l'employeur devait convoquer le salarié à un nouvel entretien ou si le premier suffisait à la régularité de la procédure de licenciement, à tout le moins lorsque la lettre de convocation précise, comme c'était le cas en l'espèce, l'éventualité d'un licenciement. On sait, en effet, qu'en l'absence d'une telle mention la procédure est entachée d'irrégularité (Par ex. Soc. 20 févr. 1991, n° 88-42.574 ; 7 févr. 1995, n° 93-42.324). Pour la Cour de cassation, un nouvel entretien est nécessaire. Mais cette réponse suscite une autre difficulté. En vertu de l'article L. 122-41 du code du travail, « *la sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien* ». Dès lors, à partir de quel entretien doit-on décompter ce délai ? A compter du deuxième entretien selon la Cour de cassation. En revanche, l'arrêt n'apporte aucune précision sur le délai dans lequel doit avoir lieu celui-ci. En l'espèce, trois mois s'étaient écoulés entre les deux entretiens et un mois séparait le refus de la rétrogradation du second. De son côté, l'article L. 122-44 du code du travail, qui impose l'engagement des poursuites disciplinaires dans les deux mois de la découverte des faits fautifs par l'employeur, n'est ici pas restrictif puisque la lettre de convocation au premier entretien constitue le point de départ des poursuites. Faut-il en conclure que l'employeur est libre de fixer la date de son choix ? Ce serait sans doute excessif ; à tout le moins convient-il d'exiger le respect d'un délai raisonnable.

M.-C. A.-L.

D - Notification du licenciement et transaction

L'arrêt de cassation du 24 janvier 2007 (**Soc. 24 janv. 2007, n° 05-42.135** , D. 2007. AJ. 507) statue à propos de la notification du licenciement en lien avec la validité d'une transaction.

Selon l'article L. 122-14-1 du code du travail, l'employeur qui décide de licencier un salarié doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Sur le fondement de ce texte la Cour de cassation considère que ne constitue pas la notification d'un licenciement l'envoi d'une feuille blanche à laquelle il ne peut-être suppléée par la remise en main propre d'une lettre.

Aussitôt, l'on peut se demander quel intérêt avait l'employeur à procéder à un licenciement par l'envoi d'une lettre recommandée contenant une feuille blanche. L'examen des faits révèle qu'il s'agissait d'un montage juridique destiné à matérialiser la rupture en produisant un accusé de réception dans le but de valider une transaction. En effet, la jurisprudence exige qu'avant de conclure l'accord transactionnel le salarié ait eu connaissance effective des motifs du licenciement (Soc. 14 juin 2006, n° 04-43.123 , D. 2006. IR. 1771, et 2007. Pan. 179, obs. A. Jeammaud, E. Dockès, C. Mathieu-Géniaut, P. E. Berthier et D. Condemine ; RDT 2006. 172, obs. B. Lardy-Pélissier). La validité de la transaction est donc logiquement soumise à une signature postérieure à la réception par le salarié de la lettre recommandée de licenciement (en dernier lieu : Soc. 24 janv. 2007, n° 05-42.333). Cette solution vise à garantir l'utilisation de la transaction non comme mode de rupture du contrat de travail mais comme règlement amiable des conséquences conflictuelles d'une rupture intervenue et définitive.

Pour tenter de se conformer à ces principes, l'employeur a mis en place un subterfuge pour sécuriser ce qui apparaissait comme une rupture préalablement négociée avec le salarié. Dans un premier temps il envoie une enveloppe avec une page blanche en recommandé pour authentifier la date de réception. Puis, lors d'une entrevue avec le salarié, il lui remet en main propre une lettre de licenciement anti-datée et lui fait signer la transaction. Formellement, la chronologie semble respectée ; si ce n'est que le salarié dans la confiance du montage réalisé s'est ravisé et fait constater l'envoi d'une page vierge par un huissier lors de la réception à la Poste. Il ne lui restait plus qu'à agir en nullité de la transaction et paiement de dommages et intérêts pour

licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette indemnité lui est refusée par la cour d'appel qui accepte d'examiner les griefs invoqués par l'employeur dans la lettre remise en main propre et valant, à ses yeux, notification du licenciement. Prenant le contre-pied de l'arrêt attaqué, la Cour de cassation juge que la notification du licenciement ne peut résulter que de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception. La notification du licenciement s'entend d'un « faire savoir dans les formes légales » de l'article L. 122-14-1 du code du travail, sans palliatif possible. L'envoi d'une feuille blanche est traité comme un licenciement verbal qui est sanctionné par un licenciement sans cause réelle ni sérieuse en raison de l'absence de motivation (Soc. 23 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 971 ; 12 nov. 2002, n° 00-45.676 ; 9 juill. 2003, n° 01-44.580). En prolongeant l'idée selon laquelle seul l'envoi de la lettre recommandée vaut notification de la rupture, ne faut-il pas désormais considérer qu'une lettre simple entraîne un licenciement sans cause réelle et sérieuse ? L'arrêt ne le dit pas mais sa publication au « *Bulletin* » pourrait l'annoncer.

B. R.

IV - Relations collectives

A - Grève

En l'absence de disposition légale, c'est la jurisprudence qui définit la grève et ses conditions d'exercice. S'agissant d'un droit constitutionnel, elle marque cependant quelques réticences à poser des limites qui, au final, s'avèrent peu contraignantes. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 février 2007 (**Soc. 28 févr. 2007, n° 06-40.944** , D. 2007. AJ. 869) s'inscrit dans cette logique. En décidant que « *la cour d'appel qui a constaté que l'employeur avait été informé, avant l'arrêt de travail, des revendications professionnelles des salariés, peu important les modalités de cette information, a exactement décidé que ces salariés avaient été licenciés en raison de leur participation à une grève* », d'une part il confirme la définition prétorienne de la grève, d'autre part il innove dans un sens qui témoigne de la préoccupation des juges de ne pas trop encadrer l'exercice de ce droit solennel.

Classiquement, la grève se caractérise par un arrêt collectif de travail à l'appui de revendications professionnelles présentées à l'employeur. Il en résulte, comme le confirme l'arrêt du 28 février

2007, que les revendications professionnelles doivent être portées à sa connaissance avant la cessation du travail. En revanche, il n'est pas nécessaire qu'elles aient été préalablement rejetées (Soc. 20 mai 1992, D. 1992. IR. 185 ; Grands arrêts, n° 178). En France, la grève n'est pas « le remède ultime » (Précis Dalloz, 23e éd., n° 1076). Mais l'arrêt du 28 février 2007 comporte une part d'innovation. Tout d'abord, les juges ne mentionnent pas « la présentation des revendications professionnelles », mais simplement l'information de l'employeur sur ce point. Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, une présentation un tant soit peu formalisée n'est donc pas nécessaire ; la solution consacre une souplesse que l'on aurait pu croire moins poussée. Levant toute ambiguïté sur ses intentions, la Cour de cassation précise ensuite que les modalités d'information de l'employeur importent peu. Notamment, contrairement à ce que soutenait le pourvoi, il n'est pas nécessaire qu'elle soit le fait des salariés ou des syndicats. En l'espèce, elle résultait valablement d'une lettre de l'inspectrice du travail faisant état des « doléances des salariés » et adressée à la direction un mois auparavant.

M.-C. A.-L.

B - Convention collective

Plusieurs fois saisie de l'application de la règle « *à travail égal, salaire égal* » lorsqu'un accord collectif intervient, la Cour de cassation a rendu, le 21 février 2007 (**Soc. 21 févr. 2007, n° 05-43.136** , D. 2007. AJ. 729, obs. E. Pahlawan-Sentilhes), un arrêt qui synthétise sa position sur la question. Dans un attendu de portée générale, elle décide « *qu'au regard du respect du principe à travail égal, salaire égal, la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de son entrée en vigueur* ».

L'affaire concernait une salariée qui, embauchée avant l'entrée en vigueur d'un avenant de révision de la convention collective, obtenait un coefficient inférieur à celui d'une salariée engagée ultérieurement, alors même qu'elles occupaient des fonctions identiques et justifiaient de la même ancienneté dans le poste. Pour la Cour de cassation, l'application de l'avenant ne peut à

elle seule justifier une différence de traitement ; elle confirme ainsi la solution déjà énoncée dans deux arrêts inédits du 16 janvier 2007 (Soc. 16 janv. 2007, n° 05-42.212 et 05-42.213), dans lesquels elle avait ignoré l'argument de l'employeur selon lequel le montant des rémunérations résultait de la stricte application des dispositions en vigueur dans l'entreprise.

