



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.87
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

« *Actualité jurisprudentielle de la chambre sociale de la cour de cassation* »

Séance du 27 mars 2009

Hervé GOSSELIN, Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation

Chargé d'aborder les thèmes de l'état de santé, de la durée du travail et de la rémunération, de la discrimination, de l'application du principe à travail égal, salaire égal et du harcèlement moral, j'oserai quelques commentaires in fine sur une poignée d'arrêts particulièrement intéressants bien que ne rentrant pas dans les cases évoquées....si le temps me le permet.

I L'état de santé

On ne reviendra pas sur l'arrêt rendu par la chambre le 5 mars 2008 (Société Snecma N° 06-45.888 Bull V n° 46), très commenté, qui a clairement affirmé que le pouvoir de direction de l'employeur était "encadré" par l'obligation de sécurité de résultat à laquelle il est tenu afin d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

Sur la constatation de l'inaptitude, on notera la réaffirmation par la chambre sociale de sa jurisprudence relative à la qualification de la visite de reprise par le médecin du travail après un arrêt consécutif à un accident du travail ou à une maladie professionnelle d'au moins huit jours ou d'un arrêt maladie d'au moins 21 jours. Par un arrêt du 4 février 2009 (N° 07-44.498 Cegelec Sud-Est), il a été rappelé que s'il appartient à l'employeur de prendre l'initiative de cette visite, le salarié peut aussi en prendre l'initiative directement auprès du médecin du travail à condition d'en avertir l'employeur. Cette visite mettant fin à la suspension du contrat de travail et déclenchant, lorsque le médecin déclare le salarié inapte à la suite de cette seule visite en raison d'un danger immédiat, la nécessité pour l'employeur de rechercher un reclassement et éventuellement la reprise du paiement du salaire au bout d'un mois, il est parfaitement justifié que l'employeur soit averti de la démarche du salarié. La qualification de visite de reprise donnée par le médecin du travail est sans conséquence dès lors que le salarié n'a pas indiqué à l'employeur qu'il demandait cette visite. Faute pour cette visite de constituer une visite de reprise, l'employeur n'était pas tenu de respecter les obligations rappelées à l'instant. On observera qu'à l'occasion de cet arrêt, la chambre a exercé un contrôle lourd de cette qualification de visite de reprise.

La jurisprudence de la chambre est toujours aussi rigoureuse sur la notion de danger immédiat. Il a ainsi été jugé que l'avis d'inaptitude émis par le médecin du travail qui, s'il indique bien qu'une seule visite a été effectuée, ne fait état d'aucun danger immédiat, bien que l'avis fasse référence à une lettre du médecin du travail qui, lui, en faisait mention, n'est pas conforme à l'article R 4624-31 du code du travail.(Soc 21 mai 2008 N° 07-41.380 Société Procoves industries)

Enfin, on relèvera un arrêt, tout chaud, (soc 25 mars 2009 N° 07-44.748 Société des transports urbains valentinois) qui énonce que le délai d'un mois fixé par l'article L 1226-4 du code du travail ne peut être ni prorogé ni suspendu et cela, c'est ici que réside la nouveauté, peu important que le médecin du travail soit conduit à préciser son avis après la seconde visite. Le souci est de ne pas laisser le salarié sans ressource, sous la réserve des dispositions de l'accord interprofessionnel du 12 mars 2007, pendant une période indéterminée.

La chambre a persévéré dans sa jurisprudence qui donne aux préconisations du médecin du travail en matière de reclassement un caractère obligatoire pour l'employeur. Elle a ainsi jugé que lorsque le médecin du travail déclare le salarié apte, y compris avec de sérieuses réserves, à tenir son poste, s'il appartient éventuellement à l'employeur de contester devant l'inspecteur du travail cet avis, il doit néanmoins reprendre la rémunération du salarié qui se tient à sa disposition pour reprendre son travail dans les conditions fixées par le médecin du travail (soc 9 avril 2008 N° 07-41.141 Société Marbrerie Delattre).

