

Recueil Dalloz 2009 p. 590

Droit du travail

septembre 2008 - décembre 2008

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

Laure Camaji, Maître de conférences à l'Université Paris XI, IUT de Sceaux (membre de l'IRERP, UMR 7029)

Alexandre Fabre, Maître de conférences à l'Université de Rennes II (CRESS LESSOR-IRERP)

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

Thomas Pasquier, Docteur en droit, membre de l'IRERP (UMR 7029)

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

Jérôme Porta, Maître de conférences à l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense (IRERP, UMR 7029)

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

L'essentiel

Nombreuses sont les décisions rendues au cours des derniers mois de l'année 2008 qui livrent des solutions inédites, dans des domaines pourtant déjà bien explorés par la Cour de cassation. S'agissant de la rupture du contrat de travail (II), la chambre sociale a eu l'occasion d'éclairer la portée de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur en matière de licenciement pour motif économique. A été ainsi soulignée, non sans nuance, la manière dont la volonté du salarié interfère sur l'exécution de cette obligation. L'opportunité s'est également offerte aux magistrats de clarifier les conséquences de la rupture du contrat de travail, d'une part, en présence d'une clause garantissant la stabilité de l'emploi, d'autre part, lorsque sont concernés des salariés détachés auprès d'une filiale étrangère. Les solutions respectivement retenues dans ces deux situations obéissent comme à un mouvement contraire. Alors que l'impact de la clause de garantie d'emploi sur la justification du licenciement en sort atténué, l'obligation de rapatriement fait l'objet, quant à elle, d'une lecture très ouverte. L'employeur sera tenu de l'accomplir même si le contrat liant le salarié à la société-mère n'a pas été maintenu ou si la filiale étrangère a cédé son fonds à une société tierce. L'exécution du contrat de travail (I), plus exactement les rapports du contrat et du pouvoir, n'ont pas échappé aux vents nouveaux. En témoigne, tout spécialement, l'un des six arrêts rendus le même jour par la haute juridiction à propos de la mise en oeuvre d'une clause de mobilité. Changement porteur de fortes interrogations, la décision de l'employeur d'actionner la clause (qu'en serait-il sur le terrain de sa validité ?) s'apprécie désormais à l'aune de la protection des droits fondamentaux liés à la personne du travailleur et non plus seulement au regard de l'intérêt de l'entreprise ou de l'exécution de bonne foi du contrat. Aussi, une atteinte ne saurait être portée au droit du salarié à une vie familiale ou personnelle, à moins qu'elle ne soit justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Les droits de la personne (III) ont fait encore l'objet d'une attention renouvelée de

la chambre sociale, à l'occasion de ce qu'on présente un peu rapidement comme le rétablissement d'un contrôle de qualification en matière de harcèlement moral, les effets d'une reprise en main pourtant réelle sur les contours de la notion et sur le mécanisme probatoire demeurant sujets à discussion. Le contentieux ayant trait aux relations collectives de travail (IV) n'est pas en reste. Il s'est enrichi, lui aussi, de quelques décisions importantes. Sous l'influence de la loi du 20 août 2008, quand bien même celle-ci n'était pas applicable au litige, ont été précisées les conditions de prise en compte des salariés mis à disposition, dans les effectifs comme dans l'électorat de l'entreprise d'accueil. L'exigence, déjà retenue par la haute juridiction, d'une intégration étroite et permanente à la communauté de travail y gagne en transparence. Les critères de cette intégration deviennent plus rigides tout en s'affinant, encore qu'ils soient exclusivement orientés vers l'existence de conditions de travail communes. Une autre question, toujours délicate et lourde d'enjeux, touche aux incidences de la cessation des effets d'une convention collective. Evolution notable, résultant déjà il est vrai de deux arrêts rendus au début de l'été, il est clairement entendu désormais qu'en l'absence d'accord de substitution, consécutivement à une dénonciation, la notion d'avantage individuel acquis s'étend à la structure de la rémunération et ne désigne plus seulement son niveau.

Quelques autres décisions s'inscrivent dans le prolongement de solutions déjà bien assises, sur des thèmes aussi divers que le critère du contrat de travail, le licenciement pour insuffisance de résultats, la justification des différences de traitement ou encore le nécessaire consentement unanime des signataires d'un accord collectif pour engager la procédure de sa révision. A bien y regarder, ces arrêts soulignent des incertitudes subsistantes ou pourraient être sources de quelques perturbations dans les grilles d'analyse livrées jusqu'alors par la Cour de cassation.

I - Le contrat de travail

A - Critère du contrat de travail

La profession des chauffeurs locataires de véhicules équipés taxi n'en finit pas d'alimenter le contentieux relatif à la qualification du contrat de travail. En témoigne un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 septembre dernier (**Soc. 17 sept. 2008, n° 07-43.265**, *Taxitel c/ Lemette et Ly*, JCP S 2008, n° 46, p. 23, obs. C. Puigelier).

Conformément à un litige aujourd'hui devenu classique, deux chauffeurs de taxi - travailleurs indépendants locataires de leur véhicule et de leur licence d'exploitation - demandent la requalification de leur contrat de bail en contrat de travail. Les juges du fond accueillent favorablement leur demande. La Cour de cassation censure cette décision. Après avoir rappelé les principes traditionnels relatifs à la qualification du lien de subordination, elle souligne « *qu'en se bornant à analyser certaines clauses du contrat, sans rechercher si indépendamment des conditions d'exécution du travail imposées par les nécessités de police administrative, dans les faits, les sociétés avaient le pouvoir de donner des ordres et des directives relatifs non pas au seul véhicule objet du contrat de location mais à l'exercice du travail lui-même, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé le lien de subordination, n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cette formulation, pourtant connue (Soc. 1er déc. 2005, n° 05-43.031, D. 2006. Pan. 410, obs. E. Peskine ) , ne laisse pas de surprendre.

La Cour de cassation opère une double distinction : entre le contrat et les faits d'un côté, entre le véhicule objet du contrat et l'exécution du travail de l'autre. La première témoigne d'une exigence de réalisme : les juges du fond doivent faire primer les données factuelles sur la dénomination contractuelle donnée par les parties. Cependant, en l'espèce, le contrat, et les clauses qui le constituent, ne relèvent-ils pas nécessairement des éléments de fait ? Dans une autre décision, la Cour de cassation l'a suggéré, approuvant la motivation d'une cour d'appel qui avait constaté que n'était « *ni allégué ni démontré que les conditions pratiques et effectives d'exercice de l'activité avaient été différentes de celles énoncées dans le contrat* » (Soc. 18 oct. 2007, n° 06-45.949). La seconde distinction prolonge la première. Les juges du

fond ne peuvent se limiter à l'analyse des contraintes sur l'objet du contrat, *id est* le véhicule objet de la prestation ; ils doivent encore faire état de sujétions sur l'exercice du travail lui-même. Cependant, le véhicule n'est-il pas nécessairement au coeur de l'exercice du travail ? Les formules utilisées ne paraissent donc pas très éclairantes à qui veut comprendre les raisons de la censure de la Cour de cassation.

Aussi, afin de mieux les saisir, il convient de prêter attention au contrôle exercé par la Cour de cassation. En l'espèce, invoquant le défaut de base légale, elle sanctionne les juges du fond de ne pas l'avoir mise en mesure de contrôler la qualification opérée. En effet, pour établir l'existence des contrats de travail, les juges du fond avaient relevé que les contrats imposaient des obligations excédant la seule nécessité de la location du véhicule, qu'ils emportaient une ingérence dans la liberté du locataire d'organiser son temps et une immixtion dans l'exercice de sa profession de taxi, qu'ils instituaient un système de rémunération par salaire variable et enfin qu'ils donnaient aux loueurs un pouvoir disciplinaire supérieur à celui de la commission de discipline des taxis. A la lumière de ces indices, le pouvoir n'était pas absent de la situation factuelle, mais il s'était exercé principalement sur les conditions de l'activité économique et non pas sur le travail lui-même. Or, depuis le rejet par la Cour de cassation du critère de la dépendance économique (Civ. 6 juill. 1931, D. 1931. 1. 121, note Pic), la contrainte sur l'activité économique est en principe secondaire par rapport à celle qui s'exerce sur les conditions du travail. Manquaient ainsi en l'espèce les indices d'un pouvoir exercé sur le travail lesquels sont, semble-t-il, indispensables à la justification de l'attribution de la qualité d'employeur et des charges qui lui sont afférentes. N'est-ce pas là, au fond, la raison de la censure ?

