

Recueil Dalloz 2007 p. 3033

Droit du travail
mai 2007 - août 2007

Emmanuel Dockès, Chercheur au Centre de recherches en droit social de Lyon (CRDS-CERCRID), Université Lyon 2

Florence Fouvet, Chercheur au Centre de recherches en droit social de Lyon (CRDS-CERCRID), Université Lyon 2

Chantal Géniaut, Chercheur au Centre de recherches en droit social de Lyon (CRDS-CERCRID), Université Lyon 2

Antoine Jeammaud, Chercheur au Centre de recherches en droit social de Lyon (CRDS-CERCRID), Université Lyon 2

*
**

I - Obligations et pouvoirs de l'employeur

Le droit au salaire dont bénéficient les salariés a encore, dans la période considérée, donné lieu à d'importantes évolutions jurisprudentielles. Le principe « à travail égal, salaire égal » a repris quelque vigueur, au point de voir sa logique déborder aujourd'hui du cadre limité du salaire, pour fonder un principe général d'égalité de traitement (A). L'encadrement de la validité des clauses relatives au salaire se confirme et se précise (B). Enfin, le pouvoir disciplinaire, après une période de jurisprudence hésitante, semble être à nouveau strictement enserré dans les limites du pouvoir de direction, lui-même encadré par le contrat et par les libertés fondamentales du travailleur (C).

A - De « A travail égal, salaire égal » à un principe d'égalité de traitement des salariés

La règle consacrée et mise en oeuvre par un arrêt *Société Delzongle* (Soc. 29 oct. 1996, D. 1998. Somm. 259, obs. M.-T. Lanquetin [☞](#) ; Dr. soc. 1996. 1013, note A. Lyon-Caen ; Les grands arrêts du droit du travail, n° 68), aussitôt perçu comme acte de naissance d'une « jurisprudence Ponsolle » (du nom de la salariée demanderesse devant le conseil de prud'hommes), bientôt qualifiée de « principe », paraît encore secourable aux salariés dans certaines affaires accédant à la Chambre sociale. Sur la période considérée (1er mai - 31 août 2007), quelque quinze arrêts de cette formation contribuent à préciser la teneur ou la portée de cette norme (V. T. Aubert-Monpeyssen, Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations, Dr. soc. 2005. 18 ; A. Lyon-Caen, A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens, RDT 2006. 16 [☞](#) ; J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 23e éd., Dalloz, 2006, n° 1027). Leur contribution est inégale, mais huit d'entre eux prononcent une cassation au visa du principe. Trois sont publiés au *Bulletin* et seront seuls évoqués ici (1).

D'autres décisions, dans le même temps, paraissent confirmer la positivité d'un principe d'égalité de traitement entre les salariés d'un même employeur, dont le précédent pourrait n'être qu'une application (2).

1 - L'état du principe « à travail égal, salaire égal »

A considérer les termes et les solutions des arrêts, il se confirme que *l'adage est le nom de la règle positive* plutôt que son énoncé. Si l'on souhaitait l'accueillir dans un texte législatif, cette règle pourrait recevoir la formulation suivante : « *Tout employeur assure l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre tous ses salariés placés dans une situation identique. Les différences de rémunération ne peuvent être fondées que sur des raisons objectives et vérifiables* ». En effet, elle prescrit moins une égalité des sommes ou avantages de nature salariale qu'une *égalité de traitement en matière de rémunération* : les rémunérations peuvent être différenciées, mais ne sauraient l'être qu'en application de critères objectifs, donnant prise à vérification, et constants (et dans le respect, sans aucun doute, d'une exigence de proportionnalité). Dès lors, *les différences de rémunération résultant du jeu de ces critères licites*, loin de constituer des « différences de traitement » - comme le disent couramment arrêts et auteurs - illustrent bien une constance de traitement selon des critères admissibles, donc une pratique conforme à la norme (et pas simplement tolérée par elle, compatible avec elle). Observons aussi que la cour persiste à qualifier cette dernière de « principe » - sans adjectif : ni « fondamental », ni « général » - et se dispense désormais de préciser que ce principe est « énoncé par les articles L. 133-5, 4° et L. 136-2, 8° du code du travail ». Avec raison. En effet, la règle a bien *statut de principe* dans l'un des sens que l'on peut reconnaître à ce terme, si facilement employé, lorsqu'il nomme un type de règle juridique (haut degré de généralité et prestige particulier, sinon position élevée dans la hiérarchie normative, en raison d'une proximité manifeste avec une valeur promue par l'ordre juridique de la République). Par ailleurs, ce principe serait, tout au plus, un présupposé des deux modestes dispositions sollicitées une dizaine d'années durant, et à condition d'oublier que ces dernières se réfèrent, au temps de leur adoption, à la seule égalité entre hommes et femmes et entre travailleurs adultes et jeunes.

Mais la grande question est évidemment celle de *la teneur de la norme*, et plus précisément des *motifs qu'elle admet* pour distinguer entre travaux, leur attribuer des valeurs différentes, ou juger différentes des « situations » de salariés chargés de tâches identiques ou d'égale valeur. On avait pu naguère se demander si le flamboyant principe n'était pas générateur d'illusions pour les salariés, tant sa mobilisation semblait peu secourable aux réclamants (A. Lyon-Caen, art. préc. ; nos obs. D. 2007. Pan. 179, spéc. 185 [☞](#) ; J.-M. Gasser, Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe « à travail égal, salaire égal » ?, RJS 8-9/07, p. 687). Un inflexionnement est perceptible à travers les arrêts rendus depuis un an environ.

Ainsi un arrêt casse-t-il des décisions ayant débouté des formateurs, salariés sous contrats à durée indéterminée d'une association, qui réclamaient le bénéfice du taux de rémunération horaire réservé aux formateurs occasionnels ou vacataires employés par ce même organisme (Soc. 15 mai 2007, n° 05-42.894, D. 2007. AJ. 1506 ; Dr. soc. 2007. 896, obs. C. Radé ; un autre arrêt du même jour est rédigé en termes identiques, V. RJS 7/07, n° 848). La cour d'appel avait trouvé dans la diversité des statuts des formateurs une justification de la différence contestée : un taux horaire plus important payé à un formateur occasionnel ou vacataire pourrait s'expliquer par la précarité de situation de ce dernier, le fait que la convention collective ne lui offre pas de perspective de carrière, la nécessité de prendre en compte le temps de préparation, ou par d'autres raisons objectives comme les diplômes, la compétence notoire de l'intervenant ou la difficulté de la formation qui lui est confiée. Dans son arrêt de censure, la Chambre sociale énonce qu'« une différence de statuts entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération ». Elle ajoute qu'« une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ». Ce qui contribue à préciser la règle et les modalités de sa mise en oeuvre, malgré une terminologie (« différence de traitement »), aussi malencontreuse qu'habituelle (V. *supra*). L'arrêt prononce une cassation

au visa du seul principe, en reprochant à la cour d'appel d'avoir, non pas violé cette norme, mais privé sa décision de base légale compte tenu de son existence, en statuant par des motifs généraux au lieu de rechercher si les différences salariales étaient en l'espèce justifiées par des « *raisons objectives matériellement vérifiables* ».

