

La lettre de L'Institut du travail de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV



ONT PARTICIPE A CE NUMERO :

Maryse **BADEL**

Valérie **LACOSTE-MARY**

Laurent **de LAUNAY**

Christelle **MAGOT**

Sébastien **TOURNAUX**

Sommaire :

- La réaffirmation du caractère facultatif de la réintégration en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse
- L'indication de l'utilisation du domicile du salarié à des fins professionnelles
- Prise d'acte de la rupture du contrat de travail
- Variation sur l'énonciation du motif économique dans la lettre de licenciement
- Enonciation du motif économique et convention de reclassement personnalisé
- Contrôle du salarié en arrêt maladie et suppression des indemnités journalières
- Résidence alternée des enfants et partage des allocations familiales
- « Homoparentalité » et congé de paternité
- Indemnisation des conseillers prud'hommes
- Un nouveau cas de rupture anticipée du CDD : la création ou la reprise d'entreprise

EDITO

En attendant la réforme sur les retraites, l'actualité jurisprudentielle et légale n'en reste pas moins fournie. Par exemple, la réforme controversée de l'indemnisation des conseillers prud'hommes a été retoquée par le Conseil d'Etat dans certaines de ses dispositions redonnant au principe de la bonne administration de la justice une place plus convenable. Le numéro du mois de mai propose la lecture de nombreuses décisions de la Cour de cassation autour de la rupture du contrat de travail et singulièrement de la motivation du licenciement. On constatera par ailleurs que tant en droit du travail que de la sécurité sociale, le droit international s'invite de plus en plus dans les décisions de justice. Gageons que le contrôle prioritaire de constitutionnalité permettra de faire évoluer certaines questions, notamment en matière d'égalité de droits pour les couples homoparentaux. Bonne lecture à tous !



V. LM

Informations

COLLOQUES

**« Nouveau Code du travail
évaluation par les usagers
et bilan des deux premières années d'application »**

27 & 28 mai 2010
Université Toulouse I Capitole
Amphi Raynaud - Nouvelle faculté

« Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail »

Vendredi 28 mai 2010,
Université Evry-Val d'Essonne

Vous pourrez accéder aux plaquettes de présentation de ces deux colloques en allant sur le site de L'Institut du travail dans la rubrique « Actualités »

<http://institutdutravail.u-bordeaux4.fr/>

Jurisprudence



Le refus de réintégrer un salarié licencié de manière injustifiée semble porter atteinte au droit à la stabilité de l'emploi plus qu'au droit d'obtenir un emploi. En outre, invoquer la liberté d'entreprendre au soutien d'une décision irrégulière de l'employeur paraît discutable.

La réaffirmation du caractère facultatif de la réintégration en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Cass. soc., 14 avril 2010, n°08-45.247, Mme Hélène Magdelonnette, FS-P+B

Depuis la loi du 13 juillet 1973, c'est-à-dire dès les origines du droit du licenciement, le législateur a prévu les sanctions pouvant être infligées à l'employeur qui prononce un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. La sanction la plus classique est le versement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui, lorsque l'entreprise comporte plus de 10 salariés et que le salarié compte plus de deux ans d'ancienneté, ne peut être inférieure aux six derniers mois de salaire. On oublie parfois que l'article L. 1235-3 du Code du travail offre également la possibilité de réintégrer le salarié dans son emploi. Si cette possibilité est souvent oubliée, c'est parce qu'elle est en pratique très peu usitée. En effet, la réintégration est soumise à un double caractère facultatif, ce qui la rend extrêmement rare. D'abord, le juge n'a jamais l'obligation de proposer cette réintégration. Ensuite, quoiqu'il l'ait proposée, le salarié comme l'employeur ne sont jamais tenus d'accepter la proposition de réintégration. Finalement, la règle de l'article L. 1235-3 est plus incitative que coercitive.

C'est pour tenter de rendre la réintégration obligatoire qu'une salariée avait contesté la compatibilité de cette règle avec l'article 6-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIRESC) du 16 décembre 1966 garantissant le droit au travail et le droit à toute personne de pouvoir gagner sa vie, ainsi qu'à l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 la CESDH protégeant les personnes contre les atteintes portées à leurs biens.

Dans un arrêt rendu le 14 avril 2010, la chambre sociale rejette le pourvoi formé par la salariée. La Cour estime que l'absence de droit à réintégration « ne porte atteinte ni au droit au respect des biens, ni au droit de propriété ». Si en revanche, la règle porte atteinte au droit de chacun d'obtenir un emploi, la Haute juridiction juge que cette atteinte est compatible avec les textes internationaux en cause. En effet, selon les juges, le droit d'obtenir un emploi doit être concilié avec la liberté d'entreprendre à laquelle la réintégration obligatoire serait « susceptible de porter atteinte ».

Il faudra, d'abord, retenir que la chambre sociale refoule la théorie dite de la

« propriété de l'emploi » émise jadis aux États-Unis et parfois reprise en France (v. par ex. J. Mouly, « A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », D. 2008, p. 582). Le salarié n'est pas propriétaire de son emploi.