Néanmoins, comme l'avait suggéré la cour d'appel, la contrainte sur l'activité économique pouvait faire douter de l'authenticité de l'indépendance des chauffeurs locataires. Les conditions de leur activité étaient en effet bien éloignées de celles d'un entrepreneur, au sens par exemple des articles 1780 et suivants du code civil. N'est-il pas essentiel pour celui-ci d'avoir la maîtrise de son activité, c'est-à-dire d'en supporter les risques et d'en tirer profit ? Envisagée comme la marque d'une absence d'indépendance, la qualité de salarié aurait paru largement justifiée en l'espèce. De surcroît, la Cour n'a-t-elle pas reconnu précédemment l'importance de la contrainte exercée sur l'activité économique sans pour autant éluder celle relative aux conditions du travail (Soc. 19 déc. 2000, Bull. civ. V, n° 437 ; D. 2001. IR. 355  ? L'articulation entre ces deux dimensions, inhérentes au rapport de travail salarié, est, par conséquent, empreinte d'incertitudes.

T. P.

B - Clause de mobilité

La Cour de cassation a rendu le 14 octobre 2008 pas moins de 6 arrêts sur la clause de mobilité géographique (F. Canut, Tir groupé autour de la clause de mobilité, Dr. ouvrier 2009. 7 ; G. Loiseau, La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité, JCP S 2009. 1013). Tous ces arrêts ne sont pas d'une égale importance. Si 5 d'entre eux reprennent pour l'essentiel des solutions désormais acquises, un seul adopte une solution fondamentalement nouvelle en permettant, semble-t-il pour la première fois, au salarié de contester sa mutation au nom de son « *droit à une vie personnelle et familiale* » (**Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523**, publié au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 2672, obs. L. Perrin ; RDT 2008. 731, obs. G. Auzero ).

En l'espèce, une salariée avait été embauchée pour exercer des fonctions de consultante à Marseille. Alors qu'elle était à temps partiel dans le cadre d'un congé parental d'éducation, elle avait été licenciée pour avoir refusé une mutation décidée en application de la clause de mobilité figurant dans son contrat. Pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt attaqué avait retenu que « *le déplacement prévu était limité à trois mois à Paris dans une ville située à quelques heures de train ou d'avion de Marseille et que la mauvaise foi de l'employeur n'était pas établie* ». Cette décision est finalement cassée au visa des articles 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail (anc. L. 120-2), la Cour de cassation reprochant aux juges du fond

de ne pas avoir recherché « *si la mise en oeuvre de la clause contractuelle ne portait pas atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* ».

En lisant un peu hâtivement cette solution, on pourrait penser qu'elle marque la fin du régime d'exception de la clause de mobilité géographique. Après la clause de non-concurrence, la clause d'exclusivité et la clause de domiciliation, la Cour de cassation se serait (enfin) résolue à admettre que cette clause porte nécessairement atteinte aux droits et libertés fondamentales des salariés et que sa *validité* doit, à ce titre, être subordonnée aux conditions posées à l'article L. 1121-1 du code du travail. Une lecture plus approfondie de la solution invite pourtant à nuancer cette analyse. Si la Cour de cassation paraît bien décidée désormais à soumettre la clause de mobilité géographique en tant que telle au respect des droits et libertés fondamentales des salariés, elle semble prioritairement situer cette exigence au stade de sa *mise en oeuvre*. Est-ce à dire que l'article L. 1121-1 du code du travail ne saurait interférer dans la validité d'une clause de mobilité géographique ? Une telle conclusion paraît à cette heure excessive. Il semble plutôt que la Cour de cassation ait voulu tenir compte de la spécificité de ce type de clause. La clause de mobilité géographique constituant une clause attributive de pouvoir à l'employeur, c'est nécessairement lorsque ce dernier l'exerce en décidant de muter le salarié qu'il risque le plus de porter atteinte à ses droits et libertés.

Avec cette solution, la Cour de cassation ouvre incontestablement la voie à un nouveau type de contrôle. Jusque-là, un salarié ne pouvait contester la mutation décidée en application d'une clause de mobilité géographique qu'en démontrant que l'employeur avait agi dans un intérêt distinct de l'intérêt de l'entreprise ou dans des conditions exclusives de la bonne foi (Soc. 23 févr. 2005, Bull. civ. V, n° 64 ; D. 2005. Jur. 1678, note H. K. Gaba  ; Dr. soc. 2005. 567, obs. J. Mouly). Dans cette dernière hypothèse, il pouvait éventuellement faire valoir des éléments tirés de sa vie personnelle et familiale (telles que l'existence d'un enfant handicapé, l'imminence d'un accouchement, etc.). Mais ces éléments n'avaient d'intérêt que s'ils permettaient de caractériser avec d'autres (absence de délai de prévenance, indifférence à l'égard des arguments invoqués par le salarié, etc.) un comportement fautif de l'employeur (Soc. 18 mai 1999, Bull. civ. V, n° 219 ; D. 2000. Somm. 84, obs. M.-C. Escande Varniol, et 2001. Somm. 2797, obs. B. Bossu  ; RTD civ. 2000. 326, obs. J. Mestre et B. Fages  ; 6 févr. 2001, Bull. civ. V, n° 41 ; D. 2001. Somm. 2168, obs. C. Mathieu .

La solution commentée permet dorénavant à un salarié de s'opposer à la mise en oeuvre d'une clause de mobilité en raison de l'atteinte que cette dernière porte à sa vie personnelle et familiale. Cette nouvelle possibilité de contrôle ne garantit pas néanmoins au salarié une protection absolue, l'employeur pouvant toujours démontrer que la mutation décidée répondait aux exigences de justification et de proportionnalité posées par l'article L. 1121-1 du code du travail.

L'arrêt commenté laisse, en outre, deux questions sans réponses. La Cour de cassation ne dit pas si on doit attendre de l'employeur qu'il démontre que la mutation était « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* », comme c'est le cas pour les autres clauses « liberticides ». Elle ne dit rien non plus sur le sort du licenciement prononcé à l'encontre du salarié ayant refusé une mutation en raison de l'atteinte portée à sa vie personnelle et familiale. Ce licenciement doit-il seulement être considéré sans cause réelle et sérieuse (le refus du salarié étant légitime) ou peut-on aller jusqu'à le frapper de nullité (sanction habituelle des atteintes aux droits et libertés fondamentales) ? Nul doute que la Cour de cassation aura prochainement à se prononcer sur ces deux aspects.

A. F.

II - La rupture du contrat de travail

A - Licenciement pour motif personnel

Certaines décisions, sans avoir l'attrait de la nouveauté, retiennent néanmoins l'attention lorsqu'elles témoignent d'orientations plus générales. Tel paraît être le cas de l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 6 novembre 2008 (**Soc. 6 nov. 2008, n°**

07-43.363). Aux termes de cette décision, celle-ci approuve une cour d'appel d'avoir « *retenu qu'un employeur, ayant prononcé un licenciement disciplinaire pour insuffisance de résultats, devait justifier de ce que les objectifs fixés étaient réalisables et de ce que le salarié était en faute de ne pas les avoir atteints* ». Comme toujours, à propos du licenciement pour insuffisance de résultats, la question se pose de savoir si le salarié est comptable de ses mauvais résultats sur le marché. Depuis 1999 (Soc. 30 mars 1999, D. 1999. IR. 115  ; RJS 5/99, n° 641 ; égal., Soc. 14 nov. 2000, Bull. civ. V, n° 367 ; D. 2000. IR. 299 ) , deux contrôles empêchent une imputation automatique.