Cet arrêt vaut donc par la directive qu'il adresse aux juridictions du fond de pratiquer *in concreto* ce contrôle de réalité et pertinence des raisons de distinguer entre travaux et situations. Sur le plan du droit substantiel, son apport à l'une des qualifications requises par l'application du principe n'est pas négligeable : à travail égal ou d'égale valeur, « *une différence de statut juridique entre des salariés ne suffit pas à faire une différence de situation* ». Que recouvre, ici, le « *statut juridique d'un salarié* » ? On pense à la nature du lien juridique au regard de la distinction des agents publics - fonctionnaires ou contractuels liés par un contrat de travail de droit public - et des salariés « de droit privé ». Attesté déjà par des arrêts inédits concernant La Poste, qui emploie des fonctionnaires et des salariés de cette dernière catégorie (Soc. 11 oct. 2005, n° 04-43.024 ; 21 déc. 2006, n° 05-41.919, 05-41.948, 05-41.953 ; 20 mars 2007, n° 05-44.626), l'intérêt de cette distinction l'est encore par une décision publiée au *Bulletin* (Soc. 11 juill. 2007, n° 05-42.517, AJDA 2007. 1895 ) , il ne saurait être fait application à une salariée sous contrat emploi consolidé, qui est un contrat de droit privé, du régime de durée du travail et de rémunération prévu pour les agents publics d'un établissement médico-social géré par une personne publique, de sorte que, le décret instituant une durée d'équivalence de la durée légale du travail dans les établissements gérés par des personnes privées n'étant pas d'avantage applicable dans l'établissement en question, cette salariée peut se trouver avantagée par rapport à ses collègues agents publics quant au paiement des heures de nuit sans que le principe « *à travail égal, salaire égal* » soit méconnu. On songe ensuite au type de contrat de travail (contrat à durée indéterminée ou contrat à durée déterminée), au régime de temps de travail, aux éléments du statut collectif applicable. A considérer l'espèce, l'arrêt du 15 mai 2007 semble d'abord contraster avec un arrêt antérieur, admettant que la qualité d'intermittente du spectacle d'une salariée embauchée par contrat à durée déterminée par une société de production artistique, et le défaut de prise en compte de son ancienneté, « *pouvaient justifier* » qu'elle soit mieux payée qu'une collègue occupant un emploi identique sous contrat à durée indéterminée et bénéficiant d'autres avantages en tant que membre du personnel permanent (Soc. 28 avr. 2006, Bull. civ. V, n° 152 ; D. 2006. IR. 1334, obs. E. Chevrier, et 2007. Pan. 179, spéc. 185, obs. A. Jeammaud  ; JCP S 2006. 1440, note J.-F. Césaró). Dans cette affaire, les conditions d'emploi des salariées différaient donc sur plusieurs points relevés par les juges du fond auquel reproche est fait de ne pas en avoir tiré les conséquences. L'arrêt de mai 2007 affirme seulement qu'une différence de statut ne suffit pas à caractériser une différence de situation justifiant une différence de rémunération. Il n'y a donc pas, entre les deux décisions, une opposition qui accentuerait l'évolution perceptible dans la position de la cour (dans le même sens : C. Radé, obs. préc.).

Un autre arrêt (Soc. 11 juillet 2007, n° 06-42.128, D. 2007. AJ. 2167 ; RDT 2007. 661, obs. G. Pignarre ) éclaire la signification et la portée positive du principe : « *la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux* » (des différences de rémunération conviendrait-il de dire). Mais il réserve aussitôt une exception : celle des *différences découlant des avantages individuels acquis par les salariés engagés avant la dénonciation et maintenus en vertu de l'article L. 132-8, alinéa 6 du code du travail*. Et de préciser la raison d'être de cette disposition, qui vaut donc justification de l'exception - le maintien de ces avantages compense, en l'absence de signature d'un accord de substitution, le préjudice subi par les salariés embauchés avant la dénonciation et du fait de cet acte - avant de relever que les demandeurs, en l'espèce, avaient été engagés après la date de la dénonciation et ne pouvaient donc prétendre à la rémunération résultant, pour leurs collègues plus anciens, du maintien des avantages individuels acquis.

Que l'article L. 132-8 du code du travail fonde une différence des rémunérations, entre « anciens » et « nouveaux » salariés, correspondant aux avantages individuels acquis paraît indiscutable et logique : ses dispositions tirent les conséquences et instituent, à la fois, une différence de situation. D'ailleurs, cela concerne la mise en cause de l'accord, en vertu de l'alinéa 7 de cet article (Soc. 11 janv. 2005, Dr. soc. 2005. 323, obs. C. Radé), autant que sa dénonciation en vertu de l'alinéa 6 (F. Champeaux, La dénonciation des accords et le principe d'égalité de traitement, SSL, n° 1319, 10 sept. 2007, p. 11). L'idée que la date de l'embauche - antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur, la dénonciation ou la mise en cause d'un accord collectif - demeure sans incidence sur le bénéfice de cet accord en matière de la rémunération (sauf au regard des dispositions conventionnelles ayant pour objet de compenser un préjudice subi du fait de cet événement par les salariés présents à sa date) n'est pas nouvelle. Elle a déjà joué en faveur de salariés postérieurement embauchés (Soc. 21 févr. 2007, RDT 2007. 320, obs. T. Aubert-Monpeyssen  ; Dr. soc. 2007. 647, obs. C. Radé) ou à leur détriment (Soc. 1er déc. 2005, Dr. soc. 2006. 224, obs. C. Radé ; 16 janv. 2007, n° 05-42.212 et 05-42.213, RDT 2007. 320, obs. T. Aubert-Monpeyssen ) .

Au vu de l'ensemble des arrêts rendus par la Chambre sociale durant la période observée, le principe semble un peu plus utile que précédemment aux salariés qui l'invoquent. Mais l'évaluation de ses performances doit, logiquement, être nuancée. Ainsi relève-t-on une série de décisions (quatre du 16 mai et une du 3 juillet statuant sur une quarantaine de pourvois) qui prononcent des cassations au visa du seul principe en reprenant l'analyse, très discutée, de l'arrêt *CRAMIF* du 3 mai 2006 (D. 2006. IR. 1404, obs. E. Pahlawan-Sentilhes, et 2007. Pan. 179, spéc. 185, obs. A. Jeammaud  ; RDT 2006. 108, obs. G. Pignarre  ; JCP S 2006. 1496, note J.-F. Césaró), c'est-à-dire en admettant qu'une diversité de situation puisse tenir à la spécificité du « parcours professionnel » de certains salariés. On comprend les hésitations à vanter les mérites du « *principe Ponsolle* » (V. les points de vue inégalement optimistes de T. Aubert-Monpeyssen et J.-M. Gasser, Controverse, RDT 2007. 632 ) .

