

Recueil Dalloz 2007 p. 686

Droit du travail

septembre 2006 - décembre 2006

Georges Borenfreund, Professeur à l'Université Paris X - Nanterre (IRERP, UMR 7029)

Frédéric **Guiomard**, Maître de conférences à l'Université Paris X - Nanterre (IRERP, UMR 7029)

Olivier Leclerc, Maître de conférences à l'Université Paris X - Nanterre (IRERP, UMR 7029)

Pascal Lokiec, Maître de conférences à l'Université Paris X - Nanterre (IRERP, UMR 7029)

Elsa Peskine, Maître de conférences à l'Université Paris X - Nanterre (IRERP, UMR 7029)

Cyril Wolmark, Maître de conférences à l'Université Paris X - Nanterre (IRERP, UMR 7029)

L'essentiel

Les décisions rendues au cours des quatre derniers mois de l'année 2006 mettent en lumière nombre de difficultés essentielles liées au rapport d'emploi. La justification et la qualification de la rupture du contrat de travail occupent une place importante dans un contentieux fourni, d'où se détachent également certains arrêts relatifs à l'encadrement du pouvoir de direction de l'employeur, eu égard aux droits des personnes et à la lutte contre la discrimination syndicale. Mais l'activité jurisprudentielle requiert aussi l'attention dans le domaine des relations professionnelles, en raison tout particulièrement de solutions inédites ayant trait au droit des conventions collectives.

I - Rupture du contrat de travail

Les raisons comme les modalités et circonstances de la cessation du lien contractuel, avec leurs incidences sur la qualification de la rupture, sont au coeur de plusieurs décisions importantes. Qu'elle réaffirme, précise ses positions ou tranche des difficultés nouvelles, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu à statuer à la fois sur la justification du licenciement ou la date de ce dernier, ainsi que sur la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail. De son côté, la Cour d'appel de Paris a retenu, dans une décision attendue, la compétence du juge judiciaire pour statuer sur la compatibilité du CNE avec la Convention n° 158 de l'OIT

A - Justification du licenciement

1 - Licenciement pour motif personnel

Dans le sillage de retentissants scandales boursiers, les dispositifs favorisant la dénonciation par un salarié des infractions pénales commises dans l'entreprise connaissent une faveur nouvelle. Au fil de ses arrêts, la Cour de cassation trace les grandes lignes d'un régime juridique applicable au salarié qui exerce ce rôle de lanceur d'alerte. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 8 novembre 2006 apporte une nouvelle pierre à cet édifice (**Soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.504**, Sem. soc. Lamy 2006. 1284. 12).

Un employeur avait confié à une salariée la mission d'« *assurer le respect de l'éthique dans le*

*cadre de la coordination médicale* ». Cette salariée avait dénoncé des propos racistes tenus par le responsable du personnel à l'encontre de candidats à l'embauche. L'employeur lui avait alors notifié son licenciement pour faute grave, motif pris de ce qu'elle n'apportait pas la preuve de ses allégations et qu'elle avait ainsi commis une diffamation à l'encontre de son collègue. La cour d'appel avait annulé le licenciement et le pourvoi est rejeté.

Devant la Cour de cassation, le requérant ne discute pas le choix de la cour d'appel de prononcer la nullité du licenciement plutôt que de relever son absence de cause réelle et sérieuse. En revanche, l'arrêt apporte trois précisions relatives à l'exercice de l'alerte dans l'entreprise.

La première difficulté est probatoire. Faut-il exiger du salarié qu'il apporte la preuve de la véracité des faits qu'il dénonce ? En matière pénale, la réponse est certainement positive : à défaut, l'élément matériel de la diffamation serait constitué. Mais, ici, le contentieux s'était noué sur le seul plan civil. La Cour réaffirme par conséquent que le juge n'est pas tenu de rechercher les éléments constitutifs de cette infraction et qu'il doit apprécier l'existence d'une faute susceptible de justifier un licenciement au seul vu des « *éléments de fait et de preuve qui lui sont soumis* ». De ces éléments, il ressort, estime la Cour, que la salariée « *n'avait pas commis de faute en signalant de bonne foi à sa hiérarchie des faits en rapport avec ses attributions* ». Ainsi, la dénonciation ne sera fautive que si le salarié était de mauvaise foi, peu important que l'inexactitude des faits dénoncés soit établie (Soc. 12 juill. 2006, Sem. soc. Lamy 2006. 1272. 11) ou qu'elle soit, comme en l'espèce, restée incertaine. La Cour semble ainsi exiger que le salarié lanceur d'alerte ait eu un « *motif raisonnable* » de croire en l'exactitude des faits dénoncés (rapp. art. L. 231-8 C. trav.).

L'arrêt renseigne ensuite sur la forme que doit prendre la dénonciation. En l'espèce, la salariée avait remis en mains propres au président directeur général de l'entreprise un pli portant la mention « *confidentiel* ». Cette diffusion très restreinte de l'information n'aura pas manqué de peser dans l'appréciation du comportement de la salariée, qui avait, relève la Cour, signalé les faits « *à sa hiérarchie* ». La Cour de cassation avait, en effet, déjà estimée abusive la dénonciation formulée « *dans une lettre adressée aux membres de la direction et du comité d'entreprise* » (Soc. 21 juin 2006, JCP S 2006. 1729, obs. Draï). De même, sur le terrain répressif, la Cour avait jugée diffamatoire la dénonciation de faits de harcèlement sexuel imputés à un cadre de l'entreprise dans un écrit dont les auteurs savaient qu'il serait « *diffusé par voie d'affichage* » (Crim. 3 avr. 2002, n° 01-86.730).

Enfin, l'arrêt conforte la situation des salariés qui sont, comme c'était le cas en l'espèce, chargés par l'employeur de veiller au respect de l'éthique. Invitant sans doute l'employeur à plus de cohérence, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir conclu à l'absence de faute de la salariée « *compte tenu de la mission dont elle était chargée* ». Dès lors, le salarié qui reçoit la mission de veiller au respect de certaines obligations dans l'entreprise ne saurait être sanctionné du seul fait qu'il aura dénoncé des manquements. La leçon mérite d'être retenue pour le « *correspondant à la protection des données à caractère personnel* » que l'employeur peut désigner dans l'entreprise afin de veiller au respect de la loi du 6 janvier 1978. Elle vaut tout autant dans le cas où aurait été mis en place dans l'entreprise, dans les conditions fixées par la CNIL (délib. n° 2005-305, 8 déc. 2005, RTD com. 2006. 406, obs. Champaud et Danet ), un dispositif d'alerte professionnelle.

O. L.

## 2 - Licenciement pour motif économique

Pour soutenir que son licenciement pour motif économique était dépourvu de cause réelle et sérieuse, un salarié contestait la réalité des offres de reclassement qui lui avaient été faites par son employeur. La cour d'appel avait retenu que l'employeur « *peut démontrer par tous moyens qu'il a satisfait à l'obligation de reclassement préalable au licenciement* », notamment en produisant des attestations d'offres à temps partiel refusées par le salarié. Cet arrêt est cassé par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 20 septembre 2006 (**Soc. 20 sept. 2006, n° 04-45.703**, D. 2006. IR. 2345, obs. Pahlawan-Sentilhes ; RDT 2006. 315, obs.