Premièrement, l'employeur doit démontrer que les objectifs fixés sont réalisables au regard des conditions du marché. La formule est connue. Les juges imposent que l'acte prévisionnel corresponde à la réalité du marché. Ce faisant, ils empêchent que le salarié, hors l'hypothèse du licenciement pour motif économique, supporte les conséquences d'un retournement du marché. Cette première condition mérite d'être soulignée car elle prévaut également pour les rémunérations variables indexées sur le chiffre d'affaires du salarié. Dans un arrêt du 21 février 2007 (Soc. 21 févr. 2007, n° 05-43.637), la Cour de cassation censure ainsi la décision d'une cour d'appel aux motifs que celle-ci n'avait pas recherché « *si l'objectif fixé par l'employeur (qui déterminait la variation de la rémunération) était effectivement réaliste* ». L'exigence de réalisme imprègne par conséquent autant le domaine de la rémunération que celui du licenciement. Cette orientation générale permet de considérer que le salarié n'est pas comptable des conséquences de l'aléa économique.

La seconde exigence formulée par la Cour conforte cette orientation. L'employeur doit démontrer que « *le salarié était en faute de ne pas avoir atteint* » les objectifs fixés. Aussi les mauvais résultats doivent-ils lui être imputables. Régulièrement la Cour précise qu'« *il appartient au juge de rechercher si les mauvais résultats procèdent d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute imputable au salarié* » (Soc. 18 mai 2005, RJS 2005, n° 819). L'arrêt rapporté présente cependant deux particularités. D'une part, la Cour ne fait référence qu'à la faute du salarié, passant sous silence le possible rattachement de l'insuffisance de résultats à l'insuffisance professionnelle. Nul besoin d'insister sur cette omission, tant il est vrai qu'en d'autres occasions, la Cour n'a pas abandonné la référence à l'insuffisance professionnelle (Soc. 27 mars 2008, n° 06-44.487 ; 9 avr. 2008, n° 07-40.407). D'autre part, la Cour retient l'existence d'un licenciement disciplinaire et non pas d'un licenciement pour insuffisance de résultats. Doit-on en déduire l'absorption du second par le premier ? Rien n'est moins sûr car la Cour de cassation se contente en l'occurrence d'approuver la décision de la cour d'appel en suivant ses termes et la manière dont le contentieux s'est noué devant elle. Reste que, dès l'instant qu'il se situe sur le terrain disciplinaire, l'employeur est tenu de respecter la procédure spécifique à ce domaine.

Au-delà des particularités de l'espèce, le double contrôle du réalisme des objectifs et de l'imputabilité des mauvais résultats anéantit le transfert des risques économiques inhérent à la prise en compte des résultats du salarié sur le marché. Ces mauvais résultats doivent être imputables à son travail ou à son attitude et non pas aux fluctuations du marché ou aux défaillances de l'organisation. Le salarié est débiteur d'une obligation de moyen, non pas de résultat.

T. P.

B - Licenciement pour motif économique

Un employeur peut-il orienter les recherches de reclassement auxquelles il est tenu de procéder dans le cadre d'un licenciement pour motif économique en fonction des souhaits émis par un salarié ? La Cour de cassation l'a admis, pour la première fois, dans un arrêt du 13 novembre 2008 (**Soc. 13 nov. 2008, n° 06-46.227**, RDT 2009. 37, obs. J.-Y. Frouin  ; Liaisons soc. 2008, n° 254. 2 ; JCP S 2009. 38, note D. Everaert-Dumont).

La délimitation du périmètre de l'obligation de reclassement a, depuis la création de cette dernière par la haute juridiction, toujours été au cœur d'un vif débat judiciaire et doctrinal. La loi précise dorénavant à l'article L. 1233-4 du code du travail que l'employeur est tenu de

tenter de reclasser le salarié à l'intérieur du groupe de sociétés auquel appartient l'entreprise, tandis que la Cour de cassation continue d'user d'une formule plus restrictive : les possibilités de reclassement doivent être recherchées dans le groupe, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer des permutations de tout ou partie du personnel et ce, même à l'étranger, dès l'instant que la législation locale ne s'y oppose pas (Soc. 7 oct. 1998, n° 96-42.812 ; Bull. civ. V, n° 407 ; D. 1999. Jur. 310, note J. Kibalo Adom, et Somm. 177, obs. B. Reynès )

Dans l'arrêt rapporté, la Cour de cassation admet que l'employeur puisse borner ses recherches à un périmètre plus étroit encore. Une salariée avait, en effet, refusé une première proposition de reclassement, mettant en avant son souhait de ne pas s'éloigner de son domicile pour des raisons familiales. L'employeur avait alors poursuivi ses recherches de reclassement dans un périmètre de reclassement restreint en conséquence, sans parvenir à trouver un poste disponible. Pour contester le licenciement qui s'en était suivi, la salariée invoquait le manquement par l'employeur à son obligation de reclassement. L'argument est écarté par la chambre sociale, motif pris de ce que « *la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur une volonté présumée de la salariée, a constaté [...] que, d'une part, dans le cadre de l'exécution de son obligation de reclassement, l'employeur avait proposé un poste à la salariée que celle-ci avait refusé en invoquant son souhait, pour des raisons familiales, de ne pas s'éloigner de son domicile pour l'exercice de son activité professionnelle, et d'autre part, que l'employeur, qui avait fait des recherches dans ce périmètre géographique, justifiait de l'absence de poste disponible en rapport avec les compétences de l'intéressée ; qu'elle a pu en déduire que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de reclassement* ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation admet que l'employeur puisse valablement limiter ses recherches de reclassement à un périmètre restreint, si les souhaits formulés par le salarié l'y invitent. Une telle possibilité n'existe toutefois qu'à la condition déjà affirmée il y a peu que l'employeur ne se soit pas fondé sur une volonté présumée du salarié (Soc. 24 juin 2008, n° 06-45.870, D. 2008. AJ. 2006  ; RDT 2008. 598, obs. J.-Y. Frouin  ; SSL 2008, n° 1362, note F. Champeaux ; Dr. soc. 2009. 116, obs. G. Couturier). En d'autres termes, les préférences du salarié, pour être prises en compte, doivent être clairement et formellement signifiées à l'employeur et ne peuvent pas être induites d'une simple attitude, voire d'une conversation informelle.

La prise en considération de ses préférences n'est pas exempte de dangers pour un salarié, prié de se prononcer de manière abstraite sur le périmètre de reclassement qui aurait sa faveur plutôt que sur la proposition d'un poste déterminé, fût-il éloigné de son domicile. Pareille remarque doit être mise en relation avec une question essentielle qui n'était pas, en l'occurrence, posée à la Cour de cassation, puisque les souhaits de la salariée ne s'étaient exprimés qu'à l'occasion d'un refus par elle d'une première proposition de reclassement. L'employeur aurait-il la possibilité, au cours de la procédure de licenciement pour motif économique, de prendre l'initiative de sonder par avance les salariés sur leurs souhaits éventuels de reclassement en cas de licenciement afin de restreindre le périmètre de ses recherches ? A cet égard, le Conseil d'Etat se veut prudent. L'employeur doit ainsi rechercher tous les postes disponibles sur le territoire national, l'expression de la volonté du salarié ne pouvant être prise en compte « *qu'après que des propositions de reclassement concrètes, précises et personnalisées ont été effectivement exprimées* » (CE 13 avr. 2005, n° 258755 , AJDA 2005. 1255 ). En revanche, l'employeur peut tenir compte du souhait formulé par des salariés protégés de ne pas quitter le territoire national pour limiter ses recherches de reclassement à l'intérieur des frontières (CE 4 févr. 2004, n° 255956  ; AJDA 2004. 1151 ).

Si la Cour de cassation n'était pas tenue de répondre à une telle question, sa décision pourrait néanmoins receler quelques éléments de réponse. En s'attachant à préciser que l'employeur avait déjà proposé un poste à la salariée dans le cadre de l'exécution de son obligation de reclassement, et en mettant ainsi l'accent sur le temps de l'exécution de l'obligation, la Cour de cassation pourrait avoir dressé une barrière chronologique à la prise en compte de la volonté du salarié. Celle-ci ne pourrait produire d'effets que dans un second temps, dès lors que l'employeur aurait fait des propositions de postes concrètes.