Ensuite, on observera que la Cour de cassation a parfois fait preuve de plus d'éloquence dans son argumentation. En effet, concilier le droit d'obtenir un emploi avec la liberté d'entreprendre constituait un exercice bien périlleux. Le refus de réintégrer un salarié licencié de manière injustifiée semble porter atteinte au droit à la stabilité de l'emploi plus qu'au droit d'obtenir un emploi. En outre, invoquer la liberté d'entreprendre au soutien d'une décision irrégulière de l'employeur paraît des plus discutables. La maladresse de la chambre sociale dans sa motivation ne masque que difficilement sa ferme volonté de s'opposer à toute généralisation de la réintégration.

S.7

Jurisprudence



Lorsque le salarié accepte la sujétion consistant à utiliser en partie son domicile à des fins professionnelles, l'employeur doit, bien entendu, prendre à sa charge tous les frais générés par cette activité. L'employeur doit, en outre, indemniser la sujétion particulière que cette occupation constitue.

L'utilisation du domicile du salarié à des fins professionnelles doit faire l'objet d'une indemnisation

Cass. soc., 7 avril 2010, n°08-44.865, M. Assibat, FS-P+B

Combien de salariés français, lorsqu'ils rentrent chez eux, le soir ou le week-end, ne se libèrent pas totalement de leurs obligations professionnelles ? Souvent à la demande de l'employeur qui fournira le téléphone mobile et l'ordinateur portable nécessaires à ses tâches, le salarié continue parfois de travailler pendant ses temps de repos. Les salariés d'une multinationale avaient demandé le paiement d'une indemnité au titre de l'occupation partielle de leur domicile privé à des fins professionnelles (l'activité consistait en des tâches administratives pour des commerciaux). Par un important arrêt rendu le 7 avril 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que « l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail ». Par conséquent, « si le salarié, qui n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail, accède à la demande de son employeur, ce dernier doit

l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile ».

Plusieurs éléments de cette argumentation doivent être soulignés.

D'abord, la chambre sociale juge que l'occupation du domicile du salarié à des fins professionnelles n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail parce qu'elle constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci. Cela ne signifie pas qu'il soit toujours impossible d'intégrer le domicile du salarié dans la sphère de la relation de travail, comme cela est naturellement le cas pour les travailleurs à domicile par exemple. Cependant, par principe, le domicile du salarié est clairement distingué de la relation de travail.

Il en découle, ensuite, que le salarié ne peut jamais être contraint d'accepter du travail à son domicile si cela n'a pas été initialement prévu. Quoique cela ne soit pas expressément précisé par l'arrêt, on peut en déduire qu'un salarié ne pourra jamais se voir reprocher un comportement fautif pour avoir refusé d'exécuter certaines tâches professionnelles à son domicile : le sa-

larié a un véritable pouvoir de refuser l'utilisation de son domicile comme une « petite annexe » de l'entreprise.

Enfin, et c'est là certainement l'apport le plus intéressant de l'arrêt, la chambre sociale estime que, lorsque le salarié accepte la sujétion consistant à utiliser en partie son domicile à des fins professionnelles, l'employeur doit, bien entendu, prendre à sa charge tous les frais générés par cette activité, mais que l'employeur doit, en outre, indemniser la sujétion particulière que cette occupation constitue. Si l'indemnité n'a pas été fixée par les parties, le juge pourra déterminer lui-même le montant de celle-ci.

Cette solution est extrêmement intéressante, tant en elle-même que pour les potentialités qu'elle comporte. En elle-même, cette indemnité obligatoire en contrepartie d'une sujétion devrait permettre de juguler les hypothèses de travail à domicile imposées. Quant aux potentialités de cette solution, on peut les espérer à chaque fois qu'un salarié subira une « sujétion particulière » dans sa relation de travail

→

Jurisprudence



L'utilisation du domicile du salarié à des fins professionnelles doit faire l'objet d'une indemnisation *(suite)*

(sur cette question, v. « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », Dr. ouvrier, à paraître en juin 2010). La clause de résidence ou la clause de mobilité, par exemple, constituent toutes deux

des immixtions de l'employeur dans la vie privée du salarié et, à ce titre, des sujétions particulières qui mériteraient elles aussi d'être indemnisées. Reste à savoir si la Cour de cassation franchira le

pas pour généraliser la formule pour le moment limitée à l'occupation du domicile du salarié à des fins professionnelles.

S.T

Prise d'acte de la rupture du contrat de travail

Cass. soc., 24 mars 2010, n°08-43996

Pour la Cour de cassation, un salarié, dont le contrat de travail est suspendu suite à un arrêt de travail, doit conserver le bénéfice de son véhicule de fonction. Dans cet arrêt, le contrat de la salariée, responsable commerciale, est suspendu pendant un arrêt maladie suivi d'un congé de maternité. Pendant ses arrêts de travail, son employeur lui retire le bénéfice de son véhicule de fonction, alors que celui-ci était mis à sa disposition pour son usage personnel.

La salariée prend acte de

la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur. Elle saisit le juge pour faire requalifier cette prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour constate que la salariée bénéficiait d'un véhicule de fonction qu'elle conservait pour un usage personnel.

