



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.27
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

Actualité de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (Séance du 18 juin 2010)

Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la chambre sociale.

Il me revient de mettre en exergue deux mouvements extrêmement importants dans la vie de la chambre sociale en 2009, tels qu'évoqués dans le rapport annuel de l'année 2009 dans l'introduction générale rédigée par la Présidente de la chambre:

- l'élaboration jurisprudentielle faite, au cours de cette année, autour de la loi du 20 août 2008;
- le rapprochement des jurisprudences du Conseil d'état et de la Cour de cassation, notamment autour du thème des salariés protégés.

I- La chambre sociale s'est, au cours de l'année 2009-2010, beaucoup occupée des problèmes d'interprétation de la loi du 20 août 2008. Il faut dire que cette loi bouleversait les positions antérieures à plus d'un titre.

D'abord, parce qu'elle était tout à fait novatrice, apportant de profonds bouleversements dans la conception classique du droit de la représentation du personnel qui prédominait depuis la 2^{de} guerre mondiale. C'est donc toute la jurisprudence construite ces 60 dernières années qu'il faut réviser à l'aune de ces nouveaux "paradigmes".

Ensuite parce que ses conditions peu ordinaires de rédaction - reprise de formulations élaborées par les partenaires sociaux dans le cadre de la position commune - font qu'elle a fait naître des abîmes de perplexité sur nombre de ses dispositions, rendant nécessaire, de la part de la Cour de cassation, une intervention rapide pour dissiper des questionnements importants.

Or dans l'interprétation qu'elle doit faire des dispositions légales, la Cour de cassation ne peut pas se laisser guider, comme à l'ordinaire, par la volonté du législateur: il a revendiqué de n'en avoir aucune, pour respecter celle des partenaires sociaux. De ce fait, la chambre sociale a dû faire appel à des mécanismes tout à fait inhabituels, dont un en particulier que je voudrais évoquer ici: celui qui a consisté à rechercher quelle interprétation, au regard de la disposition en cause, était, en cette matière particulière protégée par les textes nationaux et internationaux, la plus conforme à la Constitution et aux textes européens.

* La première décision a été celle rendue le 8 juillet 2009 (n°0960032), connue sous le nom d'Okaïdi. Il s'agissait de savoir comment devait se faire la preuve de la présence de deux adhérents du syndicat dans l'entreprise, nécessaire, au regard du nouvel article L2142-1 du code du travail pour constituer une section syndicale. Le débat - qui d'ailleurs avait déjà eu lieu dans les années 1990 et avait conduit la chambre sociale à supprimer dans les faits la nécessité de la preuve d'adhérents, réintroduite par le législateur de 2008 - tournait donc autour de la question de savoir

comment cette condition légale pouvait composer avec le droit des salariés syndiqués à ne pas voir divulguer leur choix à l'occasion d'un conflit qui ne les concernait qu'indirectement et avec le principe essentiel du contradictoire.

Pour trancher ce débat, la chambre sociale a fait appel à l'article 6 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 et à l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pour parvenir à opérer une hiérarchie dans les différents principes qui étaient en cause tout en conservant au texte de 2008 une efficience.

Et elle en arrive ainsi à cette décision par laquelle, de manière tout à fait exceptionnelle, elle admet que le principe du contradictoire s'efface, de manière évidemment extrêmement circonscrite, devant le principe, encore plus fort, du droit du salarié au respect du secret de son adhésion qui "relève de sa vie personnelle". Sous le contrôle du juge, les éléments susceptibles de permettre l'identification personnelle des adhérents doivent donc être anonymisés lors de leur transmission contradictoire aux autres parties. C'était la seule solution possible, mais il fallait l'aide des grands textes pour y parvenir.

* La deuxième décision a porté sur la représentativité des organisations syndicales pendant la période transitoire.

La loi du 20 août 2008 prévoit en effet une disposition transitoire sur la représentativité ainsi rédigée:

"article 11IV: Jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi, ainsi que tout syndicat représentatif à ce niveau à la date de cette publication."