En matière de reclassement, a été réaffirmée la nécessité pour l'employeur de ne faire ses propositions de reclassement qu'après les conclusions définitives du médecin du travail...et dans un délai qui laisse penser au juge qu'il les a sérieusement prises en considération....même s'il avait, en amont de la seconde visite, procédé à des recherches de reclassement approfondies en liaison avec le médecin du travail: "dura lex, sed lex" ! (soc 26 novembre 2008 N° 07-44.061 Société BOF Rio-Schlitter)

Plus novateur sans doute, est l'arrêt rendu le 6 février 2008 (N° 06-44.413 Société Feursmétal) qui impose à l'employeur de solliciter à nouveau l'avis du médecin du travail lorsque le salarié conteste la compatibilité du poste de reclassement proposé avec les préconisations du médecin du travail. La chambre a souhaité privilégier dans ce cas de figure le dialogue entre l'employeur et son "conseil en santé au travail" dans un souci d'efficacité maximale plutôt que de se lancer immédiatement dans la voie du recours devant l'inspecteur du travail. C'est à l'évidence bien le médecin du travail qui est le mieux placé pour dire si la proposition de reclassement est conforme à ses préconisations!

Je signalerai pour en finir avec l'inaptitude, d'abord, que la chambre a jugé que les délégués du personnel qui doivent être consultés sur les possibilités de reclassement en application des articles L 1226-10 et L 2312-1 du code du travail sont ceux de l'établissement dans lequel le salarié travaille; il a en effet semblé à la chambre qu'ils sont mieux à même que leurs collègues d'autres établissements distincts de jouer utilement le rôle qui leur est confié. (soc 13 novembre 2008 N° 07-41.512 société Agam Branson) , et , ensuite, que la chambre a considéré que rien ne s'opposait à ce qu'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle prenne acte de la rupture de son contrat de travail....à ses risques et périls comme l'a démontré l'affaire en cause, puisqu'ayant invoqué un manquement insuffisamment grave aux yeux des juges du fond pour justifier la rupture, celle-ci a été qualifiée de démission.(Soc 21 janvier 2009 N° 07-41.822 Société Prim'Fleurs).

J'en viens à la durée du travail et à la rémunération.

II Durée du travail et rémunération

Voilà des thèmes qui sont une source inépuisable de construction jurisprudentielle. Il faut dire qu'au rythme où les textes sont votés....

S'agissant de la durée du travail, on s'attardera d'abord sur le forfait jours. Pour constater en premier lieu que malgré l'abondance de textes, la Cour de cassation est amenée à compléter quelque peu l'œuvre du législateur.

C'est ainsi qu'en l'absence de précisions dans la loi sur la manière dont les entreprises devaient décompter les absences de moins d'une journée ou d'une demi-journée, la chambre a rendu un arrêt qui donne le mode d'emploi concernant des absences pour fait de grève. (soc 13 novembre 2008 N° 06-44.608 Giat Industrie). Elle l'a fait en rappelant les principes de proportionnalité de l'abattement de salaire à la durée de l'absence pour fait de grève, l'identité de traitement avec les absences de même durée pour d'autres motifs, et en donnant la priorité à la négociation collective, sous le contrôle par le juge de ces principes. Et subsidiairement, en s'inspirant de dispositions relatives à l'allocation de formation (art D 6321-7 du code du travail), elle prévoit un dispositif applicable en l'absence d'accord. Naturellement, les choses sont plus simples quand un accord collectif prévoit explicitement que les absences des salariés en forfait jours de moins d'une journée ou d'une demi-journée ne donneront lieu à aucune retenue, comme dans la métallurgie. Dans ce cas aucune retenue sur salaire ne peut être infligée aux salariés.(Soc 4 mars 2009 N° 07-45.291).

Deuxième notion, consacrée par la loi du 19 janvier 2000, qui a donné lieu à des arrêts de la chambre, celle de "cadre dirigeant".

Par un arrêt du 13 janvier 2009, publié celui-là, qui vient confirmer plusieurs arrêts rendus dans le même sens, la chambre sociale a jugé que la reconnaissance de la qualité de cadre dirigeant nécessitait que les trois critères énoncés par l'article L 3111-2 du code du travail soient satisfaits de façon cumulative: responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, habilitation à prendre des décisions de façon largement autonome et rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération dans l'entreprise ou l'établissement. L'appréciation de cette qualité ne dépend pas des stipulations conventionnelles applicables à l'intéressé mais d'une vérification in concreto par le juge de la situation du salarié au regard de ces trois critères.(Soc 13 janvier 2009 N° 06-46.208 société Cap Gemini Ernst et Young).Concernant les cadres dirigeants, la chambre a également jugé que n'étant pas soumis au régime légal de la durée du travail, il ne sauraient prétendre à la rémunération de l'astreinte prévue par les articles L 3121-5 à L 3121-8 du code du travail, sauf dispositions contractuelles ou conventionnelles plus favorables. (soc 28 octobre 2008 N° 07-42.487 et soc 12 novembre 2008 N° 07-41.694)

Troisième notion issue de la loi du 19 janvier 2000, les jours de RTT.