E. P.

C - Clause contractuelle garantissant la stabilité de l'emploi

A quelle sanction s'expose l'employeur en cas de violation d'une clause contractuelle de garantie d'emploi ? C'est à cette question que la Cour de cassation vient d'apporter une réponse renouvelée dans un arrêt du 13 novembre 2008 (**Soc. 13 nov. 2008, n° 07-42.640**, publié au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 3015, obs. L. Perrin ; RDT 2009. 32, obs. G. Auzero  ; RJS 1/09, p. 23, avis Av. gén. Duplat ; JCP S 2009. 29, obs. F. Dumont).

En l'espèce, un salarié a été embauché le 1er février 1993 en qualité de directeur général puis nommé directeur des ressources humaines Europe du sud à compter du 1er juin 2002. Par lettre, l'employeur a précisé que ce nouveau poste « *était proposé pour une période minimale de deux ans et que dans le cas où (la société) décidait, à l'issue de cette période de deux ans, de ne pas renouveler la période d'emploi, le salarié serait en mesure de prétendre à des dommages-intérêts correspondant à un an de salaire, primes incluses* ». Considérant que l'employeur avait méconnu son engagement en le licenciant pour motif économique le 31 juillet 2003, le salarié a saisi la juridiction prud'homale. Devant la cour d'appel, l'employeur a été condamné à verser au salarié une indemnité correspondant aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'à la fin de la période de deux ans et une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette solution était *a priori* conforme à la position de la Cour de cassation en la matière. On rappellera que cette dernière a d'abord affirmé qu'en rompant le contrat de travail à durée indéterminée avant l'expiration de la garantie d'emploi, l'employeur agissait en « *violation des dispositions conventionnelles plus favorables que celles résultant de la seule application des dispositions du code du travail* » (Soc. 7 nov. 1990, Bull. civ. V, n° 524 ; D. 1990. IR. 282 ). Elle a, par la suite, précisé sa position en sanctionnant le manquement de l'employeur sur le fondement de l'article 1142 du code civil et en procédant à une évaluation forfaitaire de l'indemnisation du salarié. S'inspirant de la solution prévue en cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée, elle a ainsi considéré que « *la violation d'une clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période garantie* » (Soc. 27 oct. 1998, D. 1999. Jur. 186, obs. J. Mouly, et Somm. 172, obs. T. Aubert-Monpeyssen ). Dans le même temps, elle a admis que « *le licenciement, prononcé en violation d'une clause contractuelle de garantie d'emploi, est dépourvu de cause réelle et sérieuse* » (Soc. 7 oct. 1997, RJS 11/97, n° 1198). Plus récemment, elle a enfin reconnu le principe d'un cumul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec l'indemnité réparant la violation de la clause de garantie d'emploi, en raison de leur différence d'objet (Soc. 2 juill. 2003, RJS 10/03, n° 1113). On comprend donc bien pourquoi, en l'espèce, la cour d'appel avait cru pouvoir attribuer au salarié ces deux indemnités.

La cour d'appel est pourtant censurée en ce qu'elle a automatiquement octroyé au salarié une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Confirmant le revirement qu'un arrêt inédit annonçait sur cette question (Soc. 21 déc. 2006, RDT 2007. 172, obs. P. Waquet ), la Cour de cassation juge désormais que « *la violation par l'employeur de la clause de garantie d'emploi, insérée dans un contrat de travail à durée indéterminée, ne dispense pas le juge d'examiner la cause du licenciement et qu'il lui appartient d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement* ». En adoptant cette solution, la Cour de cassation met moins fin au principe de la double indemnisation de la violation d'une clause de garantie d'emploi qu'à son caractère systématique. Si le salarié licencié en violation d'une telle clause a droit, à ce titre, au solde des salaires dû jusqu'à la fin de la période garantie, il ne peut pas nécessairement prétendre au versement de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette indemnité ne lui est due que si le juge, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de la loi, estime que les motifs de licenciement avancés par l'employeur ne sont pas réels et sérieux.

Cette solution suscite, en définitive, des sentiments contrastés. D'un côté, on peut approuver

que la Cour de cassation marque ainsi une nette distinction entre le droit des contrats et le droit du licenciement. D'un autre côté, on peut aussi considérer que cette distinction cadre mal avec la nature ambivalente de la clause de garantie d'emploi : l'obligation de l'employeur consistant en une paralysie temporaire de sa faculté de résiliation unilatérale, on voit mal en effet comment sa violation ne pourrait pas avoir de conséquences sur l'appréciation du bien fondé du licenciement. Sauf à considérer que la solution de l'arrêt commenté ne concerne que les clauses prévoyant une impossibilité de rupture pendant une période donnée et non celles qui limitent les possibilités de licenciement de l'employeur en énumérant les seuls motifs admissibles...

A. F.

D - Salarié détaché auprès d'une filiale étrangère

La rupture du contrat de travail se teinte d'une coloration particulière lorsqu'elle survient au sein d'un groupe de sociétés, en particulier lorsqu'elle est prononcée par une filiale étrangère dans laquelle le salarié concerné a été mis à disposition par une société-mère. Une telle situation est régie par l'ancien article L. 122-14-8, devenu l'article L. 1231-5 du code du travail. Deux arrêts rendus le 13 novembre 2008 (**Soc. 13 nov. 2008, n° 07-41.700 et 06-42.583**, D. 2008. AJ. 2944, obs. L. Perrin ; RDT 2009. 29, obs. M.-C. Amauger-Lattes  ; Dr. soc. 2008. 69, obs. J.-P. Lhernould ; JCP S 2009. 27, obs. P. Coursier) viennent préciser les conditions d'application de ce texte et méritent attention, tant il est vrai que les solutions rendues au fondement de cette disposition sont rares.

L'article L. 1231-5 du code du travail consacre au bénéficiaire du salarié mis à la disposition d'une filiale étrangère du groupe une sorte de droit au retour du salarié. Il énonce que « *lorsqu'un salarié, mis par la société au service de laquelle il était engagé à la disposition d'une filiale étrangère à laquelle il est lié par un contrat de travail, est licencié par cette filiale, la société-mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société-mère* ».

Dans l'un des arrêts rendus le 13 novembre 2008 (n° 06-42.583), la Cour de cassation précise que l'application de l'article L. 1231-5 du code du travail n'est pas subordonnée à un licenciement *stricto sensu* par la filiale (Liaisons soc. 2008, n° 261). En l'espèce, la cession de son fonds par la filiale à une société tierce, « mettait fin *ipso facto* au contrat de travail » liant le salarié à la filiale, selon les termes de la Cour de cassation, et suffit à imposer à la société-mère le respect des obligations dont elle est tenue en vertu de l'article L. 1231-5 du code du travail.

Dans l'autre arrêt rendu le même jour (07-41.700, H. Gosselin, Salariés mis à disposition d'une filiale étrangère, rapp., RJS 2009. 19), une salariée, embauchée en France par une société, avait été ensuite « mutée » auprès d'une filiale chinoise. Tandis qu'un contrat de travail était conclu entre la filiale et la salariée, cette dernière avait accepté qu'il soit mis fin à son contrat de travail avec la société-mère. Suite à la rupture du contrat de travail par la société chinoise, la salariée demanda à ce que son rapatriement en France soit assuré par la société-mère conformément aux dispositions de l'article L. 1231-5 du code du travail. Approuvant la décision de la cour d'appel d'avoir fait droit à cette demande, la Cour de cassation affirme que l'article invoqué « *ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison-mère* » et que « *la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse* ».

Cette décision vient parfaire une construction juridique déjà ancienne.

Concernant d'abord les relations entre le salarié et la filiale, il est acquis - le texte le précise lui-même - que l'absence d'un contrat de travail conclu entre eux conduit à écarter l'article L. 1231-5 du code du travail.