Waquet ; Dr. soc. 2006. 1151, note Couturier ; JCP S 2006. 1949, note Bossu ; Sem. soc. Lamy 2006. 1282. 6, note Béal ; RJS 11/06. 1163), pour violation de l'article L. 321-1, alinéa 3, du code du travail, la cour d'appel n'ayant pas constaté « *l'existence d'offres écrites et précises proposées au salarié* ».

Cette solution ne surprendra pas. L'article L. 321-1, alinéa 3, du code du travail dispose en effet, dans sa formulation issue de la loi du 17 janvier 2002, que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ». Le texte précise *in fine* que « *les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises* ». La Cour de cassation fait, dans la décision rapportée, une application littérale de cette dernière disposition.

L'arrêt mérite néanmoins d'être signalé pour l'éclairage qu'il apporte au rôle du formalisme dans les procédures de licenciement. En l'espèce, le litige s'était noué sur le terrain probatoire. La cour d'appel avait vu dans l'obligation d'adresser au salarié des offres de reclassement écrites une règle de preuve, qui n'interdisait pas à l'employeur d'établir leur consistance par d'autres moyens. En cassant l'arrêt de la cour d'appel, la Cour de cassation pouvait sembler s'être placée sur le même terrain. Le communiqué dont est assorti l'arrêt était de nature à conforter cette impression : il en ressort en effet que, selon la Cour de cassation, « *l'écrit est le seul mode de preuve admissible* ».

Mais, cette dernière formule est absente des motifs de la décision et la motivation hors l'arrêt (sur cette question, **Guiomard**, Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation, RDT 2006. 222 ) qu'offre le communiqué est peut-être trompeuse. En reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas « *constaté l'existence d'offres écrites et précises proposées au salarié* », la Cour de cassation se prononce moins sur les modes de preuve recevables que sur les conditions de validité des offres de reclassement. Faute d'avoir été formulées avec précision et par écrit, ces offres de reclassement doivent être tenues pour inexistantes et le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse (en ce sens Couturier, *loc. cit.*, 1153, pour qui l'obligation de formuler des offres de reclassement écrites et précises constitue « *un prolongement de l'obligation principale* »).

L'écrit doit donc être abstrait du contexte probatoire pour être resitué dans celui de la procédure pouvant conduire à la rupture du contrat de travail. Le licenciement pour motif économique ne peut être prononcé que si le reclassement du salarié est impossible. Par conséquent, l'employeur n'aura satisfait à l'obligation de reclassement que s'il a effectivement adressé, au préalable, des offres écrites de reclassement au salarié. Il en résulte également que les offres doivent être « *précises, concrètes et individualisées* » (ex. Soc. 7 juill. 2004, n° 02-47.499 ; 24 janv. 2006, n° 04-41.340).

O. L.

Le « *licenciement de compétitivité* » est à nouveau au coeur d'une décision rendue par la Cour de cassation. La société Dunlop, après avoir établi un plan social, procède à 391 suppressions d'emplois. Dans un arrêt du 21 novembre 2006 (**Soc., 21 nov. 2006, n° 05-40.656**, D. 2007. AJ. 156 ; V. Couturier, Dr. soc. 2007. 116), la Cour de cassation se prononce sur le reclassement des salariés ainsi que sur l'ordre des licenciements. Mais on retiendra surtout la formule par laquelle elle approuve la Cour d'appel de Riom d'avoir considéré que les licenciements étaient pourvus d'une cause réelle et sérieuse : « *la nouvelle organisation mise en place qui procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe dont elle relevait* ».

Cette décision conforte l'orientation dégagée par la Cour de cassation dans ses arrêts *Pages*

*jaunes* du 11 janvier 2006 (D. 2006. Jur. 1013, note Pélissier ; *ibid.* Pan. 2002, obs. Pélissier, Lardy-Pélissier et Reynès ; Couturier, Le licenciement de compétitivité, note ss. Soc. 11 janv. 2006, Sem. soc. Lamy 2006. 1245. 8 ; Frouin, Retour sur la notion de sauvegarde de la compétitivité, RJS 3/06. chron. 187 ; V. égal. Soc. 31 mai 2006, RDT 2006. 102, obs. Waquet ; *ibid.* 182, obs. Pignarre ).

En premier lieu, elle reproduit la formule alors utilisée pour caractériser la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité. La réorganisation peut être mise en oeuvre afin de « *prévenir des difficultés économiques à venir* ». De nombreux commentateurs (Frouin, *loc. cit.* ; Couturier, *loc. cit.*) ont perçu dans cette affirmation, malgré l'évolution des formules utilisées, une simple confirmation de la règle posée par les arrêts *Videocolor* du 5 avril 1995 (Bull. civ. V., n° 123 ; D. 1995. Jur. 503, note Keller ; *ibid.* Pan. 367, Launay-Gallot ). La nécessité d'anticiper et de prévenir des difficultés futures constitue un motif de licenciement qui se distingue de la nécessité de remédier à des difficultés économiques nées et actuelles. La formule a donc pour mérite de mettre en exergue ce qui est au coeur de ce motif spécifique qu'est la « *réorganisation en vue de la sauvegarde de la compétitivité* » : l'anticipation.

En second lieu, la préservation de l'emploi constitue, comme dans les arrêts *Pages jaunes*, une référence à l'aune de laquelle s'apprécient les difficultés économiques à venir. Au fond, la décision rapportée confirme sans doute que l'apport des arrêts *Pages jaunes* résidait moins dans un inflexionnement de la règle que dans la mise en lumière de la référence à l'emploi comme objet de l'anticipation.

Cette référence n'est pas sans étonner. D'abord parce que l'Assemblée plénière avait, dans un arrêt *SAT* du 8 décembre 2000 (D. 2001. Jur. 1125, note Pélissier ), semblé dénier au juge la faculté de prendre en compte la préservation de l'emploi dans le contrôle du motif économique du licenciement, dès lors que la réorganisation était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Ensuite parce que la considération de la préservation de l'emploi se fait à rebours de la conception de l'emploi que la Cour de Riom avait esquissée, avant d'être censurée par l'arrêt *SAT*. Ici, il ne s'agit pas d'apprécier la légitimité de la réorganisation au regard du moindre coût en emplois qu'elle entraîne par rapport à d'autres projets de réorganisation. Il s'agit plutôt d'apprécier la légitimité des licenciements au regard des licenciements évités ultérieurement. En un mot, la suppression des emplois aujourd'hui est légitime si elle assure la sauvegarde des emplois de demain. Voilà ce que suggère sans doute la Cour de cassation lorsqu'elle précise que la nouvelle organisation mise en place procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois. Dès lors, la bannière de l'emploi change de statut. La préservation de l'emploi devient, davantage qu'un contrepoint à la liberté d'entreprendre, un élément de la gestion de l'entreprise (Sachs, L'emploi à la croisée des discours juridique et économique, *in L'efficacité du droit du travail*, Lyon-Caen et Perulli (sous la dir.), Cedam, à paraître 2007).

