

## **5. Droit social**

---

Par **Serge FARNOCCHIA**, Maître de conférences à la faculté de droit et d'économie de La Réunion,  
Avec la collaboration de **Virginie FRAISSINIER**, Docteur en droit – Ancienne ATER à l'Université  
de La Réunion

### **5.1. CONTRAT DE TRAVAIL**

**Contrat de travail – Modification refusée – Effets**

**Contrat de travail – Rupture – Résiliation judiciaire – Effets**

Saint Denis, arrêt du 8 juillet 2008 (RG n°07/0152)

*Serge FARNOCCHIA, Maître de conférences à la faculté de droit et d'économie de La Réunion*

#### **Extraits de la décision**

Patrick Fierval, que la société Réunionbail avait embauché le 2 février 1992, pour une durée indéterminée, en qualité de commercial "secteur automobile", a été nommé à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2004 responsable de l'agence (ou de l'antenne) de Saint Pierre, qui comprenait 7 points de vente situés dans le sud de l'île.

Réunionbail ayant été rachetée le 29 juillet par une société Sorefi, et une union économique et sociale ayant été mise en place à compter du 01 juin 2005, un projet d'organigramme a été diffusé (lettre d'intégration GE Money Réunion) le 17 novembre.

Le personnel de Réunionbail ayant été transféré le 01 janvier 2006 à Sorefi, en application de l'article L.122-12 du Code du travail, des entretiens individuels ont eu lieu (le 10 février pour Fierval) pour connaître les aspirations des salariés.

Par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 15 mars 2006, Patrick Fierval a prié son employeur de revenir sous quinzaine contre ce qu'il estimait être sa rétrogradation et une modification substantielle de son contrat de travail, analyse que son employeur a contesté par écrit le 9 juin 2006.

Il a saisi le 13 juin 2006 le conseil des prud'hommes de Saint Denis d'une demande en résiliation judiciaire de son contrat aux torts de Sorefi et en paiement de diverses indemnités ainsi que de 7 500 euros de prime de participation ; seule cette dernière prétention a été accueillie par un jugement du 25 septembre 2007 duquel M. Fierval a relevé appel par lettre recommandée expédiée le 19 octobre 2007.

Sur la rupture du contrat de travail :

1) La demande de résiliation judiciaire du contrat de travail ensuite de sa modification unilatérale :

Sur le projet d'organigramme annexé à la lettre d'intégration du 17 novembre 2005, la direction commerciale auto est organisée en 3 pôles géographiques, la direction de l'agence sud

étant confiée à Myriam Boyer sous l'autorité de laquelle se trouvent placés 9 salariés dont Patrick Fierval ;

Les fonctions de celui ci, dont le rôle d'encadrement était ainsi supprimé, ont été modifiées sans son accord et même en dépit d'une protestation formelle ; il importe peu à cet égard que ni son salaire ni le coefficient en vertu duquel il était déterminé n'aient été modifiés, pas davantage le lien de subordination ; le fait qu'il ait reconnu ne pas avoir encore la capacité d'occuper le poste de chef d'une agence dont le nombre de collaborateurs et de points de vente (de 15 à 20) avait augmenté substantiellement est également sans emport ;

Si le document annexé à la lettre du 17 novembre 2005 ne constituait, pour reprendre les termes de l'employeur, qu'une "première vision", il est entré en vigueur le 01 mars 2006, date à partir de laquelle l'intimée ne pouvait sérieusement soutenir qu'il ne s'agissait que d'une proposition ;

On ne peut sérieusement soutenir, comme le fait la Sorefi, que Patrick Fierval n'a pas manifesté clairement son refus de la modification proposée, la lettre du 15 mai 2006 étant parfaitement explicite (elle se termine par l'indication qu'à défaut pour l'employeur de revenir sur sa décision, il saisira "la juridiction compétente de ce non respect de son contrat de travail") ;

Il y a lieu, en raison de la modification sans l'accord du salarié d'un élément essentiel de son contrat, de prononcer la résiliation judiciaire de ce dernier aux torts de l'employeur ; le jugement sera infirmé sur ce point ;

## 2) Les dommages intérêts :

Il y a lieu, compte tenu notamment de l'âge (40 ans) et de l'ancienneté (16 ans et 5 mois) du salarié à la date du présent arrêt, de sa qualification et de son expérience, de la moyenne de ses 12 derniers salaires (3 480,39euros) de chiffrer à 80.000 euros le montant qui lui est du en application de l'article L.1235-3 du Code du travail.

L'appelant, qui se plaint des "effets dévastateurs" qu'aurait eu sa rétrogradation injustifiée sur son état de santé (il est en arrêt de travail depuis le 24 février 2006) ne fournit aucun élément à l'appui de cette allégation (pas même l'avis d'arrêt de travail ou un certificat médical) ; sa demande de dommages intérêts pour préjudice moral sera en conséquence rejetée.

## Commentaire

Les acteurs économiques d'une restructuration d'entreprise ne mesurent pas toujours les implications judiciaires de leur décision. Et on sait aujourd'hui que les Banques manquent parfois de discernement...

Pourquoi Réunibail est devenue Sorefi ? Nous n'entrerons pas dans le détail.

Une société de crédit-bail, filiale d'une Banque, a fait l'objet d'une opération de restructuration.

Les opérations de restructuration n'ont pas vocation à cesser en ces temps de crise (Parmi une littérature abondante, voir : Aurélie Cormier Le Goff et Emmanuel Bénard, *Restructurations et Droit du travail*, Aspects juridiques et pratiques, Editions Liaisons, Collection Droit Vivant,

2<sup>ème</sup> éd., 2006 ; Patrick Morvan, *Restructurations en Droit social*, Editions LexisNexis, 2007 ; *Restructurations en Europe*, supplément à la Semaine Sociale Lamy du 24 novembre 2008 n° 1376).