2 - L'affirmation d'un principe d'égalité de traitement entre salariés d'un même employeur

On a pu avancer naguère, à partir d'une interprétation de quelques arrêts de la Cour de cassation, que cette dernière venait de faire advenir à la positivité un *principe d'égalité de traitement de tous les salariés d'un même employeur* (A. Jeammaud, Du principe d'égalité de traitement des salariés, Dr. soc. 2004. 694 ; G. Auzero, L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise, Dr. soc. 2006. 822). Mais la prudence s'imposait sur ce point, si illustratif de l'irréductible indétermination de la teneur normative du « droit en vigueur ». Ne peut-on, aujourd'hui, être plus affirmatif ?

Un arrêt énonce, pour rejeter le pourvoi d'une société qui n'invoquait pas « *à travail égal, salaire égal* », que « *doit être assurée, en application de la règle énoncée par les articles L. 133-5, 10° et L. 136-2, 8° du code du travail, l'égalité de traitement entre tous les salariés d'une même entreprise, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* » ; de sorte que méconnaîtrait « *ce principe* » un accord d'entreprise de réduction du temps de travail excluant du bénéfice (salarial) rétroactif de ses dispositions les salariés ayant quitté l'entreprise avant son entrée en vigueur, alors que tous les salariés ayant travaillé en 2000 se trouvaient dans une situation identique au regard du temps de travail pour cette période (Soc. 16 mai 2007, n° 05-44.565). Bien que non publiée au *Bulletin*, cette décision retient l'attention par la généralité d'objet du principe-règle qu'elle mobilise, soulignée par l'invocation, au soutien de sa positivité - et à la manière dont des arrêts antérieurs sollicitaient des dispositions de même profil - des textes, issus par la loi du 16 novembre 2001, qui évoquent le « *principe d'égalité de traitement entre salariés, quelle que soit leur appartenance à une ethnie, une nation ou une race...* ». La sollicitation de ces dispositions est, historiquement comme logiquement, encore plus contestable que lorsqu'elle prétendait appuyer la référence au principe « *à travail égal, salaire égal* », car « *l'égalité de traitement* » nommée par ces passages d'articles est en vérité une règle de non-discrimination (« *quelle que soit* » ou « *sans considération de l'appartenance à une ethnie...* ») ! Mais, outre qu'il n'est question, ni dans le moyen du pourvoi tel que le relate l'arrêt, ni dans le motif propre du rejet, de « *à travail égal, salaire égal* » alors que l'objet du litige était de nature

salariale, ce vain renfort textuel pourrait signaler que les conseillers de la Chambre sociale ont conscience d'appliquer une norme autre que le « *principe Ponsolle* », désormais visé ou invoqué sans l'appui d'aucune disposition législative.

Un motif de rejet logé dans un autre arrêt inédit semble se situer sur le plan de l'égalité de traitement, sans point d'application plus précis, alors que l'arrêt attaqué et la critique dirigée contre lui par le pourvoi, se référaient à « *la règle à travail égal, salaire égal* » (Soc. 30 mai 2007, n° 04-43.503, inédit). Mais il est trop sibyllin pour nourrir l'interprétation qui nous occupe. Plus significatif paraît être l'arrêt *Office d'équipement hydraulique de Corse*, publié au *Bulletin* et retenu pour le Rapport annuel de la Cour (**Soc. 19 juin 2007, n° 06-44.047**, D. 2007. AJ. 1964). A découvrir les mots-clés accompagnant sa publication dans une revue majeure, on peut croire qu'il vise ou évoque et met en oeuvre le principe « *à travail égal, salaire égal* » (Dr. soc. 2007. 1045, obs. C. Radé). Mais il n'en est rien, et cette mention relève, elle aussi, de l'interprétation de la décision. Etait en cause la portée de l'engagement pris, dans les contrats d'affermage d'un service public de distribution et traitement des eaux, par un établissement public à caractère industriel et commercial succédant à une société privée dans la gestion de ce service. Ces contrats contenaient, en effet, des clauses obligeant le nouveau fermier à maintenir aux salariés de l'ancien, en poste à la date de la décision de la collectivité concédante de changer de partenaire, tous les avantages collectifs dont ils bénéficiaient, « *notamment les dispositions relatives aux grilles, indices, à l'avancement et aux primes applicables au personnel* ». La Cour d'appel de Bastia avait estimé que des salariés engagés postérieurement par l'OEHC devaient également bénéficier de ces avantages. Pour rejeter le pourvoi, la Chambre sociale observe que la décision critiquée n'imputait pas cette obligation patronale aux contrats d'affermage eux-mêmes, mais que l'engagement figurant dans ceux-ci au profit du seul personnel en place ne résultait pas d'une disposition légale (genre art. L. 132-8 c. trav.), qu'il n'était pas destiné à compenser un préjudice spécifique subi par cette catégorie de salariés et qu'il avait pour seul objet de maintenir des avantages de caractère collectif. La juridiction du fond en avait donc « *exactement déduit que l'inégalité de traitement résultant du refus du nouveau fermier d'en faire bénéficier les salariés engagés par la suite et affectés dans la même entité, pour y exercer des travaux de même valeur, n'était pas justifiée par des raisons objectives* ». Au point que ce refus avait constitué un trouble manifestement illicite (le contentieux était né d'une saisine du juge des référés par un syndicat), donc, pour le moins, une violation de la règle de droit. Notons que les avantages en cause n'étaient pas seulement des éléments de rémunération, même s'ils avaient vocation à influencer les salaires des intéressés : l'objet de la dispute débordait donc celui que gouverne le principe « *à travail égal, salaire égal* ». Celui-ci semblait rester étranger au débat. Nulle trace dans le rapport de M. le conseiller P. Bailly (SSL, n° 1314, 2 juill. 2007) : la norme de référence de l'analyse et du raisonnement juridique de la Chambre sociale semble bien être, décidément, un principe d'égalité de traitement des salariés d'un même employeur, dont le principe « *à travail égal, salaire égal* » ferait aujourd'hui figure de « *simple* » application.

A. J.

B - Validité des clauses relatives au salaire

Dans un arrêt du 10 mai 2007 (**Soc. 10 mai 2007, n° 05-44.313**, Bull. civ. V, n° 73 ; D. 2007. AJ. 1423 ; RDT 2007. 594, obs. M. Véricel ) la Cour de cassation neutralise une nouvelle fois une clause relative au salaire qui figurait dans un contrat de travail. En effet, elle juge « *illicite la clause contractuelle subordonnant la rémunération du travailleur à domicile au règlement par le client de la commande qu'il a enregistré* ». En l'espèce, il s'agissait d'une télévendeuse à domicile, engagée à temps partiel, dont la rémunération forfaitaire dépendait du nombre de commandes enregistrées et payées par le client. Les travailleurs à domicile sont légalement assimilés à des salariés de droit commun. Ils bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables en matière de salaire (art. L. 721-6 c. trav. ; art. L. 7413-2 nouveau code).