Un tel glissement mérite attention. Et l'on pourrait craindre qu'il ne s'accompagne d'un contrôle du juge plus délicat. Il est malaisé, en effet, de contrôler l'allégation de l'employeur selon laquelle le projet de réorganisation sera bénéfique pour l'emploi à venir.

Toutefois, il ne faudrait pas accorder à ce changement plus de portée qu'il n'en a sans doute. Le motif de réorganisation en vue de la sauvegarde de la compétitivité ne semble pas voué à être réduit à cet objectif de préservation de l'emploi. Car, à bien considérer les éléments relevés par la cour d'appel (impossibilité de réaliser des investissements, nécessité de remédier à la faible dimension des sites de production par rapport à ceux des concurrents), il apparaît non seulement qu'ils ne font pas référence à l'emploi, mais qu'ils font, en outre, ressortir ce qui attestait, dès 1995, la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise : la position de l'entreprise sur le marché.

E. P.

B - Date du licenciement

Les droits auxquels les salariés peuvent prétendre dépendent en partie de l'ancienneté acquise dans l'entreprise ou du moment auquel la relation de travail a pris fin. La détermination précise de la date de rupture du contrat présente alors une importance toute particulière. La Cour de cassation avait fixé ce moment « *à la date de présentation* » au salarié (Soc. 2 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 49) de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception lui notifiant son licenciement. La rupture du contrat ne pouvait ainsi être différée par un salarié qui s'abstiendrait de retirer la lettre recommandée au bureau de poste. A l'inverse, un éventuel retard dans l'acheminement du pli en reculait d'autant la date.

Cet équilibre a été progressivement remis en cause par la Cour de cassation. Elle avait déjà décidé que l'*envoi* de la lettre recommandée avant que le salarié subisse un accident du travail faisait échapper le licenciement au grief de nullité, bien qu'elle ait été *reçue* pendant la suspension du contrat (Cass., ass. plén., 28 janv. 2005, D. 2005. IR. 387, et Pan. 2499, spec. 2503, obs. Lardy-Pélisser et Pélissier ; Dr. soc. 2005. 581, obs. Couturier).

Deux arrêts du 26 septembre 2006 confortent l'orientation prise par la Cour de cassation en faveur de la rupture du contrat de travail au jour de l'émission de la lettre recommandée. Dans un premier arrêt, la Cour confirme une solution déjà établie (Soc. 11 mai 2005, D. 2006. Jur. 701, note Reynès ; Dr. soc. 2005. 920, obs. Mouly) pour déterminer si l'employeur avait rompu le contrat pendant la période d'essai ou postérieurement : « *la rupture d'un contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture* » (Soc. 26 sept. 2006, n° 05-44.670). Dans un second arrêt du même jour, la Cour de cassation étend cette solution à la détermination de l'ancienneté prise en compte pour fixer le montant de l'indemnité versée à un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse (art. L. 122-14-4 et L. 122-14-5 C. trav.) : « *l'ancienneté du salarié s'apprécie au jour où l'employeur envoie la lettre recommandée de licenciement, date à laquelle se situe la rupture du contrat de travail* » (Soc. 26 sept. 2006, n° 05-43.841 ; RDT 2006. 386, obs. Reynès ; Dr. soc. 2006. 1193, obs. Mouly).

Cette faveur pour la date d'émission est-elle appelée à se généraliser ? Il est vrai que la solution peut être aisément transposée à l'ancienneté requise pour calculer l'indemnité due à un salarié irrégulièrement licencié (art. L. 122-14-4 et L. 122-14-5 C. trav.). Mais, une telle extension pourrait, dans d'autres circonstances, se révéler plus malaisée.

C'est d'abord le cas pour la fixation du délai-congé auquel a droit le salarié licencié. L'article L. 122-14-1 du code du travail prévoit que le délai-congé, dont la durée varie en fonction de l'ancienneté acquise, court à compter de la date où la lettre recommandée est présentée au salarié. Les juges sont tenus par cette disposition légale et ils ne sauraient, par conséquent, pour fixer *le point de départ* du délai-congé, prendre en compte la date d'envoi de la lettre (dans ce sens, Soc. 7 nov. 2006, n° 05-42.323, D. 2006. IR. 2949). Peuvent-ils, en revanche, calculer la *durée* du délai-congé par référence à la date d'émission de la lettre ? Aucun texte ne l'interdit. Pourtant, il semble difficile d'appliquer là des règles différentes et d'admettre que la période s'étendant entre l'émission de la lettre et sa présentation au salarié soit prise en compte pour déterminer le seul point de départ du délai-congé, et non sa durée.

Des difficultés apparaissent ensuite à propos de l'indemnité de licenciement due au salarié régulièrement licencié (art. L. 122-9 C. trav.). La Cour de cassation considère que l'ancienneté à prendre en compte pour déterminer le *montant* de l'indemnité doit être appréciée à la date d'expiration normale du délai-congé (Soc. 25 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 398). Or, cette date dépend autant du point de départ du délai-congé (qui est fixé par l'art. L. 122-14-1 C. trav.) que de sa durée. Si la date d'émission devait être privilégiée, le raccourcissement de l'ancienneté retenue pour déterminer la *durée* du délai-congé ne manquerait pas de réduire également celle prise en compte pour fixer le *montant* de l'indemnité de licenciement. Une telle évolution n'est, du reste, peut-être pas souhaitée par la Cour de cassation qui a décidé, récemment encore, que *l'existence* d'un droit à indemnité devait être appréciée au jour de la notification du licenciement (Soc. 11 janv. 2006, JCP S 2006. 1179, note Frouin).

Ces incertitudes devraient être levées à l'avenir. Un souci d'unité conduit sans doute à

privilegier le jour de l'émission de la lettre recommandée pour dater la rupture du contrat de travail. Mais, s'agissant d'un acte unilatéral, la solution ne paraît guère opportune. Est-il souhaitable, en effet, qu'il produise des conséquences juridiques alors même que le salarié ignore son existence ?

O. L.

C - Prise d'acte par le salarié de la rupture du contrat de travail

La prise d'acte a connu dans la période récente deux nouveaux épisodes, qui contribuent à forger une construction prétorienne de plus en plus aboutie.