Le célèbre article L122-12 alinéa 2 (Ancienne numérotation) a joué.

Texte inconnu du repreneur, semble-t-il : un des salariés, dont les attributions avaient été modifiées suite à cette restructuration a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail car les modifications de son contrat de travail qu'on lui proposait, suite à cette restructuration, ne lui convenaient pas, ce qu'il avait fait savoir à son « nouvel employeur ».

Ce dernier n'a pas tenu compte de ce refus et cela lui coûtera quelques euros !

Certes, le salarié n'obtiendra rien au titre de la reconstitution de sa carrière, ni au titre de son préjudice moral.

Pendant, la modification de son contrat de travail qu'il avait refusée (I) lui a permis de prendre l'initiative de la rupture de son contrat de travail et de faire judiciairement imputer cette rupture à l'employeur (II).

## **I/ Une modification refusée**

La restructuration entraîne un changement d'employeur. C'est un effet « automatique et impératif » de la loi, auquel ni les employeurs successifs ni le salarié concerné ne peuvent s'opposer, dès lors que les conditions de l'article L 122-12 al 2 (Il faut s'y résoudre : article 1224-1 nouvelle numérotation) sont réunies, à savoir le « *transfert d'une entité économique, conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise* ». Il faut préciser que « *constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* ».

Sans aucun doute, les conditions d'application de ce texte étaient ici réunies.

Le « repreneur » se devait de respecter les contrats de travail des salariés concernés.

Mais une opération de restructuration, en principe, ne touche pas que la situation juridique de l'employeur.

Pour des raisons économiques (B), le nouvel employeur va être amené à réorganiser l'entreprise reprise, ce qui va entraîner des modifications du contrat de travail des salariés concernés (A).

## **A/ Une vraie modification...**

Faisons simple, donc faux.

Le Banquier rachète la filiale d'une Banque concurrente qui exerçait la même activité que l'une de ses filiales (Du leasing pour l'achat d'autos à crédit) :

Il va vouloir faire de la rationalisation économique, des économies d'échelle.

Il avait 15 salariés dans sa filiale initiale, affectés à cette activité. Il se retrouve, par le jeu de L 122-12, avec 27 salariés. 19 lui suffiraient...

Il va donc restructurer.

Cela passera, d'abord, par des licenciements.

Cela impliquera aussi des changements des façons de travailler : horaires, lieu de travail, salaires, attributions.

Bref l'employeur va toucher au « socle contractuel ». Il ne s'agira pas simplement de changement des conditions de travail, mais de véritables modifications.

La distinction entre simple changement des conditions de travail et véritable modification n'est pas aisée.

Pourtant, il existe un vrai enjeu au choix de ces qualifications concurrentes : selon que la proposition patronale sera qualifiée de l'un ou de l'autre, le régime applicable au refus salarial sera bien différent.

- Si la proposition patronale s'analyse en un simple changement des conditions de travail, le refus du salarié sera assimilé à une faute (Une insubordination), justifiant son licenciement disciplinaire.

- S'il s'agit d'une proposition de modification, le refus est un droit et le licenciement consécutif à ce refus est sans cause réelle et sérieuse, sauf à établir le juste motif économique.

La loi ne pose aucun critère objectif et il faut se tourner vers la Cour de cassation pour se faire une idée. L'examen de sa jurisprudence laisse parfois un goût d'amertume au juriste soucieux de sécurité...

Toucher aux horaires ? Attention !

Toucher à la rémunération ? Absolument interdit, même si le nouveau mode de calcul proposé par l'employeur s'avère plus favorable au salarié...

Toucher au lieu de travail ? L'éventuelle présence d'une clause de mobilité est de nature à déplacer le débat. En l'absence d'une telle clause, il faut, *a priori*, se référer au critère du secteur géographique. Mais les secteurs géographiques, cela n'existe pas !

Quant aux attributions, ce qui nous intéresse dans notre affaire...

La convention collective applicable sera parfois d'un secours appréciable. Mais quelle convention collective ?

Il se peut, même si cela reste rare, que le repreneur et le cédant ne soit pas soumis aux mêmes dispositions conventionnelles. Nous n'irons pas plus loin dans ce débat car nous entrerions dans les aspects collectifs des restructurations, ce que nous voulons éviter.

Il faudra se référer aux attributions « actuelles » (Celles exercées avant le transfert ; cf. J-E RAY, *Droit du travail, Droit vivant*, 17<sup>ème</sup> éd., 08/09, p. 239 et la jurisprudence citée ; voir aussi la jurisprudence citée in M. MINE et D. MARCHAND, *Le Droit du travail en pratique*,

Editions d'Organisation, 20<sup>ème</sup> éd. 2008, p. 176 et s.) du salarié pour savoir sur quel terrain se situer.

La modification des attributions peut être indirecte. Par exemple, le retrait du véhicule de société (Voir Soc. 9 juillet 2008, n° 07-41417, non publié) qui s'analyse, en définitive, comme une modification de la rémunération.

Quid lorsque l'organigramme de la nouvelle entité a pour effet d'intégrer un nouvel échelon entre le salarié concerné et sa hiérarchie ? Il semble que ce seul événement ne soit pas de nature à modifier les relations contractuelles.

Si l'employeur ne peut unilatéralement modifier ni la qualification ni la classification conventionnelle, il reste libre, en principe, d'assigner au salarié toute tâche qui correspond à cette qualification.

Le point d'équilibre entre le pouvoir patronal qui doit être en mesure de réorganiser l'entreprise quand le besoin s'en fait sentir (Et, en conséquence, les attributions des salariés) et la protection des intérêts des salariés qui, même si leur rémunération n'en pâtit pas, peuvent être moralement affectés de leurs nouvelles conditions de travail, n'est pas facile à trouver.