Concernant ensuite les relations entre la société-mère et le salarié, plusieurs configurations sont possibles. Cet article trouve à s'appliquer en cas de coexistence de deux contrats, l'un

conclu initialement avec la société-mère, l'autre passé ultérieurement avec la filiale, pour le temps de la mise à disposition (V. par ex. Soc. 5 déc. 2007, n° 06.40-787). Dans ce cas, le texte ne présente, en réalité, qu'un intérêt réduit puisque la qualité d'employeur pourrait suffire à imposer à la société-mère les obligations de rapatriement et de reclassement lors de la fin de la mise à disposition. L'article L. 1231-5 du code du travail prend au contraire toute sa force lorsque le lien avec la société-mère se trouve distendu. A cet égard, il a été précisé, de longue date, que le texte demeure applicable même si le lien avec la société-mère s'est trouvé altéré par l'écoulement du temps (A. Lyon-Caen, *La mise à disposition internationale de salarié*, Dr. soc. 1981. 751 ; A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTD com. 1985. 634). Franchissant un pas supplémentaire, la Cour de cassation précise dans son arrêt du 13 novembre 2008 que la disparition pure et simple du contrat de travail qui liait le salarié à la société-mère ne fait pas non plus obstacle à l'application de l'article. Au demeurant, c'est bel et bien dans ce cas de figure que l'emploi du salarié mérite une protection particulière (V. H. Gosselin, rapp. préc.).

L'arrêt commenté contribuerait ainsi à forger une conception extensive de la mise à disposition pour l'application de l'article L. 1231-5. Peu importe que se trouve rompu le contrat conclu avec la société-mère, dès lors que cette dernière est à l'initiative du contrat de travail passé avec la filiale (en ce sens, J.-P. Lhernould, Dr. soc. 2008. 69). Malgré la disparition du contrat de travail entre le salarié et la société-mère, cette dernière reste tenue, en cas de licenciement par sa filiale, par l'obligation de rapatrier le salarié et de le reclasser. C'est sur elle également que pèse, le cas échéant, la charge de licencier le salarié une seconde fois, sans pour cela pouvoir invoquer le motif qui a conduit la société étrangère à le licencier (Soc. 30 mars 1999, Bull. civ. V, n° 41 ; D. 1999. IR. 122 ).

E. P.

III - Droits de la personne et égalité de traitement

A - Harcèlement moral

Objet d'un abondant contentieux, la qualification de harcèlement moral était abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc. 27 oct. 2004, n° 04-41.008, Bull. civ. V, n° 267). Par trois arrêts du 24 septembre 2008 (**Soc. 24 sept. 2008, n° 06-45.747, n° 06-45.579, n° 06-43.504**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 2423, obs. L. Perrin ; RDT. 2008. 744, obs. G. Pignarre  ; RJS 2008. 1070 ; SSL 2008, n° 1368, p. 10, rapp. A. Martinel, obs. F. Champeaux, P. Waquet et P. Adam ; JCP S 2008. 1537, avis D. Allix, note C. Leborgne-Ingelaere ; Dr. ouvrier 2008. 545, note P. Adam ; Dr. soc. 2009. 57, note J. Savatier), la Cour de cassation vient reprendre la main sur l'application de cette notion.

De l'avis des premiers commentateurs de ces arrêts, le revirement de jurisprudence est net : la Cour de cassation contrôle désormais la qualification de harcèlement moral. Les motifs et bénéfiques d'un tel contrôle sont nombreux (G. Pignarre, préc.). En tout premier lieu, il s'agirait d'éviter que naissent et persistent des divergences d'appréciation de la notion parmi les juges du fond. En second lieu, l'affirmation du contrôle de qualification s'imposerait en raison de l'introduction par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 d'une nouvelle figure de harcèlement, procédant d'un motif discriminatoire. La clarification de l'articulation entre les deux formes de harcèlement moral exige sans doute que la Cour régulatrice en maîtrise le sens.

Qu'il nous soit néanmoins ici permis d'exprimer une opinion légèrement divergente (en ce sens égal., J. Savatier, note préc.). A s'en tenir à une lecture prudente des décisions rapportées, il semble en effet que les arrêts du 24 septembre 2008 soulignent davantage les règles de prise en compte par les juges du fond des éléments faisant présumer un harcèlement qu'ils ne consacrent un contrôle de qualification à proprement parler. Autrement dit, la Cour de cassation paraît bien plus contrôler la règle de preuve énoncée à l'article L. 1154-1 du code du travail (L. 122-52 anc.), que la notion de harcèlement de l'article L. 1152-1 (L. 122-49 anc.). Plusieurs indices militent en faveur d'une telle interprétation.

Tout d'abord, le communiqué de la Cour et le visa de l'article L. 122-52 devenu L. 1154-1 du

code du travail mettent en exergue la portée probatoire des solutions retenues. Ensuite, les censures des décisions des juges du fond sont intervenues sur le fondement de défaillances d'appréciation par ces derniers des éléments apportés par le salarié au soutien de sa demande, et non en raison d'une application erronée de la notion de harcèlement moral (n° 06-45.747, n° 06-45.579). Quant à l'arrêt de rejet, son « chapeau intérieur » se borne à rappeler la règle relative à la répartition du fardeau de la preuve (n° 06-43.504). Enfin et surtout, c'est la structure même du débat judiciaire qu'a organisé la loi qui fait douter d'un contrôle de la notion de harcèlement moral par la chambre sociale. En ce sens, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article L. 1154-1 du code du travail, le salarié ne supporte pas la charge de prouver le harcèlement. Il lui appartient uniquement d'« *établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement* ». Dès lors, l'office des juges du fond consiste au premier chef à décider si une telle présomption existe, et la Cour de cassation n'est donc pas naturellement conduite à contrôler la qualification de harcèlement moral. Sa mission consiste avant tout à s'assurer que la règle d'établissement de la présomption a été correctement examinée. En somme, le régime légal du harcèlement moral est loin d'ouvrir la voie à l'exercice d'un contrôle de qualification. Aussi, la Cour de cassation ne s'y est pas engagée et paraît avoir préféré mettre en place une police des débats, indispensable à l'admission ou non de la présomption. Il faut ainsi que les premiers juges recherchent si les éléments invoqués par le salarié sont établis (n° 06-45.579), et tiennent compte de l'ensemble de ces éléments (n° 06-45.747), sous peine de voir leur décision cassée pour manque de base légale puisque la Cour régulatrice « *n'a pas été mis en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral* » (n° 06-45.747). Si l'établissement des faits conduit à retenir la présomption, il appartient alors à l'employeur de la renverser, en justifiant les mesures prises par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, notamment par « *la situation économique de l'entreprise* » (n° 06-43.504).

On le voit, la Cour de cassation se veut vigilante sur le régime de l'administration de la preuve. Mais le défaut de base légale laisse supposer qu'elle ne va pas se désintéresser de l'objet de cette preuve : l'existence présumée d'un harcèlement. Ce faisant, il convient de reprendre la définition du harcèlement afin de tenter d'appréhender précisément le rôle de la Cour régulatrice.

En vertu de l'article L. 1152-1 du code du travail, le harcèlement moral exige la réunion de trois éléments constitutifs : 1°) des agissements répétés, 2°) ayant pour objet (intention) ou pour effet (simple relation causale), 3°) une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et libertés. Les agissements répétés et la dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés sont établis par le salarié et pris en compte par le juge, en respectant la police des débats mise en place par les arrêts du 24 septembre 2008. Ces éléments doivent revêtir une certaine importance, comme en témoignent les cassations intervenues pour défaut de base légale. Si tel est le cas, il faudra en inférer qu'il existe une présomption d'intention ou de causalité entre le comportement de l'auteur et l'atteinte portée aux droits et libertés de la victime. A suivre cette présentation (comp., la jurisprudence des juges du fond analysée par P. Adam, Rép. Dalloz Travail, v° Harcèlement moral), la présomption porte sur l'intention ou la causalité et non sur l'existence d'un harcèlement en tant que tel. Au final, la présomption se loge à l'intérieur de la définition du harcèlement moral : l'intention ou la causalité est déduite des autres éléments constitutifs de la notion. Cette déduction est susceptible d'être combattue par la démonstration « *d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* », selon la formule de l'article L. 1154-1.