1 - Le premier porte sur l'articulation de la prise d'acte avec la résiliation judiciaire (sur cette question, V. Pélissier, RDT 2006. 24 ). La proximité entre ces deux modes de rupture du contrat de travail est telle (résiliation unilatérale pour inexécution d'un côté, résiliation judiciaire pour inexécution de l'autre) que les salariés sont tentés de se placer sur les deux terrains. Il se peut ainsi qu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail pour finalement décider, en cours d'instance, de prendre acte de la rupture. Deux solutions sont alors envisageables (V. Verkindt, JCP S 2006. 48) : faire produire son plein effet à la prise d'acte, « même si préalablement à [celle-ci], le salarié avait engagé une action en résiliation de son contrat de travail aux torts de l'employeur » (Soc. 15 mars 2006, D. 2006. Pan. 2002, obs. Pélissier, Lardy-Pélissier et Reynès ; RDT 2006. 24, obs. Pélissier ; JCP S 2006. 1383, note Frouin), ou respecter la chronologie et ainsi « se prononcer sur la demande en résiliation et, en cas de rejet, sur la prise d'acte en recherchant si les faits invoqués par le salarié à l'appui de celle-ci étaient ou non fondés » (Soc. 3 mai 2006, D. 2007. Pan. 179, obs. Jeammaud, Dockès, Mathieu-Géniaut, Berthier et Condemine ; RJS 2006. 816). Par trois arrêts rendus le 31 octobre 2006, la Cour de cassation tranche en faveur de la première solution en énonçant que puisque « la prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail [...], il n'y a plus lieu de statuer sur la demande en résiliation judiciaire introduite auparavant » (**Soc. 31 oct. 2006, n° 04-46.280**, D. 2006. IR. 2810, obs. Dechristé ; RDT 2007. 28, obs. Grumbach et Pélissier ). La solution s'imposait pour donner son plein effet à la prise d'acte. Elle est d'ailleurs en cohérence avec une jurisprudence désormais établie sur les rapports entre prise d'acte et licenciement, d'où il résulte qu'est dépourvu d'effet le licenciement intervenu postérieurement à la prise d'acte (Soc. 19 janv. 2005, Bull. civ. V., n° 11 ; D. 2005. IR. 312, et Pan. 2499, obs. Lardy-Pélissier et Pélissier ), alors même que la procédure de licenciement aurait été engagée (Soc. 28 juin et 12 juill. 2006, RJS 2006. 1038).

Que penser par contre de la nuance apportée par la Chambre sociale dans ces mêmes arrêts, selon laquelle le juge devra « fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de sa demande en résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de la prise d'acte » ? La Cour de cassation paraît ressusciter la demande en résiliation judiciaire qu'elle vient pourtant d'écartier. La solution se comprend néanmoins depuis qu'il est admis que la lettre par laquelle le salarié prend acte de la rupture ne fixe pas les limites du litige (Soc. 29 juin 2005, Bull. civ. V, n° 223 ; D. 2005. Jur. 2723, note Lokiec, et D. 2006. Pan. 29, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL Lyon 2 ). Dans cette perspective, l'office du juge n'est pas cantonné aux manquements invoqués par le salarié à l'appui de sa lettre de prise d'acte, et peut s'étendre à tout motif d'une gravité suffisante, peu importe qu'il soit apparu à l'occasion d'une demande en résiliation judiciaire devenue sans objet, ou à toute autre occasion.

Reste à envisager la portée de l'arrêt, explicitée par les Hauts magistrats dans leur communiqué. Il y est souligné que « le principe à retenir est donc que l'acte qui constitue par lui-même et dès son accomplissement une rupture du contrat de travail - tel une prise d'acte - rend nécessairement sans objet une demande en résiliation antérieure tendant à la même fin ». D'où la tentation de transposer la solution au concours entre résiliation judiciaire et licenciement. C'est chose faite depuis un arrêt du 20 décembre 2006 (**Soc. 20 déc. 2006, n° 05-42.539**, D. 2007. AJ. 308, obs. Cortot ), en vertu duquel « le contrat de travail étant rompu par l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant le

*licenciement, la demande postérieure du salarié tendant au prononcé de la résiliation judiciaire de ce contrat est nécessairement sans objet, le juge devant toutefois, pour l'appréciation du bien fondé du licenciement, prendre en considération les griefs invoqués par le salarié au soutien de sa demande de résiliation dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur cette appréciation* ». Un alignement sur les arrêts du 31 octobre 2006 qui suscite à première lecture la discussion, dès lors qu'il paraît en discordance avec le fait que, contrairement à la lettre par laquelle le salarié prend acte de la rupture, la lettre de licenciement fixe les limites du litige. On est toutefois convaincu, à la seconde lecture, par le fait qu'un salarié, afin d'être en mesure de contredire les faits qui lui sont reprochés dans la lettre de licenciement, doit pouvoir opposer des manquements de l'employeur qui, par définition, ne figurent pas dans ladite lettre, et ont par exemple été avancés à l'appui d'une demande postérieure en résiliation judiciaire.

P. L.

2 - L'arrêt du 27 septembre 2006 intéresse une question pratique majeure, celle des droits à l'assurance chômage d'un salarié qui a pris acte de la rupture (**Soc. 27 sept. 2006, n° 05-40.414**, D. 2006. IR. 2480 ; RDT 2007. 26, obs. Domergue ). En vertu de l'article R. 351-5 du code du travail, « *les employeurs sont tenus, au moment (...) de la rupture du contrat de travail, de délivrer aux salariés les attestations et justifications qui leur permettent d'exercer leurs droits aux prestations mentionnées à l'article L. 351-2* ». Parmi ces éléments, figure le motif de la rupture, mention essentielle puisque le droit à l'allocation de remplacement est réservé aux salariés « *involontairement privés d'emploi* ». Pour satisfaire à cette obligation, l'employeur avait énoncé comme motif de rupture du contrat de travail la démission du salarié. Qualification erronée, relève la cour d'appel approuvée par la Cour de cassation, qui souligne que « *l'employeur doit faire figurer sur l'attestation qu'il doit remplir pour l'ASSEDIC en application de l'article R. 351-5 du code du travail, le motif exact de la rupture du contrat de travail tel qu'il ressort de la prise d'acte par le salarié* ». L'employeur est dès lors en faute d'avoir mentionné la démission, alors que la rupture constituait une prise d'acte.

A l'instar de la solution issue des arrêts du 31 octobre 2006, celle ici retenue par la Cour de cassation manifeste un souci de cohérence avec la jurisprudence antérieure. Dans son arrêt du 27 septembre 2006, la Chambre sociale conforte l'existence d'une qualification autonome de prise d'acte, distincte tant de la démission que du licenciement dont elle n'emprunte que les « *effets* » (Soc. 25 juin 2003, Bull. civ. V, n° 209 ; D. 2003. Jur. 2396, note Pélissier ). Il s'ensuit qu'une prise d'acte dépourvue de motif ou dont le motif ne serait pas suffisamment grave reste une prise d'acte, et ne dégénère pas en démission. S'il en est ainsi, c'est que la qualification et la justification de la prise d'acte constituent deux opérations parfaitement distinctes, le défaut de justification de la rupture n'ayant pas d'effet rétroactif sur sa qualification. Autant dire que les ASSEDIC n'ont pas à attendre la décision du juge sur la justification de la rupture pour déterminer s'il s'agit d'une prise d'acte ou d'une démission.

La qualification de prise d'acte doit être retenue lorsqu'un salarié rompt son contrat de travail « *en raison de faits qu'il reproche à son employeur* », selon la formule aujourd'hui consacrée. Dès lors que la rupture a lieu « *en raison* » des reproches adressés à l'employeur (peu importe que ces reproches soient suffisamment sérieux pour justifier la rupture), elle constitue une prise d'acte et surtout, elle s'analyse nécessairement en une privation « *involontaire* » d'emploi au sens de l'assurance chômage. Difficile toutefois de faire le reproche à l'employeur, en l'espèce, de s'être placé sur le terrain de la démission plutôt que sur celui de la prise d'acte, alors que la rupture est intervenue à une époque - en 1998 - où la qualification de prise d'acte n'avait pas encore été mise au jour. D'aucuns y verront les effets pervers de la rétroactivité de la jurisprudence. Si un reproche doit être adressé, il doit l'être avant tout aux dispositifs du régime d'assurance chômage qui, à ce jour, n'ont pas intégré la prise d'acte.