C'est parfois pour motif disciplinaire que l'employeur propose une modification des attributions du salarié (La rétrogradation disciplinaire). Dans cette hypothèse, les questions liées au respect de la procédure disciplinaire et de ses délais ne sont pas toutes réglées...

Dans l'occurrence d'une restructuration, le mobile de l'employeur est d'ordre économique.

## **B/ ... Pour motif économique**

L'employeur qui souhaite proposer au salarié une modification de son contrat de travail pour des raisons économiques, liées à la restructuration de son entreprise, ne devra pas oublier deux choses : respecter la procédure, d'une part ; s'assurer de la réalité et du sérieux du motif économique qui, en cas de refus salarial, le conduirait à licencier, d'autre part.

### **1°/ La procédure**

L'employeur devra notifier au salarié, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, sa proposition de modification.

En principe, qui ne, dit mot ne consent *pas*.

L'article L. 321-1-2 (L 1222-6) fait exception à la règle en prévoyant qu'en l'absence de réponse du salarié un mois après la réception de la lettre recommandée lui proposant une modification de son contrat de travail, il est réputé avoir accepté la modification.

Dans un arrêt du 25 janvier 2005 (Pugnot c/Sece), la Cour de cassation rappelle que ce formalisme (La LRAR) constitue une règle substantielle.

En l'espèce, l'employeur d'une PME avait proposé à ses quatre salariés un abaissement de leur salaire sans passer par la procédure écrite prévue.

Licenciée trois ans après, une salariée conteste avoir accepté tacitement, et assigne en rappel de salaires. Après avoir constaté la bonne foi patronale (information, délai de réflexion d'un mois respecté), la cour d'appel absout l'employeur mal informé : l'acceptation tacite était acquise, l'écrit ne constituant pas une condition de fond.

Cassation : « L'employeur qui n'a pas respecté ces formalités ne peut se prévaloir ni d'un refus ni d'une acceptation de la modification par le salarié ».

Position réaffirmée dans un arrêt du 28 octobre 2008 (n° 07-42720) qui n'a pas les honneurs de la publication (SSL n° 1377, p. 15).

Dans notre affaire, le projet d'organigramme annexé à la lettre d'intégration adressée au salarié modifiait ses fonctions et son rôle d'encadrement était supprimé. Il avait émis une « protestation formelle » contre ce projet, ce dont le nouvel employeur n'avait pas tenu compte.

L'employeur avait peut-être compris que le licenciement ne serait pas chose aisée.

## **2°/ La cause réelle et sérieuse en cas de licenciement consécutif au refus du salarié**

En principe, une restructuration est destinée à sauvegarder la compétitivité d'une entreprise et les licenciements qui en sont la conséquence sont dotés du juste motif exigé par la loi.

Encore faudra-t-il vérifier que l'obligation de reclassement, au besoin suite à une formation du salarié, a été correctement exécutée par l'employeur.

Rien de tout cela n'est évoqué dans l'arrêt commenté.

Et pour cause : le salarié n'a pas été licencié. Il a dû prendre l'initiative de la rupture, afin de bénéficier du régime applicable au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, en demandant la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

## **II/ Une résiliation judiciaire prononcée**

Face à l'inertie d'un employeur qui ne respecte pas le contrat de travail et au regard du droit positif, le salarié a désormais **trois voies** qui s'offrent à lui.

Du plus récent au plus ancien :

- Donner sa démission sans réserve, mais faire ensuite plaider qu'au regard des circonstances qui ont entouré cette démission, il s'agissait d'une prise d'acte dont le régime doit être celui d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Voir Soc. 9 mai 2007, n° 05-40315 ; Soc. 9 juillet 2008, n° 07-41857).

- Prendre acte de la rupture de son contrat de travail, en notifiant à l'employeur certains griefs et s'adresser au juge, à peu près dans les mêmes termes que ceux ci-dessus décrits (Voir

Soc. 25 juin 2003, n° 01-42679 qui a fixé une position dont la Cour de cassation ne s'est plus jamais départie), pour voir appliqué le régime du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Deux voies dangereuses pour le salarié qui s'est « volontairement » privé d'emploi. Aura-t-il droit aux indemnités de retour à l'emploi ?

- Reste la troisième voie, certes moins risquée mais pas dénuée d'inconvénients : la résiliation judiciaire dont le prononcé est demandé au juge.

C'est dans ce chemin que s'est engouffré notre salarié et la Cour lui a donné raison.

Le salarié a pris l'initiative d'une rupture de son contrat de travail qui ne lui sera pas imputée (A).

Il sera traité comme un salarié licencié ; un licenciement sans cause réelle et sérieuse (B).

#### **A/ Où l'on revient à la distinction « Initiative/Imputabilité » de la rupture du contrat de travail**

L'action en résiliation judiciaire du contrat de travail, si elle est fermée à l'employeur, reste ouverte au salarié, même s'il s'agit d'un salarié protégé.

C'est une action fondée sur le droit commun des contrats : article 1184 du Code civil.

A la différence de la prise d'acte, le salarié reste au service de l'entreprise durant cette action judiciaire. Avantages et inconvénients.

- Par rapport à la prise d'acte, un **avantage** : la sécurité pour le salarié. Si le juge refuse de prononcer la résiliation, parce que les motifs invoqués par le salarié à l'appui de sa demande ne sont pas réels ou ne sont pas « suffisamment sérieux », le salarié « garde » sa place dans l'entreprise. Son contrat de travail n'a jamais été rompu.

- Par rapport à la prise d'acte, un **inconvénient** : il faut venir travailler et supporter une ambiance qui, si elle n'était pas mirobolante au départ, s'est *a priori* dégradée, depuis que l'employeur a appris qu'il était assigné aux prud'hommes par son salarié...

Si l'action aboutit, le salarié sera considéré comme un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse.

Voilà donc une situation de licenciement « subi » par l'employeur qui n'a pas pris l'initiative de la rupture.