La mise en lumière de l'objet exact de la présomption ouvre alors la voie d'une lecture critique de l'un des arrêts du 24 septembre 2008, en ce qu'il paraît fondre les registres de l'intention et de la causalité (n° 06-43.504). Dans cette affaire, la salariée fait valoir que l'attitude de son employeur « *avait eu pour effet une aggravation de son état de santé* ». Néanmoins, la cour d'appel rejette, à bon droit selon la Cour de cassation, la demande de dommages-intérêts fondée sur le harcèlement car « *chacune des mesures invoquées par la salariée était justifiée par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de sa*

réorganisation ». Cette justification écarte certes la malveillance de l'employeur, mais elle ne supprime pas nécessairement le lien de causalité entre les agissements de ce dernier et la maladie de la salariée. Autrement dit, l'employeur semble ici renverser la présomption de causalité par la preuve que les agissements avaient pour origine une situation économique, par hypothèse dénuée de volonté malicieuse. Affleure ainsi l'idée que l'absence d'intention de nuire chasse la présomption de causalité. Finalement, l'arrêt suggère que le harcèlement n'est pas l'instrument pertinent pour saisir certaines méthodes de gestion du personnel, qui sans être à dessein harcelantes, n'en sont pas moins porteuses de lourdes conséquences sur la santé et la dignité du salarié.

C. W.

B - Justification des différences de traitement

Dans quelle mesure une norme collective peut-elle établir des différences de traitement entre les salariés embauchés avant et ceux recrutés après son entrée en vigueur ? L'arrêt du 24 septembre 2008 (**Soc. 24 sept. 2008, n° 06-43.529**, D. 2008. AJ. 2436, et 2009. Pan. 191, obs. CRDS de Lyon ; Dr. soc. 2008. 1271, obs. J.-E. Ray ; LSQ 225/2008, p. 1) témoigne des difficultés que pose à la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement l'évolution, dans le temps, de la collectivité des salariés. Suite à la dénonciation d'un accord collectif et après l'échec des négociations d'un accord de substitution, la Société The Ritz Hôtel a unilatéralement élaboré une grille de rémunération, réservant le bénéfice de cet engagement unilatéral aux seuls salariés présents dans l'entreprise avant la dénonciation. Se prévalant du principe « *à travail égal, salaire égal* », deux salariés engagés ultérieurement revendiquaient l'application de la grille de rémunération. La Cour de cassation casse sans renvoi l'arrêt de la cour d'appel qui avait fait droit à leurs demandes.

Par cet arrêt, la haute juridiction rappelle dans une formule synthétique sa jurisprudence antérieure. En principe, la norme collective a vocation, par nature, à bénéficier à l'ensemble de la collectivité des travailleurs. Selon la Cour, « *la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral ne saurait justifier des différences de traitement entre eux* » (en ce sens, après la dénonciation d'une convention collective, Soc. 21 févr. 2007, Bull. civ. V, n° 27 ; D. 2007. AJ. 729, obs. E. Pahlawan-Sentilhes, et Pan. 2261, obs. M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier et B. Reynès  ; après la dénonciation d'un engagement unilatéral, Soc. 12 févr. 2008, n° 06-45.397, D. 2008. AJ. 617, obs. B. Ines  ; RDT 2008. 321, obs. H. Tissandier , et 404, obs. M. Keller ). Toutefois, des ruptures d'égalité entre anciens et nouveaux salariés peuvent être justifiées. Dans la continuité de la jurisprudence de la chambre sociale, il suffit qu'elles aient « *pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés* ». La Cour indique qu'une telle différence de traitement ne viole pas le principe d'égalité de traitement, dès lors que celle-ci a pour objet de « *compenser, au moins partiellement pour ces salariés, le préjudice qu'ils avaient subi à l'occasion de la dénonciation de l'accord collectif prévoyant une rémunération au pourcentage* ».

Cette logique de compensation permet, dans la jurisprudence de la chambre sociale, plusieurs exceptions liées à la mise en cause d'une norme collective. Ainsi, ne portent pas atteinte au principe d'égalité de traitement, des différences résultant des avantages individuels acquis par les salariés engagés avant la mise en cause de l'accord, conformément à l'article L. 2262-13 du code du travail (Soc. 11 juill. 2007, n° 06-42.128 à 06-42.152, D. 2007. AJ. 2167, et Pan. 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut, et A. Jemmaud  ; RDT 2007. 661, obs. G. Pignarre ). Par la suite, cette justification a été étendue à la différence de traitement établie par un accord de substitution (Soc. 4 déc. 2007, n° 06-44.041, D. 2008. AJ. 163  ; RDT 2008. 115, obs. H. Tissandier ). L'arrêt du 24 septembre 2008 fait un pas supplémentaire, appliquant, pour la première fois, cette justification à l'hypothèse d'un engagement unilatéral, accompagnant la mise en cause d'un accord collectif.

Pour prendre la mesure de la dérogation ainsi ouverte, il importe de revenir sur la notion de « compensation » du préjudice subi ici en cause. La spécificité des circonstances de l'espèce souligne les interrogations qui subsistent.

A quel contrôle invite cette logique de compensation ? En l'espèce, les juges du fond avaient écarté l'existence d'une telle compensation en relevant notamment que l'employeur ne pouvait se prévaloir de ce que les salariés en fonction lors de la dénonciation « *auraient conservé partiellement des avantages individuels acquis, la remise en cause de ces avantages, par voie d'avenant au contrat de travail, leur faisant précisément perdre cette qualification* ».

S'abstenant de se placer directement sur ce terrain, tant il est vrai que le lien de cause à effet entre la perte de l'avantage individuel acquis et la conclusion d'un avenant était douteux, la Cour casse sans renvoi la décision attaquée. Dès lors qu'« *à l'expiration du délai de quinze mois prévu par l'article L. 132-8 du code du travail, la rémunération des salariés en fonction en 1991 avait diminué, (...) il s'(en) déduisait que la grille de rémunération établie en février 1992 visait à compenser, au moins partiellement pour ces salariés, le préjudice qu'ils avaient subi à l'occasion de la dénonciation de l'accord collectif* ». La Cour se révèle ici peu exigeante quant à la caractérisation d'une compensation. Pour admettre un préjudice à compenser, l'arrêt vise, sans autre précaution, la diminution de la rémunération des salariés « *à l'occasion de la dénonciation de l'accord collectif prévoyant une rémunération au pourcentage* ». Elle fait ainsi prévaloir une appréciation réaliste de la situation des salariés présents lors de la dénonciation, à savoir la perte effective de rémunération.

En définitive, du constat d'une perte de rémunération se déduit la justification même de la rupture d'égalité opérée par la nouvelle norme collective. La solution apparaît d'autant plus sujette à discussion qu'on peut se demander si les juges ne se contentent pas alors de l'intention compensatoire, sans plus avant vérifier l'équilibre entre le « préjudice subi » et la compensation elle-même. La différence de traitement est ici justifiée dès lors qu'elle visait à compenser « *au moins partiellement* » ce préjudice. Singulièrement, pareil raisonnement laisse la possibilité à l'employeur de déterminer unilatéralement l'importance de la différence de traitement qu'il entend instaurer entre les salariés en fonction de leur date de recrutement.

Ce raisonnement dévoile crûment la nature du contrôle exercé par les juges en application du principe d'égalité de traitement. En l'état de la jurisprudence, cette exigence se réduirait donc à un impératif d'objectivité (en ce sens, A. Lyon-Caen, RDT 2006. 16 ). Pourtant, la Cour affirme bien que la différence de traitement doit, pour être justifiée, « *reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* » (Soc. 20 févr. 2008, n° 05-45.601, Bull. civ. V., n° 39 ; D. 2008. AJ. 696, et Pan. 2306, obs. M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, C. Dupouey-Dehan, B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier et B. Reynès ). Or, sans examen de la proportionnalité entre le préjudice et la compensation offerte, le juge ne renonce-t-il pas justement à s'assurer d'une telle « pertinence » ?