Nombreux ont été , et sont encore les contentieux qui "discutent" la nature exacte de ces jours de RTT.

Du côté de certaines entreprises on les considérerait volontiers comme des jours de repos au même titre que les jours de congés, qu'il s'agisse des congés payés ou de congés supplémentaires accordés par un accord collectif, voire même, que les jours fériés. La chambre avait donc été conduite à juger que les jours de RTT qui résultent de l'horaire supérieur à la durée légale ou

conventionnelle pratiquée par les salariés, ne peuvent être confondus avec les jours de congés ou les jours fériés.

C'est ce qu'est venue confirmer l'assemblée plénière de la Cour de cassation récemment (Ass plénière 24 octobre 2008 N° 07-42.799 Cogitis) en jugeant dans une formule limpide que “ les jours de récupération qui sont acquis par le salarié au titre d'un accord d'aménagement et de réduction du temps de travail et représentent la contrepartie des heures de travail qu'il a exécutées en sus de l'horaire légal ou de l'horaire convenu, n'ont ni la même cause ni le même objet que les congés payés d'ancienneté auquel il a droit en sus de ses congés annuels”.

Deux arrêts retiennent l'attention en matière de travail à temps partiel.

Le premier sonne comme un avertissement aux négociateurs des accords collectifs. En effet un accord d'entreprise sur le temps choisi indiquait dans son préambule qu'il avait pour objet , je cite, “ de développer une politique de l'emploi à temps partiel permettant de répondre aux besoins économiques mais aussi aux souhaits de personnes souhaitant travailler à temps choisi et notamment pour but de faciliter les conditions de vie des salariés travaillant à temps partiel en alliant temps partiel et horaires souples, et de donner à chaque fois que cela est possible et à chacun la maîtrise de son temps de travail”. Louable ambition ! Mais encore faut-il ensuite que l'application de l'accord soit conforme aux souhaits/engagements formulés dans le préambule. Et, lorsque la salariée fait valoir qu'elle n'a jamais pu donner son avis sur ses horaires de travail, contrairement aux stipulations de l'accord, il appartient au juge de vérifier si l'accord a bien été exécuté de bonne foi. (Soc 7 mai 2008 N° 06-43.989 société Kiabi Europe).

Le second donne une nouvelle dimension à la priorité d'emploi à temps complet dont les salariés à temps partiel bénéficient en application de l'article L 3123-8 du code du travail. Si la chambre avait déjà jugé qu'un salarié à temps partiel était fondé à postuler sur un deuxième emploi à temps partiel dans la limite de la durée légale, ici la question était un peu différente car la salariée employée à temps partiel en CDI demandait à se voir attribuer un poste à 3/4 temps en CDD. La chambre s'est appuyée sur la directive 97/81/CE du Conseil mettant en oeuvre l'accord cadre sur le travail à temps partiel du 6 juin 1997 pour décider que la priorité devait jouer non seulement pour un temps plein mais aussi pour un temps plus long.(point 3 de la clause 5 de l'accord).Concernant le fait de postuler sur un CDD, la chambre a observé que le texte instituant la priorité d'emploi ne comportait aucune restriction selon le type de contrat de travail et il lui a semblé que la salariée pouvait légitimement préférer un temps de travail plus long, associé éventuellement à un travail qu'elle jugeait plus intéressant sous CDD, au CDI qu'elle occupait. Les conséquences sur le devenir du CDI n'étaient pas posées dans le dossier. C'est évidemment une question qui se posera.(Soc 24 septembre 2008 N° 06-46.292 APEA).

Deux arrêts apportent des précisions utiles s'agissant des opérations d'habillage et de déshabillage.

Le premier marque le retour de la chambre à une jurisprudence plus proche de la lettre de l'article L 3121-3 du code du travail et des vœux du législateurs, tels qu'ils ressortent des débats parlementaires. En effet, par un arrêt du 26 juin 2005 (N° 03-15.033), la chambre avait jugé que “lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, l'habillage et le déshabillage **doivent être réalisés** dans l'entreprise ou sur le lieu de travail de sorte que les dispositions de l'article L 3121-3 du code du travail, qui prévoit des contreparties, soit sous forme de repos, soit financières, sont applicables”.Ce faisant, la chambre prêtait le flanc à la critique de ceux qui estimaient qu'elle

escamotait l'une des conditions mises par le texte à l'octroi des contreparties, en l'occurrence le fait qu'elles n'étaient dues que dans l'hypothèse où le salarié s'habillait et se déshabillait sur le lieu de travail. L'inspiration de cette jurisprudence partait d'un présupposé de contournement de la loi par des employeurs peu scrupuleux qui obligeraient les salariés à s'habiller chez eux afin de s'exonérer de leurs obligations. Sans être pour autant angélique, on peut estimer qu'il convient d'appliquer le texte tel qu'il a été conçu par le législateur, en étant vigilant sur l'application qui en sera faite. C'est finalement la voie que la chambre a choisie dans ce domaine! (soc 26 mars 2008 N° 05-41.476 Société des transports publics de l'agglomération stéphanoise).