Quelles en seront les conséquences ?

#### **B/ Un licenciement sans cause réelle et sérieuse**

Par hypothèse, l'employeur n'aura pas envoyé au salarié une lettre de licenciement contenant les motifs clairs et précis du licenciement. Il s'agira donc, nécessairement, d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ceci en vertu d'une jurisprudence bien établie et solennellement réaffirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1998 : une lettre insuffisamment motivée équivaut à une absence de lettre et l'absence de lettre rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Sous la pression du patronat, cette position de notre Cour suprême devrait bientôt être modifiée par une réforme de la loi.

A suivre...

### **5.1. CONTRAT DE TRAVAIL – Rupture – Licenciement - Procédure**

*Virginie FRAISSINIER, Docteur en droit – Ancienne ATER à l'Université de La Réunion*

Tout licenciement, quel qu'en soit le motif, est soumis à une procédure particulière instaurée par la loi du 13 juillet 1973 puis généralisée par la loi du 30 décembre 1986. Il s'agit d'abord d'établir entre l'employeur et le salarié une discussion, le salarié devant être convoqué à un entretien préalable<sup>1</sup> puis, si le licenciement se confirme, de le notifier en bonne et due forme au salarié<sup>2</sup>.

Bien souvent les employeurs « oublient » ou n'exécutent pas à la lettre les prescriptions légales tendant à assurer une procédure exempte de vices. Or, toute procédure irrégulière entraîne des sanctions, principalement l'allocation de dommages et intérêts en faveur du salarié. Tout dépend de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise. Si le salarié justifie de deux ans d'ancienneté et que le licenciement intervient dans une entreprise de 11 salariés ou plus, l'article L.122-14-4 anc. du Code du travail<sup>3</sup>, prévoit le versement d'une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire si le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, voire d'une indemnité qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire si le licenciement est sans cause réelle et sérieuse<sup>4</sup>. Si les seuils d'ancienneté ou d'effectifs ne sont pas atteints, l'article L.122-14-5 anc. du Code du travail<sup>5</sup> prévoit, sauf exception, que le salarié peut prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi, que le licenciement repose ou non sur une cause réelle et sérieuse.

Deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Saint-Denis, l'un le 5 février 2008, l'autre le 4 mars 2008, témoignent de l'exigence de la procédure et des sanctions qui s'y rattachent.

#### **Absence de convocation à un entretien préalable - Absence d'entretien préalable – Procédure irrégulière (OUI) – Conséquences**

CA. Saint-Denis, 5 février 2008 N°RG06/00810

---

<sup>1</sup> Art. L.122-14 anc. du Code du travail ; actuels L.1232-2 et L.1233-11.

<sup>2</sup> Art. L.122-14-1 anc. du Code du travail ; actuels L.1232-6 et L.1233-15.

<sup>3</sup> Actuels art. L.1235-2 et L.1235-3.

<sup>4</sup> Notons que la Cour de cassation a exclu le cumul des indemnités lorsque le licenciement est à la fois irrégulier et injustifié : une seule indemnité est allouée (celle de l'absence de cause réelle et sérieuse).

<sup>5</sup> Actuel art. L.1235-5.



**Note** : Le salarié d'une entreprise en difficulté fait l'objet d'un licenciement économique, moins de deux ans après avoir été embauché. L'emploi étant exercé à La Réunion mais le siège social se situant en France métropolitaine, les parties s'accordent pour ne pas respecter la procédure légale et faire abstraction de la convocation à l'entretien préalable et de l'entretien lui-même.

Des dommages et intérêts, à hauteur de 2300 euros, sont octroyés en première instance au salarié pour procédure irrégulière. En appel, l'employeur soutient que « *l'intéressé, qui avait donné son accord au non respect des formes légales en raison de l'éloignement du siège social (implanté en Seine et Marne), ne peut solliciter la réparation d'un préjudice inexistant, un entretien informel ayant d'ailleurs eu lieu* ».

Fort justement les juges de la Cour de Saint-Denis rappellent que « l'inobservation des formalités légales, qui sont d'ordre public, entraîne nécessairement un préjudice en réparation duquel sera alloué au salarié ». Ils concluent au versement d'une indemnité « d'un euro symbolique ».

Rappelons que les formalités légales prévues à l'article L.122-14 anc. du Code du travail [convocation à un entretien préalable par lettre recommandée ou lettre remise en main propre contre décharge, indication de l'objet de la convocation, mention de la possibilité pour le salarié de recourir à un conseiller lors de l'entretien] ont été instituées en faveur du salarié. C'est en effet au cours de l'entretien préalable que l'employeur et le salarié peuvent s'expliquer sur le futur licenciement et les raisons de celui-ci. L'employeur ne peut se soustraire au respect d'une telle procédure, y compris avec l'accord du salarié ou même en procédant à un entretien informel. Cette position stricte envisagée par la Cour d'appel de Saint-Denis, se situe dans la droite ligne de celle de la Cour de cassation. Selon cette dernière les formalités requises lors d'un licenciement sont d'ordre public : le salarié ne peut ainsi renoncer au bénéfice des dispositions de l'article L.122-14 anc. du Code du travail<sup>1</sup>. De la même façon, l'entretien préalable, à raison de sa finalité et des règles procédurales qui s'y attachent, ne peut être suppléé par un entretien informel entre employeur et salarié<sup>2</sup>.

En l'espèce, la procédure de licenciement était manifestement irrégulière et déclarée comme telle par manque de convocation à l'entretien préalable et défaut d'entretien lui-même.

Les juges devaient alors trancher quant aux dommages et intérêts alloués. Le régime des sanctions indemnitaires du licenciement irrégulier a longtemps fait l'objet d'une complexité redoutable. Quelques écueils existent encore.

