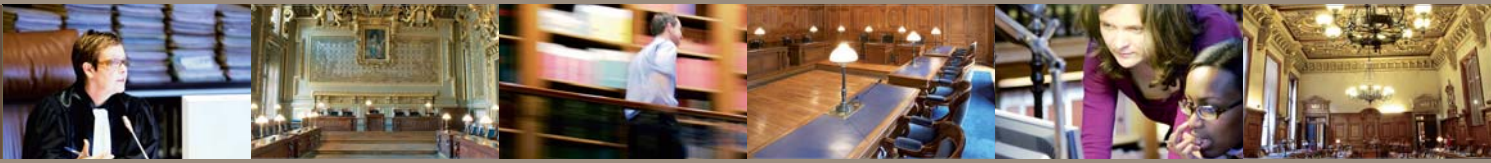


# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 802



*Publication  
bimensuelle*

*15 mai  
2014*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

# Consultez

sur

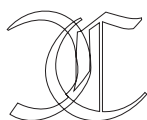
www.courdecassation.fr

*le site de la Cour de cassation*



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

# Bulletin *d'information*

---

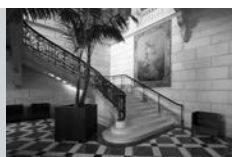
*Communications*

*Jurisprudence*

*Doctrine*

# En quelques mots...

## Communications



Le 18 février dernier (*infra*, n° 893), la chambre sociale a jugé qu'« en l'absence de toute faute de l'employeur dans la vérification du titre apparemment régulier d'un salarié originaire d'un pays tiers, dont la fausseté n'est apparue que lors de la demande de confirmation du caractère régulier du titre de séjour après renouvellement, une cour d'appel a pu en déduire que la fraude du salarié constituait une faute grave privative des indemnités de rupture ainsi que du bénéfice de l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 8252-2 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 », solution que la *Revue de jurisprudence sociale* (avril 2014, n° 359) rapproche « de celle exprimée dans les considérants de la directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 », et de son article 4, point 3, prescrivant que « les employeurs [...] ne puissent être tenus pour responsables d'une violation de l'interdiction d'un travail illégal, à moins qu'ils n'aient su que le document présenté comme titre de séjour ou autorisation de séjour était un faux ».

## Jurisprudence



Le même jour, la chambre commerciale (*infra*, n° 877) a jugé que « n'est pas fautif le refus temporaire de commissaires aux comptes de certifier les comptes de sociétés en raison de doutes sur la régularité d'une opération qui, si elle avait été annulée, aurait eu une incidence sur leurs comptes, les doutes n'étant levés qu'ultérieurement ». Approuvant cette solution, Jean-François Barbiéri estime (*Bulletin Joly Sociétés*, avril 2014, p. 255 et s.) que s'il n'est « pas certain [...] que la responsabilité du contrôleur qui refuse de certifier ne puisse être mise en jeu qu'en cas d'abus manifeste », contrairement au régime applicable à la révélation de faits délictueux au procureur de la République, assortie d'une immunité légale, il n'en reste pas moins que « l'éventuelle responsabilité liée à un refus de certifier devrait être appréciée avec la plus grande prudence, car il convient d'accorder aux contrôleurs légaux une "nécessaire marge d'appréciation" et, en toute hypothèse, le bénéfice de la bonne foi dans l'exécution de leur mission ».

## Doctrine



Le lendemain, la troisième chambre civile a jugé (*infra*, n° 885) que « le décès de l'un des codébiteurs solidaires qui laisse plusieurs héritiers n'effaçant pas le caractère solidaire de l'obligation au regard des débiteurs originaires, les juges du fond doivent rechercher, pour déterminer si le refus de renouvellement délivré à l'un des preneurs est opposable aux héritiers de l'autre, si le bail a été consenti solidairement aux deux preneurs ». Pour Jehan-Denis Barbier (*Gazette du Palais*, 18-19 avril 2014, p. 24 à 26), cette solution signifie que « ce ne sont pas les héritiers individuellement qui restent tenus solidairement, mais l'hérédité. Il y a solidarité entre, d'une part, l'ensemble des cohéritiers qui succèdent à la personne du de cujus, et, d'autre part, l'autre débiteur originaire [...] Par conséquent, le congé opposable au colocataire solidaire [...] demeure opposable de la même façon à l'hérédité, c'est-à-dire à l'ensemble des héritiers ».

Enfin, par avis du 3 mars dernier, la Cour de cassation a estimé que « selon l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale, la part des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales qui incombe à l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de droit.

L'entreprise de travail temporaire ayant, en vertu de l'article L. 1251-1 du code du travail, cette qualité à l'égard du travailleur temporaire, les dispositions susmentionnées, qui revêtent un caractère d'ordre public, s'opposent à la substitution de l'entreprise utilisatrice à l'entreprise de travail temporaire dans le bénéfice des réductions des cotisations employeurs prévues par les dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et à toute rétrocession du montant des mêmes réductions à l'entreprise utilisatrice ».

Néanmoins, « une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice peuvent prendre en considération l'incidence de la réduction de cotisations sociales sur le prix des prestations convenues entre elles ».

# Table des matières

## Jurisprudence

Cour de cassation (\*)

### I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

<i>Séance du 3 mars 2014</i>	<i>Page</i>
Sécurité sociale	5

### II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

<i>Numéros</i>	
Question prioritaire de constitutionnalité	849 à 853

### ORDONNANCES DU PREMIER PRÉSIDENT

### 4 • III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

<i>Numéros</i>	
Action civile	854
Appel civil	855 à 857
Astreinte (loi du 9 juillet 1991)	858
Bail commercial	859-860
Chambre de l'instruction	861
Concurrence	862
Contrat de travail, rupture	863
Contravention	864
Cour d'assises	865-866
Douanes	867
Exécution provisoire	868
Extradition	869-870
Instruction	871
Juge de l'instruction	872
Mesures d'instruction	873-874
Procédures civiles d'exécution	875-876
Professions réglementées (livre VIII du code de commerce)	877

Propriété	878
Protection des consommateurs	879
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	880
Séparation des pouvoirs	881
Société (règles générales)	882
Société d'aménagement foncier et d'établissement rural	883
Société d'économie mixte	884
Solidarité	885
Statut collectif du travail	886
Syndicat professionnel	887 à 891
Transports aériens	892
Travail réglementation, contrôle de l'application de la législation	893
Travail réglementation, santé et sécurité	894
Travail temporaire	895
Vente	896

### DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION

<i>Commission nationale de réparation des détentions</i>	
Réparation à raison d'une détention	897

\* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

# Jurisprudence

## Cour de cassation

### I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 3 MARS 2014

Titre et sommaire	Page 5
Avis	Page 5
Rapport	Page 8
Observations	Page 30

### Sécurité sociale

*Cotisations. - Réduction. - Réductions prévues par la loi du 17 janvier 2003. - Bénéficiaires. - Entreprise de travail temporaire. - Substitution par l'entreprise utilisatrice (non). - Limites. - Libre négociation commerciale du prix des prestations convenues.*

Selon l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale, la part des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales qui incombe à l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de droit. L'entreprise de travail temporaire ayant, en vertu de l'article L. 1251-1 du code du travail, cette qualité à l'égard du travailleur temporaire, les dispositions susmentionnées, qui revêtent un caractère d'ordre public, s'opposent à la substitution de l'entreprise utilisatrice à l'entreprise de travail temporaire dans le bénéfice des réductions des cotisations employeurs prévues par les dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et à toute rétrocession du montant des mêmes réductions à l'entreprise utilisatrice.

En application du principe de la libre négociation commerciale au sens des articles L. 441-6 et L. 441-7 du code de commerce, une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice peuvent prendre en considération l'incidence de la réduction de cotisations sociales sur le prix des prestations convenues entre elles (avis n° 1, demande d'avis n° 13-70.008, et avis n° 2, demande d'avis n° 13-70.009).