En vertu de l'article 2 du règlement général annexé à la convention du 18 janvier 2006, « *sont involontairement privés d'emploi ou assimilés les salariés dont la cessation du contrat de travail résulte d'un licenciement ; d'une fin de contrat de travail à durée déterminée ; d'une démission considérée comme légitime, dans les conditions fixées par un accord d'application ;*

*d'une rupture de contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'article L. 321-1 du code du travail* ». Aucune référence à la prise d'acte dans cette liste, qui gagnerait à être révisée tout comme l'accord d'application de l'article 2 précité qui propose une liste très hétérogène des « *cas de démissions considérées comme légitimes* ». On y trouve, sans classification, des motifs non inhérents (mariage du salarié, cessation anticipée de l'activité du conjoint...) et des motifs inhérents à la personne de l'employeur (démission intervenue pour cause de non-paiement des salaires ou à la suite d'un acte délictueux). Cette liste ne mériterait-elle pas d'être revue en distinguant la démission (en principe exclue, sauf motifs expressément prévus tels le mariage) et la prise d'acte dont il faudrait admettre qu'elle constitue en tant que telle une privation involontaire d'emploi (V. Savatier, Dr. soc. 2006. 1196).

P. L.

D - Compatibilité du CNE et de la Convention n° 158 de l'OIT : compétence du juge judiciaire  
Les premières décisions de justice rendues sur l'application du contrat « nouvelles embauches » (CNE), institué par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, font l'objet d'une attention toute particulière. Les promoteurs de ce nouveau contrat pensaient que l'éclipse de l'obligation pour l'employeur de motiver le licenciement éviterait que sa décision soit contestée en justice et que ses anticipations gestionnaires soient déjouées par les juges. Cette attente aura été déçue, au vu des multiples contestations auxquelles la mise en oeuvre du CNE par les entreprises a donné lieu devant les juridictions judiciaires.

Le Conseil de prud'hommes de Longjumeau avait ainsi jugé, le 28 avril 2006 (D. 2006. IR. 1248 ; RDT 2006. 273, obs. Lokiec ; Dr. soc. 2006. 356, note Dockès ; JCP S 2006. 1424, note Morvan ; Sem. soc. Lamy 2006. 1265, note Favennec-Héry), l'ordonnance du 2 août 2005 contraire à la Convention de l'OIT n° 158. Ce texte, relatif à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, impose que le licenciement soit motivé et ne permet de déroger à cette exigence que pour une période dont la durée est « *fixée d'avance* » et « *raisonnable* ». Les conseillers avaient estimé déraisonnable la durée de deux ans au cours de laquelle certaines dispositions du code du travail, relatives pour l'essentiel à la rupture du contrat de travail, ne sont pas applicables au CNE et avaient, en conséquence, laissé l'ordonnance inappliquée.

Alors que ce jugement était frappé d'appel, le Préfet de l'Essonne a formé, devant la Cour d'appel de Paris, un déclinatoire de compétence, arguant de ce que l'ordonnance du 2 août 2005 conservait une valeur réglementaire, en l'absence d'inscription à l'ordre du jour du Parlement d'un projet de loi de ratification, et de ce que les juges judiciaires n'étaient, par suite, pas compétents pour en apprécier la légalité. Le Tribunal des conflits a, en effet, décidé que les juges statuant en matière civile ne sauraient apprécier la légalité d'un acte réglementaire et doivent renvoyer la question à la juridiction administrative (T. confl., 16 juin 1923, *Septfonds*, Lebon 1923. 498 ; S. 1923, 3, 49, note Hauriou ; GAJA 15e éd. 2005. 243GAJA1520050040). Nombre de commentateurs ont refusé de croire qu'une telle action était guidée par le seul souci de préserver la séparation des pouvoirs. On se souvient en effet que le Conseil d'Etat avait jugé les dispositions de l'ordonnance conformes à la Convention OIT n° 158 (CE 19 oct. 2005, D. 2006. Jur. 629, note Borenfreund ; AJDA 2005. 2162, obs. Landais et Lenica ; JCP S 2005. 1317, note Vatinet).

Le déclinatoire de compétence est rejeté par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 20 octobre 2006 (**CA Paris, 18e ch. E, 20 oct. 2006, n° 06/06992**, Dr. soc. 2006. 1088, note Lyon-Caen ; Sem. soc. Lamy 2006. n° 1284. 5, note Rodière ; JCP S 2006. 1876, note Morvan ; Europe 2006. 47, obs. Simon) au motif que « *le contrôle de conventionnalité opéré par le juge judiciaire est distinct d'un contrôle de légalité qui devrait être soumis au juge administratif* ». En effet, estime la Cour, « *l'objet de ce contrôle n'est pas de tendre à l'annulation ou à la réformation de l'acte administratif en cause mais seulement de dire s'il convient d'en faire application au litige soumis au juge du contrat de travail* ». Il n'est donc pas porté atteinte à la séparation des pouvoirs : si le juge judiciaire ne saurait « *exercer sa censure sur les actes de l'Exécutif* », il ne lui est pas interdit d'en « *vérifier la compatibilité* »

avec les conventions internationales qui sont, comme la convention OIT n° 158 (Soc. 29 mars 2006, Bull. civ. V, n° 131 ; D. 2006. Jur. 2228, note Perrin ; RDT 2006. 273, obs. Lokiec ), directement applicables en droit français.

La Cour d'appel reprend ainsi à son compte, dans cet arrêt, la distinction entre l'appréciation de la légalité et le contrôle de la conventionnalité d'un acte réglementaire qui avait été fermement établie par la Cour de cassation, au nom de la primauté du droit communautaire (Com. 6 mai 1996, D. 1996. IR. 142 ; AJDA 1996. 1033, note Bazex ; RFDA 1996. 1161, obs. Seiller ) ou de la supériorité reconnue aux traités par l'article 55 de la Constitution (Soc. 17 déc. 1998, Dr. soc. 1999. 158, note Liffra ; Civ. 1re, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 97).

Le conflit ayant été élevé par le Préfet, reste maintenant à connaître quelle sera l'appréciation du Tribunal des conflits. Il faudra ensuite attendre une décision au fond de la juridiction déclarée compétente pour savoir si l'ordonnance instituant le CNE est, ou non, conforme à la Convention OIT n° 158. En attendant de nouvelles embûches ?

O. L.

## II - Droits des personnes et non-discrimination

La vocation normative de la Cour de cassation trouve une expression nouvelle dans les limites dont se voit assortie l'affirmation du droit du salarié au respect de sa vie privée, aux temps et lieu de travail. Mais la Chambre sociale fait preuve également de vigilance pour que les textes visant à renforcer la protection de la personne du travailleur ne puissent être contournés par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Ainsi en est-il lorsque l'on détecte, à la racine d'une décision patronale, des pratiques de harcèlement moral ou à caractère discriminatoire.