De prime abord, le salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté devait s'appliquer l'article L.122-14-5 anc. du Code civil. Il existe toutefois une exception posée par le même article : le salarié n'ayant pas deux années d'ancienneté peut prétendre, s'il n'a pas reçu dans la convocation à l'entretien préalable l'avis selon lequel il peut se faire assister d'un conseiller extérieur<sup>3</sup>, au paiement d'une indemnité calculée conformément à l'article L.122-14-4 du Code du travail. Cette exception trouvait à s'appliquer en l'espèce dans la mesure où le salarié n'ayant reçu aucune convocation à l'entretien préalable il ne pouvait avoir été averti de la possibilité de se faire

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 28 juin 2005, *Bull. civ. V n° 215*, concernant en l'espèce la renonciation au délai de 5 jours entre la convocation et l'entretien par le salarié.

<sup>2</sup> Cass. soc., 21 mai 1992, *Bull. civ. V n° 334*.

<sup>3</sup> Le législateur a en effet posé la faculté pour un salarié de se faire assister par un conseiller extérieur, inscrit sur une liste de personnes établie par la Préfecture, lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. Dans un tel cas, l'employeur est tenu d'indiquer dans la convocation à l'entretien préalable ladite possibilité ainsi que l'adresse de la mairie et de l'inspection du travail où le salarié pourra trouver la liste des conseillers.

assister par un conseiller extérieur. Quid du montant de l'indemnisation pour procédure irrégulière en vertu de l'article L.122-14-4 ? Après une position controversée<sup>1</sup>, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt en date du 5 février 2003<sup>2</sup>, qu'en cas de non respect de la procédure irrégulière consécutive à l'absence d'information quant à la possibilité de se faire assister par un conseiller extérieur, et cela peut importe qu'il s'agisse ou non d'un licenciement pour une cause réelle et sérieuse, le salarié a droit à une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire en cas d'inobservation de la procédure. Si le licenciement est sans cause réelle et sérieuse<sup>3</sup>, le salarié a droit, en plus de l'indemnité pour inobservation de la procédure, à la réparation du préjudice du au licenciement injustifié en application des dispositions de l'article L. 122-14-5 du Code du travail.

L'application de l'article L.122-14-4 anc. du Code du travail est en l'espèce juridiquement fondée. Les juges de la Cour d'appel de Saint-Denis ont alors estimé que si l'inobservation des règles de forme entraînait nécessairement un préjudice, celui-ci pouvait être évalué à un euro symbolique. L'euro symbolique est-il une compensation « juste », la question se pose. Se pose surtout la question de la disparité d'exigence de la Cour de cassation lorsque l'euro symbolique est demandé selon que l'on se place sous l'égide de l'article L.122-14-4 ou de l'article L.122-14-5 anc. du Code du travail. Dans le premier cas la Cour de cassation a estimé « concevable » l'indemnisation d'un euro symbolique les juges ayant apprécié « *le préjudice subi par le salarié dans les limites fixées par le texte susvisé* »<sup>4</sup>. Sous l'égide de l'article L.122-14-5, en revanche, ce même montant paraît ne plus être acceptable aux yeux de la Haute juridiction qui a considéré à plusieurs reprises que l'inobservation de la procédure d'entretien entraîne pour le salarié un préjudice, fût-il de principe, « *qui ne peut cependant être réparé par l'allocation d'un franc / euro symbolique* »<sup>5</sup>. Ainsi, pour un préjudice, même de principe, le salarié aurait pu espérer une indemnisation plus élevée, du moins supérieure à un euro, si l'article L.122-14-5 avait trouvé à s'appliquer.

### **Notification du licenciement par lettre remise en main propre et non par lettre recommandée avec demande d'avis de réception – Procédure irrégulière (OUI) - Conséquences**

CA. Saint-Denis, 4 mars 2008 RG n°07/00797

**Note :** Un salarié est licencié pour faute grave. Préalablement, comme l'exige la loi, l'employeur convoque le salarié à un entretien. Convocation et entretien sont réalisés en bonne et due forme. L'employeur, qui a décidé de poursuivre la procédure de licenciement, rédige la lettre de licenciement qu'il remet en main propre au salarié.

---

<sup>1</sup> La Cour de cassation avait estimé que devait s'appliquer l'article L.122-14-4 dans son intégralité : en cas d'irrégularité de procédure faute d'avoir été averti de la possibilité de se faire assister par un conseiller extérieur et alors que le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse, le salarié devait recevoir une indemnisation allant jusqu'à un mois de salaire (Soc., 19 juillet 1995, *Bull. civ. V n° 249*). Lorsque le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, il lui était dû une indemnité au minimum égale aux salaires des six derniers mois (Soc., 13 novembre 1996, *Bull. civ. v n° 382*).

<sup>2</sup> Cass. soc., 5 février 2003, *Bull. civ. V n°41* ; voir Frouin J.-Y., « Le régime des sanctions indemnitaires », *SSL*, 2003, n°1109 ; Corrignan-Carsin D., « Indemnisation du préjudice résultant du non-respect de l'assistance du salarié par un conseiller », *JCP G. II.0076*.

<sup>3</sup> Tel était le cas en l'espèce (voir *infra* le manquement à l'obligation de reclassement).

<sup>4</sup> Cass. soc., 26 octobre 1989, inédit, pourvoi n°87-41698). En l'espèce les juges ont condamné l'employeur à verser à la salariée un franc symbolique de dommages et intérêts pour procédure irrégulière, le licenciement étant quant à lui fondé sur une cause réelle et sérieuse.

<sup>5</sup> Cass. soc., 11 mars 1998, *Bull. civ. V n°136* ; Cass. soc., 26 avril 2007, pourvoi n°05-45624.

Se posait la question de la régularité de la procédure eu égard aux prescriptions légales de l'article L.122-14-1.