J. P.

IV - Les relations collectives de travail

A - Notion d'avantage individuel acquis en l'absence de remplacement d'un accord dénoncé

La Cour de cassation affine sa jurisprudence relative à la détermination des avantages individuels acquis, avantages incorporés dans le contrat de travail en l'absence de conclusion dans les délais requis d'un accord de substitution suite à la dénonciation d'un accord collectif (art. L. 132-8, al. 6, c. trav. ; L. 2261-13 recod.). Elle avait affirmé récemment que la structure de la rémunération constituait un tel avantage, au même titre que le niveau de rémunération (Soc. 1er juill. 2008, 2 arrêts, n° 07-40.799 et n° 06-44.637, D. 2008. AJ. 2083, obs. B. Ines  ; RDT 2008. 753, obs. C. Nicod  ; RJS 11/08, n° 1106 ; JCP S 2008, n° 1553, note. F. Dumont ; Dr. soc. 2008. 1276, obs. C. Radé ; Dr. ouvrier 2009. 53, note P. Tillie). Dans l'affaire jugée le 16 septembre 2008 (**Soc. 16 sept. 2008, n° 07-43.580**, RJS 12/08, n° 1222 ; SSL 2008, n° 1374, p. 9, Entretien avec S. Pélicier-Loevenbruck), la Cour de cassation confirme cette position.

La généralité de la formule usitée dans les trois arrêts précités (« *tant le niveau que la structure de la rémunération résultant d'un accord collectif dénoncé constitue à l'expiration des délais précités un avantage individuel acquis* ») signale l'importance que la Cour de

cassation accorde à la structure de la rémunération en tant que telle. S'il ne fait en effet aucun doute que les divers éléments de rémunération considérés séparément - salaire de base, primes, ou encore majorations - sont susceptibles d'être qualifiés d'avantages individuels acquis (sur la notion d'avantage individuel acquis, E. Dockès, L'avantage individuel acquis, Dr. soc. 1993. 826), c'est l'agencement de l'ensemble de ces éléments qui retient l'attention des juges. Dans les affaires jugées le 1er juillet 2008, l'employeur avait procédé à l'incorporation des éléments de rémunération issus des accords collectifs dénoncés dans le salaire de base : le salaire avait été augmenté du montant des primes concernées (primes d'ancienneté, de durée d'expérience, de vacances, prime familiale), ces dernières étant formellement supprimées. Il en résultait que si le montant de la rémunération globale restait inchangé, la fiche de paie ne faisait plus apparaître les éléments de rémunération de manière distincte. Les juges ont condamné l'employeur à rectifier les bulletins de salaire. L'affaire jugée le 16 septembre 2008 montre bien le caractère essentiel du maintien de la distinction des éléments de rémunération : sous couvert du maintien du montant global de la rémunération, l'employeur avait supprimé le paiement des temps de pause prévu par l'accord collectif dénoncé (les salariés, qui étaient rémunérés sur une base de 35 heures pour 32,5 heures de travail effectif et 2,5 heures de pause, l'avaient ensuite été sur une base de 35 heures pour 35 heures de travail effectif). Ces décisions illustrent l'idée que les éléments de rémunération ne peuvent être appréciés qu'au regard de leur objet propre - ne serait-ce que parce qu'en dépend l'application de règles juridiques (assiette du smic et des minima conventionnels, des cotisations sociales, etc.). La confusion des éléments de rémunération tend ainsi nécessairement à modifier la rémunération, et cache, parfois, la suppression d'un de ces éléments. De telles opérations unilatérales sont d'ailleurs condamnées par les juges lorsque la source contractuelle est seule en cause (V. par ex. Soc. 5 janv. 1999, Bull. civ. V, n° 2 ; D. 1999. IR. 41 ☞).

La généralité de la consécration de la structure de la rémunération comme un avantage individuel acquis entre en résonance avec l'affirmation selon laquelle « *le mode de rémunération constitue un élément du contrat de travail* » (Soc. 28 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 40 ; D. 1998. IR. 65 ☞ ; 19 mai 1998, Bull. civ. V, n° 265). Ce parallèle incite à examiner les limites de la formule mise en exergue par la Cour de cassation dans l'arrêt rapporté : doit-on considérer que les systèmes de rémunération sont, par principe, exclus de la qualification d'avantages individuels acquis ? Leur articulation avec des dispositifs d'organisation du travail a pu appuyer cette thèse. Cependant, cette exclusion ne repose-t-elle pas en vérité sur les spécificités de certains systèmes de rémunération ? Il existe en effet des modes de rémunération intrinsèquement collectifs, comme peuvent l'être des opérations de répartition d'une masse salariale globale (par ex. la répartition des pourboires, V. Soc. 12 févr. 1991, Bull. civ. V, n° 61 ; D. 1992. Somm. 289, obs. A. Lyon-Caen ☞). Dans ce cas, le salarié ne peut pas prétendre au maintien du système de rémunération, seul le montant lui est acquis (V. par ex. Soc. 26 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 406 ; D. 1997. IR. 5 ☞). De même, lorsque le mode de rémunération intègre une réévaluation, le caractère acquis manque, la revalorisation de leur rémunération ne peut s'opérer en application de ces règles (V. Soc. 22 avr. 1992, Bull. civ. V, n° 296 ; D. 1992. IR. 184 ☞ ; 24 nov. 1992, Bull. civ. V, n° 567 ; 26 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 32 ; D. 2005. IR. 594 ☞). Mais en dehors de ces cas, par exemple s'agissant d'un taux fixe de commissionnement, la formule de la Cour de cassation n'a-t-elle pas vocation à s'appliquer ?

L. C.

B - Intégration dans les effectifs et qualité d'électeur des salariés mis à disposition
Dans trois arrêts du 13 novembre 2008, promis à une large publication (**Soc. 13 nov. 2008, n° 07-60.434, n° 07-60.465, n° 08-60.331**, D. 2008. AJ. 2945 ; SSL 2008, n° 1375, p. 5, avis J. Duplat ; A. Lyon-Caen, A la recherche des travailleurs mis à disposition. Finesse des juges et brutalité de la loi, SSL 2008, n° 1375, p. 11), la Cour de cassation apporte des précisions essentielles quant aux conditions de la participation des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures au processus électoral dans l'entreprise d'accueil. Donnant corps à la notion d'« *intégration étroite et permanente à la communauté de travail* », mise en lumière dans l'arrêt Peugeot du 28 février 2007 (n° 06-60.171, Bull. civ. V, n° 34 ; D. 2007.

AJ. 946, Pan. 2261, obs. J. Pélissier [📄](#) ; RDT 2007. 229, obs. M.-L. Morin [📄](#) ; SSL 2007, n° 1298, p. 12, note F. Champeaux ; JCP S 2007, n° 1272, note P. Morvan ; Dr. ouvrier 2007. 286, note E. Boussard-Verrecchia), la Cour retient deux critères généraux, lesquels déterminent les salariés des entreprises extérieures comptabilisés dans les effectifs et ayant la qualité d'électeur : il s'agit des salariés présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice, qui y travaillent depuis une certaine durée.

Ces décisions étaient attendues, tant la nécessaire reconnaissance de l'émergence des réseaux d'entreprise en droit du travail (E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2008), impliquait de déterminer les modalités de la participation de ces salariés au processus électoral dans l'entreprise d'accueil. Ce débat, que le législateur avait tenté d'écarter à plusieurs reprises (projets censurés par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, D. 2007. Pan. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino [📄](#) ; AJDA 2006. 732 [📄](#), et 1961, obs. C. Geslot [📄](#) ; RDI 2007. 66, obs. P. Dessuet [📄](#) ; RTD civ. 2006. 314, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#) ; 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, D. 2007. Pan. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino [📄](#) ; RDT 2007. 84, obs. A. Lyon-Caen [📄](#), et 120, obs. E. Serverin [📄](#)), a finalement été tranché par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : le législateur a pris position en soumettant cette participation à des conditions précises de présence et de durée de travail dans l'entreprise utilisatrice (art. L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 c. trav.). Aussi les présentes décisions de la Cour de cassation tiennent sans doute compte de ces choix. Elles en précisent la justification : étant présents dans l'entreprise et y travaillant depuis une certaine durée, ces salariés « *partage[nt] ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* ».