#### AVIS N° 1

##### LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 22 novembre 2013 par le tribunal de commerce de Paris, reçue le 13 décembre 2013, dans des instances opposant les sociétés Lisi, Lisi Automotive Nomel, Lisi Automotive Former, Lisi Automotive Rapid, Nouvelle Bonneuil, Lisi Aerospace, Blanc Aero Industries, Blanc Aero Technologies, Lisi Medical, Seignol Hugueny, Lisi Medical Orthopaedics, à la société Randstad, et ainsi libellée :

« *Le bénéfice des allègements de charges sociales [issus des dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003] peut-il revenir indifféremment à l'entreprise utilisatrice (EU) ou à l'entreprise de travail temporaire (ETT) dans le cadre de la libre négociation contractuelle, position soutenue par les ETT, ou doit-il nécessairement profiter aux EU, position défendue par ces dernières ?* » ;

Vu les observations écrites déposées par la SCP Célice, Blancpain et Soltner pour les sociétés du groupe Lisi ;  
Vu les observations écrites déposées par M<sup>e</sup> Le Prado pour la société Randstad France ;  
Vu les observations écrites déposées par la SCP Gatineau et Fattaccini pour Prism'emploi ;  
Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, et les conclusions de Mme de Beaupuis, avocat général, entendue en ses conclusions orales ;

**EST D'AVIS QUE :**

Selon l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale, la part des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales qui incombe à l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de droit. L'entreprise de travail temporaire ayant, en vertu de l'article L. 1251-1 du code du travail, cette qualité à l'égard du travailleur temporaire, les dispositions susmentionnées, qui revêtent un caractère d'ordre public, s'opposent à la substitution de l'entreprise utilisatrice à l'entreprise de travail temporaire dans le bénéfice des réductions des cotisations employeurs prévues par les dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et à toute rétrocession du montant des mêmes réductions à l'entreprise utilisatrice.

En application du principe de la libre négociation commerciale au sens des articles L. 441-6 et L. 441-7 du code de commerce, une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice peuvent prendre en considération l'incidence de la réduction de cotisations sociales sur le prix des prestations convenues entre elles.

N° 13-70.008. - TC Paris, 22 novembre 2013.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Tréard, Rap., assistée de M. Bationo, auditeur. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

**AVIS N° 2**

**LA COUR DE CASSATION,**

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 22 novembre 2013 par le tribunal de commerce de Paris, reçue le 13 décembre 2013, dans des instances opposant les sociétés Lisi, Lisi Automotive Nomel, Lisi Automotive Former, Lisi Automotive Rapid, Nouvelle Bonneuil, Lisi Aerospace, Blanc Aero Industries, Blanc Aero Technologies, Lisi medical, Seignol Huguency, Lisi Medical Orthopaedics, à la Manpower France, et ainsi libellée :

« *Le bénéfice des allègements de charges sociales [issus des dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003] peut-il revenir indifféremment à l'entreprise utilisatrice (EU) ou à l'entreprise de travail temporaire (ETT) dans le cadre de la libre négociation contractuelle, position soutenue par les ETT, ou doit-il nécessairement profiter aux EU, position défendue par ces dernières ?* » ;

Vu les observations écrites déposées par la SCP Célice, Blancpain et Soltner pour les sociétés du groupe Lisi ;  
Vu les observations écrites déposées par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano pour la société Manpower France ;  
Vu les observations écrites déposées par la SCP Gatineau et Fattaccini pour Prism'emploi ;  
Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, et les conclusions de Mme de Beaupuis, avocat général, entendue en ses conclusions orales,

**EST D'AVIS QUE :**

Selon l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale, la part des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales qui incombe à l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de droit. L'entreprise de travail temporaire ayant, en vertu de l'article L. 1251-1 du code du travail, cette qualité à l'égard du travailleur temporaire, les dispositions susmentionnées, qui revêtent un caractère d'ordre public, s'opposent à la substitution de l'entreprise utilisatrice à l'entreprise de travail temporaire dans le bénéfice des réductions des cotisations employeurs prévues par les dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et à toute rétrocession du montant des mêmes réductions à l'entreprise utilisatrice.

En application du principe de la libre négociation commerciale au sens des articles L. 441-6 et L. 441-7 du code de commerce, une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice peuvent prendre en considération l'incidence de la réduction de cotisations sociales sur le prix des prestations convenues entre elles.

N° 13-70-009. - TC Paris, 22 novembre 2013.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Tréard, Rap., assistée de M. Bationo, auditeur. - Mme de Beaupuis, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

**Note sous avis, 3 mars 2014**

La Cour de cassation a été saisie de deux demandes d'avis, rédigées en termes identiques, formulées par le tribunal de commerce de Paris, dans le cadre d'un litige entre deux entreprises de travail temporaire (ETT) et plusieurs de leurs clients (qualifiés par la loi « d'entreprises utilisatrices », EU), s'opposant sur le point de savoir qui, de l'entreprise de travail temporaire ou de l'entreprise utilisatrice, devait bénéficier du dispositif d'allègement de charges sur les bas salaires prévu par la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, dite « loi Fillon », notamment transcrite à l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale, et dont les conditions d'application figurent aux articles D. 241-7 et suivants du même code.



Les demandes d'avis étaient ainsi libellées :

« *Le bénéfice des allègements de charges sociales [issus des dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003] peut-il revenir indifféremment à l'entreprise utilisatrice (EU) ou à l'entreprise de travail temporaire (ETT), dans le cadre de la libre négociation contractuelle, position soutenue par les ETT, ou doit-il nécessairement profiter aux EU, position défendue par ces dernières ?* »

Ce contentieux, qui s'est également développé devant d'autres juridictions, comme en attestent les nombreuses assignations produites par les entreprises de travail temporaire, résulte d'une décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, lequel a considéré, à l'occasion d'une procédure ayant sanctionné des pratiques anticoncurrentielles ayant consisté à coordonner différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire, que les entreprises de travail temporaire avaient opéré une « confiscation des allègements Fillon » au détriment de leurs clients (les entreprises utilisatrices) en s'abstenant de répercuter (intégralement) les allègements de charges obtenus sur leurs tarifs.

Le bien-fondé de cette appréciation n'ayant pas été examiné par la Cour de cassation lors de l'examen du pourvoi formé contre l'arrêt de cour d'appel ayant confirmé cette décision (Com., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-13.686), qui est donc aujourd'hui irrévocable, et cette situation étant source d'ambiguïté et de contentieux, les demandes d'avis ont été jugées recevables.

La Cour de cassation émet ici l'avis, au regard de l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale, prévoyant que la part des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales qui incombe à l'employeur reste exclusivement à sa charge et que toute convention contraire est nulle de droit, et de l'article L. 1251-1 du code du travail, en application duquel l'entreprise de travail temporaire a cette qualité à l'égard du travailleur temporaire, que les dispositions susmentionnées, qui revêtent un caractère d'ordre public, s'opposent à la substitution de l'entreprise utilisatrice à l'entreprise de travail temporaire dans le bénéfice des réductions des cotisations employeurs prévues par les dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et à toute rétrocession du montant des mêmes réductions à l'entreprise utilisatrice.

Elle précise également qu'en application du principe de la libre négociation commerciale au sens des articles L. 441-6 et L. 441-7 du code de commerce, une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice peuvent prendre en considération l'incidence de la réduction de cotisations sociales sur le prix des prestations convenues entre elles.

Cette réponse permet ainsi de replacer le dispositif d'allègement de charges dans le cadre législatif qui est le sien, sans méconnaître le contexte commercial dans lequel il peut être amené à produire des effets.

# *Rapport de M. Tréard*

## *Conseiller rapporteur*

### **INTRODUCTION**

Le tribunal de commerce de Paris a saisi la Cour de cassation de deux demandes d'avis (procédures n° 13-70.008 et 13-70.009) sur la question de droit (identique) posée par la situation des employeurs de salariés intérimaires, au regard du dispositif d'allègement de charges sur les bas salaires prévu par les dispositions de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, dite « loi Fillon », et, sans que cette liste soit limitative, de :

- l'article 12 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 ;
- l'article 16 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 ;
- les articles L. 241-13 et L. 241-15 du code de la sécurité sociale ;
- les articles D. 241-7 et suivants du code de la sécurité sociale ;
- le décret n° 2010-1779 du 31 décembre 2010 (*JO*, 1<sup>er</sup> janvier 2011) ;
- le décret n° 2011-2086 du 30 décembre 2011 ;
- la circulaire DSS/SD5B/SG/SAFSUSDTPS n° 2011-34 du 27 janvier 2011.