Alors que la convocation à l'entretien préalable peut être réalisée par lettre recommandée ou être remise en main propre contre décharge, l'article L.122-14-1 anc. du Code du travail<sup>1</sup>, alors en vigueur, pose le principe que le licenciement doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. En l'espèce tel n'était pas le cas. La Cour d'appel conclut que la procédure était irrégulière et, sur le fondement de l'article L.122-14-4 anc. du Code du travail, condamne l'employeur à verser à son ancien salarié la somme de 1000 euros (indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire).

En ne retenant « que » la qualification de procédure irrégulière les juges dionysiens adoptent une solution mesurée. N'auraient-ils pas pu aller plus loin et considérer que l'absence de lettre recommandée avec demande d'avis de réception équivalait à une absence de notification tout court et par voie de conséquence était un licenciement abusif condamné par le versement d'une indemnité qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire (art. anc. L.122-14-4) ?

L'évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation, en trois temps, semble aller en ce sens, même si certains doutes subsistent.

Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est montrée relativement permissive à l'égard des conditions imposées aux employeurs, estimant, et ce contrairement aux prescriptions claires de l'article L.122-14-1 anc. du Code du travail, que la notification du licenciement pouvait être réalisée par acte d'huissier<sup>2</sup> ou même par simple remise en main propre<sup>3</sup>. Elle concluait alors à l'absence d'irrégularité de forme « l'envoi de la lettre visée à l'article L.122-14-1 du Code du travail par lettre recommandée avec avis de réception n'étant qu'un moyen légal de prévenir toute contestation sur la date de notification du licenciement ... »<sup>4</sup>.

Sa position s'est dans un deuxième temps quelque peu raffermie : elle estime que l'absence de lettre recommandée correspond bien à une irrégularité de forme qui entraîne l'application de la sanction visée à l'article L.122-14-4 et l'octroi d'une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Saint-Denis dans l'arrêt du 4 mars 2008.

Enfin, un arrêt en date du 24 janvier 2007, a considéré que « l'employeur qui décide de licencier un salarié doit lui notifier son licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception » ajoutant que « (...) la remise en main propre d'une lettre ne peut suppléer la notification du licenciement »<sup>5</sup>. L'attendu de cette dernière décision invite à penser que la notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pourrait ne plus être une condition de forme mais une véritable condition de fond<sup>6</sup>. A défaut de respecter les prescriptions de l'article L.122-14-1, l'employeur pourrait être sanctionné pour licenciement abusif, sans cause réelle et sérieuse, faute de notification. En faveur du salarié c'est aller beaucoup plus loin que la condamnation pour procédure irrégulière et l'octroi d'une indemnité dont le montant ne peut être supérieur à un mois de salaire. Reste à savoir si cette position va être confirmée et si l'analyse

<sup>1</sup> Actuels art. L.1232-6 et L.1233-15 du Code du travail.

<sup>2</sup> Cass. soc., 8 novembre 1978, *Bull. civ. V n°746*.

<sup>3</sup> Cass. soc., 15 décembre 1999, inédit, pourvoi n°97-44431.

<sup>4</sup> Cass. soc., 15 décembre 1999, *précité*.

<sup>5</sup> Cass. soc., 24 janvier 2007, *Bull. civ. V n°10*.

<sup>6</sup> A cet égard notons que la Cour de cassation a retenu le caractère fondamental de la LRAR de proposition de modification pour motif économique, la méconnaissance de cette formalité interdisant à l'employeur de se prévaloir d'un refus ou d'une acceptation de la dite modification dans un arrêt du 25 janvier 2005, *Bull. civ. V n°18*.

envisagée sera retenue en toutes circonstances. En effet, la décision du 24 janvier 2007 était rendue dans une affaire où était en cause la licéité d'une transaction qui en principe a pour but de mettre fin à la contestation survenue à la suite d'un licenciement, les juges condamnant à l'occasion la pratique dite de la feuille blanche<sup>1</sup>.

### **5.1. CONTRAT DE TRAVAIL – Rupture – Licenciement économique**

#### **Licenciement pour motif économique – Manquement à l'obligation de reclassement (OUI) – Cause réelle et sérieuse (NON)**

CA Saint-Denis, 5 février 2008 N°RG06/00810

Virginie FRAISSINIER, Docteur en droit – Ancienne ATER à l'Université de La Réunion

Le salarié d'une entreprise en difficulté fait l'objet d'un licenciement économique individuel. En première instance le Conseil de Prud'hommes conclut à un licenciement abusif, l'employeur s'étant contenté d'indiquer qu'aucun reclassement du salarié n'était possible, sans avoir procédé à de réelles recherches en ce sens.

La Cour d'appel de Saint-Denis confirme le jugement de première instance. Elle considère que l'employeur « ne pouvait se borner à indiquer qu'aucun reclassement n'était possible, alors que l'article L.321-1 du Code du travail lui fait obligation de faire tous les efforts possibles en ce sens (non seulement parmi les emplois de la même catégorie que celui occupé par le salarié considéré mais également, sous réserve de l'accord de celui-ci, dans les emplois d'une catégorie inférieure) et qu'il est manifeste qu'elle n'a effectué aucune recherche en ce sens ; c'est à juste titre que le conseil des prud'hommes a évalué à 13 800 euros le préjudice consécutif à un licenciement qui était, de ce fait, dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

Le « droit » du licenciement pour motif économique a sensiblement évolué au fil des années. Pour que le licenciement soit justifié et donc valable il faut qu'il repose sur une cause réelle et sérieuse laquelle est désormais appréciée par le juge judiciaire. En l'espèce, la réalité du motif du licenciement était admise par les juges dans la mesure où était rapportée la preuve des difficultés économiques de l'entreprise et de l'impossibilité de maintenir le poste occupé par le salarié. En revanche, ils contestaient le sérieux du motif – impossibilité de reclassement- allégué par l'employeur.