Mais ce principe connaît une exception. La date d'embauche du salarié peut, en effet, justifier une différence de traitement lorsque l'accord collectif a pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise avant son entrée en vigueur. L'intérêt de l'arrêt du 21 février 2007 est de formuler en termes généraux une solution que des décisions antérieures consacraient ponctuellement. Ainsi, un arrêt du 1^{er} décembre 2005 avait admis qu'un accord de réduction du temps de travail réserve le bénéfice d'une indemnité différentielle destinée à compenser la réduction de salaire de base aux salariés présents dans l'entreprise avant sa signature (Soc. 1^{er} déc. 2005, n° 03-47.197 , Bull. civ. V, n° 346 ; D. 2006. IR. 15, obs. E. Chevrier, et Pan. 410, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, P. Lokiec, et E. Peskine ; RTD civ. 2006. 303, obs. J. Mestre et B. Fages). De même, la Cour de cassation avait jugé valable l'inégalité de rémunération résultant d'un accord organisant le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération au fixe et attribuant une indemnité aux salariés engagés avant la date de conclusion de l'accord (Soc. 31 oct. 2006, n° 03-42.641 , Bull. civ. V, n° 320 ; D. 2006. IR. 2951 ; RDT 2007. 42, obs. M. Véricel ; 16 janv. 2007, préc.).

Reste une interrogation : la compensation du préjudice subi par les salariés en poste du fait de la dénonciation de l'accord collectif applicable autorise-t-elle l'employeur à décider unilatéralement d'une différence de traitement en fonction de la date d'embauche ? La Cour de cassation avait répondu par la négative, dans un arrêt du 25 mai 2005, à propos d'une décision unilatérale octroyant des avantages aux salariés présents dans l'entreprise avant le passage d'une rémunération variable, prévue par un accord collectif dénoncé, à une rémunération fixe (Soc. 25 mai 2005, n° 04-40.169 , Bull. civ. V, n° 178 ; D. 2005. IR. 1655 ; RTD civ. 2006. 303, obs. J. Mestre et B. Fages). Cependant, rien ne semble pouvoir justifier le maintien de cette jurisprudence.

M.-C. A.-L.

C - Représentation des salariés

1 - Notion d'établissement distinct

L'arrêt rendu par la Chambre sociale le 14 février 2007 (**Soc. 14 févr. 2007, n° 06-60.164**) présente l'intérêt de confirmer la définition de l'établissement distinct en vue de la désignation d'un délégué syndical, tout en affinant, de façon opportune, ses éléments constitutifs ou, tout au moins, l'un d'entre eux.

D'abord, cette décision se situe incontestablement dans la mouvance de précédents arrêts en rappelant que « *caractérise un établissement distinct permettant la désignation de délégués syndicaux le regroupement, sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts communs, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* » (Soc. 24 avr. 2003, D. 2004. Somm. 99, obs. I. Desbarats ; Dr. soc 2003. 780, obs J. Savatier ; 15 déc. 2004, Bull. civ. V, n° 338 ; 13 sept 2005, 2 arrêts, JCP S 2005. 1287 et 1288). Etant souligné que, pour la Cour de cassation, seule paraît compter la fonction revendicatrice des délégués syndicaux et non leur rôle de négociateurs, il est ainsi confirmé que deux éléments sont constitutifs de l'établissement distinct : la « *présence d'un représentant de l'employeur* » et l'existence d'une « *communauté de travail* ».

Certes, le premier de ces éléments ne semble faire l'objet d'aucune nouvelle précision. Même si la Cour de cassation ne le rappelle pas ici explicitement, il paraît donc acquis que l'organisation du pouvoir par l'employeur importe peu et que l'établissement n'est déterminé ni par son autonomie d'organisation, ni par la présence, à sa tête, d'une autorité hiérarchique. La délégation donnée par le chef d'entreprise à son représentant est indifférente à la reconnaissance d'un établissement, de sorte qu'au final, seule compte, pour la reconnaissance de celui-ci, la réalité d'une « *communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* ».

Mais comment détecter une telle communauté ? De ce point de vue, on savait déjà que la possibilité d'imposer aux salariés de l'établissement les mêmes décisions et la même politique sociale est de nature à caractériser pareille communauté (Soc. 14 févr. 2001, RJS 6/01, n° 761). On savait également que la soumission de salariés à « *des contraintes techniques particulières ou des conditions de travail différentes* » de celles pesant sur leurs collègues peut constituer un élément d'identification de l'établissement (Soc. 27 oct. 2004, Bull. civ. V, n° 272). Désormais - et c'est l'apport de cette décision du 14 février 2007 - on sait encore que la grève de salariés employés sur un site est susceptible de mettre en évidence un intérêt collectif de ceux-ci pour la satisfaction de revendications communes, que confirme encore le constat de conditions de travail et de rémunérations « *qui leur étaient propres* ». D'ailleurs, cette analyse ne saurait surprendre puisque la grève est justement - et communément - définie comme « *tout arrêt collectif de travail, à l'appui de revendications professionnelles* » (J. Péliissier et *alii*, *Droit du travail*, Précis Dalloz, n° 1075).

