

**Sommaire**

- ***Jurisprudence***  
*et autres...*
- ***Au centre de***  
***Documentation :*** -  
***Dernières***  
***acquisitions***

Rédaction en chef :  
**V. LACOSTE-MARY**  
[lacoste@u-bordeaux4.fr](mailto:lacoste@u-bordeaux4.fr)

Elaboration technique :  
**M.J. BOLLAND**

**Ont participé à ce numéro :**

- **Aline BOURGEOIS**  
*chargée d'enseignement*

- **Gérard CENDRES,**  
*maître de conférences*

- **Valérie LACOSTE-MARY**  
*maître de conférences*

**EDITO**

Voici le dernier numéro de la NL de l'Institut du travail pour l'année 2007-2008. Sa diffusion reprendra dès le mois de septembre 2008. Merci à toutes les personnes qui ont donné de leur temps pour vous tenir informés de l'actualité juridique.



Ce dernier numéro met l'accent sur la lutte contre les discriminations. Il s'agit d'un sujet d'actualité, à la fois de droit communautaire et de droit interne. En effet, ce numéro évoque d'intéressantes décisions de la CJCE et de la chambre sociale de la Cour de cassation, ainsi que les révisions législatives et le rapport de la HALDE.

Les décisions présentées renforcent le droit des couples homosexuels, la situation des femmes enceintes. Parallèlement, sous influence de la commission européenne, le droit français des discriminations a dû à nouveau évoluer. Enfin, la HALDE, dont le rapport 2007 est paru, fait particulièrement mention des discriminations liées à l'âge.

Ce numéro suit également les différentes réformes sur la modernisation du marché du travail et sur la très contestée notion d'offre « raisonnable » d'emploi concernant les chômeurs. La finalisation de ces réformes sera l'objet des prochains numéros. Bonne lecture à tous,

Valérie Lacoste-Mary

**JURISPRUDENCE*****La CJCE renforce les droits des couples homosexuels***

Par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008, la CJCE vient renforcer les droits des couples homosexuels en matière de protection sociale ainsi qu'en matière d'emploi et de travail, et tente ainsi de mettre fin à certaines discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

L'affaire opposait M. Maruko à la caisse de retraite des théâtres allemands (la « VddB »), laquelle a refusé de lui accorder le bénéfice d'une pension de veuf prévue par le régime obligatoire de prévoyance professionnelle auquel son partenaire de vie décédé était affilié, au motif que les partenaires de vie survivants sont exclus du bénéfice de cette prestation par les statuts de ladite caisse.

Le législateur allemand ayant consacré, l'égalité entre le partenariat de vie et le mariage, M. Maruko invoquait, à l'appui de son recours devant le tribunal allemand compétent, la violation de l'égalité de traitement.

La juridiction allemande a donc saisi la CJCE, dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel, afin qu'elle tranche les questions suivantes : la pension de veuf peut-elle être qualifiée de « rémunération » au sens de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et entrer ainsi dans son champ d'application ? Et si oui, une réglementation limitant le versement d'une telle prestation au seul conjoint survivant d'un couple marié constitue t-elle une discrimination prohibée par la directive ?

La CJCE répond par l'affirmative aux deux questions qui lui ont été posées. La Cour considère que la prestation de survie octroyée dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnelle tel que celui géré par la VddB entre dans le champ d'application de la directive 2000/78, pour ensuite décider que cette dernière s'oppose à une réglementation qui prévoit qu'après le décès de son partenaire de vie, le partenaire survivant ne peut pas percevoir une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant, alors que, en droit national, le partenariat de vie placerait les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne ladite prestation de survie.

---

## ***La CJCE renforce les droits des couples homosexuels ... (suite)***

On mesure bien les conséquences sur le droit français d'une telle décision, puisqu'il existe depuis 1999 un contrat similaire au partenariat de vie allemand : le pacte civil de solidarité (PACS). Le PACS étant considéré par le Conseil constitutionnel comme une forme d'union comparable au mariage, les partenaires pacsés peuvent réclamer un traitement égalitaire par rapport aux couples mariés, tant dans le domaine de la protection sociale que dans celui des relations de travail.