En la matière, les exigences jurisprudentielles et légales sont devenues strictes. C'est la Cour de cassation qui, la première, a posé le principe que « *la suppression de poste ne peut fonder un licenciement économique que si l'employeur justifie de ne pouvoir reclasser le salarié dont l'emploi est supprimé* »<sup>2</sup>. Le principe a été repris par la loi du 17 janvier 2002 à l'article L. 321-1 alinéa 3 anc. du Code du travail<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Rappelons que pour être valable, la transaction doit être signée après l'envoi en recommandé avec accusé de réception de la lettre de licenciement. Afin de détourner cette procédure certains employeurs utilisent la pratique dite de la page blanche consistant en l'envoi d'une feuille blanche en recommandé avec accusé de réception à titre de notification du licenciement puis plus tard de la remise en main propre de la véritable lettre de licenciement antidatée contenant les griefs invoqués à l'appui de la rupture du contrat, la transaction étant signée le même jour. La Cour de cassation décide que ne constitue pas la notification du licenciement l'envoi d'une feuille blanche et que la remise en main propre d'une lettre ne peut suppléer la notification du licenciement.

<sup>2</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, *Bull. civ. V n°228*. Cass. soc., 25 février 1992, arrêt Expovit, *D.*, 1992, p. 390, note Desfossez.

<sup>3</sup> Actuel art. L.1233-4 du Code du travail.

L'obligation de reclassement du salarié, qui s'impose à l'employeur est une obligation de moyen qui semble se transformer progressivement en une « obligation de résultat atténuée »<sup>1</sup>.

Sous l'impulsion du juge, les conditions de l'obligation n'ont en effet cessé de s'étendre. Ainsi, l'obligation de recherche d'un possible reclassement dans l'entreprise s'est étendue au groupe national<sup>2</sup> puis au groupe international<sup>3</sup>. Mais, à côté de l'élargissement du cadre de l'obligation de reclassement, l'étude de la jurisprudence montre que l'examen de l'attitude de l'employeur s'est renforcé.

L'obligation de reclassement oblige l'employeur à montrer « qu'il a procédé à toutes les démarches et investigations utiles et que sa recherche a été concrète »<sup>4</sup>. Un arrêt du 6 mars 2007 indique, de la manière la plus nette qui soit, que l'employeur ne peut se contenter d'adresser des « lettres circulaires » aux sociétés du groupe accompagnées de la liste nominative du personnel, ainsi qu'un courrier au syndicat professionnel pour prétendre avoir satisfait à son obligation de reclassement<sup>5</sup>. De la même façon, la simple mise en ligne globale sur un intranet de tous les postes vacants dans l'entreprise ou dans le groupe est insuffisante pour remplir la condition « d'offres précises, concrètes et personnalisées »<sup>6</sup>. En un mot, l'employeur doit faire preuve d'une recherche préalable, sérieuse et active des possibilités de reclassement du salarié dont le licenciement économique est envisagé. Comme le résume la Cour de cassation « l'employeur doit engager une recherche effective des postes disponibles »<sup>7</sup>. A cet égard, les juges dionysiens reprennent scrupuleusement le point de vue de la Haute juridiction en considérant comme non fondé le licenciement économique du salarié, faute pour l'employeur d'avoir procédé à toutes les recherches prescrites.

En tout état de cause, tout manquement à l'obligation de reclassement prive le licenciement de cause réelle et sérieuse<sup>8</sup>, entraînant corrélativement le droit pour le salarié à demander réparation. Ayant en l'espèce moins de deux ans d'ancienneté, s'appliquait l'article L.122-14-5 anc. du Code du travail selon lequel le salarié peut prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi.

## **5.1. CONTRAT DE TRAVAIL – Rupture – Clause de non concurrence**

### **Conditions de validité - Absence de contrepartie financière (OUI)**

C. Saint-Denis, 5 février 2008 N°RG06/00810

Virginie FRAISSINIER, Docteur en droit – Ancienne ATER à l'Université de La Réunion

Le 25 octobre 2002 est conclu un contrat entre Mr. B, engagé comme attaché commercial exclusif dans le département de La Réunion, et la société S. Le contrat comporte une clause aux

<sup>1</sup> Voir Géa F., « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS*, Juillet-août 2000 ; Couturier G., « Vers un droit du reclassement », *Dr. soc.*, mai 1999, p. 501.

<sup>2</sup> Cass. soc. 25 juin 1992, *Bull. civ. V n°420*.

<sup>3</sup> Cass. soc., 7 octobre 1998, *Bull. civ. V n°407*.

<sup>4</sup> Reims, 3 juin 1998, cité par Géa F., « Licenciement pour motif économique : ... », *op. cit.*

<sup>5</sup> Cass. soc., 6 mars 2007, *RDT*, 2007, p. 313, obs. P. Waquet ; Cass. soc., 13 février 2008, *CSBP n° 200*, 1<sup>er</sup> mai 2008, p. 195.

<sup>6</sup> Cass. soc., 20 avril 2005, *Bull. civ. V n°152*.

<sup>7</sup> Cass. soc., 17 octobre 2001, inédit, pourvoi n°99-42464.

<sup>8</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, *précité*.

termes de laquelle « *Mr. B. s'interdit d'occuper une activité concurrentielle, directe ou indirecte, à celle exercée au sein de la société S. compte tenu du caractère spécifique de l'activité de celle-ci, dans le département de La Réunion pendant un an* ». Le commercial est licencié pour motif économique. Le salarié saisit le Conseil de Prud'hommes relativement à la procédure de licenciement (inobservation des règles relatives à la convocation à l'entretien préalable et absence d'entretien) et relativement au licenciement lui-même (manquement à l'obligation de reclassement).

Etait également en cause la validité de la clause de non-concurrence insérée au contrat de travail. Les juges de première instance n'ont pas statué sur ce point. La question fut débattue en appel.