### A - Documents détenus par le salarié dans l'entreprise

Qui ne se souvient avec quelle majesté l'arrêt *Nikon* a reconnu le droit du salarié « *même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* », duquel découlait l'interdiction pour l'employeur de « *prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique* » (Soc. 2 oct. 2001, D. 2001. Jur. 3148, note Gautier, Interview. 3286, Langlois, et D. 2002. Somm. 2296, obs. Caron ; RTD civ. 2002. 72, obs. Hauser ; Dr. soc. 2001. 915, obs. Ray) ? La Cour de cassation regrette-t-elle depuis cette audace ? Les arrêts ultérieurs montrent une tendance moins protectrice des libertés des salariés. Un premier arrêt avait reconnu un droit de regard de l'employeur sur les fichiers personnels, à condition de respecter la règle de la contradiction. L'employeur peut prendre connaissance des fichiers « *identifiés par le salarié comme personnels* » dès lors que le salarié est présent ou « *dûment appelé* » (Soc. 17 mai 2005, D. 2005. Pan. 2643, obs. Lepage, Marino et Bigot, et D. 2006. Pan. 29, obs. Centre de recherche en droit social de l'IETL Lyon 2 ).

Deux arrêts du 18 octobre 2006 (**Soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025 et 04-47.400**, D. 2006. IR. 2753 ; RDT 2006. 395, obs. de Quenaudon ; JCP S 2006. 1946, obs Frouin ; Sem. soc. Lamy 2006. 1280, obs. Ray) apportent des précisions sur les pouvoirs d'investigation du chef d'entreprise dans les documents professionnels détenus par le salarié. Dans l'arrêt *société JEPS* (n° 04-47.400, préc.), l'employeur avait trouvé dans le bureau du salarié des documents confidentiels appartenant à son précédent employeur, ce que le salarié ne semblait pas contester. L'employeur le licencie pour faute grave. Le salarié faisait valoir que les documents ne pouvaient être pris en compte faute d'avoir été découverts en sa présence. La Cour rejette le pourvoi : le caractère professionnel des documents permettait à l'employeur d'y accéder même en l'absence du salarié. L'arrêt *société Technisoft* (n° 04-48.025) complète cette décision en montrant que le salarié ne saurait se prémunir contre l'exercice d'un tel pouvoir. Un salarié avait ici crypté son poste informatique afin que l'employeur ne puisse prendre connaissance de ses fichiers. Pour la Cour, un tel procédé est constitutif d'une faute grave,

dès lors que l'employeur avait mis le salarié en garde.

Ces arrêts constituent une illustration somme toute banale de la subordination qui caractérise la relation de travail. Les fichiers professionnels que le salarié crée ou modifie dans le cadre de son activité sont, comme tout bien ou matériau de production, la propriété de l'entreprise. L'employeur peut y accéder librement et le salarié n'a pas le pouvoir de s'y opposer.

Ce qui étonnera davantage dans ces deux décisions est la règle de preuve mise en avant par la Cour de cassation. L'arrêt *Nikon*, comme l'arrêt du 17 mai 2005, déterminent un régime spécifique pour le contrôle des fichiers personnels. Il est cependant difficile de savoir si un document est professionnel ou personnel avant d'avoir pris connaissance de son contenu. La Cour de cassation n'hésite pas dans les arrêts du 18 octobre 2006 à poser une véritable « *présomption de professionnalité* » qui concerne les documents établis aussi bien sous forme papier que sous forme électronique : « *les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise* » (1er arrêt) et « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil mis à sa disposition par son employeur* » (2e arrêt) sont « *présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel* ». Cette présomption conduit à restreindre significativement la protection contre les intrusions de l'employeur dans les données du salarié : faute de précautions particulières de celui-ci, l'employeur pourra librement consulter tous les documents qu'il peut trouver dans son bureau ou dans la mémoire de son ordinateur.

La présomption posée aura au moins une vertu : elle rappelle aux salariés que l'entreprise demeure un lieu de propriété du chef d'entreprise et que nul bien qui s'y trouve n'est complètement à l'abri de la curiosité de l'employeur. La clarification pourrait cependant s'avérer illusoire faute de préciser les signes permettant de caractériser un document personnel : placer le document dans un fichier intitulé « *Mes documents* » ou un fichier au nom de l'employé est-il suffisant ? La réponse est loin d'être évidente.

Suite à ces différentes décisions, doit-on aujourd'hui considérer que la formule de l'arrêt *Nikon* est dépassée ? Il apparaît clairement que la protection de l'intimité de la vie privée sur le lieu de travail est assurée avec une fermeté toute relative s'agissant des simples documents ou fichiers. La présomption du caractère professionnel des documents autorise à en prendre connaissance librement, et les documents strictement personnels peuvent être ouverts en présence du salarié. Les correspondances personnelles pourraient toutefois bénéficier d'un régime plus favorable. La formule de l'arrêt *Nikon* n'a pour l'instant pas été démentie en ce qui les concerne. Il se pourrait que la Cour soit tentée d'étendre à l'avenir à ces messages la « *présomption de professionnalité* » qu'elle a dégagée dans les arrêts du 18 octobre 2006. La ferme protection du secret des correspondances par la Convention européenne des droits de l'homme pourrait cependant freiner des tentations sur ce terrain.

F. G.

B - Absence prolongée du salarié pour maladie consécutive à des faits de harcèlement moral  
En dépit de la lettre de l'article L. 122-45, la Cour de cassation juge, de longue date, que l'absence prolongée d'un salarié en raison de son état de santé peut donner lieu à un licenciement, si la « *situation objective de l'entreprise* » le justifie (Soc. 16 juill. 1998, Bull. civ. V, n° 394 ; D. 1998. IR. 200 ). Une telle situation n'est toutefois reconnue que lorsque l'absence du salarié perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise et nécessite son remplacement définitif (même arrêt). Dans la décision ici rapportée (**Soc. 11 oct. 2006, n° 04-48.314**, D. 2006. IR. 2624 ; RDT 2007. 30, obs. Dockès ; JCP S 2006. 1985, note Frouin), ces conditions paraissent bel et bien remplies. En conséquence, la cour d'appel a cru pouvoir rejeter la demande d'annulation d'un licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié, dont l'état dépressif avait visiblement perturbé le fonctionnement de l'entreprise au point de nécessiter son remplacement définitif. Mais, l'arrêt de travail, selon les motifs mêmes de la cour d'appel, était en « *lien direct* » avec des faits de harcèlement moral dont le salarié avait été l'objet. Dès lors, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, une telle situation « *excluait la possibilité pour l'employeur de se prévaloir de la perturbation que l'absence*

*prolongée [du salarié] avait causé au fonctionnement de l'entreprise* ». L'arrêt de la cour d'appel est donc cassé.