Il était donc logique que la Cour de cassation leur transpose sa jurisprudence qui encadre les clauses relatives à la détermination du salaire. Pour la cour, une telle clause n'est licite que si « *elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels* » (Soc. 2 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 229 ; D. 2003. Somm. 391, obs. V. Wauquier ) La cour confirme cette solution par son arrêt du 10 mai 2007 : la rémunération d'un travailleur à domicile ne saurait dépendre des profits réalisés. Le risque de l'entreprise ne doit nullement reposer sur ce dernier, pas plus que cela n'est toléré à l'égard d'un salarié « *classique* ».

L'arrêt confirme de plus que l'emploi d'un travailleur à domicile, bien que rémunéré forfaitairement, n'est pas incompatible avec un emploi à temps partiel (V. déjà Soc. 16 déc. 2005, Bull. civ. V, n° 370). L'arrêt du 10 mai 2007 rappelle enfin que « *le travailleur à domicile a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures de travail qu'il a effectué* », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Lorsque le montant de la rémunération n'est pas déterminé par le temps passé au travail, ce correctif doit impérativement jouer (V. déjà Soc. 25 mai 2005, Bull. civ. V, n° 179 ; D. 2005. IR. 1734  ; 10 nov. 2004, Bull. civ. V, n° 282 ; D. 2004. IR. 3196 .

F. F.

C - Pouvoir disciplinaire et libertés fondamentales

Plusieurs arrêts de cassation rendus au cours de la période mai-août 2007 apportent d'utiles précisions sur le difficile agencement des libertés fondamentales et du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La liberté d'expression (1), le respect de la vie privée (2) et la liberté de manifestation (3) ont tour à tour été confrontés, avec plus ou moins de succès, à l'exercice de ce pouvoir.

1 - Liberté d'expression et pouvoir disciplinaire

La Cour de cassation considère que l'exercice abusif de la liberté d'expression peut être sanctionné par l'employeur. Les propos diffamatoires, calomnieux ou injurieux, en particulier lorsqu'ils ont fait l'objet d'une large diffusion, caractérisent généralement l'abus (Soc. 27 juin 2007, n° 06-43.507 ; 12 juin 2007, n° 05-45.333 ; 3 mai 2007, 05-44.695). Encore faut-il que le comportement du salarié ne soit pas excusable. Ainsi, des propos excessifs voire injurieux ne peuvent être reprochés à un salarié lorsqu'ils sont adressés à des supérieurs hiérarchiques, auteurs d'un harcèlement à son égard (**Soc. 4 juill. 2007, n° 06-41.071**). La solution n'est pas entièrement nouvelle. La Cour régulatrice a déjà été amenée à préciser qu'une dénonciation à la direction ou au procureur de la République de faits qui s'avèrent inexacts n'est pas fautive lorsque le salarié est de bonne foi. La dénonciation calomnieuse ne peut être retenue dès lors que le salarié est persuadé de la réalité des faits relatés (Soc. 8 nov. 2006, Bull. civ. V, n° 331 ; D. 2007. Pan. 686, obs. O. Leclerc  ; RDT 2007. 98, obs. J. Lévy-Amsallen  ; 12 juill. 2006, Bull. civ. V, n° 245 ; D. 2006. IR. 2124 .

2 - Respect de la vie privée et pouvoir disciplinaire

Lorsque l'employeur entend réagir à un comportement du salarié qui relève de la sphère privée, ce n'est pas l'abus mais le trouble qui est mobilisé par les magistrats. Le trouble est une situation de désordre, une réaction vive des tiers susceptible d'engendrer un dommage pour l'entreprise. La Chambre sociale de la Cour de cassation a souvent énoncé que le trouble généré par un comportement de vie personnelle du salarié ne peut lui être imputé à faute (Soc. 16 déc. 1997, Bull. civ. V, n° 441 ; D. 1998. IR. 42  ; JCP 1998. 1119, note M.-C. Escande-Varniol ; 26 sept. 2001, CSB 2001, n° 135, A. 39, obs. C. Charbonneau) mais quelques arrêts récents ont semé le doute (Soc. 25 janv. 2006, Bull. civ. V, n° 26 ;

D. 2006. IR. 394, et Pan. 2702, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot [☞](#) ; Dr. soc. 2006. 839, note J. Mouly ; *ibid.* 848, nos obs. ; 16 mars 2004, JCP E 2004, n° 39, p. 1499, note J. Colonna). L'arrêt rendu par la Chambre mixte le 18 mai 2007 vient non seulement clarifier la solution sur ce point mais apporte également d'intéressantes précisions sur le secret des correspondances (**Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803**, D. 2007. Jur. 2137, obs. J. Mouly ; RDT 2007. 527, obs. T. Aubert-Monpeyssen [☞](#) ; SSL 2007, n° 1310, obs. P. Waquet ; RJS 7/07, p. 607, concl. C. Mathon).

Un salarié, abonné à une revue destinée à des couples échangistes, se fait adresser le magazine sur son lieu de travail. L'enveloppe ne mentionne pas le caractère personnel de son contenu. Seuls le nom et la fonction du salarié figurent sur le pli. Aussi le service du courrier l'ouvre et le dépose au standard à l'intention de son destinataire. Quelques salariés aperçoivent la revue et s'en offusquent. L'employeur réagit en rétrogradant le salarié. Arguant du droit au respect de sa vie privée, le salarié saisit les juges d'une demande en annulation de la sanction. Il est débouté au motif que le magazine, particulièrement obscène, a provoqué un trouble dans l'entreprise et porté atteinte à son image de marque. Nul doute que la revue litigieuse déposée dans un lieu de passage a généré un trouble mais une sanction disciplinaire peut-elle pour autant être prononcée ? La Cour de cassation adopte une solution respectueuse de la vie personnelle du salarié tout en préservant les intérêts de l'entreprise : l'employeur peut user de son pouvoir disciplinaire si le salarié a violé une obligation professionnelle, en revanche si le trouble résulte d'un acte de vie privée, ou plus généralement, de vie personnelle, l'employeur peut seulement recourir à son pouvoir de direction pour mettre un terme à la perturbation. En l'espèce, il convenait de vérifier si le salarié avait manqué à ses obligations professionnelles en se faisant adresser une revue sur son lieu de travail. La réponse apportée par la Cour de cassation est négative et les termes employés se prêtent à une généralisation. Le contenu obligationnel légal du contrat de travail ne comprend pas une telle interdiction. Partant, en l'absence de clause spécifique du contrat ou du règlement intérieur, aucune faute disciplinaire ne peut être imputée au salarié qui s'est fait envoyer un courrier privé à son lieu de travail. L'employeur peut uniquement répondre au trouble en modifiant les conditions de travail du salarié voire en le licenciant pour motif personnel non disciplinaire. On notera que si une disposition spéciale du contrat ou du règlement intérieur prévoit une telle interdiction, le salarié sera encore non fautif si l'émetteur du courrier agit indépendamment de toute demande du salarié. Ce dernier ne peut être responsable d'une décision prise par autrui (V. cep. les obs. de P. Waquet préc.).