Pour les juges de la Cour d'appel de Saint-Denis une telle clause de non-concurrence « n'est valide qu'à la condition, **entre autres, de prévoir une contrepartie financière** à la restriction qu'elle impose à la liberté du salarié ce qui n'était pas le cas de l'espèce ». Elle ajoute « le respect par Mr. B. d'une telle clause illicite lui a occasionné un préjudice que la Cour dispose d'éléments suffisants pour évaluer à 11.500 euros ».

Rappelons qu'elles sont les « autres » conditions de validité des clauses de non-concurrence puis examinons le point « spécifique » de la contrepartie financière.

D'une manière générale, toutes les clauses de non-concurrence ont été subordonnées à une limite de temps et de lieu : l'interdiction faite au salarié doit être restreinte à un certain territoire et à une certaine durée afin que soit sauvegardée la liberté du travail du salarié débiteur de l'obligation de non-concurrence. Les juges ont également estimé que devait être déclarée illicite toute clause qui « *n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur* »<sup>1</sup>.

A la lecture de l'arrêt, les conditions de validité semblaient réunies : l'interdiction se « limitait » au territoire de La Réunion, pour une durée d'un an, et elle visait à protéger les intérêts légitimes de l'entreprise « *compte tenu du caractère spécifique de l'activité de celle-ci* ». Aurait pu être discuté le caractère excessif de la condition tenant au territoire réunionnais. Toutefois, il apparaît que dans son ensemble la clause n'empêchait pas le salarié, attaché commercial, d'exercer son activité professionnelle de manière absolue : il pouvait envisager d'exercer son activité dans une autre région, mais surtout il pouvait exercer son activité dans une autre branche professionnelle que celle de la société pour laquelle il avait travaillé<sup>2</sup>.

En revanche, la condition tenant à la contrepartie financière faisait défaut. Cette condition est issue de trois arrêts de la Cour de cassation qui, s'appuyant sur le principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle associé à l'article L.120-2 anc. du Code du travail affirme, le 10 juillet 2002, qu'« *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* » (Cass. soc., 10 juillet 2002, 3 arrêts, *Bull. V n°239*). Un an plus tard la Haute

<sup>1</sup> Cass. soc., 14 mai 1992, Godissart, arrêt dit « du laveur de vitres », *Bull. civ. V n°309*.

<sup>2</sup> La Cour de cassation va en ce sens estimant qu'une clause interdisant l'exercice de l'activité sur tout le territoire de La Réunion ne « *porte pas atteinte à la liberté de trouver du travail dans d'autres régions* » (Cass. soc., 9 juin 2004, inédit, pourvoi n°02-42932, en l'espèce la clause a été déclarée illicite faute de contrepartie financière). De même, une clause qui s'applique sur tout le territoire de La Réunion, pour une durée de trois ans, n'empêche pas le salarié d'exercer son activité de manière absolue (Cass. soc. 22 mars 2000, inédit, pourvoi n°97-45872, en l'espèce la clause a été déclarée illicite car elle n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise).

juridiction judiciaire a complété le dispositif en estimant que le salarié « *qui a respecté une clause de non-concurrence, illicite en l'absence de contrepartie financière, peut prétendre à des dommages intérêts* » (Cass. soc., 18 mars 2003, *Bull. Civ. V n°98*).

L'exigence d'une contrepartie s'explique aisément : elle a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi<sup>1</sup>. Pour autant l'insécurité juridique qui a découlé du revirement « rétroactif » de juillet 2002, et dont nous avons dénoncé les méfaits dans notre thèse<sup>2</sup>, est prégnante. Les clauses de non-concurrence conclues avant le revirement et sans contrepartie financière peuvent en effet être déclarées illicites et donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts aux salariés. L'employeur est ainsi condamné pour une « faute » dont il ne pouvait avoir conscience à l'époque de la conclusion de la clause de non-concurrence, la contrepartie financière n'étant pas obligatoire. La sécurité juridique est alors loin d'être assurée d'autant que jusqu'alors l'employeur pouvait s'appuyer sur la jurisprudence qui prévoyait expressément que « *la validité d'une clause de non-concurrence n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation pécuniaire si celle-ci n'est pas prévue par une convention collective...* »<sup>3</sup>. Comment l'employeur pouvait-il prévoir ? Lui reprocher l'inobservation d'une obligation qui n'existait pas au moment de la conclusion du contrat n'apparaît-il pas comme profondément injuste ? La réponse à cette dernière question est positive.

L'approche est tout autre, comme en l'espèce, pour les clauses de non-concurrence conclues après le revirement de juillet 2002 dans la mesure où l'exigence d'une contrepartie financière est désormais connue.

En l'espèce, la conclusion du contrat et l'insertion de la clause de non-concurrence date du 25 octobre 2002, soit près de 4 mois après le revirement de juillet. L'employeur pouvait difficilement soulever sa méconnaissance de l'obligation de prévoir une contrepartie financière. Ceci est d'autant plus vrai que la solution de juillet avait non seulement été abondamment commentée dans des revues juridiques spécialisées mais également dans des revues de vulgarisation. L'exigence de la contrepartie financière étant profondément équitable dans une logique d'équilibre et de conciliation entre les intérêts des employeurs et des salariés, l'injustice de l'insécurité juridique étant écartée du fait de la nécessaire connaissance de l'exigence, c'est donc fort justement que la Cour d'appel considère la clause comme illicite pour manquement à l'obligation et qu'elle condamne l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts.

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 7 mars 2007, *D.*, 2007, p. 1708.

<sup>2</sup> Fraissinier V., *La liberté d'entreprendre, étude de droit privé*, n°329, p. 213.

<sup>3</sup> Cass. soc., 9 octobre 1985, *D.*, 1986, p. 420.