Deux interprétations pouvaient être données à cette disposition: soit elle n'ouvrirait l'accès à la représentativité pendant la période transitoire qu'aux seuls syndicats rentrant dans les catégories qu'elle vise expressément (syndicats affiliés à l'une des organisations syndicales bénéficiant antérieurement de la présomption de représentativité et syndicats ayant établi leur représentativité au 20 août), figeant la situation pour les autres; soit elle ouvrirait une présomption en faveur des premiers, sans pour autant empêcher de nouveaux syndicats d'accéder à la représentativité.

Je passerais sur tous les détails d'une réflexion qui a probablement été une des plus riches que nous ayant eue sur la loi du 20 août 2008. J'indique simplement qu'à défaut de pouvoir se référer aux travaux parlementaires et à la volonté du législateur, un avis avait été demandé au ministère du travail, qui a affirmé qu'il n'avait jamais été dans l'intention des partenaires sociaux de fermer l'accès à la représentativité pendant une période de 4 ans.

En tout état de cause, le raisonnement assez logique qui a guidé la chambre sociale dans la solution qui donné lieu à l'arrêt du 10 mars 2010 a été le suivant: dans le doute sur l'intention du législateur, c'est l'interprétation la plus conforme aux normes constitutionnelles et conventionnelles qui doit prévaloir. En l'occurrence, les principes de liberté et d'égalité syndicale conduisaient nécessairement à ouvrir la possibilité pour tous les syndicats qui en remplissent les conditions d'accéder à la représentativité.

* La troisième décision est connue: c'est celle qui, le 14 avril dernier, a conduit à censurer le jugement du tribunal d'instance de Brest et à analyser les dispositions de la loi du 20 août 2008

qui étaient contestées (les 10% exigés du syndicat d'une part, du délégué syndical d'autre part) entièrement à l'aune des textes européens et internationaux. Formidable exercice qui a permis d'énoncer dans une décision française les principes et guides de pensée définis par nos institutions européennes.

Et à ce propos j'indique que les mêmes questions, sous forme de QPC, ont été évoquées par la Cour de cassation qui vient de décider, par trois décisions rendues aujourd'hui même, qu'elles n'étaient pas suffisamment sérieuses pour justifier le renvoi devant le Conseil constitutionnel.

II- En second lieu, quelques mots sur cet important travail de concertation entre chambre sociale et Conseil d'Etat que nous menons depuis maintenant 2 ans et qui vise à nous permettre de réfléchir, en amont, aux questions communes et d'éviter ainsi des discordances intolérables pour ceux qui les subissent.

Deux arrêts très récents de la chambre sociale, du 3 mars 2010, permettent de donner un exemple concret de l'utilité de cette concertation, s'agissant du domaine de contrôle de l'inspecteur du travail dans le cadre de l'autorisation de licenciement des salariés protégés.

Sur cette question, la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation fait apparaître une longue et patiente construction jurisprudentielle fondée sur deux idées clés:

- il ne doit pas y avoir empiètement ou juxtaposition de compétences;
- mais il ne doit pas y avoir non plus de faille dans le processus de contrôle juridictionnel.

Si ce cadre général est clair, des interrogations pourtant continuent de surgir sur des questions nouvelles. La concertation entre les deux juridictions permet, à l'aide du canevas juridique qu'elles se sont fixées, d'aboutir à des solutions cohérentes pour les justiciables.

De manière générale, il est aujourd'hui acquis que l'inspecteur du travail doit vérifier toute la régularité du licenciement sur le fond et sur la forme en fonction de ce qui s'est passé en amont de sa saisine:

(CE, Ass, 3 mars 1978, n°01.421, Soubourou, rec., p. 114, concl. Dr. soc. 1978 p. 51, D. 1978 p. 609 note A. Jemmaud).

Son contrôle porte donc non seulement sur les motifs du licenciement, mais également sur la procédure de licenciement, aussi bien d'ailleurs la procédure légale qu'éventuellement la procédure conventionnelle.

Parallèlement, la Cour de cassation considère que tout ce qui a été contrôlé par l'inspecteur du travail revêt l'autorité de la chose décidée, et que par conséquent, ces éléments ne peuvent plus être remis en cause devant le juge judiciaire. Le licenciement, autorisé par l'inspecteur du travail, a nécessairement une cause réelle et sérieuse.