Estimant que le statut d'employé intérimaire emporte l'appartenance à deux employeurs (le premier, l'entreprise utilisatrice (l'EU), au sein de laquelle est effectuée la mission, et le second, l'entreprise de travail temporaire (l'ETT), employeur de droit qui assure la gestion comptable, administrative et sociale du contrat de travail signé avec les employés), le tribunal a soumis à la Cour la question suivante :

*« Le bénéfice des allègements de charges sociales peut-il revenir indifféremment à l'EU ou à l'ETT, dans le cadre de la libre négociation contractuelle, position soutenue par les ETT, ou doit-il nécessairement profiter à l'EU, position défendue par ces dernières ? ».*

## Plan du rapport

### I. - Les éléments de procédure

1. Le contexte de la demande d'avis
2. La recevabilité de la demande d'avis
  - 2.1. Au regard des règles de forme
  - 2.2. Au regard des règles de fond
    - 2.2.1. Une question de droit
    - 2.2.2. Une question nouvelle
    - 2.2.3. Une question se posant dans de nombreux litiges
    - 2.2.4. Une question posant une difficulté sérieuse

### II. - Les éléments de réponse

1. La politique d'allègement des charges patronales, résultant notamment de la « loi Fillon », et son application au secteur du travail temporaire
  - 1.1. Synthèse des textes cités dans la demande d'avis ou utiles à la compréhension du débat
  - 1.2. Analyse du dispositif
    - 1.2.1. L'objectif du législateur
    - 1.2.2. Les préconisations des circulaires relatives à la mise en œuvre du dispositif
    - 1.2.3. L'analyse des différentes administrations
    - 1.2.4. L'éclairage de la doctrine et les éléments issus du dialogue social
2. L'incidence du dispositif d'allègement de charges dans le processus contractuel de formation des prix
  - 2.1. Le bénéfice de l'allègement de charges patronales est-il, au même titre que la charge de la contribution de l'employeur, d'ordre public et hors du champ de la négociation contractuelle ?
    - 2.1.1. La spécificité du droit de la sécurité sociale
    - 2.1.2. La prise en compte des charges sociales dans le cadre de la facturation d'une mise à disposition de travailleurs intérimaires
    - 2.1.3. Le caractère global de la négociation contractuelle portant sur la facturation d'une mise à disposition de travailleurs intérimaires
  - 2.2. Le sort des allègements de charges obtenus par les ETT et non répercutés sur les tarifs appliqués aux EU
    - 2.2.1. Au regard du principe d'intangibilité des conventions
    - 2.2.2. Au regard de l'exécution de bonne foi des conventions
    - 2.2.3. Au regard des règles régissant les négociations commerciales

9

•

### III. - Annexes

#### Les textes de référence

#### I. - Les éléments de procédure

1. Le contexte de la demande d'avis

Le groupe LISI, spécialisé dans la fabrication de fixations et de composants d'assemblage pour les industries aérospatiale et automobile, ainsi que dans la fabrication d'implants médicaux, fait régulièrement appel à des travailleurs intérimaires pour remplir différentes missions.

C'est à ce titre que ce groupe a conclu un contrat-cadre avec deux des leaders du secteur, la société Randstad en 2001, et la société Manpower France en 2002, accords périodiquement renouvelés et complétés par avenants.

À la suite d'une décision<sup>1</sup> du Conseil de la concurrence rendue le 2 février 2009, devenue définitive<sup>2</sup>, ayant relevé que les ETT avaient opéré une « confiscation » des « allègements Fillon » au détriment de leurs clients (les EU), en s'abstenant de répercuter (intégralement) les allègements de charges obtenus sur leurs tarifs, le groupe LISI

<sup>1</sup> Décision 09 D 05, par laquelle le Conseil a condamné plusieurs sociétés d'intérim (les sociétés Manpower France, Adeco France, Adia et Vediorbis), leur reprochant d'avoir enfreint l'article L. 420-1 du code commerce, à raison des pratiques de concertations opérées entre elles, destinées à coordonner différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire à l'égard de leurs clients « grands comptes » afin d'atténuer significativement la concurrence entre elles.

<sup>2</sup> Arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010 confirmatif, devenu définitif après rejet, en date du 29 mars 2011, du pourvoi en cassation dont il avait été frappé (n° 10-12.913).

a, en 2012, adressé aux sociétés Manpower et Randstad une demande portant sur la rétrocession intégrale des « allègements Fillon » et la réparation du préjudice dont il s'estimait victime du fait de l'entente anticoncurrentielle qui a été sanctionnée.

Les sociétés d'intérim n'ayant donné aucune suite à ces demandes, différentes sociétés du groupe LISI ont saisi le tribunal de commerce de Paris, par deux assignations distinctes, en vue d'obtenir, notamment, la condamnation de chacune des sociétés Manpower et Randstad à payer au titre des « allègements Fillon », pour la première, une somme de 2,243 millions d'euros et, pour la seconde, une somme de 1,092 million d'euros, selon une certaine répartition entre entités demanderesse (au nombre de onze dans chacune des affaires).

Au soutien de ces demandes, les EU ont invoqué le manquement des ETT à leur obligation d'exécution de bonne foi des contrats et la violation de l'ordre public économique résultant du détournement d'un dispositif légal destiné à réduire le coût du travail par allègement des charges sociales appliquées aux bas salaires.

## 2. La recevabilité de la demande d'avis

### 2.1. Au regard des règles de forme

Selon l'article 1031-1 du code de procédure civile, « *Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet [...]* ».

Dans chacune des affaires, et par deux jugements rendus le 20 septembre 2013, le tribunal de commerce a fait savoir aux parties qu'il envisageait de faire application des dispositions de l'article L. 1441-1 du code de l'organisation judiciaire et d'en informer le ministère public. La date limite pour recevoir leurs observations écrites a été fixée au 25 octobre 2013. Les observations ont été recueillies à la date convenue. Les parties et le ministère public ont été d'avis que le tribunal de commerce puisse solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Selon l'article 1031-2 du code de procédure civile, « *La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation. Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour* ».

L'ensemble des éléments requis a été produit dans les deux procédures. Ainsi les deux jugements du 22 novembre 2013 portant décision de saisine pour avis ont été communiqués le 5 décembre 2013 à M. le procureur général, M. le premier président de la cour d'appel, Mme le vice-procureur de la République ainsi qu'aux avocats des parties, et ont été notifiés aux parties le 10 décembre 2013.

### 2.2. Au regard des règles de fond

Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit, nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

#### 2.2.1. Une question de droit

En l'occurrence, la question posée à la Cour ne porte pas sur l'examen des éléments de fait de l'espèce et présente un lien avec la solution du litige, commandant de définir :

- le bénéficiaire des allègements de cotisations sociales dans le cadre du travail temporaire ;
- et si les stipulations d'un contrat-cadre de mise à disposition de salariés par une ETT peuvent/doivent réserver le bénéfice des allègements de cotisations sociales prévus par la loi à l'ETT ou doivent nécessairement prévoir un mécanisme de rétrocession ou de réajustement, au bénéfice de l'EU, soit à concurrence de l'allègement obtenu, soit dans une certaine proportion à négocier entre les parties.

Cette analyse doit permettre au tribunal de commerce de déterminer si les demandeurs sont fondés à obtenir la condamnation des sociétés d'intérim à leur rembourser les sommes correspondant aux « allègements Fillon », en lien avec les rémunérations versées aux salariés mis à leur disposition et qui n'ont pas été répercutés sur les tarifs.

#### 2.2.2. Une question nouvelle

La Cour de cassation, en l'état des recherches entreprises, n'a jamais statué sur cette question et, à ce jour, n'est saisie d'aucun pourvoi qui y soit relatif.

En effet, la chambre commerciale de la Cour, à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu sur appel de la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 précitée, ne s'est pas prononcée sur le bien-fondé des motifs relatifs à la rétrocession des « allègements Fillon »<sup>3</sup>.

Seul le tribunal de commerce de Paris, par un jugement du 16 juillet 2012 (RG n° 2012-01 3030), actuellement frappé d'appel<sup>4</sup> (RG n° 12-14922), a statué sur cette question, dans une instance opposant des sociétés appartenant au groupe Saint Gobain à la société Randstad. Cette juridiction a retenu que :

<sup>3</sup> L'arrêt rendu le 29 mars 2011 statue sur certains aspects de la procédure (condition d'accès au dossier, égalité des armes) et sur les conditions d'application de l'article L. 464-2 (concernant les critères d'individualisation de la sanction prononcée et la notion de réitération des pratiques). On peut également signaler que les sociétés d'intérim Adia, Adecco, le groupe Védior France et Védiorbis n'avaient pas contesté les griefs et ont obtenu à ce titre le bénéfice des dispositions de l'article L. 464-2, III, du code de commerce (empêchant, sous certaines conditions, réduction de la sanction prononcée).