Illustration de l'absence de tout angélisme de la chambre, le second arrêt précise qu'en l'absence d'accord collectif et/ou de clause du contrat de travail prévoyant ces contreparties, il appartient au juge de les fixer... et pas seulement de renvoyer les parties à renégocier ce qu'elles n'étaient pas parvenues à négocier ! Cela s'appelle donner un effet utile au texte. (soc 16 janvier 2008 N° 06-42.983 société Fabrication d'outils de perçage).

Par un arrêt du 26 mars 2008 (N° 06-45.469 Ambulances des Volcans), la chambre sociale a jugé que les systèmes d'équivalence qui peuvent légalement être mis en place dans certains secteurs d'activité ne pouvaient être pris en compte pour apprécier le respect des seuils et plafonds communautaires fixés par la directive 93/104/CE du conseil du 23 novembre 1993 telle qu'interprétée par la Cour de justice des communautés européennes (1^{er} décembre 2005 Abdelkader Dellas n° C-14/04). Il s'agissait ici du respect de la durée hebdomadaire maximale de 48 heures.

Avant de signaler trois arrêts intéressants rendus en matière de rémunération, je voudrais mentionner deux arrêts qui ont apporté des précisions utiles en matière de régime de la preuve dans le domaine de la durée du travail.

Il a d'abord été jugé qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit être en mesure de fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié dans la limite de la prescription quinquennale, et pas seulement pendant la durée d'un an prévue par l'article L 3171-3 du code du travail pendant laquelle il est tenu de présenter à l'inspecteur du travail les documents permettant de comptabiliser le nombre d'heures effectuées par le salarié.(Soc 9 avril 2008 N° 07-41.418 Moulinex).

Il a ensuite été décidé que la mention sur les bulletins de paie des droits à repos nés de la bonification bénéficiant au salarié au titre des heures effectuées entre la 36^{ème} et la 39^{ème} heure n'a qu'une valeur informative, la charge de la preuve de leur octroi effectif incombant en cas de contestation à l'employeur (soc 7 mai 2008 N° 06-43.058 Véolia Propreté).

En matière de rémunération, la chambre a d'abord rendu deux arrêts très importants sur les conditions de mise en oeuvre d'éléments variables de rémunération.

Dans le premier arrêt, elle a énoncé que le salarié doit pouvoir vérifier que le calcul de sa rémunération a été effectué conformément aux modalités prévues par le contrat de travail, l'employeur devant lui communiquer l'ensemble des bases de calcul sans pouvoir invoquer l'intérêt de l'entreprise pour s'opposer à la communication des éléments nécessaires à la transparence des calculs. Dans le communiqué publié sur le site internet de la Cour, il est précisé qu'il appartient à l'employeur de choisir une assiette et des paramètres pouvant être portés à la connaissance du

salarié et vérifiables par lui (soc 18 juin 2008 N° 07-41.910 Société Corporate Express). Ayant ainsi retenu l'existence d'une véritable obligation de transparence pesant sur l'employeur dans ce domaine, la chambre a été conduite à statuer sur la possibilité pour l'employeur d'invoquer la réglementation boursière américaine pour justifier l'absence de transmission aux salariés de l'objectif de gain par action retenu par le conseil d'administration d'une société multinationale pour déclencher le versement aux salariés de la filiale française d'une part variable de rémunération. Dans le prolongement de l'arrêt précédemment signalé, la chambre sociale s'est appuyée sur les constatations des juges du fond pour rejeter le pourvoi de la société en relevant que l'employeur avait subordonné le bénéfice de la part variable de la rémunération à la réalisation d'objectifs dont il n'avait jamais été prétendu qu'ils auraient été portés à la connaissance à un moment ou à un autre des salariés et vérifiables par ceux-ci (soc 24 septembre 2008 N° 07-40.715 Alcatel Lucent France). On observera que la chambre ne s'est cependant pas explicitement prononcée sur le moment auquel les salariés doivent pouvoir prendre connaissance de l'objectif fixé: dès qu'il est fixé, c'est à dire en début de l'exercice, ou éventuellement a posteriori, dès lors que l'objectif a été fixé en amont de la période de référence et qu'il est acquis qu'il n'a pas été modifié en cours de route par l'employeur ?