L'arrêt de la Chambre mixte mérite l'attention à un autre titre. En ouvrant le courrier adressé au salarié, l'employeur ne viole-t-il pas le secret des correspondances ? La Cour de cassation énonce que l'ouverture d'un pli dont seule la lecture permet de découvrir le caractère privé ne peut être reprochée à l'employeur. La solution doit être approuvée et permet de préciser la portée du célèbre arrêt *Nikon* (Soc. 2 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 291 ; D. 2001. Jur. 3148, note P.-Y. Gautier, Interview. 3286, P. Langlois, et 2002. Somm. 2296, obs. C. Caron [☞](#) ; RTD civ. 2002. 72, obs. J. Hauser [☞](#)), selon lequel le salarié a droit au temps et lieu de travail au respect du secret de ses correspondances. Il convient désormais de distinguer les courriers identifiés comme personnels et ceux dépourvus de toute précision. Pour les premiers, l'employeur ne peut en prendre connaissance (arrêt *Nikon*, préc.) tout au moins sans l'intervention et le contrôle d'un juge (Soc. 23 mai 2007, D. 2007. AJ. 1590, obs. A. Fabre [☞](#) ; SSL 2007, n° 1319, note J.-E. Ray). L'arrêt du 17 mai 2005 qui précise que l'employeur peut ouvrir un fichier informatique identifié comme personnel en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé, ne concerne pas les correspondances privées (Bull. civ. V, n° 165 ; D. 2005. IR. 1448, obs. E. Chevrier, Pan. 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot, et 2006. Pan. 29, obs. CRDS de l'IETL Lyon 2 [☞](#) ; R. de Quenaudon, Jurisprudence « Nikon » : la suite mais non la fin, D. 2005. Tribune. 1873 [☞](#) ; Dr. Soc. 2005. 789, obs. J.-E. Ray). Pour les seconds - les courriers adressés au lieu de travail sans aucune précision - ils sont présumés avoir un caractère professionnel (V. toutefois les nuances apportées par J. Mouly, note préc.). La solution est en adéquation avec la position antérieure de la Chambre criminelle selon laquelle l'ouverture d'une lettre parvenue sur les lieux de travail, sans indication du caractère privé de son contenu, ne caractérise pas l'infraction de violation du secret des correspondances, faute de mauvaise foi de l'auteur des faits (Crim. 16 janv. 1992, Gaz. Pal. 1992. II. Somm. 296). L'arrêt de la Chambre mixte complète également deux arrêts de la Chambre sociale énonçant qu'un fichier informatique ou un document papier ne mentionnant pas leur caractère privé est présumé avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors la présence du salarié (**Soc. 16 mai 2007, n° 05-43.455** pour un fichier informatique et n° 05-43.183 pour un document papier. V. déjà en ce sens Soc. 18 oct. 2006, D. 2006. IR. 2753, et 2007. Pan. 686, obs. F. Guiomard [☞](#) ; RDT 2006. 395, obs. de Quenaudon [☞](#)). La suite du raisonnement tenu par la Chambre mixte est en revanche plus novateur : « *l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire* ». La solution n'étonne pas en raison des faits de l'espèce. L'ouverture de la correspondance privée a permis la connaissance d'informations relatives à la vie personnelle. Ces données échappant par nature au pouvoir disciplinaire, il est logique que le contenu de la revue litigieuse soit jugé impropre à fonder une sanction. Mais la portée de la solution doit sans doute être nuancée. Imaginons un employeur qui ouvre par erreur une *correspondance privée*, dont la lecture dévoile un comportement en lien avec la vie professionnelle. Par exemple le courrier émane d'un ami du salarié et révèle que ce dernier a violé son obligation de discrétion voire de non-concurrence. Une procédure disciplinaire devrait pouvoir être engagée. Se pose alors un épineux problème : l'employeur, soucieux de se ménager une preuve, pourrait-il conserver le courrier ? Il est permis d'en douter car il y aurait alors détournement d'une correspondance privée sanctionnée pénalement par l'article 226-15 du code pénal. Reste que l'employeur pourrait en faire une photocopie, à supposer que la jurisprudence en matière de reproduction de document appartenant à l'entreprise soit ici transposable (Soc. 2 déc. 1998, D. 1999. Jur. 431, note H. K. Gaba, et 2000. Somm. 87, obs. S. Frossard [☞](#) ; Crim. 11 mai 2004, Dr. Soc. 2004. 938, note Duquesne ; *ibid.* 1042, note Mouly).

3 - Liberté de manifestation et pouvoir disciplinaire

Deux arrêts du 23 mai 2007 (**Soc. 23 mai 2007, n° 05-41.374**, RDT 2007. 586, obs. T. Aubert-Monpeyssen ; JCP S 2007, n° 27, 1510, note R. Vatinet) attirent l'attention car ils traitent pour la première fois à notre connaissance de la liberté de manifestation du salarié, qualifiée de « *liberté collective* », au sens de l'article L. 120-2 du code du travail. En l'espèce, deux salariés d'une société d'autoroutes participent à une manifestation piétonne pour protester contre la réforme des retraites. Les voies autoroutières de la société sont envahies, une gare de péage bloquée. Aussi, l'employeur prononce-t-il à l'encontre des deux salariés une sanction disciplinaire. Quoique situés au lieu du travail, les faits se sont déroulés en dehors du temps de travail. Dès lors, seule la liberté de manifestation est en cause, non le droit de grève. La cour d'appel retient l'existence d'une faute disciplinaire au motif qu'en manifestant, les salariés ont participé à la naissance d'un trouble objectif au sein de l'entreprise. La solution est censurée par la Cour de cassation. Les juges du fond ne peuvent qualifier de fautif le comportement des salariés sans vérifier au préalable un manquement à une obligation professionnelle. Il convient donc de vérifier si « *la seule relation du travail* », ou dit autrement, les rapports d'emploi, impliquent une interdiction implicite de participer à certaines manifestations. La Cour de cassation ne donne aucune réponse générale. En d'autres termes, manifester hors du temps de travail n'est pas nécessairement un fait de vie personnelle, échappant à toute mesure disciplinaire. L'employeur peut éventuellement poser une telle interdiction mais l'entreprive apportée à la liberté de manifestation doit être passée au crible de l'article L. 120-2 du code du travail. Les termes de cette disposition ne sont toutefois pas exactement repris par les Hauts magistrats. L'arrêt énonce qu'il faut tenir compte des fonctions du salarié et de la nature *de l'entreprise*. La formule laisse entendre que seuls certains salariés d'entreprises de tendance pourraient voir leur liberté de manifestation réduite.