<sup>4</sup> Plaidoiries prévues le 27 février 2014, selon le calendrier de procédure de la cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 5.

« [...] si ce sont bien les ETT qui emploient et calculent les salaires des personnels en mission chez les EU, les ETT interviennent comme intermédiaires entre le personnel intérimaire et la société utilisatrice qui l'emploie et qu'ainsi, le législateur, en votant des allègements de charges pour une catégorie de personnels dont il augmentait par ailleurs le salaire minimum, s'est adressé aux entreprises qui en supportent la charge finale, peu important que les personnels en cause soient employés directement ou par l'intermédiaire d'ETT.

Attendu que si les allègements de charges sont conservés par les ETT alors que, dans le même temps, les EU supportent intégralement la revalorisation des minima salariaux associée à l'uniformisation du SMIC qui leur sont facturés par les ETT, les dispositions de la "loi Fillon" sont alors par définition détournées, l'objectif de revaloriser les salaires sans coût additionnel pour l'employeur final n'étant pas atteint ».

Il en a déduit que la société Randstad, en se réservant, même partiellement, le bénéfice des « allègements Fillon », avait contrevenu à l'ordre public économique et a estimé que les clauses contractuelles contraires étaient réputées non écrites. Il a en conséquence condamné la société d'intérim à verser au groupe Saint Gobain une somme correspondant au montant des allègements de charges non reversés.

### 2.2.3. Une question se posant dans de nombreux litiges

L'appréciation de cette condition est plus délicate en l'absence de statistiques permettant de définir le nombre d'affaires traitées ou pendantes devant les juges du fond. Comme il vient d'être dit, une seule décision a été trouvée sur le sujet qui nous occupe, rendue en première instance, opposant 102 entreprises utilisatrices à la société Randstad (jugement du 16 juillet 2012 précité).

La société Manpower indique être, à ce jour, destinataire de cinquante assignations, la société Randstad produit une trentaine d'assignations et le tribunal de commerce de Paris fait état « de nombreuses affaires pendantes ».

On peut signaler l'enjeu financier en relevant que le jugement précité, rendu le 16 juillet 2012, a prononcé une condamnation de l'ETT au paiement d'une somme de 9,7 millions d'euros, correspondant au montant des allègements de charges non reversés aux EU. La société Manpower précise dans ses observations que les sommes qui lui sont réclamées dans le cadre des procédures en cours sont supérieures au résultat net cumulé réalisé au cours des quatre dernières années et pourraient conduire à la création d'un passif exigible de plusieurs centaines de millions d'euros, ce qui conduirait, selon elle, à une cessation des paiements immédiate. La société Randstad considère qu'une rétrocession intégrale, sans modification des autres conditions tarifaires appliquées, conduirait à une perte cumulée de 811 millions d'euros, et évoque une somme de l'ordre de 71,7 millions d'euros<sup>5</sup>, en totalisant le montant des demandes formulées par les entreprises utilisatrices. Cet ordre de grandeur est confirmé par le tribunal de commerce de Paris, qui signale que l'enjeu « porte sur plus d'une centaine de millions d'euros ».

On peut enfin indiquer, pour appréhender le litige dans toute sa dimension sociale et économique<sup>6</sup>, que le secteur de l'intérim correspond à environ 1 500 entreprises, avec 6 900 agences d'emploi, et qu'il a réalisé un chiffre d'affaires de 18,1 milliards d'euros pour l'année 2012. Concernant la même année de référence, la profession a généré 4,8 milliards d'euros de charges sociales de la part des entreprises et 3 milliards d'euros de charges sociales de la part des salariés.

Prism'emploi, anciennement dénommé le PRISME, principal syndicat professionnel des entreprises de travail temporaire, par son intervention volontaire, entend rappeler qu'au travers de la demande formulée par les entreprises du groupe LISI, se joue la survie du secteur du travail temporaire.

### 2.2.4. Une question posant une difficulté sérieuse

Il s'agit ici de savoir si la question posée peut raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond.

En l'espèce, les différents textes visés par la question :

- placent la notion « d'employeur » au centre du dispositif (en ce qu'il verse la contribution de charges et procède lui-même à la réduction obtenue par application d'un certain coefficient défini par décret) ;
- admettent l'application du dispositif aux rémunérations versées aux salariés mis à disposition dans les conditions de l'(ancien) article L. 124-3 du code du travail. Il s'agit ici du recours au contrat de mise à disposition d'un salarié par un entrepreneur de travail temporaire.

L'article L. 1251-1 du code du travail désigne pour sa part l'ETT comme seul employeur du salarié mis à disposition, sur le plan juridique, ce que rappelle de manière constante la Cour de cassation<sup>7</sup>.

Il s'agira donc de déterminer si une difficulté sérieuse peut être admise au regard :

- de la spécificité du secteur de l'intérim, semblant induire, selon les EU :

1°) un dédoublement de la notion d'employeur, sur un plan strictement pratique (les ETT déléguant aux EU leur pouvoir de direction et de contrôle pendant la durée de la mission, les EU étant responsables des conditions d'exécution du travail) ;

2°) un transfert de la charge effective du coût de la masse salariale mise à disposition, au travers de la facturation qu'elles acquittent ;

- des objectifs poursuivis par la « loi Fillon », visant à favoriser la création d'emplois et à compenser le coût, pour les entreprises, de l'unification progressive des minima salariaux, au moyen des allègements de cotisations ;

<sup>5</sup> Tableau inséré dans l'analyse établie par RBB economics, le 30 janvier 2014.

<sup>6</sup> Source <http://www.prismemploi.eu>, site des professionnels du recrutement et de l'intérim.

<sup>7</sup> Soc., 22 mai 1991, pourvoi n° 88-40.497, Bull. 1991, V, n° 254, Soc., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11.

- et des motifs de la décision n° 09-D-05 précitée, et de l'arrêt d'appel, qui l'a confirmé, ayant estimé qu'à l'occasion des pratiques anticoncurrentielles reprochées<sup>8</sup>, les ETT avaient confisqué le bénéfice des « allègements Fillon » au détriment des EU et perturbé les effets incitatifs d'une politique de l'emploi.

La cour d'appel a notamment estimé que :

- les EU supportent *in fine* la charge du coût du travail effectué par l'intérimaire ;
- les ETT sont des intermédiaires entre offre et demande de travail (arrêt, pages 2 et 3) ;
- la rétrocession d'allègements ne relève pas de la liberté contractuelle des ETT, les négociations entre EU et ETT se limitant à la rémunération du service fourni par ces dernières, excluant la composante non négociable du paiement des ETT (salaires et charges afférentes) (arrêt, page 14).

On observe que cette analyse a été suivie par le tribunal de commerce (jugement du 16 juillet 2012 précité), mais pourrait différer de celle de la cour administrative de Lyon, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2012 (n° 10LY01728), qui s'est prononcée, dans un cadre différent, sur le bénéfice du dispositif d'allègements sur les cotisations sociales antérieur à la « loi Fillon » (résultant de la « loi Aubry II ») en ces termes :

« *Considérant que si la société Sovitrat<sup>9</sup>, en application de la loi du 19 janvier 2000, a bénéficié d'allègements sur les cotisations sociales pour les salariés mis à disposition d'entreprises utilisatrices et ayant conclu des accords sur la réduction du temps de travail à 35 heures [...] il ne résulte pas de l'instruction que la société Sovitrat ait rétrocedé les réductions obtenues, inscrites en passif du bilan dans ses écritures comptables, aux entreprises utilisatrices concernées, ni même qu'elle ait informé ces entreprises d'une quelconque intention de leur reverser les réductions obtenues ; que la requérante n'invoque ni disposition légale ou réglementaire, ni stipulation contractuelle à l'appui de l'obligation de reversement dont elle fait état ; que c'est donc à bon droit qu'en l'absence de toute rétrocession ou reversement, l'administration a considéré que les sommes correspondant à ces allègements avaient été inscrites à tort au passif du bilan de la société [...]* ».

Les parties invoquent en conséquence un risque de contradiction de jurisprudence sur cette question inédite.