La référence est double : elle fait écho tant à l'objet du principe constitutionnel de participation des travailleurs inscrit à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, relayant ainsi la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 (A. Lyon-Caen, *Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail*, RDT 2007. 84 [📄](#)), qu'à une certaine conception de la collectivité de travail, qui s'appuie sur des conditions de travail communes. Elle semble s'éloigner d'une conception organisationnelle de la collectivité de travail, qui tient compte de l'organisation du processus de production et des relations économiques entre les entreprises (E. Peskine, note ss. TI Saint-Germain-en-Laye, 12 oct. 2007 et TI Toulouse, 19 nov. 2007, Dr. ouvrier 2008. 73 ; E. Boussard-Verrecchia et X. Petrachi, *Regards croisés sur la communauté de travail*, Dr. ouvrier 2008. 361). Dans l'affaire *Airbus*, l'exclusion des effectifs et de l'électorat des salariés des sous-traitants travaillant hors des locaux de l'entreprise illustre cette position (n° 07-60.465). Pourtant, si la conception de la collectivité de travail retenue par la Cour de cassation fait sens s'agissant des missions du CHSCT et des délégués du personnel, en ce qu'elle invite à établir une représentation commune destinée à contrôler les conditions de travail, elle est plus discutable lorsque l'on considère les missions du comité d'entreprise. Cette instance a vocation à représenter une collectivité de travail qui se construit tout autant autour de l'emploi que des conditions de travail, et à en défendre les intérêts face aux décisions économiques du chef d'entreprise. Le critère de présence des salariés mis à disposition dans les locaux de l'entreprise, tel qu'il détermine la comptabilisation des effectifs et l'accès aux élections professionnelles, conduit à masquer cette autre dimension attachée à la représentation du personnel dans l'entreprise.

L. C.

C - Révision d'un accord collectif

Il incombe, selon les termes de l'article L. 2222-5 du code du travail, aux signataires d'une convention ou d'un accord collectif de prévoir « *les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être renouvelé ou révisé* ». En l'absence d'une disposition conventionnelle expresse en ce sens, les parties signataires s'étaient vu reconnaître par la Cour de cassation, à propos d'un accord à durée déterminée, la faculté d'en modifier la teneur : « *l'absence de prévision dans l'accord initial d'une procédure de révision avant terme ne saurait, à elle seule, priver [ses signataires de la] faculté [de le modifier]* » (Soc. 11 mai

2004, Bull. civ. V, n° 130 ; D. 2004. IR. 1770  ; RJS 7/04, n° 833 ; SSL 2004, n° 1171, p. 10). Et la Cour de préciser qu'une telle faculté de révision ne pouvait être exercée qu'« avec le consentement de l'ensemble de ses signataires ». Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 13 novembre 2008 (**Soc. 13 nov. 2008, n° 07-42.481**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 3090) confirme, dans des termes fermes, cette solution et contribue ainsi à l'élaboration d'un découpage fin des temps de la révision lorsque l'accord n'en prévoit pas les modalités.

Sur le fondement de l'article L. 2261-7 du code du travail, la Cour énonce d'abord que « *le consentement unanime des signataires est nécessaire pour engager la procédure de révision* ». Elle rappelle ensuite que « *les organisations syndicales signataires sont seules habilitées à signer l'avenant de révision* », conformément, précise-t-elle, aux « *règles applicables à chaque niveau de négociation* ». La solution esquissée en 2004 à propos d'un accord à durée déterminée est ainsi réaffirmée, par une formule plus tranchée encore, à propos d'un accord à durée indéterminée portant sur l'adoption du vote électronique, en particulier pour l'élection des représentants du personnel au sein d'un établissement de la Société Générale.

Les orientations prises par la jurisprudence sur la révision d'une convention collective n'ont eu de cesse d'osciller entre la préservation de la volonté des parties signataires de l'acte initial et la nécessité de permettre une évolution des règles qu'il établit. L'arrêt du 13 novembre 2008 atteste que la Cour de cassation ne se résout pas à abandonner totalement la considération de la volonté des parties initiales. On sait qu'elle avait, dans un premier temps, déduit de la nature contractuelle de la convention collective qu'un avenant de révision ne pouvait être opposé aux salariés s'il n'était pas signé par toutes les parties à l'accord initial (Soc. 9 mars 1989, Bull. civ. V, n° 200 ; D. 1990. Jur. 227, note M. Meunier, et Somm. 165, obs. A. Lyon-Caen  ; Cass., ass. plén., 20 mars 1992, Bull. ass. plén. n° 3 ; D. 1992. Somm. 296, obs. A. Lyon-Caen ), avant que la loi du 31 décembre 1992 consacre l'opposabilité de l'avenant signé par une ou plusieurs d'entre elles, sous réserve qu'il n'ait pas fait l'objet d'une opposition par les autres organisations syndicales dans les conditions fixées par ce texte. La loi du 4 mai 2004 soumet dorénavant les avenants de révision aux mêmes conditions de validité que les accords collectifs initiaux, admettant ainsi que des syndicats remplissant les conditions de majorité légales adoptent un avenant de révision alors même que toutes les parties à l'accord initial n'en seraient pas signataires. En exigeant que ces dernières consentent de manière unanime à l'engagement de la procédure de révision, la Cour déplace donc le verrou de la volonté des signataires de la conclusion de l'accord vers l'ouverture des négociations.

Louable dans son intention, ce choix n'est pourtant pas dénué d'inconvénients. Les organisations signataires de l'accord initial sont conduites à formuler un pari sur le résultat de la négociation de révision. Certaines pourraient refuser par principe l'ouverture d'une telle négociation de peur de voir s'élaborer un avenant qui ne recueillerait pas leur assentiment et à l'adoption duquel elles ne seraient pas en mesure de s'opposer ; un pari qui pourrait bien s'opérer à l'aveugle. Pourtant, à lire l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant donné lieu au pourvoi rejeté par la Cour de cassation (Paris, 18e ch. C, 8 mars 2007, n° 07/01968, SSL 2007, n° 1304, p. 9, obs. O. Gouël), il semble qu'il aura suffi pour le syndicat contestant la validité de l'avenant de manifester une curiosité minimale sur les propositions de révision qui lui étaient faites pour qu'il soit jugé qu'il avait bel et bien consenti à l'ouverture de la négociation.

Par cet arrêt du 13 novembre 2008, la Cour de cassation affine une construction juridique déjà passablement complexe. La place qui doit être ménagée aux organisations syndicales représentatives au cours des différentes étapes de la révision d'un accord collectif varie en effet sensiblement. L'*engagement de la procédure de révision*, d'abord, requiert le consentement unanime de tous les signataires de l'accord initial. La *négociation* proprement dite, ensuite, doit associer toutes les organisations représentatives, qu'elles soient ou non parties à l'accord initial (Soc. 17 sept. 2003, D. 2004. Somm. 388, obs. I. Odoul-Asorey  ; *GADT*, 4e éd., 2008, n° 160 et les réf. citées GATRAV0420080066). La *signature de l'avenant* appartient, quant à elle, aux seules organisations signataires de l'accord initial ou qui y ont adhéré. Enfin, *l'avenant* lui-même devra obéir aux conditions de validité des accords collectifs.

La signature de toutes les organisations signataires de l'accord initial ne sera donc pas requise. L'avenant devra néanmoins respecter l'exigence majoritaire récemment modifiée par la loi du 20 août 2008, et qui pourrait s'avérer elle aussi d'appréciation bien délicate en matière de révision.

O. L.

Mots clés :

TRAVAIL * Panorama 2008

 Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2009