Mais encore faut-il que les avantages revendiqués entrent dans le champ d'application de la directive 2000/78, et soient considérés comme des « rémunérations ».

En matière de protection sociale, les prestations servies par le régime général ne sont pas considérées comme des rémunérations au sens de la directive 2000/78. En revanche, entrent dans le champ d'application de la directive les prestations qui sont servies par les régimes spéciaux, le régime agricole, le régime de la fonction publique, les régimes de retraite complémentaire obligatoires Agirc-Arrco, et les régimes professionnels de protection sociale complémentaire au sens de l'article L. 911-1 CSS. Par conséquent, les partenaires pacsés ne doivent souffrir d'aucune discrimination par rapport aux couples mariés, concernant l'octroi de toutes ces prestations. Or on sait, s'agissant par exemple de la pension de réversion, qu'elle n'est accordée aujourd'hui qu'aux seuls veufs et veuves, quel que soit le régime concerné. Si aucune modification n'intervient, le contentieux devrait se développer dans cette matière.

S'agissant des relations de travail, tous les avantages, quelle que soit leur source, accordés aux salariés mariés devront être étendus aux partenaires pacsés. Ainsi, à titre d'exemple, et malgré la recodification du Code du travail, la loi prévoit toujours une autorisation exceptionnelle d'absence réservée au salarié qui se marie (art. L.3142-1 Code du travail ; ancien art. L.226-1) ; on comprend d'autant plus mal le maintien d'une telle discrimination quand on remarque que le congé pour décès du conjoint a été étendu au partenaire pacsé...

*CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2008, affaire C-267/06,*

*Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*

## ***Portée de l'entretien préalable dans la procédure de licenciement***

Par un arrêt du 19 mars 2008 (N° 289433), le Conseil d'Etat confirme que l'entretien préalable dans le cadre de la procédure de licenciement d'un salarié protégé constitue un élément substantiel de cette procédure, garante du respect des droits de la défense et qui conditionne la validité de l'autorisation administrative de licenciement.

En l'espèce, un conseiller du salarié fait l'objet d'une procédure de licenciement. L'article L. 2411-21 précisant que « *le licenciement du conseiller du salarié chargé d'assister le salarié(...) ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail* ». On sait que cette procédure spéciale se cumule avec le dispositif général concernant tous les licenciements et plus particulièrement avec les dispositions des articles L. 1233-11 CT et L. 1233-12 CT relatives à l'entretien préalable. Ce dernier texte précise la finalité de cette procédure, « *au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié* ».

Or, dans le cours de l'entretien, le ou les motifs conduisant l'employeur à envisager un licenciement ne sont pas exposés par ce dernier au salarié. Dès lors, l'inspecteur du travail ne peut que refuser l'autorisation de licencier. « *L'employeur n'a pas indiqué au salarié les motifs de son licenciement à l'occasion de cet entretien ; que dans ces conditions, l'entretien préalable n'a pas pu porter sur les motifs de la décision de licenciement envisagée à l'encontre de M. C. ; qu'ainsi la procédure prévue à l'article L. 122-14 a été méconnue* ».

Ainsi, le Conseil d'Etat fait de l'entretien préalable et de l'exposé des motifs un élément déterminant de la procédure qui conditionne la validité de l'autorisation administrative de licenciement. Il s'agit d'une formalité substantielle et d'une condition de fond, instituée dans l'intérêt du salarié menacé et qui répond à une double finalité : le respect du principe du contradictoire et celui des droits de la défense.

Cet arrêt se situe dans le droit fil de la jurisprudence administrative en la matière. Toutefois, on relèvera que l'importance de l'entretien préalable est affirmée avec une très grande force, netteté qui contraste avec une certaine friilosité de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Ce contraste manifeste-t-il deux conceptions différentes de l'entretien préalable, clé de voûte de la procédure et élément substantiel pour la Haute juridiction administrative, simple élément formel et de procédure pour la Haute juridiction judiciaire ?