## II. - Les éléments de réponse

Déterminer si le bénéfice du dispositif d'allègement de charges sociales peut revenir indifféremment à l'EU ou à l'ETT dans le cadre de la libre négociation contractuelle, ou s'il doit nécessairement profiter à l'EU, suppose en premier lieu de définir la portée de la politique sociale mise en œuvre par la « loi Fillon » et son application au secteur du travail temporaire (1), puis d'envisager, en second lieu, l'incidence du dispositif d'allègement de charges dans le processus contractuel de formation des prix (2), dans la mesure où la relation nouée entre EU et ETT est de nature commerciale.

1. La politique d'allègement des charges patronales, résultant notamment de la « loi Fillon », et son application dans le secteur du travail temporaire

1.1. Synthèse des textes cités<sup>10</sup> dans la demande d'avis ou utiles à la compréhension du débat

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2003, « l'employeur » peut bénéficier d'une réduction des cotisations employeur de sécurité sociale, mise en place par la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 (la « loi Fillon ») et ultérieurement aménagée par plusieurs réformes successives<sup>11</sup>, la dernière résultant de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012.

L'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale prévoit, en substance, que :

- les employeurs du secteur privé entrant dans le champ d'application du régime d'assurance chômage peuvent prétendre à la réduction de cotisations, tandis que certaines catégories en sont exclues (*il s'agit de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics administratifs, scientifiques ou culturels, des chambres de commerce et de l'industrie, des métiers, d'agriculture et d'artisanat, des particuliers employeurs ou d'employeurs relevant de régimes spéciaux autres que les marins, les mines et les clercs et employés de notaires pour leur personnel relevant du régime spécial*) ;
- certaines cotisations à la charge de l'employeur font l'objet d'une réduction dégressive (*il s'agit des cotisations au titre des assurances sociales, des accidents du travail et des maladies professionnelles et des allocations familiales*) ;
- ces cotisations doivent être assises sur des gains et rémunérations n'excédant pas un certain plafond (*la réduction s'applique désormais aux rémunérations inférieures à 1,6 SMIC*) ;
- le calcul de la réduction, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, s'effectue sur la base de la rémunération annuelle brute, et non plus mensuelle, comme le prévoyait le dispositif initial, et intègre, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, la rémunération des heures supplémentaires et complémentaires ;
- le montant de la réduction est égal, pour chaque salarié, au produit de cette rémunération annuelle par un coefficient établi en fonction des effectifs de l'employeur (*la valeur maximale du coefficient étant égale à 0,281, notamment pour les gains et rémunérations versés par les employeurs de moins de vingt salariés, et fixée à 0,26 pour les autres employeurs*) ;

<sup>8</sup> Échanges d'informations sur le niveau des prix de vente, les remises de fin d'année ou les rétrocessions d'allègements de charges, en vue d'éviter toute compétition sur les prix.

<sup>9</sup> Il s'agit d'une ETT qui exerce son activité de travail temporaire dans le domaine du bâtiment et des travaux publics.

<sup>10</sup> Les textes sont reproduits en annexe. Pour une présentation plus détaillée, voir *Les Liaisons sociales*, seconde partie, le calcul, les exonérations et le versement, état des lieux après l'adoption de la LFSS 2013, janvier 2013.

<sup>11</sup> Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008, loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009, loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010, loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011, loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011, loi n° 2012-354 du 14 mars 2012, article une dernière fois modifié par la loi n° 2012-958 du 16 août 2012, article 1 (V).

- ce montant est majoré d'un taux, fixé par décret, notamment pour les salariés intérimaires (point IV de l'article) (*le texte renvoie à l'article L. 1251-19 du code du travail*<sup>12</sup> et correspond à une majoration de 10 %) ;
- la réduction est en revanche diminuée de 10 % lorsque l'employeur n'a pas rempli au cours d'une année civile l'obligation de négociation annuelle qui lui est imposée par l'article L. 2242-8 du code du travail, cette diminution étant portée à 100 % lorsque l'employeur ne remplit pas cette obligation pour la troisième année consécutive (*il s'agit d'une obligation de négociation portant sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail, la formation...*) ;
- le bénéfice du dispositif ne peut être cumulé, à l'exception de certaines déductions forfaitaires prévues à l'alinéa VI, avec celui d'une autre exonération totale ou partielle de cotisations patronales ;
- le montant de la réduction est imputé sur les cotisations de sécurité sociale qui y ouvrent droit.

Les modalités de calcul de la réduction sont déterminées par décret et sont notamment fixées par les articles D. 241-7 et suivants du code de la sécurité sociale.

- l'article D. 241-7, qui a connu douze réformes<sup>13</sup>, définit les règles de calcul de la réduction.

En son point II (*dans sa version actuelle*), il précise que, pour les salariés en contrat de travail temporaire mis à disposition au cours d'une année auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient est déterminé pour chaque mission.

On peut signaler que, dans une version antérieure<sup>14</sup>, ce texte prévoyait au point II, pour cette situation, que « *le montant mensuel de la réduction est la somme des réductions appliquées à la rémunération brute versée au salarié au titre de chaque mission effectuée au cours de ce mois* » (le coefficient étant également déterminé pour chaque mission).

On observe que ce texte se réfère également aux effectifs de l'employeur pour définir le coefficient applicable et que l'article L. 1251-54 du code du travail précise que les effectifs d'une entreprise de travail temporaire tiennent compte « *des salariés permanents de cette entreprise [...] et des salariés temporaires qui ont été liés à cette entreprise par des contrats de mission pendant une durée totale d'au moins trois mois au cours de la dernière année civile* ».

## 1.2. Analyse du dispositif

On constate que le régime juridique des cotisations sociales est en constante évolution et a déjà connu de nombreuses réformes<sup>15</sup>, s'expliquant tant par la nécessité de trouver des sources de financement plus importantes que par les priorités données par l'État à certains éléments de la politique sociale et économique (incitation à la réduction du temps de travail, compensation de l'augmentation des minima sociaux mise à la charge des employeurs, réduction du coût du travail des entreprises à forte main-d'œuvre, relance de l'emploi...). Des études ont été consacrées à l'impact des réductions de cotisations sociales sur l'emploi, sans que leurs conclusions n'aient toutefois recueilli l'adhésion de l'ensemble de la doctrine autorisée, tant sur les méthodes employées que sur les résultats.

Pour définir la place de la liberté contractuelle dans le dispositif d'allègement de référence, comme l'y invite la question formulée par le tribunal de commerce, il apparaît nécessaire de rappeler le rôle économique et social qui lui a été dévolu, le fonctionnement intrinsèque du mécanisme d'allègement et les engagements attendus en contrepartie des allègements de charges escomptés.

### 1.2.1. L'objectif du législateur

#### Le contexte économique

Comme l'ont rappelé notamment Pierre Cahuc et André Zylberberg<sup>16</sup>, les mesures d'allègement des cotisations ont pour ambition d'abaisser le coût du travail, lequel s'obtient en additionnant le salaire net (correspondant aux sommes réglées sur le compte du salarié) et les cotisations sociales (elles-mêmes subdivisées en une part « patronale » et une part « salariale »).

Une présentation synthétique de leur étude conduit à retenir que, pour offrir des biens ou services à ses clients, une entreprise utilise en règle générale de nombreux « facteurs » de production, les plus importants étant ses employés et ses équipements. Le choix opéré par l'entreprise d'accorder une part plus importante à tel ou tel facteur dépend à la fois des possibilités techniques et des coûts associés à l'utilisation de chacun des facteurs. Par suite, il peut s'opérer un « effet de substitution » lorsque l'entreprise choisit de remplacer un facteur de production coûteux par un autre facteur moins coûteux<sup>17</sup>, ou un « effet de volume » lorsqu'un facteur de production reste stable et s'associe à une baisse du coût d'un autre facteur de production, conduisant à accroître l'ensemble de ses moyens de production<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> L'article L. 1251-19 du code du travail concerne l'indemnité compensatrice de congé payé versée au salarié temporaire pour chaque mission qu'il effectue, quelle qu'en ait été la durée.

<sup>13</sup> Entre 1996 et 2012.

<sup>14</sup> En vigueur du 8 mai 2010 au 1<sup>er</sup> janvier 2011, telle que modifiée par l'ordonnance n° 2010 462 du 6 mai 2010.