Enfin, par deux arrêts du 1^{er} juillet 2008, la chambre a jugé que la structure de rémunération résultant d'un accord collectif dénoncé constitue à l'expiration des délais prévus par le premier alinéa de l'article L 2261-10 du code du travail un avantage individuel acquis qui est incorporé au contrat de travail des salariés employés par l'entreprise à la date de la dénonciation. L'employeur ne peut donc modifier cette structure de rémunération sans l'accord du salarié. (N° 06-44.437, 07-40.799).

III Discrimination, à travail égal, salaire égal, harcèlement moral.

Voilà des thèmes qui représentent une part importante, croissante sans doute, de l'activité de la chambre.

Deux arrêts méritent l'attention en matière de **discrimination syndicale**.

Le premier concerne un accord collectif conclu au sein de la Caisse d'épargne IdF Nord. Dans le souci d'assurer aux représentants du personnel une évolution de carrière et de rémunération conforme à celle des salariés de la Caisse, il avait été mis en place un mécanisme spécifique de promotion pour ces salariés. Mais l'avenant, dont un syndicat non signataire de l'accord plaquait la nullité, limitait l'augmentation de rémunération dont les représentants du personnel pouvaient bénéficier en cas de promotion à 9 points de coefficient alors que la différence de coefficients pouvait être plus importante et qu'elle ne connaissait aucune limite pour les autres salariés. La chambre a donc cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté la demande des délégués syndicaux. On ajoutera qu'à l'occasion de cet arrêt, la chambre a jugé recevable l'action en nullité d'une stipulation conventionnelle engagée devant le juge prud'homal par des délégués syndicaux d'un syndicat non-signataire de l'accord litigieux, et cela au visa de l'article 31 du code de procédure civile et de l'article L 2141-5 du code du travail, en rappelant que tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause d'une convention collective qui lui est applicable. (soc 21 septembre 2008 N° 07-40.935 Caisse d'épargne IdF Nord).

Le second arrêt apporte également deux précisions intéressantes.

Il rejette le pourvoi formé par Renault contre un arrêt de la cour d'appel de Versailles qui avait, au vu des éléments que produisait le salarié, ordonné une expertise tendant à faire toutes recherches et constatations lui permettant de statuer sur ses demandes. La société Renault faisait valoir que la cour d'appel suppléait ainsi la carence d'une des parties dans la part de la preuve qui lui incombait en application de l'article L 1134-1 alinéa 3 du code du travail.

Dans un attendu de principe, la chambre a énoncé qu'il résulte de l'article L 1134-1 alinéa 3 que le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur des éléments présentés par le salarié et laissant supposer l'existence d'une discrimination que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination.

Cette formulation retenue par la chambre implique toutefois que le juge considère que le salarié apporte des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination. C'est une fois cette appréciation portée par le juge du fond que l'expertise peut être ordonnée, y compris sur ces éléments apportés par le salarié. De la sorte, le juge ne supplée pas la carence supposée du salarié.

L'autre question tranchée par cet arrêt concerne la prise en compte par le juge du fond de faits non couverts par la prescription trentenaire alors applicable. La chambre a en effet jugé que pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, le juge peut procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, cette date fût-elle antérieure à la période prescrite. La chambre valide ainsi la méthode de comparaison des évolutions de la carrière des représentants du personnel et de celle de salariés-témoins engagés dans des conditions identiques. C'est en effet très souvent sur la longue période qu'il est possible d'apprécier l'existence d'une discrimination subie par un salarié dans sa carrière en raison de ses mandats. Cette solution devrait garder sa pertinence dans le nouveau cadre juridique issu de la loi du 17 juin 2008. (soc 4 février 2009 N° 07-42.697 société Renault).

Selon l'article L 1142-1 du code du travail, nul ne peut prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de promotion professionnelle. Dans le cas d'espèce, la salariée s'était vu refuser la promotion à laquelle elle était destinée à son retour de congé maternité, alors que sa candidature avait été retenue et qu'elle avait exercé les fonctions pendant 17 mois, puis une nouvelle fois au départ en retraite du salarié qui avait été nommé à sa place. L'AFPA ne fournissant aucun élément pour justifier cette décision, la chambre a approuvé la cour d'appel d'avoir accordé à la salariée des dommages et intérêts pour discrimination.