Les juges ont estimé que le salarié, qui dispose de son véhicule de fonction dans sa vie personnelle, doit en conserver le bénéfice pendant la suspension de son contrat de travail. Ils considèrent que

la perte du bénéfice du véhicule de fonction pendant la suspension du contrat de travail constitue un manquement suffisamment grave justifiant la prise d'acte aux torts de l'employeur.

Attention : Dans cette affaire, le véhicule de fonction est mis à la disposition du salarié pendant et en dehors du temps de travail, c'est-à-dire les week-ends et vacances scolaires.

Ch.M.

Les juges considèrent que la perte du bénéfice du véhicule de fonction pendant la suspension du contrat de travail constitue un manquement suffisamment grave justifiant la prise d'acte aux torts de l'employeur.

Variations sur l'énonciation du motif économique dans la lettre de licenciement

Cass. soc., 9 février 2010, n°08-43218, inédit ; C. ass. Soc. 24 mars 2010, n°08-45388, inédit

S'il est une règle que l'on présente traditionnellement comme étant caractéristique du droit du travail, assurément c'est celle qui fait obligation à

l'employeur d'énoncer le ou les motifs singuliers du licenciement dans la lettre de notification (v. art. L. 1233-16 s'agissant du licenciement pour motif économi-

que). Et, toujours au rang de la « tradition travailliste », depuis un célèbre arrêt *Rogie* (Soc. 29 novembre 1990, *Bull. V*, n° 598), →

Jurisprudence



Variations sur l'énonciation du motif économique dans la lettre de licenciement (*suite*)

faute d'énonciation d'un motif suffisamment précis « *le licenciement est sans cause réelle et sérieuse* », position qui confère à la dite règle de procédure une importance capitale, nul ne le conteste. Cette rigueur jurisprudentielle a cependant toujours fait l'objet de vives critiques de la part de ceux qui y voient manifestation d'un formalisme pointilliste. S'il est excessif de parler d'un recul en rase campagne, force est cependant de constater que le degré de précision requis en matière d'énonciation des motifs économiques de licenciement n'est plus très élevé. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation rendus au cours du premier trimestre de l'année le confirment. Il n'est toutefois pas certain que le droit y gagne en cohérence et en lisibilité tant les variations jurisprudentielles peuvent parfois dérouter l'observateur. Le comprendre nécessite un bref retour en arrière.

Dans un premier temps, à la question de savoir jusqu'où l'employeur devait aller dans l'explication du motif pour satisfaire à son obligation, la chambre sociale a répondu que la lettre de licenciement doit mentionner les raisons économiques prévues par

la loi et leur incidence sur l'emploi. Au fond, en exigeant que ces deux ordres d'éléments figurent dans la lettre, elle ne faisait que reprendre la définition du licenciement pour motif économique élaborée par le législateur en 1989 : il y faut d'abord un motif premier, c'est-à-dire une raison, une situation économique (et ce sera, au choix, des difficultés économiques, des mutations technologiques, la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou une cessation d'activité) ; et il faut, ensuite qu'apparaisse dans la lettre l'effet sur l'emploi de la dite situation économique (une suppression ou une transformation d'emploi, ou modification du contrat de travail).

Dans un second temps, tout en maintenant, formellement, l'exigence selon laquelle ces deux ordres d'éléments doivent figurer dans la lettre de notification du licenciement, la Cour de cassation a considérablement amoindri l'exigence de précision du premier de ces éléments – celui relatif à la situation économique. Elle a, en effet, progressivement admis que la seule mention d'une

« réorganisation de l'entreprise » satisfait à l'exigence d'énonciation du motif premier, à charge pour le juge de rechercher si ladite « réorganisation » est ou non légitimement fondée sur l'un ou l'autre des quatre motifs économiques à ce jour admis. C'est cette orientation consistant à faire de la « réorganisation de l'entreprise » l'auberge espagnole des motifs économiques de licenciement qui est clairement réaffirmée dans un arrêt du 9 février 2010 (n° 08-43218). Un employeur bien avisé a donc tout intérêt à viser ce motif économique « attrape-tout » s'il ne veut pas être enfermé par le choix d'un terrain plus restreint – la lettre de licenciement fixant les termes du litige. A l'inverse, l'employeur non avisé et un tantinet soucieux de précision qui se serait laissé aller à invoquer un motif économique particulier (difficultés économiques, mutations technologiques, compétitivité ou cessation d'activité) ne peut plus, lui, invoquer un autre motif dans la mesure où la lettre de licenciement fixe les termes du litige. L'arrêt du 24 mars 2010 le confirme (n° 08-45388). →

C'est cette orientation consistant à faire de la « réorganisation de l'entreprise » l'auberge espagnole des motifs économiques de licenciement qui est clairement réaffirmée dans un arrêt du 9 février 2010

jurisprudence



Variations sur l'énonciation du motif économique dans la lettre de licenciement (suite)