Reste que la Cour de cassation refuse clairement tout amalgame entre faute et trouble. La faute est une violation d'une obligation professionnelle. Le trouble est une conséquence d'un comportement du salarié. Provoquer un trouble peut être fautif mais uniquement lorsque le comportement du salarié caractérise également la violation d'une obligation professionnelle. Réciproquement, manquer à une obligation professionnelle est fautif même s'il n'en résulte aucun trouble.

Cette distinction, ferme, contraste avec les hésitations antérieures de la Chambre sociale (Soc. 3 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 361).

Un dernier point mérite d'être relevé. La cour d'appel souligne que l'envahissement de la voie constituait une violation des règles les plus élémentaires de sécurité. L'argument n'est pourtant pas retenu par la Cour de cassation. Ainsi, le salarié d'une société d'autoroutes qui se trouve sur les voies en qualité de simple usager ne peut être disciplinairement sanctionné pour manquements aux règles de sécurité posées par l'entreprise. La solution contraste encore une fois avec certaines solutions antérieures, qui semblaient reprendre la qualification de faute, dès lors qu'un comportement du salarié, commis hors temps de travail pouvait générer des inquiétudes en matière de sécurité (Soc. 2 déc. 2003, Bull. civ. V, n° 304 ; D. 2004. Jur. 2462, note B. Boudias [📄](#) ; RTD civ. 2004. 263, obs. J. Hauser [📄](#) ; *ibid.* 729, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#) : arrêt qui qualifie de faute le fait pour un chauffeur poids lourd de conduire sous l'empire d'un état alcoolique en dehors du temps de travail).

Avec les arrêts des 18 et 23 mai 2007 la Cour de cassation entend bien préserver les libertés des salariés en encadrant strictement le pouvoir disciplinaire. Ne peuvent être qualifiés de faute des comportements situés en dehors de la sphère de ce pouvoir.

C. G.

II - Temps de travail : régime des heures supplémentaires

Les évolutions récentes sont d'abord légales : les heures supplémentaires bénéficient désormais d'exonérations fiscales et sociales, adoptées par la loi du 21 août 2007 (1). La question de la preuve des heures supplémentaires est donc plus que jamais d'actualité et la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser les règles qui gouvernent l'administration de cette preuve (2) et d'affirmer qu'« à l'évidence » la grève motivée par le non-paiement des heures de grève devait être payée (V. ci-dessous, IV, B).

A - Exonérations

La loi « TEPA » du 21 août 2007 (**L. n° 2007-1223, 21 août 2007**, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, JO 22 août, p. 13945 ; Y. Paclot et C. Malecki, *Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées*, D. 2007. Chron. 2481 [📄](#)), a forgé un nouveau régime social et fiscal de la rémunération des heures supplémentaires. La rémunération de ces heures est désormais exonérée d'impôt sur le revenu et est largement exonérée de charges sociales (sur le montant exact de ces réductions, V. le décret d'application n° 2007-1380, 24 sept. 2007, JO 25 sept.). Le texte, complexe, tente d'appliquer les avantages nouveaux aux différents modes d'organisation du temps de travail (temps partiel, modulé, heures choisies, etc.), sans parvenir à les englober tous, tant ces modes sont divers (V. not. SSL, 13 oct. 07, p. 2-4). Il en résulte d'innombrables difficultés d'application et un véritable casse-tête pour les entreprises qui souhaiteraient bénéficier de la mesure. Au point que la complexité de la loi pourrait inciter ces dernières à ne plus demander aux salariés d'heures supplémentaires... Ce qui, bien entendu, irait dans un sens strictement inverse à la finalité poursuivie par le législateur.

E. D.

B - Preuve

L'article L. 212-1-1 du code du travail (art. L. 3171-4 nouveau code) ne fait peser spécialement la charge de la preuve des heures supplémentaires sur aucune des parties. Lorsqu'un salarié exige le paiement d'heures, il doit fournir « *au préalable des éléments de nature à étayer sa demande* » (Soc. 25 févr. 2004, Bull. civ. V, n° 62 ; D. 2004. IR. 926 [📄](#) ; 31 mai 2006, Bull. civ. V, n° 200 ; RDT 2006. 102, obs. P. Waquet [📄](#) ; *ibid.* 182, obs. G. Pignarre [📄](#)). Une fois cette exigence remplie et seulement à partir de là, le juge va devoir examiner les éléments que l'employeur est tenu de lui fournir et qui vont permettre de justifier les horaires effectivement réalisés (Soc. 3 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 261 ; D. 1998. Somm. 261, obs. A. Lyon-Caen [📄](#)). Cela étant, la Cour de cassation doit régulièrement insister sur le fait que le salarié doit seulement « étayer » sa demande car les juges du fond se montrent parfois trop exigeants à l'égard des éléments qui sont rapportés par le salarié. Or, cela revient à faire supporter la charge de la preuve à ce dernier. La formule qu'utilise la Chambre sociale le 10 mai 2007 (n° 05-45.932 Bull. civ. V, n° 71 ; D. 2007. AJ. 1505 [📄](#)) est, en ce sens, très claire : « *[le juge] ne peut rejeter une demande en paiement d'heures complémentaires aux motifs que les éléments produits par le salarié ne prouvent pas le bien-fondé de sa demande* ».

Dans cette affaire, une salariée à temps partiel avait produit des tableaux récapitulatifs établis par ses soins sans approbation de son employeur, pour réclamer le paiement d'heures complémentaires. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de dire qu'un tel document constitue un élément de nature à étayer la demande du salarié (Soc. 30 sept. 2003, Bull. civ. V, n° 248 ; 19 mai 2004, n° 02-41.810). Exiger de ces éléments qu'ils prouvent la réalité des heures réalisées serait contraire à l'article L. 212-1-1 du code du travail (art. L. 3171-4 recod.). Par conséquent, l'insuffisance de leur valeur probatoire n'autorise pas les juges du fond à rejeter la demande.

De même, le 11 juillet 2007 (**Soc. 11 juill. 2007, n° 06-41.706**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2007. AJ. 2241 ; RDT 2007. 594, obs. M. Véricel [📄](#)), la Cour casse l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un chauffeur livreur de sa demande en paiement d'heures supplémentaires alors pourtant que ce dernier avait produit des bordereaux de remises de marchandises. La Cour de cassation sanctionne aux motifs qu'il résultait des propres constatations de la cour d'appel « *que la prétention du salarié était étayée de divers éléments et que l'employeur ne fournissait aucun élément contraire* ». En définitive, la cour instaure une procédure en deux temps qui s'apparente à l'aménagement de la preuve qui existe en matière de discrimination (art. L. 122-45, al. 4, c. trav. ; art. L. 1134-1 nouveau code). L'employeur est détenteur du pouvoir de direction et des principaux documents utiles à la preuve. Il doit être en mesure de rapporter les éléments susceptibles de contraindre une demande étayée du salarié.