Venons-en, si vous le voulez bien, maintenant, à l'application du principe à travail égal, salaire égal.

Je mentionnerai brièvement deux arrêts illustrant l'application par la chambre de ce principe et je m'attarderai un peu plus ensuite sur deux arrêts rendus l'un par la formation spécialisée de la chambre et l'autre par l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

La chambre a précisé par un arrêt du 16 décembre 2008 (N° 07-42.107 Fauchon) qu'au regard du principe à travail égal, salaire égal, la seule différence de diplômes, alors qu'il sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent

les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée. On peut comprendre que le niveau de diplôme, qui renvoie a priori à des compétences différentes, justifie, en tout cas en début de carrière, une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent le même travail. Mais en quoi des diplômes de même niveau peuvent-ils justifier cette différence? Selon la chambre, il faut alors que l'employeur soit en mesure d'expliquer en quoi le diplôme permet au salarié de mieux remplir les fonctions qui lui sont confiées. Faute de cette démonstration les éventuelles différences de salaire devront être justifiées par les appréciations portées par l'employeur sur la qualité du travail fourni.

Dans un autre arrêt du 21 janvier 2009 (N° 07-43.452 Radio France), la chambre a reproché à une cour d'appel d'avoir rejeté la demande de rappel de salaire de salariés de Radio France Hérault qui estimaient que l'abattement dit de zone pratiqué sur leurs rémunérations à la différence de salariés d'autres établissements de Radio France, était contraire au principe à travail égal, salaire égal, faute pour Radio France d'avoir justifié ces différences de traitement.

Deux arrêts méritent donc que l'on s'y arrête un peu plus.

Le premier constitue un revirement par rapport aux arrêts rendus par la chambre le 3 mai 2006 (Bull V n° 160). Il concerne les effets de l'application du protocole du 14 mai 1992 relatif à la classification des emplois des organismes de sécurité sociale sur la situation de salariés de la Caisse d'allocations familiales de Paris.

En 2006 la chambre avait jugé qu'un accord collectif pouvait fonder des différences de rémunération entre des salariés qui occupaient le même emploi sur une différence de parcours professionnel, en l'occurrence en faveur de salariés ayant bénéficié d'une promotion. Cette décision qui mettait fin à un contentieux très abondant était cependant critiquable sous deux aspects.

D'une part, elle constituait un entorse à la jurisprudence de la chambre, il est vrai en construction lors de cette décision, qui précise que "la seule circonstance que des salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de rémunération entre eux pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif" (voir par ex soc 21 février 2007 N° 05-43.136 Irsam Les Hirondelles). Or tel était bien un des aspects de ce litige puisque les salariés promus après l'entrée en vigueur du protocole d'accord de 1992 se trouvaient mieux traités que ceux qui étaient présents lors de la signature de l'accord.

D'autre part, la décision de 2006, en se fondant sur le Préambule du Protocole d'accord de 1992, introduisait une notion aux contours assez flou, celle de "parcours professionnel".

Le caractère très large de cette notion qui ne renvoie pas seulement à celle d'expérience professionnelle, retenue par la chambre comme une possibilité de différenciation salariale, mais également aux conditions dans lesquelles les salariés acquièrent une qualification ou évoluent dans leur carrière, risquait de faire échec à l'application du principe à travail égal salaire égal dans de très nombreux cas.

C'est pourquoi, la chambre a décidé de revenir sur sa jurisprudence antérieure et d'approuver la cour d'appel de Paris d'avoir accueilli les demandes des salariés de la CAF de Paris en relevant que cette dernière, qui se bornait à s'appuyer sur l'accord de 1992, ne justifiait nullement des différences constatées.

Le second arrêt sur lequel je vais m'arrêter à présent traduit aussi une certaine évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'application du principe à travail égal, salaire égal. Il s'agit de l'arrêt rendu en assemblée plénière de la Cour de cassation le 27 février dernier (Ass plén 27 février 2009 N° 08-40.059 La Poste).

Pour comprendre la portée de cet arrêt, il faut, je crois, rappeler que la prime dite "complément Poste", objet du litige, avait été instituée au bénéfice des fonctionnaires de la Poste en 1993 en amalgamant plusieurs primes préexistantes.