En somme, aujourd'hui, deux situations sont à distinguer, étant entendu que la règle demeure que l'employeur doit, dans la lettre de licenciement, à la fois énoncer un motif économique et son effet sur l'emploi. Si l'employeur invoque dans la lettre de licenciement un motif précis (difficultés économiques, mutations technologiques, nécessité de sauvegarder la compétitivité ou cessation d'activité), il ne pourra pas, devant le juge, invoquer un autre motif, aller sur un autre terrain, ouvrir un autre tiroir dans la mesure où il est enfermé par les termes de la lettre. Si, en revanche, bien conseillé, il vise dans la lettre de licenciement des éléments économiques précis et matériellement vérifiables qui ont entraîné, selon lui, une « réorganisation de l'entreprise », alors tout sera possible : il pourra, devant le juge prud'homal, aller sur le terrain, ouvrir

le tiroir, invoquer le motif qu'il voudra – autrement dit, le juge aura la charge de connecter les éléments économiques énoncés à l'un des motifs à ce jour admis, de les rattacher au bon créneau. Chacun appréciera comme bon lui semblera la cohérence d'ensemble de cette jurisprudence. On se permet néanmoins de rappeler que le but de cette exigence procédurale (la motivation du licenciement) est double : il s'agit, d'une part, d'éclairer le salarié sur les raisons de la rupture ; et il s'agit, d'autre part, de fixer les termes du litige dans la perspective d'un débat judiciaire à venir. Si on peut discuter sur le point de savoir si oui ou non un salarié dont la lettre de licenciement se réfère à une « réorganisation de l'entreprise » est suffisamment éclairé, on devrait tous s'accorder pour trouver la fixation des termes du litige en pareille hypo-

thèse pour le moins vacillante. Il est cependant possible de penser que derrière cette évolution relative à la forme se profile une (r)évolution sur le fond. La « réorganisation » nouveau motif économique-genre qui connaîtrait plusieurs espèces ? Chiche ! Mais il faudrait alors un seul et même régime, une identité de contrôle judiciaire quel que soit le créneau occupé. Lequel ? Là est tout l'enjeu. Etant entendu qu'il est une vérité d'évidence que l'on ne peut passer sous silence : nous n'en serions pas là si le sujet avait été convenablement verrouillé *ab initio* – ou à tout le moins si l'unité de la cause économique, par-delà la diversité des motifs, avaient été préservée. C'est cette unité qu'il faudrait retrouver. Quant à savoir si elle serait marquée du sceau de la justice sociale, la vérité est que tout dépend de la Cour de cassation.

L.L.

Mise au point sur l'énonciation du motif économique en cas de convention de reclassement personnalisé

Cass. soc., 14 avril 2010, n°09-40987, publié

Un petit rappel pour commencer : introduite par la loi du 18 janvier 2005 dite de cohésion sociale, la CRP concerne les entreprises de moins

de 1000 salariés. Elle doit être proposée à tout salarié menacé de licenciement économique avant la rupture de son contrat de travail mais produit

ses effets après la rupture : en ce sens elle ressemble aux défunctes conventions de conversion. L'objet est de permettre au salarié qui a →

jurisprudence



Ce faisant, la Cour condamne expressément la thèse selon laquelle la connaissance préalable des motifs économiques serait une information indispensable afin de consentir à une CRP

Mise au point sur l'énonciation du motif économique en cas de convention de reclassement personnalisée (suite)

accepté une CRP de bénéficiaire, après la rupture, de prestations d'accompagnement dans le cadre d'un plan d'action personnalisé (suivi individuel par un correspondant, mesures d'appui social et psychologique, d'orientation, préparations aux entretiens d'embauche, actions de validation des acquis de l'expérience, formations etc.- v. art. L. 1233-65 CT). En somme, le dispositif est censé favoriser son reclassement.

Lorsque l'employeur envisage de prononcer un licenciement pour motif économique, il doit proposer au salarié de signer une CRP. Il l'informe individuellement et par écrit en lui transmettant le document, soit lors de l'entretien préalable au licenciement, soit à l'issue de la dernière réunion de consultation des représentants du personnel. Le salarié bénéficie alors d'un délai de réflexion de 21 jours pour donner sa réponse. Si le salarié refuse, explicitement ou implicitement par non-réponse dans le délai imparti, il est licencié pour motif économique par une lettre recommandée qui doit être motivée. Si le salarié accepte la proposition de l'employeur, il bénéficie, pour une durée de 12 mois maximum, d'une allocation spécifique de

reclassement égale à 80 % de son salaire journalier de référence (à condition qu'il ait deux ans d'ancienneté). Quant au contrat de travail, il est alors « *réputé rompu du commun accord des parties* » à la date d'expiration du délai de réflexion (art. L. 1233-67). Attention, le salarié n'en conserve pas moins la possibilité de contester la légitimité du motif économique de la rupture (Cass. soc. 5 mars 2008, *Bull. V*, n° 45). C'est là toute l'étrangeté de ce mode de rupture hybride : rupture d'un commun accord, elle est néanmoins assimilée à un licenciement ! Aussi appartient-il au juge d'apprécier si cette rupture repose sur une cause réelle et sérieuse.

Pour ce faire, il est impératif que l'employeur ait énoncé par écrit les motifs économiques de la rupture. A défaut, et la Cour de cassation a été ferme sur le sujet, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 27 mai 2009, *Bull. V*, n° 139). Restaient néanmoins sur ce point quelques petites questions à régler. La chambre sociale n'a pas manqué de le faire dans deux arrêts du 14 avril dernier (n° 09-40987 et 08-45399).