---

***Portée de l'entretien préalable dans la procédure de licenciement... (suite)***

Dans ses conclusions devant le Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement se réfère aux principes constitutionnels et rappelle la décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2006 aux termes de laquelle le droit du salarié de s'expliquer devant l'employeur relève du principe constitutionnel des droits de la défense et de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 ! Et un auteur de conclure (*Semaine sociale Lamy 26 mai 2008 p. 11*) « *parce qu'il permet au salarié de se défendre, de répondre aux arguments de l'employeur, l'entretien préalable est une pièce maîtresse de la procédure de licenciement* ».

Or, dans des espèces similaires, la Cour de cassation juge bien que l'absence d'exposé des motifs lors de l'entretien entraîne l'irrégularité de la procédure. Mais cette irrégularité est purement formelle et se résout en dommages-intérêts de ce chef par application de l'article L. 1235-2 CT.

Ce décalage peut surprendre. On relèvera, pour tenter de l'atténuer, que la question primordiale qui se pose est celle de la preuve et de la charge de la preuve, les propos tenus lors de l'entretien n'étant pas en principe consignés par écrits. En outre, la Cour de cassation fait jouer à la lettre de licenciement - lettre qui doit exposer les motifs précis de ce dernier - un rôle très substantiel, qui fixe les limites du litige et qui va permettre au salarié de construire sa défense.

Il n'en reste pas moins que deux conceptions de l'entretien préalable, de son contenu, de sa portée, de ses conséquences sont ici à l'œuvre, accroissant les disparités de traitement et de protection entre salariés « protégés » et salariés « ordinaires ».

Il est à noter que dans un arrêt du 20 février 2008 (n° 06-40.949), la chambre sociale de la Cour de cassation confirme le calcul du délai devant s'écouler entre l'envoi de la lettre de convocation et l'entretien préalable au licenciement. :« *...l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre ; qu'il en résulte que le salarié doit disposer d'un délai de cinq jours pleins pour préparer sa défense ; d'où il suit que le jour de remise de la lettre ne compte pas dans le délai, non plus que le dimanche qui n'est pas un jour ouvrable.* ».

Dès lors que le délai auquel le salarié ne peut renoncer n'a pas été respecté, la procédure est nécessairement irrégulière. Mais cette irrégularité purement formelle est sanctionnée par une indemnité pour irrégularité de procédure...

*Conseil d'Etat 19 mars 2008, Cass. Soc. 20 février 2008, N° 06-40.949*

---

**Rappel des conditions de licenciement d'une femme enceinte**

Dans un arrêt de principe, voué à publication, la Cour de cassation rappelle les conditions de licenciement d'une femme enceinte. En l'espèce, la salariée a été engagée comme polyvalente le 7 février 2002 par une EURL. Le 18 mars 2003, elle est victime d'un accident du travail et elle informe deux jours plus tard son employeur de son état de grossesse. L'employeur la licencie un mois plus tard pour motif économique. Par une lettre motivée, il indique que la situation de l'entreprise est obérée et précise qu'il a proposé à la salariée un reclassement impliquant une baisse des horaires et de la rémunération.

La cour d'appel rejette la demande en nullité du licenciement et retient l'impossibilité de reclassement due à la situation critique de la société, ainsi que le refus de la salariée.

La Cour de cassation, après avoir visé des articles L.122-14 , L. 122-25-2 et L. 122-32-2 du Code du travail, déclare fermement que la lettre de notification est tenue de préciser : « *le ou les motifs non liés à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, à l'accident ou à la maladie professionnelle pour lesquels il se trouve dans l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pendant les périodes de protection dont bénéficie la salariée, l'existence d'un motif économique de licenciement ne caractérisant pas, à elle seule, cette impossibilité* ». Elle poursuit en indiquant par ailleurs que les raisons économiques ne précisaient pas en quoi l'employeur était dans l'impossibilité de maintenir le contrat de travail de la salariée pendant la période de protection.

Décision à rapprocher : Soc. 19 mars 2008, JCP, éd. Soc. 2008 n°22, note C. Puigelier, 1306.