Ce qui peut d'ailleurs, dans des cas extrêmes, mais c'est la contrepartie de la sécurité juridique ainsi donnée aux procédures, aboutir à ce que les salariés ordinaires, qui verront reconnaître des irrégularités dans leur licenciement par les juridictions judiciaires, soient mieux traités que les salariés protégés, dont le licenciement, autorisé par l'inspecteur du travail, ne pourra plus être remis en cause pour quelque raison que ce soit.

Ces grandes lignes étant fixées, plusieurs petits points sont venus poser question au cours de ces derniers mois, et ont pu être résolus efficacement. Deux exemples très récents.

1) La question de l'autorité compétente pour vérifier le respect par l'employeur de clauses d'accords collectifs relatifs à la saisine d'organes conventionnels en vue d'assurer le reclassement externe

Il est très clairement établi que le contrôle de l'obligation de l'employeur en matière de reclassement interne est de la compétence de l'inspecteur du travail.

Qu'en est-il cependant de l'obligation de reclassement externe qui résulte de l'application de conventions collectives de branche, qui prévoient de faire appel aux commissions territoriales de l'emploi.

La chambre sociale, dans un arrêt du 28 mai 2008, a décidé que l'absence de respect de cette disposition rendait le licenciement irrégulier: « *La méconnaissance par l'employeur de dispositions conventionnelles qui étendent le périmètre de reclassement et le contraignent à respecter, avant tout licenciement, une procédure destinée à favoriser ce reclassement à l'extérieur de l'entreprise, constitue un manquement à l'obligation de reclassement préalable au licenciement et prive celui-ci de cause réelle et sérieuse.* » (06-46.009, Bull. 2008, V, n° 116).

Il s'agit donc d'une condition de validité du licenciement, mais qui dépend d'éléments extérieurs à l'employeur.

Après discussions avec le Conseil d'Etat, la chambre sociale a tranché la question en affirmant, dans un arrêt du 3 mars 2010, que:

« Lorsqu'une autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé a été accordée à l'employeur, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement ni la régularité de la procédure antérieure à la saisine de l'inspecteur du travail dont le contrôle porte notamment sur le respect par l'employeur des obligations que des dispositions conventionnelles mettent à sa charge, préalablement au licenciement, pour favoriser le reclassement. » (Cass. soc., 3 mars 2010, n°08-42.526, RJS 2010 n°449, à paraître au Bull., RDT 2010 p. 246 note E. Serverin, Dr soc 2010 p. obs. Y. Struillou).

Ce qui veut dire qu'il appartient à l'inspecteur du travail d'intégrer cette donnée dans le champ de son contrôle. A prévalu l'analyse selon laquelle ces clauses instituent une garantie de fond : dès lors que leur méconnaissance prive le licenciement de cause, on conçoit difficilement que l'administration puisse légalement autoriser le licenciement si elles ont été méconnues.

2) La question de l'autorité compétente pour vérifier le respect de l'accord du salarié en cas de transfert conventionnel

S'est également posée la question du contrôle par l'inspecteur du travail de l'accord que doit donner le salarié au transfert de son contrat de travail lorsque ce transfert s'inscrit, non dans le cadre des dispositions légales de l'article 1224-1 du code du travail, mais dans le cadre de dispositions conventionnelles.

C'est une position inverse à la précédente qui a été adoptée dans ce cas, après concertation. Partant de l'idée que le consentement ne peut être donné par le salarié qu'après que l'inspecteur du travail ait donné son accord au principe du transfert, la chambre sociale a affirmé, dans un arrêt du 3 mars 2010, que:

« Un changement d'employeur, constituant une novation du contrat de travail, ne s'impose au salarié que si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail sont remplies. Une application volontaire de ce texte, en application d'un dispositif conventionnel, suppose l'accord exprès du salarié concerné et, lorsque celui-ci est un salarié protégé, cet accord échappe au contrôle de l'inspecteur du travail. Doit être cassé l'arrêt qui, ayant constaté que le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé s'inscrivait dans le cadre d'un dispositif conventionnel, a mis hors de cause la société sortante sans vérifier que le salarié avait donné son accord au changement d'employeur (Cass. soc., 3 mars 2010, n°08-41.600, Dr soc 2010 p. 606, obs. Y. Struillou).