Une interrogation importante subsistait, en effet, quant à la nature du support écrit dans lequel peu-

vent être énoncés les motifs économiques – et, incidemment, quant au moment auquel cet écrit doit être adressé au salarié. Dit autrement, quand et dans quel type de document l'employeur est-il en droit de motiver la rupture du contrat ? La Cour de cassation, qui ne s'embarrasse pas, opte pour un système franchement ouvert : selon elle, l'énonciation des motifs peut valablement être faite « *soit dans le document écrit d'information sur la convention de reclassement personnalisé remis obligatoirement au salarié concerné par le projet de licenciement, soit dans la lettre que l'employeur est tenu d'adresser au salarié lorsque le délai de réponse expire (...) soit dans tout autre document écrit remis ou adressé au salarié au plus tard au moment de son acceptation [de la CRP]* ». On ne saurait faire plus large ! Ce faisant, la Cour condamne expressément la thèse selon laquelle la connaissance préalable des motifs économiques serait une information indispensable afin de consentir à une CRP.

L. L



Si la décision peut étonner compte tenu du motif médical de l'absence, elle n'en est pas moins extrêmement classique. La Cour de cassation, qui écarte tout contrôle juridictionnel de l'opportunité et de l'étendue de la sanction, se montre en effet très stricte dans l'interprétation de l'article L. 323-6 du Code de la sécurité sociale

Contrôle du salarié en arrêt maladie et suppression des indemnités journalières

Cass civ. 2^e, 17 décembre 2009, n°08.19594

Le salarié en arrêt maladie n'est pas libre d'agir à sa guise et le droit aux indemnités journalières de maladie n'est pas absolu, la prestation ayant pour fonction de favoriser la guérison de son bénéficiaire et de le ramener promptement dans l'entreprise. Pour ces raisons, il est tenu par des obligations de comportement qui s'expliquent, de près ou de loin, par l'idée que les indemnités journalières doivent permettre à l'assuré de se soigner et de retrouver son aptitude au travail. Aussi, le bénéficiaire doit-il observer les prescriptions du praticien, se soumettre aux vérifications diligentées par le service du contrôle médical de la caisse. Il doit également rester chez lui en dehors des heures auxquelles il est autorisé à s'absenter car il peut faire l'objet de contrôles diligentés par la CPAM débitrice des indemnités. Les juges rappellent régulièrement ces règles élémentaires qui s'appliquent quel que soit le motif de l'absence, comme en témoigne l'arrêt de la deuxième chambre civile du 17 décembre 2009. En l'espèce, le salarié s'était vu prescrire un arrêt de travail du 15 au 30 septembre 2006 avec sorties autorisées de

15h à 18h. La CPAM avait constaté, lors d'un contrôle opéré le 20 septembre à 10h40, que l'assuré n'était pas chez lui et elle avait supprimé à titre de sanction trois indemnités journalières. Le tribunal des affaires de sécurité sociale, statuant en premier et dernier ressort, avait, à la demande de l'assuré, annulé la sanction au motif que l'absence était justifiée par une séance de kinésithérapie et qu'en conséquence, l'assuré ne pouvait être considéré comme ayant volontairement cherché à se soustraire au contrôle de la caisse ou enfreint son règlement intérieur.

En cassant ce jugement, la deuxième chambre civile rappelle que l'obligation de l'assuré indemnisé de rester chez lui en dehors des heures de sortie autorisées doit être scrupuleusement respectée car elle est appréciée de façon rigoureuse. Elle énonce de la façon la plus claire que « *l'intéressé, qui avait quitté son domicile en dehors des heures prévues sans avoir obtenu l'autorisation préalable de la caisse, s'était volontairement soustrait à ses obligations* ». Si la décision peut étonner compte tenu du motif médical de l'absence, elle n'en est pas moins extrêmement classique. La

Cour de cassation, qui écarte tout contrôle juridictionnel de l'opportunité et de l'étendue de la sanction, se montre en effet très stricte dans l'interprétation de l'article L323-6 du Code de la sécurité sociale qui mentionne « *l'inobservation volontaire des obligations* ». Dans le passé, les juges ont par exemple estimé que la sanction était justifiée dans des cas où l'absence s'expliquait pourtant par la nécessité d'accompagner un très jeune enfant à l'école ou par l'obligation de prendre son repas chez des amis en raison de son état de santé et d'impécuniosité, ou quand l'assuré avait rendu le contrôle impossible en débranchant l'interphone pour se reposer. En revanche, quand l'état de santé de l'assuré ne lui permet pas d'avoir conscience de ses actes, son absence ne saurait lui être reprochée car elle ne peut alors être « volontaire ». Ainsi, les omissions des assurés atteints de troubles mentaux sont considérées comme procédant de la force majeure et n'emportent pas la déchéance des droits.