En 1995, La Poste a décidé d'étendre le bénéfice de ce complément Poste aux agents contractuels de droit privé. Mais ce n'est qu'en 2003 que les montants de cette prime pour les salariés de droit privé ont été alignés sur ceux perçus par les fonctionnaires, alors même que cette prime était attribuée sur les seuls critères de la fonction ou du poste de travail occupé, indépendamment de toute différence statutaire. Un salarié avait donc saisi les tribunaux pour obtenir un rappel de salaire considérant qu'il aurait du bénéficier du même montant que celui versé aux fonctionnaires. Tel était l'objet du litige.

Lorsque la chambre avait eu à le trancher en 2006, elle avait considéré que les fonctionnaires et les salariés de droit privé n'étaient pas dans une situation identique, la rémunération des agents de droit privé résultant de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective tandis que celle des fonctionnaires relevaient du statut de la fonction publique.

Cette lecture de l'affaire n'est pas totalement écartée par l'arrêt de l'Assemblée plénière qui admet que la distinction entre agents de droit public et de droit privé puisse fonder des différences de rémunération, ce qui apporte une limite justifiée à la portée de l'arrêt rendu par la chambre le 15 mai 2007 (N° 05-42.894) qui avait énoncé qu' "une différence de statut juridique 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".

Mais, après avoir admis cette source potentielle de différence de traitement, l'assemblée plénière considère qu'elle ne peut pas justifier la différence constatée dans le montant de la prime versée, car la Poste avait elle-même décidé de s'affranchir de cette distinction en décidant (conseil d'administration et directeur général de la Poste), par une décision unilatérale, d'appliquer aux salariés de droit privé le même régime de prime que celui dont bénéficiait les fonctionnaires.

Et c'est cette lecture là de l'affaire, identique à celle faite par les deux cours d'appel ayant eu à statuer sur ce litige, qui a conduit l'assemblée plénière à décider qu'il devait être fait application du principe à travail égal, salaire égal entre les fonctionnaires et les salariés de droit privé effectuant le même travail pour le paiement de cette prime. La Poste se retranchant derrière la seule différence de statut pour expliquer la différence de traitement, elle ne pouvait dès lors que constater que La Poste n'avait pas fourni les justifications nécessaires.

Cette décision consacre donc la jurisprudence de la chambre sociale et signifie aux entreprises et établissements qui emploient des fonctionnaires et des salariés de droit privé que seules peuvent être justifiées au regard de l'application de ce principe les différences de rémunération qui renvoient nettement, directement, à la différence de statut public-privé...et que ces entreprises et établissements se doivent, lorsque tel est le cas, de le justifier.

Ainsi, peu à peu, se dessine un schéma dans lequel la situation identique, au sens de l'arrêt Ponsolle, s'entend bien du même travail ou d'un travail de valeur égale, tandis que tous les autres éléments relèvent des justifications des différences de traitement que doit fournir l'employeur.

Dans le domaine du harcèlement moral, la nouveauté est, à ce stade, essentiellement dans la décision de la chambre de contrôler la qualification de harcèlement moral, ce qu'elle ne faisait plus depuis le 27 octobre 2004 (Bull V n° 267). Une définition complexe, un contrôle qui risque d'obliger le juge du droit à trop prendre en compte le fait, une certaine crainte de voir la chambre submergée par les contentieux... Telles étaient sans doute les raisons qui ont conduit la chambre à prendre de la hauteur et à laisser les juges du fond aux prises avec ce contentieux effectivement abondant.

On a pu trouver à cette décision des vertus, en particulier celle, défendue par certains auteurs, de permettre que peu à peu se dégagent des lignes force d'une jurisprudence des juges du fond sur le harcèlement moral. Mais, outre qu'on avait cru comprendre que la Cour de cassation avait pour fonction de dire le droit, ce qui, précisément, n'est pas si facile à propos de cette notion, ce schéma, peut être un peu idyllique, d'une construction progressive de la jurisprudence, résultat d'une myriade de décisions prises par les conseils de prud'hommes et les cours d'appel, que finirait par exprimer une doctrine vigilante et particulièrement experte, n'est pas sans soulever quelques difficultés.

La première est que pendant tout ce temps, les salariés et les employeurs ne sont pas jugés de la même manière, selon qu'ils relèvent d'une juridiction ou d'une autre. Et selon les jurisprudences locales, le harcèlement moral sera reconnu ou pas.

La seconde est que le juge est là pour faire appliquer la loi. Certes, il peut disposer d'une certaine marge d'interprétation, mais il ne paraît pas possible d'aboutir à une situation qui se caractériserait de façon durable par un écart flagrant entre la "jurisprudence de terrain" et la règle légale.