Le raisonnement qui a guidé les Hauts magistrats se comprend aisément : l'employeur ne peut invoquer contre le salarié une situation - la maladie consécutive au harcèlement moral - qu'il a contribué à créer ou, plus exactement, dont il doit répondre en vertu de l'obligation de sécurité de résultat qui lui incombe en la matière (Soc. 21 juin 2006, n° 05-43.914, D. 2006. Jur. 2831, et D. 2007. Pan. 179, obs. Jeammaud, Dockès, Mathieu-Géniaut, Berthier et Condemine ; RDT 2006. 245, obs. Adam ). Un raisonnement analogue affleurerait déjà dans un arrêt du 20 septembre 2006 (n° 05-41.385). L'employeur ayant commis à l'encontre du salarié des faits de harcèlement moral qui ont contribué à l'apparition d'une « *affection* » est tenu de verser l'indemnité compensatrice de préavis, quand bien même l'exécution du préavis par le salarié était impossible en raison de son état de santé.

Une commune orientation guide les solutions retenues : la rupture du contrat de travail trouvant son origine dans le comportement de l'employeur, ce dernier ne saurait en tirer un quelconque bénéfice. Si l'exigence de bonne foi semble avoir inspiré les Hauts magistrats (Rappr., en matière civile, Mazeaud, La confiance légitime et l'*estoppel*, RID comp. 2006. 363), le détour par l'article 1134 du code civil n'est, à dire vrai, pas nécessaire pour expliquer la solution de l'arrêt commenté. En effet, le licenciement consécutif à la maladie du salarié n'est admis que si la situation « *objective* » de l'entreprise le justifie. L'emploi de l'adjectif « *objectif* » évoque à n'en pas douter l'obligation qui pèse sur l'employeur d'apporter la preuve d'éléments précis, vérifiables et soumis au contrôle du juge (Rappr. la motivation de la lettre de licenciement, Soc. 19 oct. 2005, Bull. civ. V, n° 294 ; D. 2005. IR. 2769, et D. 2006. Pan. 410, obs. **Guiomard** ). Mais l'adjectif recèle une autre signification qui est ici mise en avant, celle d'extériorité, de non-imputabilité à l'employeur.

Cela étant, la sanction prononcée - la nullité du licenciement - suscite quelques interrogations. Habituellement, le licenciement qui, sans être motivé par l'état de santé du salarié, ne répond pas pour autant aux exigences posées par la Chambre sociale, n'est pas nul mais sans cause réelle ni sérieuse (Soc. 16 juill. 1998, préc. ; 26 nov. 2002, Bull. civ. V, n° 353). On pourrait alors déceler dans l'arrêt un changement de cap. Toutefois, il paraît plus juste de rapporter la décision à l'attachement de la Cour de cassation à sanctionner vigoureusement tout agissement constitutif de harcèlement moral. Visé aux côtés de l'article L. 122-45, l'article L. 122-49 du code du travail, définissant et sanctionnant le harcèlement moral, invite à une telle lecture, ce d'autant plus que la Cour aurait pu se passer de ce visa peu orthodoxe en raison de l'antériorité des faits de l'espèce à l'entrée en vigueur dudit article (dans le même sens, Frouin, note préc). Loin de constituer une erreur de plume, cette volontaire coquecigrue juridique consacre en fait l'application anticipée de la nullité du licenciement consécutif à un harcèlement moral, par une interprétation rétrospective de l'article L. 122-45. Mais, aussi et surtout, elle paraît signer le refus, pour l'avenir, de toute possibilité pour l'employeur d'invoquer en matière de harcèlement moral la jurisprudence née dans le giron de l'article L. 122-45 admettant le licenciement d'un salarié en raison du trouble objectif que son absence constituerait pour l'entreprise.

C. W.

C - Prise en considération de l'exercice d'une activité syndicale

L'évolution des règles générales sur les discriminations tend à affermir la protection offerte contre les discriminations syndicales. L'article L. 412-2, issu d'une loi du 2 janvier 1973, prohibe les discriminations motivées par l'appartenance ou l'exercice d'une activité syndicale. La mise en oeuvre de cette disposition butte cependant souvent sur des questions de preuve de la discrimination. L'arrêt *France Télécom* du 17 octobre 2006 apporte une illustration des outils aujourd'hui disponibles (**Soc. 17 oct. 2006, n° 05-40.393**, Dr. soc. 2006. 1086, obs. Radé).

Un salarié avait été engagé en 1998. S'estimant victime de discrimination liée à son activité syndicale, il saisit le conseil de prud'hommes. Deux questions sont portées devant la Cour de

cassation, concernant à la fois l'application du principe « à travail égal, salaire égal » et les méthodes d'évaluation déployées dans l'entreprise.

L'application en l'espèce du principe « à travail égal, salaire égal » était ici particulièrement intéressante. Depuis l'arrêt du 28 mars 2000 (Dr. soc. 2000. 589, obs. Lanquetin), la Cour de cassation admet qu'une atteinte au principe d'égalité de traitement permet de caractériser une discrimination syndicale, à moins que l'employeur établisse que « *la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat* ». Dans l'affaire commentée, le salarié invoquait une différence de traitement pratiquée avec ses collègues. Pour la Cour, la différence était ici justifiée. Elle opère une distinction entre deux périodes. Pour la période de 1998 à 2002, la différence de situation avec les collègues du salarié provenait d'une « *procédure de reconnaissance des compétences par un jury indépendant* ». La Cour de cassation apprécie donc ici l'objectivité des différences en considération des processus de validation des compétences organisés par l'entreprise. L'indépendance de l'instance d'évaluation est estimée comme suffisante pour garantir l'objectivité des différences. Pour la période postérieure à 2002, la Cour prend appui sur les règles de preuve qu'elle a énoncées dès 2000 : il appartenait au salarié de produire des éléments susceptibles d'établir une inégalité de rémunération. Faute pour le salarié de franchir ce premier barrage dans l'administration de la preuve, l'employeur n'avait pas à justifier la différence invoquée.

Le second moyen du pourvoi concernait les processus d'évaluation du salarié. Au cours de l'entretien annuel d'évaluation, l'employeur avait fait valoir que le salarié n'était « *pas motivé pour la vente de par ses nombreuses activités syndicales* ». La Cour de cassation refuse d'y voir, comme le prétend l'entreprise, une simple « *recherche d'explication objective des performances* » du salarié : elle énonce, en visant l'article L. 412-2, qu'il est « *interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié* ». La Cour de cassation livre ainsi une interprétation de l'article L. 412-2 qui interdit les distinctions fondées sur l'appartenance ou l'activité syndicale : l'évaluation, préalable à toute évolution professionnelle, ne saurait prendre en compte les activités syndicales sans conduire à des discriminations prohibées. La formule de la Cour de cassation est intéressante car elle montre le développement de règles sur l'évaluation, devenues nécessaires depuis que les partenaires sociaux ont rendu obligatoires les entretiens d'évaluation (cf. l'avenant n° 1 du 8 juill. 2004 à l'accord national interprofessionnel du 5 déc. 2003). La fermeté de ce contrôle de l'évaluation est cependant atténuée par la sanction retenue ici par la Cour de cassation : prenant appui sur la lettre de l'article L. 412-2, elle indique que la discrimination dans l'évaluation du salarié est « *abusive et donne lieu à dommages-intérêts* ». Sans doute le salarié peut-il réclamer des indemnités réparant le préjudice de carrière subi, mais, des arrêts antérieurs avaient fait preuve de plus d'audace en admettant en la matière une réparation en nature (Soc. 23 juin 2004, Bull. civ. V, n° 181).