En confirmant ainsi, *via* la mise en exergue des fonctions revendicatrices des délégués syndicaux, la distinction - « redoutable » bien que « noble » (J. Péliissier et *alii*, GADT, 2004, n° 484) - classiquement faite entre « revendications » et « réclamations », cet arrêt conforte, en tout état de cause, « *la singularité de la définition de l'établissement distinct en vue de la mise en place du délégué syndical. Tout rapprochement avec celle propre aux élus de proximité semble bel et bien compromis dans l'instant* » (F. Duquesne, Quand la grève révèle l'établissement distinct, Sem. soc. Lamy, 2 avr. 2007, n° 1301). Reste à savoir si ce *distinguo* sera maintenu dès lors, qu'à l'avenir et à défaut d'accord entre chef d'entreprise et organisations syndicales intéressées, c'est à l'autorité administrative qu'il appartiendra de reconnaître la qualité d'établissement distinct, pour les instances élues (art. L. 423-4, al. 1, et L. 433-2, al. 9, c. trav. ; en ce sens, F. Duquesne, préc.).

I. D.

2 - Calcul des effectifs, électorat et mise à disposition

L'arrêt *Peugeot* est certainement un des arrêts les plus importants, rendus par la Chambre sociale

de la Cour de cassation au cours des quatre premiers mois de l'année 2007 (**Soc. 28 févr. 2007, n° 06-60.171** , D. 2007. AJ. 946 ; RDT 2007. 229, obs. M.-L. Morin ; RJS 5/07, n° 636 ; Sem. soc. Lamy, 12 mars 2007, n° 1298, p.12 s., obs. F. C.). Il pose plusieurs règles en ce qui concerne le calcul des effectifs et l'électorat des personnes mises à disposition, mais il entretient la confusion en ce qui concerne la mise à disposition et la sous-traitance.

Il prend d'abord position sur la place des travailleurs temporaires dans les élections de représentants du personnel. *« Si, en application de l'article L. 620-10 du code du travail, les salariés d'entreprises de travail temporaire sont pris en compte dans le calcul des effectifs, les dispositions des articles L. 423-9, L. 423-10, L. 433-6 et L. 433-7 qui régissent leur participation aux élections au sein de l'entreprise de travail temporaire excluent qu'ils aient la qualité d'électeur dans l'entreprise utilisatrice »*. La solution semble indiscutable car elle applique strictement le texte de la loi. Les travailleurs temporaires sont pris en compte dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice mais ils ne sont ni électeurs ni éligibles dans celle-ci.

Il décide ensuite que les salariés des entreprises prestataires de services doivent être pris en compte dans les effectifs de l'entreprise, bénéficiaire des contrats de prestation de services, *« lorsqu'ils sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail »*. Il décide également qu'ils sont, à ce titre, électeurs aussi bien aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement qu'aux élections de délégués du personnel. Il n'y a donc pas de différence à faire entre la prise en compte dans les effectifs et la qualité d'électeur dès lors que les travailleurs remplissent les conditions d'âge et d'ancienneté prévues par la loi. Il n'y a pas non plus à faire de différence entre les élections de délégués du personnel et les élections des membres du comité d'entreprise. L'application de cette nouvelle règle soulèvera des discussions lorsqu'il faudra déterminer si l'intégration de ces travailleurs dans l'entreprise où ils ne sont pas salariés est « étroite » et « permanente ». A supposer qu'un accord soit trouvé entre la direction de l'entreprise et les organisations syndicales, il faudra encore fixer les modalités de l'inscription sur les listes électorales de ces travailleurs qui ne sont pas salariés de l'entreprise dans laquelle ils vont voter. Comment le chef d'entreprise va-t-il avoir connaissance des noms de ces salariés ? Que doit-il faire si l'entreprise prestataire de services refuse de lui donner le nom des salariés qu'elle emploie pour exécuter le contrat ? L'entreprise prestataire de services s'est engagée à

fournir un résultat ; elle n'a contracté aucun engagement en ce qui concerne le nombre et la personnalité des travailleurs qui vont permettre d'atteindre ce résultat et n'a aucun compte à rendre à ce sujet aux responsables de l'entreprise avec laquelle elle a contracté.