M. B

Jurisprudence



Ceci permet de comprendre que la résidence alternée qui continue d'exister dans les faits après la majorité de l'enfant et qui, dans ce cas, n'est plus fondée sur la décision du juge aux affaires familiales qui ne concerne que les mineurs ou incapables, justifie que les allocations continuent à être partagées entre les parents, dès lors que l'enfant en cause a moins de 20 ans.

Résidence alternée des enfants et partage des allocations familiales

Cass. civ. 2^e, 14 janvier 2010, n°09-13061

Il est désormais assez courant que le juge aux affaires familiales accepte la résidence habituelle alternée des enfants quand les parents se séparent et qu'ils la sollicitent. En l'espèce, cette situation était à la source d'un conflit concernant l'attribution des allocations familiales, l'originalité tenant cependant au fait que l'un des enfants était majeur. La Caisse d'allocations familiales (CAF) refusait au père qui le lui demandait de partager ces prestations par moitié entre lui-même et la mère des enfants. Pour fonder ce refus, la CAF prétendait que la résidence alternée prévue par l'article 373-2-9 du Code civil ne concernait pas l'enfant majeur sur lequel l'autorité parentale ne s'exerçait plus. La deuxième chambre civile repousse cette argumentation : elle énonce que le partage des allocations familiales par moitié entre les deux parents n'est pas subordonnée à la minorité ou à l'absence d'émancipation de l'enfant, mais à la mise en œuvre effective de la résidence alternée.

La décision est intéressante car elle permet de saisir la portée de la notion de charge, propre au

droit de la sécurité sociale. On sait en effet que depuis un décret de 2007, par exception à la règle de l'unicité de l'allocataire, les allocations familiales peuvent être partagées entre les parents séparés ou divorcés. Ce partage est effectué par la CAF à la demande des parents, ces derniers pouvant choisir de désigner le parent qui percevra les allocations familiales, ou de les partager. Dans ce dernier cas, chacun d'eux se voit reconnaître la qualité d'allocataire et bénéficie de la moitié du montant dû au titre des allocations familiales. Les modalités du partage sont alors fixées pour un an, sauf si les conditions de résidence des enfants sont modifiées durant cette période. Le versement des allocations familiales est soumis à des conditions relatives à l'enfant et à l'allocataire : l'enfant ouvre droit à ces prestations jusqu'à 20 ans s'il est à la charge effective et permanente de l'allocataire. La charge renvoie aux obligations alimentaires et au devoir de garde, de surveillance, d'éducation, dans le but de protéger l'enfant dans sa santé, sa moralité, sa sécurité. De façon pragmatique, la

notion de charge qui comporte des composantes économiques et morales demande donc de se reporter à la situation de fait, ce qui explique qu'elle puisse s'émanciper des références au droit civil. Ainsi, non seulement aucun lien de filiation n'est exigé pour que la condition de charge soit remplie, mais encore, l'enfant peut rester à charge alors même qu'il est majeur et délivré de ce fait de l'autorité parentale, à condition toutefois qu'il continue à habiter chez ses parents et qu'il n'ait pas d'autonomie financière. Ceci permet de comprendre que la résidence alternée qui continue d'exister dans les faits après la majorité de l'enfant et qui, dans ce cas, n'est plus fondée sur la décision du juge aux affaires familiales qui ne concerne que les mineurs ou incapables, justifie que les allocations continuent à être partagées entre les parents, dès lors que l'enfant en cause a moins de 20 ans.

M. B

Jurisprudence



La Cour de cassation oppose qu'il résulte des articles L. 331-8 et D. 331-4 du Code de la sécurité sociale, que le bénéfice du congé de paternité est ouvert, à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au seul père de l'enfant. Elle considère que ces textes excluent toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle, et ne portent pas atteinte au droit à la vie familiale

« Homoparentalité » et congé de paternité
Cass. civ. 2^e, 11 mars 2010, n°09-65853

La concubine homosexuelle n'aura décidément pas gain de cause devant les juridictions françaises... Tout comme l'avaient fait avant elle la Caisse primaire d'assurance maladie de Nantes, le tribunal des affaires de sécurité sociale de la même ville, et la cour d'appel de Rennes, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation vient de lui refuser le bénéfice des indemnités journalières dues au titre du congé de paternité à l'occasion de la naissance de l'enfant de sa compagne avec laquelle elle avait conclu un pacte civil de solidarité.

Pourtant, les arguments développés par la demanderesse pour bénéficier de ces 11 jours de congé pouvaient paraître convaincants. Selon elle, ce refus était constitutif de plusieurs discriminations, toutes illicites : une discrimination fondée sur le sexe ; une discrimination illicite entre les salariés hommes et les salariées femmes placées dans une situation objectivement comparable ; une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ; une discrimination illicite entre les salariés et les assurés sociaux homosexuels par rapport aux salariés et aux assurés

sociaux hétérosexuels ; une discrimination entre les personnes et les couples homosexuels, d'une part, et les personnes et les couples hétérosexuels, d'autre part, qui élèvent un enfant dans les mêmes conditions. Enfin, la demanderesse se réclamait du droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale de la mère et de l'enfant. Selon elle, le droit de la mère était violé au motif qu'elle était privée du soutien, de l'aide et de la présence de sa compagne, et le droit de l'enfant l'était tout autant car il était placé dans une situation moins favorable que celle d'enfant élevé par deux parents de sexe opposé. L'ensemble de ces discriminations et privations de droits entraîne la violation de textes nombreux : l'article 1^{er} de la Constitution, l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'article 13, § 1^{er} du Traité instituant la Communauté européenne, l'article 21, § 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1^{er} de son Protocole additionnel n° 1, ainsi que les articles L. 122-25-4 du code du travail (dans sa version applicable en l'es-

pèce) et L. 331-8 du code de la sécurité sociale.