Or, il semble bien que la situation actuelle dans ce domaine n'en soit guère éloignée. J'en prendrai deux exemples.

Selon les auteurs les plus avisés, il ressort de la jurisprudence des juges du fond qu'ils recherchent systématiquement l'élément intentionnel, la volonté de nuire, pour caractériser le harcèlement moral devant les juridictions civiles, alors que la rédaction de l'article L 1152-1 du code du travail mentionne les "agissements répétés qui ont **pour objet ou pour effet**" de porter atteinte aux droits, à la dignité .etc...Selon ce texte, qui traduit exactement les débats parlementaires sur ce point, l'élément intentionnel ne fait partie de la définition de harcèlement moral au civil.

Second exemple. Selon les mêmes auteurs, les juges du fond recherchent assez systématiquement l'atteinte à la dignité du salarié, alors que la définition légale ne mentionne que " la dégradation

des conditions de travail **susceptibles de porter atteinte** aux droits du salarié, à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel”.

Déjà sur ces deux points, la “jurisprudence de terrain” est en décalage avec le texte de loi.

A tout le moins, pour les deux raisons évoquées, il est donc justifié que la chambre sociale reprenne le contrôle de la qualification de harcèlement moral en s'assurant que le juge du fond prend en compte l'ensemble des éléments fournis par le salarié, décide si les faits établis laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans ce cas, contrôle les justifications de l'employeur. A la chambre maintenant, via le contrôle de ces trois aspects des décisions des juges du fond, de préciser les contours de la notion dans le respect du texte voté !

Toujours à propos du harcèlement moral, je soulignerai l'importance de l'arrêt rendu le 10 mars dernier (soc 10 mars 2009 N° 07-44.092 en cours de publication) en plénière de chambre, cette formation ayant jugé, après avoir relevé un moyen d'office, que le licenciement d'un salarié qui avait relaté des faits de harcèlement moral , finalement non établis, était nul en application des articles L 1152-2 et L 1152-3 du code du travail, dès lors que la mauvaise foi du salarié n'était pas alléguée.

Il me reste à attirer votre attention en quelques phrases, et pour finir, sur cinq arrêts dont les conséquences ne sont pas négligeables:

. Répondant à un moyen qui soutenait que le salarié qui prend acte de la rupture du contrat de travail doit respecter un préavis, la chambre a répondu que la prise d'acte entraînait la cessation immédiate du contrat de travail. Le salarié n'a donc pas à respecter un préavis (soc 4 juin 2008 N° 06-45.757 HSBC France). Mais je rappelle que si le juge décide que la prise d'acte produit les effets d'une démission, le salarié peut être condamné au paiement d'une indemnité de préavis.

. Par deux arrêts du 13 novembre 2008 (N° 07-41.700 et 06-42.583 L'Oréal SA et Geodis Logistics Ile de France), il a été jugé que l'article L 1231-5 du code du travail, qui oblige, en cas de licenciement par sa filiale étrangère, une maison-mère à rapatrier et à reclasser le salarié qu'elle a mis à sa disposition, dans le cadre d'un contrat de travail entre le salarié et la filiale, ne subordonnait pas son application au maintien du contrat de travail entre le salarié et la maison-mère.

. La chambre a jugé le 21 mai 2008, sur le fondement de l'article 1135 du code civil que les frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être supportés par ce dernier et que tel était le cas s'agissant de l'entretien de tenues de travail que les salariés étaient obligés de porter dans le cadre de leur emploi. (soc 21 mai 2008 N° 06-44.044 Société Champion)

. Par un arrêt du 25 mars 2009, la chambre a jugé que les gérants entrant dans le cadre de l'article L 7321-2 du code du travail doivent bénéficier des stipulations de la convention collective applicable à l'entreprise (N° 07-41.242 Société Yves Rocher)

. Enfin, par un arrêt du 24 septembre 2008, (N° 06-43.529 The Ritz Hotel), la chambre a jugé que la seule qualification conventionnelle de contrat d'extra n'établit pas qu'il peut être conclu dans le secteur de l'hôtellerie-restauration des contrats à durée déterminée d'usage successifs pour ce type de contrats, pour tout poste et en toute circonstance. Voilà une décision que nos amis les restaurateurs auront intérêt à méditer dans le cadre des mesures en matière d'emploi sur les quelles ils ne manqueront pas de s'engager vis à vis des pouvoirs publics, en contrepartie de l'obtention du taux de TVA à 5,5% !

Je vous remercie.