*Cass. Soc. 21 mai 2008, n° 07-41179, publié au Bulletin*

**TEXTES*****Où en est le projet de loi sur la modernisation du travail ?***

Le 29 avril 2008, les députés ont entériné le projet de loi sur la modernisation du marché du travail. Pour mémoire, ce texte introduit notamment la flexi-sécurité, la rupture amiable du contrat de travail, le contrat à durée déterminée de 36 mois pour les cadres et ingénieurs et renonce au CNE. Le texte a subi des modifications, notamment celle dont la

## Où en est le projet de loi sur la modernisation du travail ?...(suite)

conséquence pour le salarié dont le contrat a été rompu conventionnellement de bénéficier de l'assurance chômage tout en lui interdisant en cas de recours juridictionnel de pouvoir faire appel. L'employeur pourra également bénéficier d'une assistance pendant l'entretien préalable (ce que la jurisprudence autorise depuis longtemps !). L'assistant appartiendra à l'entreprise ou à une organisation syndicale d'employeurs ou sera un autre employeur relevant de la même branche. Une autre possibilité de rompre le CDD avant terme a été introduite. Il est prévu que le CDD conclu pour la réalisation d'un objet défini pourra au bout de 18 mois être rompu par les deux parties pour une cause réelle et sérieuse.

Ce texte n'est pas définitif, il doit en effet passer devant une commission mixte paritaire.

### Qu'est-ce qu'une offre raisonnable d'emploi ?

Sans véritablement donner une définition générique de l'offre raisonnable d'emploi, Christine Lagarde a donné 4 principes sur lesquels le nouveau texte devra s'appuyer pour circonscrire l'offre raisonnable d'emploi, Ainsi : la logique d'engagements réciproques du service public de l'emploi et du demandeur d'emploi ; l'égalité de traitement fondée sur des critères objectifs ; une responsabilisation du demandeur d'emploi ; la prise en compte de la localisation de l'emploi proposé, du secteur d'activité et de l'évolution de la définition de l'offre raisonnable d'emploi en fonction de la durée du chômage. Le service public de l'emploi sera chargé d'élaborer avec le chômeur un projet professionnel personnalisé à partir de son profil, de ses aspirations et de la situation du marché du travail, le tout assorti d'un mécanisme de sanctions proportionnées.

### Mise en conformité du droit communautaire : la lutte contre les discriminations

Nous avons signalé dans une précédente lettre que la France s'était fait épingle car la loi sur les discriminations n'était pas en accord avec le droit communau-

taire, notamment sur la notion de discrimination indirecte. Le Parlement a adopté diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire. Ce texte améliore les modes de preuve et la protection des victimes de harcèlement moral et sexuel. Par ailleurs, le projet indique que des différences de traitement sont justifiées si elles « *répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

## Avis de la HALDE

Parallèlement, la HALDE estime que les renseignements demandés sur le lieu de naissance et sur l'âge des candidats ne sont pas des « *critères objectifs qui permettent d'apprécier la capacité et l'aptitude professionnelle d'un candidat à occuper une emploi* ». Elle recommande par conséquent de modifier les procédures de recrutement fondées sur des critères objectifs. (Délib. La HALDE, n°2008-71, 14 avril 2008)

## Au centre de Documentation



### DERNIERES ACQUISITIONS :

- Code de l'action sociale et des familles, Litec, 2008
- Gestion des ressources humaines : principes généraux et cas pratiques, Jean-Pierre Citeau, Yvan Barrel, Sirey, 2008
- La protection des droits des travailleurs dans l'Union européenne, Marc Richevaux, Dan Christian Top, L'Harmattan, 2008
- La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2007, La Documentation Française, 2008
- Code du travail 2008, Dalloz

La lettre de l'Institut du Travail N° 6

Institut du Travail  
de l'Université Montesquieu-  
Bordeaux IV  
Avenue Léon Duguit  
33608 Pessac cedex

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

Abonnement gratuit

Pour s'abonner à la lettre de l'Institut du Travail, merci d'envoyer votre adresse électronique à :

[docit@u-bordeaux4.fr](mailto:docit@u-bordeaux4.fr)