<sup>15</sup> Pour illustrations : le dispositif d'allègement de charges, dit « allègements Balladur », de 1993 concernant les salaires inférieurs à 1,2 SMIC, le dispositif dit « ristournes Juppé », introduit par une loi du 4 août 1995 et réformé en 1996, les aides incitatives « Aubry I », puis la loi du 19 janvier 2000 conduisant à la mise en oeuvre des « allègements Aubry II », liés à la durée du temps de travail.

<sup>16</sup> *L'impact des réductions de cotisations sociales*, Les Cahiers français, n° 27, 2005.

<sup>17</sup> L'étude donne en exemple le cas de la SNCF, qui pourrait choisir, pour vendre une quantité donnée de billets, de recourir à plus de guichetiers si leur coût baisse par rapport à celui des distributeurs automatiques et des techniciens nécessaires à leur maintenance.

<sup>18</sup> Sur la base du même exemple, si le coût du travail des techniciens assurant la maintenance reste constant et que celui des guichetiers baisse, le prix du billet va pouvoir baisser, augmentant le trafic ferroviaire, poussant la SNCF à embaucher des guichetiers, installer de nouveaux distributeurs et donc embaucher également des techniciens pour leur maintenance.

L'étude révèle cependant :

- qu'un effet de substitution négatif peut intervenir lorsque la baisse des charges sociales sur l'emploi peu qualifié conduit à une baisse de l'emploi qualifié<sup>19</sup> ;
- que la diminution de la demande de travail due à une hausse du coût de la main-d'œuvre dépend de l'élasticité de l'emploi par rapport à son coût, l'emploi non qualifié étant plus sensible au coût du travail que l'emploi qualifié, le premier étant plus facilement substituable<sup>20</sup>.

C'est au regard de l'efficacité limitée des programmes de formation pour les adultes que cette étude suggère, à l'instar de James Heckman, d'aider l'intégration dans l'emploi du personnel peu qualifié en subventionnant ce dernier sous forme d'abaissements de charges sociales.

Comme l'ont également observé les économistes, comme les parlementaires, la réduction de charges peut toutefois entraîner des « effets distorsifs » lorsque elle est trop concentrée autour du SMIC, en limitant toute augmentation salariale et évolution de carrière au sein de la population dont la rémunération est proche du salaire minimum, ce qui a pu être dénoncé comme une « trappe à bas salaires ».

Les effets du dispositif sur l'emploi restent ainsi, en l'état des études mentionnées par ces auteurs, difficiles à évaluer.

#### La situation du travail temporaire

On peut rappeler que le recours au travail temporaire est strictement encadré par les articles L. 1251-5 et suivants du code du travail et que l'intérim ne doit pas pourvoir durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice<sup>21</sup>.

Il s'agit principalement de remplacer un salarié de l'EU qui n'est pas en mesure d'occuper son poste sur une certaine période (absence, suspension du contrat de travail, prise de fonction différée...), de faire face à l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, ou encore de satisfaire des emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois<sup>22</sup>.

Les EU estiment ainsi créer de l'emploi en recourant aux intérimaires et en créant l'offre de travail, lorsque les ETT considèrent être le véritable pilier de l'emploi des salariés intérimaires.

Les ETT font valoir que leur action en faveur de l'emploi s'inscrit dans la durée, par le renouvellement des missions qu'elle propose à leurs salariés intérimaires et la formation dispensée pour les adapter aux attentes du marché. Elles soulignent que, loin de proposer des CDD aux demandeurs d'emploi, les EU préfèrent contracter avec des entrepreneurs de travail temporaire et font état du rapport économique et social du PRISME de 2011, signalant qu'en l'absence de possibilité de passer par l'intérim, la très grande majorité des entreprises utilisatrices se seraient contentées de trouver des solutions en interne ou d'avoir recours à la sous-traitance.

Le Prism'emploi s'associe à ses observations.

Les travaux parlementaires<sup>23</sup> relatifs au dispositif de la « loi Fillon » révèlent la priorité donnée par le gouvernement au plein emploi et à la relance du dialogue social, la réforme s'accompagnant d'un dispositif d'allègement des cotisations de sécurité sociale « *déconnecté de la durée du travail, visant à réduire le coût du travail salarié* ».

Pour les EU, qui ne remettent pas en cause le statut juridique d'employeur des ETT mais lui reconnaissent un simple rôle d'intermédiaire, le bénéfice de l'allègement ne peut s'adresser qu'aux EU, qui supportent la charge finale des cotisations sociales, puisque le législateur a entendu réduire le coût du travail afin de favoriser la création d'emplois. Elles rappellent à cette fin que le contrat de mise à disposition mentionne la rémunération du salarié intérimaire (article L. 1251-43 du code du travail<sup>24</sup>) et que rémunération et charges sociales constituent une composante non négociable du paiement mis à la charge des EU<sup>25</sup>.

Le projet de « loi Fillon » a par ailleurs été présenté aux parlementaires comme recouvrant « *l'ensemble des employeurs soumis à l'obligation d'assurance chômage* », à l'exclusion de certaines catégories précisément énumérées.

C'est cette dimension globale qui conduit les ETT et Prism'emploi à considérer que, comme tout employeur non exclu du champ d'application du dispositif par la loi, l'entrepreneur de travail temporaire bénéficie des allègements

<sup>19</sup> Dans le même exemple, un recours plus important au travail des guichetiers, résultant de l'abaissement du coût des charges sociales appliquées sur leur rémunération, peut opérer une baisse du recours au travail qualifié des techniciens.

<sup>20</sup> C'est donc pourquoi les allègements les plus importants se trouvent concentrés au niveau du SMIC, le but étant que les employeurs ne se reportent pas sur d'autres facteurs de production au regard du coût des personnels peu qualifiés.

<sup>21</sup> La chambre sociale approuve régulièrement les requalifications des missions d'intérim en contrat à durée indéterminée (Soc., 11 mars 2009, pourvoi n° 07-42.621, lorsque, comme dans cette espèce, le recours au travail intérimaire avait conduit à confier au même salarié 379 missions, se succédant sur une période de plus de six ans, ayant pour objet de faire face, non à un accroissement temporaire d'activité, mais à l'exécution régulière de chantiers liés à l'activité habituelle de la société utilisatrice, cette société ayant ainsi recours massivement aux contrats d'intérim comme mode d'organisation générale, en employant en moyenne 113 salariés intérimaires pour seulement 5 contrats à durée indéterminée).

<sup>22</sup> La liste des cas de recours au contrat de mission autorisés est donnée plus précisément à l'article L. 1251-6 du code du travail.

<sup>23</sup> Rapport de l'Assemblée nationale n° 190 du 20 septembre 2002, rapport du Sénat n° 26 et annexe au procès-verbal de séance du 17 octobre 2002, rapport de l'Assemblée nationale n° 399 du 26 novembre 2002.

<sup>24</sup> Article L. 1251-43 du code du travail : « *Le contrat de mise à disposition établi pour chaque salarié comporte :*

*[...] 6° Le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail ».*

<sup>25</sup> Elles invoquent également le mécanisme de garantie prévu par l'article L. 1251-52 du même code : « *En cas de défaillance de l'entreprise de travail temporaire et d'insuffisance de la caution, l'entreprise utilisatrice est substituée à l'entreprise de travail temporaire pour le paiement des sommes qui restent dues aux salariés temporaires et aux organismes de sécurité sociale ou aux institutions sociales dont relèvent ces salariés, pour la durée de la mission accomplie dans l'entreprise* ». Sur ce point, il y a lieu de rappeler que l'article R. 1251-28 précise que « *L'entreprise utilisatrice qui a payé les sommes définies à l'article L. 1251-49 qui restaient dues est subrogée, à due concurrence, dans tous les droits des salariés, des organismes de sécurité sociale ou des institutions sociales contre l'entrepreneur de travail temporaire* ».



de charges générés par la rémunération de ses salariés intérimaires et qu'en l'absence de disposition légale ou réglementaire lui réservant un régime différent des autres employeurs, cette réduction de charges ne peut lui être enlevé au profit de l'EU.

On peut signaler que le Conseil constitutionnel<sup>26</sup>, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'exclusion des chambres de commerce et de l'industrie (les CCI) du champ d'application des « réductions Fillon », a rappelé que la première condition pour prétendre aux réductions était d'être soumis à l'obligation d'affiliation à l'assurance chômage et ainsi de contribuer au financement de l'UNEDIC<sup>27</sup>, et relevé que le législateur avait entendu favoriser l'emploi en allégeant le coût des charges sociales pesant sur l'employeur, afin de « compenser les effets dangereux pour les entreprises d'une hausse du SMIC rapide »<sup>28</sup>.