Pourtant, en réponse à cette argumentation fournie, la Cour de cassation oppose qu'il résulte des articles L.331-8 et D.331-4 du Code de la sécurité sociale, que le bénéfice du congé de paternité est ouvert, à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au seul père de l'enfant. Elle considère que ces textes excluent toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle, et ne portent pas atteinte au droit à la vie familiale. Elle rejette en conséquence le pourvoi et énonce que c'est à bon droit que la cour d'appel a déduit que la demanderesse ne pouvait prétendre au bénéfice du congé de paternité. La décision de la Cour de cassation ne doit pas étonner. Quelle que soit l'appréciation qu'il porte sur la conformité des textes de sécurité sociale au principe de non-discrimination et au droit au respect de la vie privée et familiale, il n'appartient pas à la Haute juridiction de se prononcer sur la conformité des dispositions légales à la Constitution et aux normes supranationales. →

Jurisprudence



On peut se demander si les textes qui fondent la solution rapportée ne risquent pas de n'être qu'éphémères, faute de pouvoir résister à la confrontation au droit supra national. En outre, à l'heure de la progression des cas de « coparentalité » ou « homoparentalité », il semble difficile pour le droit de la sécurité sociale d'ignorer plus longtemps ces situations, sauf à ne plus être en phase avec son environnement.

« Homoparentalité » et congé de paternité *(suite)*

Elle ne peut que contrôler la correcte application de la règle de droit par les juges du fond, et force est de constater que ceux-ci ne peuvent étendre à une femme le bénéfice d'un congé qui est réservé par la loi au « père », donc à un homme. D'ailleurs, au-delà de la lettre du texte, c'est aussi son esprit que les juges du fond avaient respecté, le congé de paternité étant l'expression d'une conception hétérosexuelle du couple parental. Selon ses promoteurs, il devait favoriser la redistribution des rôles entre père et mère, accroître la participation des pères à la vie familiale et augmenter le taux de recours des hommes aux congés parentaux. De même, pour le Gouvernement (Observations du Gouvernement, Décision n° 2001-453 DC, 18 décembre 2001), ce congé devait permettre l'épanouissement, dès la naissance, des liens entre les pères et leurs enfants. La volonté de réserver le congé au père avait enfin été réaffirmée en 2006 lors de la discussion du PLFSS. Un amendement voté en commission, prévoyant de

rebaptiser le congé de paternité en « congé d'accueil d'enfant » pour permettre au partenaire homosexuel de prendre un congé de naissance, avait alors été déclaré irrecevable par la commission des Finances en application de l'article 40 de la Constitution, au motif que les parlementaires ne peuvent déposer des amendements ayant « pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

Toutefois, la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme qui a condamné la France sur le fondement du principe de non-discrimination pour avoir refusé à une célibataire homosexuelle le droit d'adopter un enfant en raison de son orientation sexuelle devrait inviter à reconsidérer cette approche (CEDH, 22 janv. 2008). En effet, si l'arrêt ne reconnaît pas le couple de parents homosexuels, il permet de l'envisager, le refus d'adoption ne pouvant plus se fonder sur l'orientation

sexuelle. De même, le droit communautaire, tant dans l'article 13, §1 du Traité CE que dans l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Dans ce contexte, on peut se demander si les textes qui fondent la solution rapportée ne risquent pas de n'être qu'éphémères, faute de pouvoir résister à la confrontation au droit supranational. En outre, à l'heure de la progression des cas de « coparentalité » ou « homoparentalité », il semble difficile pour le droit de la sécurité sociale d'ignorer plus longtemps ces situations, sauf à ne plus être en phase avec son environnement.

M.B



Les dispositions des articles D.1423-65 et D.1423-66 sont frappées d'annulation. Elles concernaient le temps de rémunération pour l'étude d'un dossier postérieure à l'audience et préalable au délibéré et la rédaction des jugements. En revanche, n'est pas concerné par la décision le temps passé à l'étude préparatoire d'un dossier préalable à l'audience et à la rédaction des ordonnances de référés et à celles des PV.

Indemnisation des conseillers prud'hommes : l'article 3 du décret n° 2008-560 !