La confrontation de ces deux moyens pourrait toutefois trahir une certaine inconstance de la Cour. Dans le deuxième moyen, la Cour de cassation prend appui sur une conception concrète de l'égalité : on ne saurait reprocher à un salarié des résultats moindres par rapport à ses collègues en raison d'activités syndicales sans ruiner toute protection des militants syndicaux. Les activités syndicales impliquent une réduction du temps consacré à l'entreprise, mais l'employeur ne saurait l'invoquer sans porter une atteinte au droit syndical. Dans le premier moyen, la Cour de cassation semble en revanche valoriser une approche plus abstraite : elle considère que les différences de rémunération consécutives à un retard d'avancement sont objectives, dès lors qu'un jury indépendant a procédé à une évaluation des compétences du salarié. Ne faudrait-il en la matière aller au-delà d'une exigence de transparence dans l'évaluation (cf. Vernac, L'évaluation des salariés en droit du travail, D. 2005. Chron. 924 ) et garantir une appréciation exempte de conséquences discriminatoires à l'encontre de ceux qui consacrent une partie de leurs activités professionnelles à défendre les intérêts des salariés ? L'évaluation des compétences ne saurait alors se passer d'une prise en compte positive des activités syndicales.

F. G.

III - Les normes collectives : négociation d'un accord collectif, définition de la branche d'activité

Au sein de la « *nébuleuse* » Crédit Agricole, un accord relatif à la cessation anticipée d'activité, l'aménagement et la réduction du temps de travail est signé le 13 janvier 2000. La fédération CGT des personnels des secteurs financiers, non signataire, en demande l'annulation faisant notamment valoir que des modifications ont été apportées au projet d'accord soumis à la signature syndicale après la dernière séance de négociation et avant l'expiration du délai de signature. Estimant les ajouts au texte négocié « *purement formels et déclaratifs* » (rapp. Soc. 20 sept. 2005, Bull. civ. V, n° 258 : la rectification d'une simple erreur matérielle n'est pas soumise à la procédure de révision des accords collectifs ; D. 2006. Pan. 410, obs. Leclerc ), la Cour d'appel déboute la fédération de sa demande (Paris, 9 févr. 2006, Sem. soc. Lamy 2006. 1273. 6, note Rodière). Le pourvoi formé contre cet arrêt n'est pas accueilli par la Cour de cassation (**Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15.069**, D. 2006. IR. 2625, obs. Pahlawan-Sentilhes ; Sem. soc. Lamy 2006. 1280. 5, rapport Morin ; JCP S 2006. 1915, note Beal et Rouspide-Katchadourian) qui néanmoins ne se place pas sur le terrain du contenu de l'accord, choisi par la cour d'appel. La Chambre sociale privilégie en effet l'analyse des conditions de la négociation.

Pour rejeter le pourvoi, la Haute juridiction rappelle qu'à peine de nullité de l'accord toutes les organisations syndicales représentatives doivent être convoquées à la négociation (V. déjà sur cette exigence, Soc. 9 févr. 2000, Bull. civ. V, n° 59 ; D. 2001. Somm. 740, obs. Odoul-Asorey ). Elle ajoute qu'« *une partie ne peut critiquer les modifications apportées au projet d'accord soumis à la signature après la dernière séance de négociation lorsque l'existence de négociations séparées n'est pas établie* » et lorsqu'aucune « *partie à la négociation n'en a sollicité la réouverture en raison de ces modifications avant l'expiration du délai de signature* ». Cette formule dense contient deux propositions.

D'une part, la Cour de cassation paraît bel et bien condamner le procédé des négociations séparées (V. déjà Soc. 9 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 269 ; D. 1998. Somm. 258, obs. Souriac-Rotschild ) de sorte que les modifications qui ne seraient pas le fruit de réunions rassemblant l'ensemble des syndicats pourraient être contestées. Cette condamnation s'inscrit dans la perspective d'une plus grande loyauté, y compris entre syndicats, du processus de négociation.

D'autre part, la Chambre sociale indique que les modifications au projet d'accord apportées unilatéralement par l'employeur sont valables lorsque, comme en l'espèce, aucune des parties à la négociation n'a demandé, du fait de ces modifications, la réouverture des négociations avant la date de signature prévue. Ici, la Haute juridiction se montre bien moins exigeante dès lors qu'elle ne proscrie pas, en tant que telles, des pratiques unilatérales qui sont pourtant de nature à fausser la procédure de conclusion des accords collectifs. La Chambre sociale n'en appelle-t-elle pas alors plutôt à la vigilance des négociateurs qu'à la loyauté des négociations ? Il est permis de le croire.

Ces observations faites, une question demeure entière, celle de la sanction attachée aux modifications irrégulières. Est-il véritablement acquis que la nullité sera retenue, puisque la Chambre sociale se contente d'évoquer la possibilité de « *critiquer* » les modifications ? Surgit ensuite une question plus délicate encore. La nullité serait-elle encourue, est-ce alors l'accord tout entier qui est atteint ou les seules modifications ? A ces interrogations, la Cour de cassation n'apporte guère de réponse. Mais, ce n'est pas là, la seule zone d'ombre de l'arrêt.

En effet, le pourvoi, dans son deuxième moyen, contestait que l'accord conclu au sein du Crédit Agricole fût un accord de branche, ce qu'avait retenu la cour d'appel après un examen minutieux (préc. et la note critique de Rodière). Refusant de se prononcer sur le bien fondé des argumentations respectives, la Cour de cassation estime que « *l'accord signé ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension validé par la juridiction administrative* », il en « *résulte nécessairement qu'il a été conclu dans un secteur d'activité objectivement autonome au sens des articles L. 133-2 et suivants du code du travail* », ce qui écarte la compétence des juridictions judiciaires. La définition de l'autonomie d'une branche, reconnue par le biais de

l'extension est donc abandonnée à l'ordre administratif. Pour autant, la qualification d'accord d'entreprise n'est pas soustraite à la compétence judiciaire, alors même que l'accord litigieux a fait l'objet d'un arrêté d'extension. Une telle conclusion découle de l'examen - certes suivi du rejet - par la Cour de cassation de la qualification d'accord d'entreprise revendiquée par la fédération demanderesse. Dès lors, la contestation fondée sur la confrontation de la qualification d'accord de branche avec celle d'accord d'entreprise ou de groupe devrait demeurer dans le giron judiciaire, bien que l'accord ait été étendu. Le pourvoi aurait-il pu alors mieux prospérer s'il lui avait été possible de soutenir que l'accord constituait en réalité un accord de groupe, défini et consacré par la loi du 4 mai 2004 (art. L. 132-19-1 C. trav.) ? On peut l'espérer, car la reconnaissance d'un « *secteur d'activité objectivement autonome* » par le Ministre compétent sous le contrôle de la juridiction administrative (V. dans cette affaire, CE 17 juin 2002, n° 226936 ) ne doit pas conduire à ce que la branche, espace d'égalisation des conditions de la concurrence, ne soit phagocytée par le groupe.

C. W.

**Mots clés :**

TRAVAIL \* Panorama 2006

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2009