On observe que les parlementaires ont examiné la situation des salariés intérimaires lorsqu'ils ont introduit une disposition relative aux modalités transitoires pour les années 2003-2005. Il est ainsi précisé, dans le rapport du Sénat n° 26, que « les cotisations sociales acquittées par les salariés intérimaires travaillant dans une entreprise passée à 35 heures, et dont les propres salariés ouvrent droit à l'allègement « Aubry II », bénéficient également de cet allègement » et qu'il paraît donc nécessaire « de maintenir, pendant la période transitoire [...], cette règle pour les salariés intérimaires travaillant dans une entreprise aux 35 heures et bénéficiant de la nouvelle réduction de cotisations sociales ».

L'article 10 de la « loi Fillon » prévoit ainsi que :

« I. - Pour les gains et rémunérations versés jusqu'au 30 juin 2005 par les employeurs qui, au 30 juin 2003, emploient des salariés ouvrant droit à l'allègement prévu à l'article L. 241-13-1 du code de la sécurité sociale, le coefficient maximal prévu au III de l'article L. 241-13 du même code est égal à 0,26. [...]

Les dispositions du premier alinéa sont également applicables aux salariés mis à disposition de ces employeurs dans les conditions prévues à l'article L. 124-3 du code du travail. »

On ne peut que relever l'ambiguïté de cette rédaction, qui place le salarié intérimaire au centre du dispositif sans préciser, dans son libellé, l'employeur bénéficiaire.

1.2.2. Les préconisations des circulaires relatives à la mise en œuvre du dispositif<sup>29</sup>

Le dispositif a fait l'objet de plusieurs circulaires, dont il ressort que « les ETT bénéficient de la réduction Fillon pour leurs salariés permanents et pour leurs salariés intérimaires mis à disposition d'entreprises utilisatrices ».

On peut également signaler que la procédure d'application de la réduction est déclarative, le contrôle de son calcul étant effectué *a posteriori* par les organismes de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales. Si l'employeur n'est plus tenu d'établir, et de conserver, un document destiné à justifier de son calcul auprès des organismes de recouvrement<sup>30</sup>, il doit être en mesure de fournir les informations relatives au calcul de la réduction effectuée<sup>31</sup>. Tous s'accordent pour retenir que cette obligation pèse sur l'ETT concernant les réductions en lien avec les rémunérations de ses salariés intérimaires.

Certaines circulaires rappellent les modalités dérogatoires d'application de la formule du calcul du coefficient de réduction des charges aux entreprises de travail temporaire :

- pour la phase de transition du dispositif correspondant à la période 2003-2005 (destinée aux entreprises s'étant engagée dans une politique de réduction du temps de travail selon le dispositif de la « loi Aubry II »)<sup>32</sup>, il était prévu d'appliquer aux salariés intérimaires la formule de calcul applicable dans l'entreprise utilisatrice (puisque le bénéfice de l'exonération était alors en lien avec la durée du temps de travail), de sorte que, pour un salarié mis à disposition de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient applicable était différent selon l'entreprise au sein de laquelle il avait effectué sa mission, le montant mensuel de la réduction générée par ses rémunérations correspondant toutefois toujours à la somme des réductions obtenues pour chaque mise à disposition ;

- pour la période postérieure à la mise en œuvre de l'annualisation de la réduction générale des cotisations sociales patronales<sup>33</sup>, l'objectif a été d'assurer que, pour un même niveau de rémunération versée, deux employeurs bénéficient du même montant d'exonération, quelle que soit la manière dont cette rémunération a été versée au cours de l'année. Cette réforme (issue d'une loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010) a élargi le bénéfice de la majoration de réduction de 10 %, initialement prévue pour un secteur spécifique<sup>34</sup>, aux ETT, afin qu'elles ne soient pas pénalisées par cette nouvelle méthode de calcul (annuelle et non plus mensuelle).

D'autres circulaires précisent par ailleurs les conditions dans lesquelles les règles de non-cumul pourront être interprétées en faveur des ETT<sup>35</sup>. Ainsi a-t-il été admis « que l'application stricte de la loi de finances 2004 aboutirait à priver l'ETT de tout allègement au titre des cotisations dues sur les rémunérations versées à leurs salariés intérimaires lorsque l'ETT opte pour l'aide incitative Aubry I, puisque ses salariés intérimaires ne peuvent

<sup>26</sup> Décision n° 2013-300 du 5 avril 2013, ayant déclaré ce texte conforme à la Constitution.

<sup>27</sup> Ce qu'en tant qu'employeurs publics, les CCI, qui sont qualifiées par la jurisprudence d'établissements publics administratifs, ne font pas lorsqu'elles relèvent d'un régime d'auto-assurance des employeurs publics.

<sup>28</sup> Citant le ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité.

<sup>29</sup> On peut notamment se référer aux circulaires n° 2003-044, n° 2003-282, n° 2004-155, n° 2011-34.

<sup>30</sup> Comme le prévoyait le dispositif antérieur à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011, cf. la fiche n° 5 de la circulaire DSS/B n° 2003-282 du 12 juin 2003.

<sup>31</sup> Circulaire interministérielle du 27 janvier 2011, n° 2011-34.

<sup>32</sup> Circulaire n° 2003-044 relative à la réduction dégressive sur les bas et moyens salaires et à l'abrogation des allègements « Aubry II », page 16, circulaire n° 2003-282 du 12 janvier 2003 portant application du titre III de la loi n° 2003-47, fiche n° 2, I-4.

<sup>33</sup> Circulaire n° 2011-34 du 27 janvier 2011.

<sup>34</sup> Il s'agit des professions dans lesquelles le paiement des congés des salariés et des charges sur les indemnités de congés est mutualisé entre les employeurs affiliés aux caisses de compensation.

<sup>35</sup> Lettre circulaire ACOSS n° 2004-155 du 10 novembre 2004 portant sur l'application de l'option entre l'aide incitative « Aubry I » créée par la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 et la « réduction Fillon » mise en place par la loi n° 2003-47 pour les ETT, page 2.

*ouvrir droit ni à l'aide incitative (par principe) ni à la réduction Fillon (par le jeu de la règle du non-cumul des exonérations), et ce, même si l'entreprise utilisatrice a opté pour l'application de la réduction Fillon ». Et qu'ainsi, « dans cette situation particulière, la lettre ministérielle du 17 septembre 2004 autorise l'ETT à exercer son droit d'option entre la réduction Fillon et l'aide incitative Aubry I pour ses salariés permanents uniquement ».*

#### 1.2.3. L'analyse des différentes administrations

Par une lettre du 2 août 2011, la direction de la sécurité sociale relève qu'en application de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale, c'est l'employeur, qui verse les rémunérations au salarié, qui peut appliquer, le cas échéant, la réduction sur ces cotisations. Elle en déduit que l'ETT, qui est tenue de cotiser pour ses salariés mis à disposition d'entreprises utilisatrices, peut donc appliquer cette réduction, la législation de sécurité sociale ne faisant « pas mention d'une quelconque rétrocession de cette réduction par l'ETT vers les entreprises utilisatrices ».

Par une lettre du 26 juillet 2011, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes estime également que l'ETT bénéficie, en droit, de la réduction générale des cotisations créée par la loi du 17 janvier 2003 et qu'à ce titre, c'est à elle qu'il incombe de justifier du mode de calcul de la réduction en cas de contrôle. Cette direction ajoute « qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à une entreprise de travail temporaire, si elle le souhaite, de verser à titre commercial, à une entreprise utilisatrice, un montant équivalent à la réduction des cotisations patronales de sécurité sociale dont elle a bénéficié ». Elle pose comme seule limite en la matière que la liberté de chacune des ETT de rétrocéder ou non cet avantage « ne doit pas être entravée par un accord entre elles qui, précisément, aurait pour objectif d'imposer une action commune à l'égard de leurs clients ».

Elle rappelle que la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-05 a précisément sanctionné la coordination des comportements des ETT sur différents éléments de leur politique commerciale et tarifaire, et que « la notion de "confiscation des allègements sociaux" invoquée dans cette décision ne doit pas être détachée de la concertation illicite qui a permis cette "appropriation", cette concertation ayant été destinée à faire en sorte que la compétition par les prix joue le moins possible entre elles. Elle estime qu'il ne peut pas être inféré de cette décision que le reversement des réductions de cotisations patronales des ETT aux EU serait rendu obligatoire.