Au-delà de ces difficultés pratiques, cet arrêt soulève une difficulté majeure. L'article L. 620-10 du code du travail intègre dans les effectifs « *les travailleurs mis à disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure* ». Cette mise à disposition est licite lorsqu'elle est réalisée par une entreprise de travail temporaire, dans le cadre du travail à temps partagé ou dans celui d'un groupement d'employeurs. Mais la mise à disposition d'un salarié à but lucratif est prohibée en dehors des textes l'autorisant exceptionnellement. Et si la sous-traitance est considérée comme licite, c'est parce que l'entreprise sous-traitante s'engage à fournir un résultat et non pas à fournir de la main-d'oeuvre à but lucratif. Dans la mesure où les juridictions s'efforcent de nettement distinguer le contrat de sous-traitance (autorisé) de la fourniture de main-d'oeuvre à but lucratif sanctionnée pénalement (V. G. Auzero, J.-Cl. Pénal affaires, Travail, Fasc. 10, n° 32 s.), il est curieux que la Cour de cassation insiste ici sur l'intégration étroite des salariés de l'entreprise sous-traitante dans l'entreprise bénéficiaire du contrat. Cette intégration étroite n'est-elle pas le signe d'un prêt de main-d'oeuvre prohibé ?

J. P.

3 - Tracts

La distribution des publications et tracts syndicaux dans l'enceinte de l'entreprise est strictement encadrée par la loi. D'abord, elle ne peut s'adresser qu'aux travailleurs ; ensuite, l'article L. 412-8 du code du travail ajoute qu'elle ne peut avoir lieu qu'aux heures d'entrée et de sortie du travail. En revanche, le syndicat est libre de déterminer le contenu de ces documents, sous réserve, précise le même texte, des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, réprimant la diffamation et l'injure. Mais ce texte fixe-t-il de façon générale les limites du droit pour les syndicats de distribuer des tracts ? Autrement dit, en dehors du champ de l'article L. 412-8 du code du travail, la distribution de tracts de nature syndicale est-elle autorisée ? C'est la question à laquelle la Cour de cassation a dû répondre dans l'arrêt du 28 février 2007 (**Soc. 28**

févr. 2007, n° 05-15.228 , D. 2007. AJ. 869 ; RDT 2007. 466, obs. E. Peskine). Pour elle, « *l'article L. 412-8 du code du travail qui se borne à organiser la diffusion de tracts par les syndicats professionnels aux travailleurs à l'intérieur de l'entreprise n'est pas applicable à une diffusion de tracts à l'extérieur de l'entreprise* ». Il en résulte que, dès lors qu'elle se déroule hors de l'enceinte du travail, la distribution de tracts peut intervenir à tout moment et concerner des tiers, singulièrement les clients de l'entreprise. La cour relève par ailleurs que, bien que la diffusion litigieuse se soit déroulée en dehors du champ de l'article L. 412-8, « *les propos qualifiés par l'employeur d'injurieux et de diffamatoires... ne pouvaient être incriminés qu'au regard de la loi du 29 juillet 1881* » (déjà en ce sens, Soc. 26 mai 1998, n° 95-15.883 , inédit). Il ne s'agissait pas, comme le soutenait le pourvoi, d'un abus des salariés dans l'exercice de leur liberté d'expression au sens de l'article L. 120-2 du code du travail, ni d'une manifestation de leur mauvaise foi dans l'exécution du contrat au sens de l'article L. 120-4, ni enfin d'une exécution fautive du droit d'expression directe et collective des salariés tel qu'il est prévu par l'article L. 461-1.

La solution limite sérieusement les chances de l'employeur d'obtenir réparation du préjudice résultant pour lui du contenu des tracts diffusés ; en effet, soucieuse du respect de la liberté de la presse, la loi de 1881 ne reconnaît la diffamation et l'injure qu'à des conditions particulières. La première implique une atteinte à l'honneur et à la considération de la personne et suppose une attaque personnelle et calomnieuse, la seconde est définie comme « *toute expression outrageante, terme de mépris et invective* ». (art. 29 s.)

M.-C. A.-L.