Il y a déjà quelques mois, le décret n° 2008-560 avait suscité un certain émoi chez les conseillers prud'hommes qui voyaient l'indemnisation du temps de préparation des dossiers et de rédaction des jugements largement plafonnée. Le syndicat CGT a engagé un recours pour excès de pouvoir contre ce texte devant le Conseil d'Etat et singulièrement contre l'article 3. En effet, le syndicat requérant a demandé l'annulation pour excès de pouvoir des dispositions de l'article 3 du décret du 16 juin 2008 relatif à l'indemnisation des conseillers prud'hommes (D. 1423-65, D. 1423-66 et D. 1423-67). Tout en reconnaissant au pouvoir réglementaire le droit de plafonner les heures d'in-

demnisation, le syndicat, au nom des principes de l'intérêt du bon emploi des deniers publics et d'une bonne administration de la justice, demandait que ces plafonds soient accompagnés de mécanismes autorisant leur dépassement, seuls compatibles avec l'indépendance et le fonctionnement paritaire de la juridiction prud'homale. Le Conseil d'Etat n'a pas suivi l'intégralité des demandes du syndicat mais a néanmoins considéré que l'article 3 du décret du 16 juin 2008 est annulé parce qu'il plafonne, sans possibilité de dérogation, le nombre d'heures indemnisables que le conseiller prud'homme peut déclarer avoir consacré à l'étude préparatoire d'un dossier préalable à l'audience et à la rédaction des ordonnances et des procès-verbaux.

Donc, seules les dispositions des articles D.1423-65 et D.1423-66 sont frappées d'annulation. Elles concernaient le temps de rémunération pour l'étude d'un dossier postérieure à l'audience et préalable au délibéré et la rédaction des jugements. En revanche, n'est pas concerné par la décision le temps passé à l'étude préparatoire d'un dossier préalable à l'audience et à la rédaction des ordonnances de référés et à celles des PV. Le ministère est donc invité à revoir sa copie.

V. LM

Textes

**Un nouveau cas de rupture anticipée du CDD : la création ou la reprise d'entreprise (proposition de loi n° 287 du 12 février 2010)**

Depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (applicable depuis le 1^{er} janvier 2009), l'instauration du statut d'auto-entrepreneur a simplifié la création d'entreprise en France. Elle offre aux personnes qui le souhaitent de créer leur propre entreprise simplement et rapidement grâce de nombreux avantages sociaux, déclaratifs et fiscaux. Aussi, pour aider les salariés à créer leur entreprise, le Sénat a récemment proposé une nouvelle forme de rupture du CDD. Les créations ou reprises d'entreprises ne peuvent

attendre la fin d'un contrat de travail. Le salarié doit pouvoir facilement se délier de son contrat de travail.

Le 12 février 2010, a été donc enregistrée à la Présidence du Sénat la proposition de loi (n° 287) tendant à compléter l'article L. 1243-2 du Code du travail relatif aux cas de rupture du contrat de travail à durée déterminée à l'initiative du salarié. Ce serait un cinquième cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée autorisé par la loi, second cas de rupture à l'initiative du salarié, le premier étant la conclu-

sion d'un contrat à durée indéterminée.

Il faut toutefois attendre qu'elle soit votée par les deux assemblées et publiée au Journal Officiel avant son entrée en vigueur.

Ch. M.

Informations

Direction :
Olivier Pujolar
Rédaction en chef :
Valérie Lacoste-Mary
Elaboration technique :
Marie-José Bolland

<http://institutdutravail.ubordeaux4.fr>

Téléphone : 05 56 84 85 69
Télécopie : 05 56 84 85 07
Messagerie : itbx4@u-bordeaux4.fr

Les formations du mois de mai

FESS

CFDT : du 4/05/2010 au 7/05/2010 : Conseillers du salarié (confirmés)

CPH

Solidaires : du 4/05/2010 au 7/05/2010 : Formation prud'homale

UNSA : du 17/05/2010 au 21/05/2010 : Formation prud'homale

Contact :
lacoste@u-
bordeaux4.fr

Les acquisitions du centre de documentation

Responsable : Marie-José Bolland, docit@u-bordeaux4.fr

- Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, C. Goldie-Genicon, LGDJ, 2009
- Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, 9e éd., M. Cohen, LGDJ, 2009
- Le régime du pouvoir de l'employeur, A. Fabre, LGDJ, 2010
- Droit judiciaire privé, 6e éd., L. Cadiet, E. Jeuland, Litec, 2009
- Exercices corrigés de droit du travail, 2e éd., A. Pousson, S. Neron, Gualino, 2009
- Droit et pratique de la procédure civile-Droit interne-Droit communautaire, sous la dir. de S. Guinchard, Dalloz, 2009
- Délégué du personnel, délégué syndical. Désignation-Attribution-Protection, 14e éd., E. Bledniak, Editions Delmas, 2009
- La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, A. Brès, Litec, 2009
- Le guide des élections professionnelles et des désignation de représentants syndicaux dans l'entreprise, loi du 20 août 2008, M.L. Morin, L. Pécault-Rivolier, Y. Struillou, Dalloz, 2009
- L'application de la Constitution par la Cour de cassation, O. Desaulnay, Dalloz, 2009



- Lip, une école de la lutte à l'usage des jeunes générations, un film-entretien de T. Lacoste avec C. Piaget, 2008
- Penser le travail, une urgence politique, un film-entretien de T. Lacoste avec C. De-Jours, 2007
- Le droit au travail en France, un film-entretien de T. Lacoste avec P. de Charrette
- La société du précaire, un film-entretien de T. Lacoste avec R. Castel, 2007