F. F.

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

La qualification de « *prise d'acte de la rupture* », lorsque l'acte émane du salarié, vise les cas dans lesquels le salarié affirme que le contrat est rompu à la suite d'un fait imputable à l'employeur. Une démission « *équivoque* » peut être requalifiée en une telle « *prise d'acte* ». La solution n'est pas nouvelle (V. Soc. 15 mars 2006, Bull. civ. V, n° 109). Mais les neuf arrêts rendus le 9 mai 2007 en modifient très substantiellement la portée (**Soc. 9 mai 2007**, neuf arrêts dont cinq à paraître au *Bulletin*, n° **05-42.301** ; **05-40.315** ; **05-41.324** ; **05-41.325**, et **05-40.518**, D. 2007. AJ. 1495, obs. J. Cortot. Sur ces arrêts, V. not. J.-Y. Frouin, *Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié*, RDT 2007. 150 [📄](#) ; *ibid.* 452, obs. G. Auzero [📄](#) ; J. Péliissier, *La remise en cause des démissions*, RJS 07/2007, Chron. 591-594). Ces arrêts permettent de qualifier très facilement une démission d'« *équivoque* », ce qui accroît d'autant le champ de la « *prise d'acte de la rupture* » par le salarié.

Une démission était déjà qualifiée d'« *équivoque* », lorsqu'elle était accompagnée d'une lettre qui mentionnait un certain nombre de reproches faits à l'employeur (Soc. 15 mars 2006, préc.). Désormais, il suffit que la lettre soit « *accompagnée*

d'un décompte des sommes que le salarié prétendait lui être dues au titre de ses heures supplémentaires et repos compensateur » (Soc. 9 mai 2007, n° 05-40.315, à paraître au *Bulletin* ; RDT 2007. 452, obs. G. Auzero ). Surtout l'équivoque est encore présente alors que la lettre de démission est, elle, parfaitement univoque. Ainsi, des lettres dans lesquelles les salariés affirmaient démissionner exclusivement pour « raisons personnelles », sans formuler aucun griefs ni aucune réserves, n'en sont pas moins porteuses de démissions équivoques, lorsque, peu de temps auparavant, des entorses à la législation sur les heures supplémentaires et le temps de travail avaient été signalées à l'inspecteur du travail (Soc. 9 mai 2007, n° 05-41.324, à paraître au *Bulletin*). L'existence de litiges ou même simplement de conflits antérieurs peut donc suffire à entacher d'équivoque une démission. Or de tels conflits sont très fréquents avant qu'une lettre de démission ne soit envoyée.

Toutefois, pour que l'équivoque soit admise et que la requalification en prise d'acte soit obtenue, une certaine diligence reste requise des salariés : plus le salarié attend, à la suite de sa « démission » et plus sa volonté de démissionner apparaît dépourvue d'équivoque (pour une démission sans équivoque, alors que l'action en justice avait eu lieu plusieurs mois après la démission, V. not. Soc. 9 mai 2007, n° 05-40.518, préc. à paraître au *Bulletin* et n° 04-48.029, inédit).

Il demeure, à la lecture de ces arrêts du 9 mai 2007, que la notion d'équivoque est désormais très largement comprise. La qualification de démission devient rare, et la qualification de prise d'acte prend ainsi l'essentiel de l'espace dévolu aux ruptures par acte unilatéral du salarié. Cette évolution se comprend mieux lorsque l'on constate que la qualification de « prise d'acte » ne préjuge en rien de la solution. Elle n'est qu'un moyen, pour la Cour de cassation, d'ouvrir une véritable recherche de l'imputabilité de la rupture.

La prise d'acte de la rupture par le salarié peut avoir les mêmes conséquences qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais c'est seulement dans le cas où la décision de rompre était justifiée par des faits reprochés à l'employeur (Soc. 25 juin 2003, *Technoram*, D. 2003. Jur. 2396, note J. Pélissier  ; GADT, n° 83 ; Dr. soc. 2003. 824, note G. Couturier et J.-E. Ray ; 19 oct. 2004, Bull. civ. V, n° 263 ; D. 2004. IR. 2891  ; 19 janv. 2005, deux arrêts, Bull. civ. V, n° 11 et 12 ; D. 2005. IR. 312, et Pan. 2499, obs. B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier  ; Dr. soc. 2005. 474, note F. Favennec-Hery). En revanche, si les faits invoqués ne justifient pas la rupture, la prise d'acte par le salarié produit les effets d'une simple démission (V. les arrêts préc.).

Le salarié qui prend acte de la rupture court donc le risque d'être privé de toutes indemnités, si les faits qu'il invoque n'apparaissent pas suffisants. En revanche, s'ils apparaissent suffisants, il bénéficiera non seulement d'indemnités de préavis et de licenciement, mais de l'indemnisation spéciale du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il n'est plus de demi-mesure. Et le retour en arrière est exclu : prendre acte de la rupture, c'est rompre le contrat de travail. Le salarié ne pourra revenir sur sa décision et reprendre le travail. L'employeur ne peut pas non plus intervenir en catastrophe pour licencier le salarié en suivant la procédure requise et en invoquant une cause réelle et sérieuse : on ne peut rompre un contrat déjà rompu (Soc. 19 janv. 2005, préc.).

E. D.

IV - Grève

Alors que le législateur esquisse une limitation du droit de grève en s'attaquant d'abord aux grèves dans les transports terrestres réguliers de voyageurs (A), la jurisprudence renforce sa jurisprudence protectrice du droit de grève, en affirmant que les grèves motivées par le non-paiement des heures supplémentaires doivent être payées (B).

A - Préavis individuel de grève

Depuis la **loi n° 2007-1224 du 21 août 2007** (art. 5, II, JO 22 août, p. 13956), les salariés des entreprises de transport terrestre régulier de personnes sont tenus de prévenir leur employeur de leur intention de se mettre en grève au moins 48 heures à l'avance (sur cette loi, V. J.-E. Ray et E. Millard, La loi « continuité du service public des transports terrestres de personnes » : bienvenue ou dangereuse, légitime ou attentatoire au droit de grève ?, RDT 2007. 560 ). Cette exigence d'un préavis individuel avait été rejetée avec force par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 juin 2006, dans une espèce où était en cause le service public des transports aérien (Bull. ass. plén., n° 7 ; D. 2006. IR. 1843, obs. A. Astaix  ; RDT 2006. 248, obs. N. Olszak  ; *ibid.* 404, obs. O. Leclerc  ; Dr. soc. 2006. 935, obs. E. Dockès). Le législateur a contredit cette solution, dans le domaine limité du transport terrestre régulier de personnes.

Cette réforme va beaucoup plus loin que l'exigence actuelle d'un préavis collectif. En imposant un préavis individuel pour chaque salarié, elle ouvre la porte à de possibles pressions individualisées, l'employeur étant mis au courant à l'avance des personnes qui entendent exercer leur droit de grève. On peut douter de l'utilité de cette restriction faite au droit de grève. La formalité nouvelle n'a rien d'un service minimum et ne permet nullement d'assurer la continuité du service public (V. E. Millard, préc.). Le Conseil constitutionnel a cependant admis la constitutionnalité de la mesure au nom de la continuité du service public (**Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC**, pt 29). Une réserve d'interprétation a été formulée à cette occasion : l'obligation de préavis nouvelle « n'est opposable qu'aux seuls salariés dont la présence détermine directement l'offre de services ». Pareil motif confirme l'impossibilité d'étendre l'obligation de préavis individuel en dehors des exigences du service public.

Le préavis individuel imposé par la loi nouvelle n'est pas imposé comme condition d'exercice du droit de grève : la grève sans préavis individuel reste licite. Les salariés qui n'ont pas averti l'employeur sont simplement passibles d'une « sanction disciplinaire » pour violation de l'obligation d'information (art. 5, II, al. 2 de la loi, préc., tel que compris par Cons. const., préc., pt 29). Il n'est pas du tout évident que leur licenciement soit alors autorisé : la proportionnalité entre la sanction et la faute que constitue l'absence d'information reste à démontrer *in concreto* devant les juges.

La loi du 21 août 2007 est un petit pas du législateur vers une réglementation plus rigoureuse des grèves. Il ne doit pas pour autant être sous-estimé. Il pourrait s'agir d'une amorce, d'un premier pas suivi d'un deuxième, d'un troisième... On se souvient que tel fut la méthode suivie, avec beaucoup d'efficacité, pour réduire les protections du temps de travail (V. E. Dockès, Le stroboscope législatif, Dr. soc. 2005. 35). Face à ce risque, la décision du Conseil constitutionnel du 16 août 2007 peut apparaître comme un avertissement à destination du législateur, s'il est tenté par cette voie.

E. D.

B - Les grèves motivées par le non-paiement des heures supplémentaires

Le défaut de paiement d'heures supplémentaires a posé une toute autre interrogation dans l'affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre sociale du 3 mai 2007 (**Soc. 3 mai 2007, n° 05-44.776**, Bull. civ. V, n° 65 ; D. 2007. AJ. 1423 ; RDT 2007. 538, obs. O. Leclerc ) et qui faisait suite à un mouvement de grève : un tel manquement de l'employeur est-il « grave et délibéré » ? Guidée par « l'évidence », la Chambre sociale répond par l'affirmative.

Pour comprendre l'enjeu de cette affaire, quelques rappels sont nécessaires. Pendant la grève, le contrat de travail est suspendu de sorte que chacune des parties est dispensée d'exécuter son obligation principale. Aussi les jours de grève ne sont-ils pas payés, ce que rappelle de manière tout à fait superflète la loi du 21 août 2007 en matière de

transports terrestres de voyageurs (art. 10, L. n° 2007-1224). Mais il est une circonstance particulière où l'employeur est tenu de verser intégralement le salaire. Il s'agit de l'hypothèse où un manquement « grave et délibéré » de ce dernier a contraint les salariés à faire grève (Soc. 20 févr. 1991, Bull. civ. V, n° 80 ; D. 1991. IR. 103 ; 2 mars 1994, Bull. civ. V, n° 75 ; D. 1994. IR. 73). En l'espèce, la première question était donc de savoir si le défaut de paiement des heures supplémentaires caractérisait un tel manquement. L'employeur tentait de se défendre en invoquant des difficultés d'application d'un accord de réduction du temps de travail et expliquait ainsi que le manquement à ses obligations n'était pas délibéré. Selon lui, les salariés n'étaient donc nullement contraints de faire grève. La Chambre sociale rejette l'argument. Si l'on observe les arrêts rendus par la cour ces dernières années, on s'aperçoit qu'elle établit une distinction selon que la grève entend faire respecter un droit essentiel des salariés ou selon qu'elle est déclenchée à l'appui d'une revendication. Ce n'est qu'en cas d'atteinte à un droit essentiel que la contrainte à cesser le travail est avérée (Soc. 21 déc. 1977, Bull. civ. V, n° 726 ; 20 févr. 1991, *op. cit.* ; 2 mars 1994, *op. cit.*). Or, de par son caractère alimentaire et parce qu'il est la cause principale du contrat de travail, le paiement du salaire constitue un droit essentiel du travailleur. D'ailleurs la cour a déjà tranché que le retard dans le paiement des salaires constitue un manquement grave et délibéré de l'employeur (Soc. 7 juin 2006, Bull. civ. V, n° 205) sauf à ce qu'il soit placé sous le régime d'un redressement judiciaire (Soc. 26 janv. 2000, Bull. civ. V, n° 37 ; D. 2001. Somm. 119, obs. F. Derrida). Par conséquent, la Chambre sociale affirme ce 3 mai, que « le non-paiement des heures supplémentaires [est] à l'évidence [...] un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations ». Cette formule ne manque pas de vigueur et souligne avec force le caractère illicite du manquement.

Une deuxième question, elle aussi intéressante, était posée à la cour. Pour mettre fin au mouvement, un accord de fin de grève avait été conclu par l'ensemble des organisations syndicales de l'entreprise. Seulement cet accord stipulait que les heures de grève ne seraient pas payées. Or nous savons qu'une trentaine de salariés ont saisi la juridiction prud'homale, en sa formation de référé, pour en réclamer le paiement et qu'ils ont obtenu gain de cause. L'employeur demandait donc à la Cour de cassation qu'elle reconnaisse la validité de la renonciation à ce paiement par accord collectif de fin de grève. Or, celle-ci ne va même pas répondre sur ce point. Mais sa position en la matière est désormais bien connue puisqu'elle a déjà décidé qu'un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié et réduire sa rémunération (Soc. 25 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 64 ; 13 nov. 2001, Bull. civ. V, n° 340). Il résulte au surplus de l'article L. 135-2 du code du travail (art. L. 2254-1 nouveau code) qu'une convention collective ne peut nullement détruire un droit ou un avantage que le salarié tiendrait de son contrat de travail. Dans l'arrêt du 3 mai 2007, la cour ne se prononce même pas sur le terrain de l'opposabilité aux salariés de l'accord de fin de grève. Elle se contente d'affirmer que « le juge des référés a exactement décidé que l'obligation de l'employeur au paiement des provisions sollicitées n'était pas sérieusement contestable, nonobstant le protocole d'accord de fin de grève ». L'accord de fin de grève ne constitue donc pas une contestation sérieuse. La Cour de cassation n'en fait tout bonnement pas cas. Le paiement des jours de grève en cas de contrainte à la cessation du travail est donc dû sans qu'aucune renonciation par convention collective ne soit possible.

F. F.

Mots clés :

CONTRAT DE TRAVAIL * Panorama 2007