#### 1.2.4. L'éclairage de la doctrine et les éléments issus du dialogue social

Les EU, demanderesse aux instances introduites devant le tribunal de commerce, produisent une première consultation du professeur Loiseau.

Son analyse peut être résumée de la manière suivante :

- la loi n'identifie qu'implicitement le titulaire du droit de créance légal au titre des réductions de charges, en la personne de l'employeur (dont il ne conteste pas la qualité aux ETT, sur un plan juridique) ;
- en matière de travail temporaire, la désignation du bénéficiaire reste incertaine et requiert une interprétation au regard de deux paramètres, à savoir la finalité du dispositif (abaissement du coût du travail pour soutenir l'emploi) et la charge économique réelle des cotisations sociales (le bénéfice de la réduction étant lié à la prise en charge de ces cotisations) ;
- la conjonction de ces deux paramètres identifie l'EU comme titulaire du droit de créance, puisque, par son activité, elle est susceptible de mettre à profit l'allègement de charges pour soutenir l'emploi (l'ETT ne fournissant que le contrat, non l'emploi, et ne correspondant qu'à un employeur intermittent). Il considère qu'exclure les EU du bénéfice des allègements conduirait à leur faire supporter le coût additionnel de la revalorisation des salaires, puisque le coût de la main-d'œuvre pèse déjà sur elles.

Il fait observer que la méconnaissance des conditions de recours au travail intérimaire s'apprécie d'ailleurs en la personne de l'EU, qui s'expose en ce cas à une requalification du contrat de mission en CDI.

Selon lui, cette solution s'impose, même si le recouvrement ne peut s'opérer juridiquement auprès du débiteur direct de la réduction de charges et intervient auprès du débiteur substitué (l'ETT), qu'il estime tenu par une obligation de rétrocession résultant des objectifs poursuivis par le législateur.

La seconde analyse produite par les EU a été réalisée par le professeur Cherbonnier, qui s'appuie sur l'objet unique du dispositif, qui concerne l'abaissement du coût du travail « au voisinage du SMIC afin d'accroître l'emploi peu qualifié, de compenser à partir de la fin des années 90 les effets associés au passage aux 35 heures puis à la convergence des SMIC et de soutenir la compétitivité des entreprises françaises ».

Pour lui, un tel dispositif ne peut être pleinement efficace que si les ETT rétrocèdent les allègements, et il observe que les mécanismes naturels du marché ne semblent pas conduire les ETT à y procéder entièrement.

Il écarte également l'objectif complémentaire assigné au dispositif par les ETT (assurer le financement d'un fonds professionnel), relevant notamment :

- que les engagements de branche mentionnés par les ETT ne préjugent en rien la volonté initiale du législateur (aucun objectif complémentaire ne figurant dans les rapports publics relatifs à la mise en œuvre du dispositif) ;
- que le Fonds professionnel pour l'emploi dans le travail temporaire, qui alimente à 94 % les actions visant à améliorer la qualification des intérimaires, concerne des formations spécifiques effectuées dans l'intérêt de l'entreprise (et que l'employé peut difficilement valoriser ailleurs), que l'intervention publique n'a donc pas lieu de subventionner.

Il relève enfin que le concept économique d'incidence fiscale démontre que celui qui supporte la charge d'une taxe (ou le bénéfice d'un allègement) n'est pas nécessairement celui qui est légalement tenu d'en verser le montant à l'administration fiscale. Il estime que si les ETT conservent ces allègements, la politique publique en faveur de l'emploi et de la compétitivité sera réduite dans ce secteur à un simple « effet d'aubaine » au profit des ETT.

Les EU objectent également dans leurs dernières observations que le Fonds pour l'emploi dans le travail temporaire a été créé sept ans avant la « loi Fillon » du 17 janvier 2003 (résultant d'un accord de 1996), de sorte que son financement ne pouvait dépendre des « allègements Fillon ».

Les ETT produisent pour leur part deux consultations du professeur Vachet et du professeur Fauvarque-Cosson, écartant, sur les prémisses d'une même analyse textuelle<sup>36</sup>, la qualité de bénéficiaire des EU<sup>37</sup>. Invoquant l'exigence de sécurité juridique, l'égalité de traitement et les principes constitutionnels d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, ces professeurs soulignent qu'aucun texte n'impose d'obligation de rétrocession en faveur des EU et que le législateur n'a pas exclu les ETT du bénéfice du dispositif, comme il l'aurait dû s'il l'estimait nécessaire.

Sur ce point, Prism'emploi fait observer que seule la loi serait en mesure de prévoir la restitution d'une exonération ou d'une réduction de cotisations sociales au profit d'un tiers et qu'actuellement, un seul cas de « restitution » de la « réduction Fillon » est prévu par la loi dans l'hypothèse du travail dissimulé (l'employeur et le donneur d'ordre perdant le bénéfice de la réduction de cotisations). Il souligne que dans ce cas, qui correspond en réalité à une annulation et non à une restitution, l'annulation de l'exonération opère en faveur de l'URSSAF, et non pas en faveur des parties contractantes.

La consultation réalisée par RBB economics<sup>38</sup> souligne qu'en accroissant la flexibilité des entreprises, les ETT favorisent la création d'emplois et qu'elles contribuent à une réduction du chômage fractionnel en améliorant la mise en correspondance des demandes et des offres d'emploi. En contrepartie d'importants coûts de gestion et d'administration, qui les exposent à des risques importants en cas de baisse de la demande, les ETT assurent une activité productive qui ne se limite pas à un simple rôle d'« intermédiaire ». Cette étude relève que l'effet d'aubaine dénoncé par la note économique produite par le groupe LISI vaut *a priori* pour tous les employeurs, dès lors que la politique en cause n'a qu'une vocation incitative et que la répercussion des allègements, sans avoir été nécessairement « formelle », n'en est pas moins intervenue au travers des différentes composantes du prix (notamment la valeur des coefficients de facturation et le taux des remises de fin d'années).

Prism'emploi produit également une consultation du professeur Morvan. Son étude souligne que la principale vertu du travail temporaire est sa souplesse et qu'il ne se substitue pas au contrat à durée déterminée en ce qu'il ne remplit pas les mêmes finalités. Après avoir mis en évidence la qualité d'employeur des ETT, et le rôle joué dans la création d'emplois, ce professeur oppose principalement cinq arguments à la thèse défendue par les EU :

- il serait paradoxal que les EU profitent d'un allègement de cotisations, alors que le risque d'un redressement notifié par les URSSAF, en cas d'erreur de calcul, n'est encouru que par les ETT, au sein desquelles s'exercent les contrôles, sans qu'elles puissent alors exercer aucune action contre les EU concernant l'allègement qui aurait été « rétrocedé » à ces dernières par erreur ;
- une éventuelle « rétrocession » pourrait conduire à un cumul d'exonérations prohibé et grèverait les ressources de la sécurité sociale ;
- le bénéfice des allègements est « conditionné » par le respect de l'obligation de négociation annuelle sur les salaires effectifs (article L. 2242-8 du code du travail), l'inobservation de cette obligation conduisant à une réduction de l'allègement à hauteur du manquement. Il n'est pas prévu que cette réduction soit applicable lorsque le salarié effectue sa mission d'intérim au sein d'une EU n'ayant pas respecté cette obligation. Le mécanisme instauré serait selon lui paralysé si le bénéfice de l'allègement devait être accordé à une EU, qui n'a pas la qualité d'employeur au sens juridique du terme ;
- le bénéfice des allègements générés par les salaires versés aux intérimaires est en lien avec les effectifs de l'ETT, de sorte que la « rétrocession » à une EU ayant une taille différente pourrait méconnaître les modalités de calcul fixées par la loi ;
- les ETT font l'objet de règles particulières pour la mise en œuvre de l'« annualisation » du calcul de la réduction et bénéficient d'une majoration de 10 % destinée à compenser le fait qu'elles sont pénalisées par le calcul de l'allègement annualisé en raison des majorations de salaires qu'elles doivent payer à leurs salariés intérimaires (indemnité de fin de contrat de 10 % et indemnités de congés payés de 10 %).

Il souligne enfin que la loi dite « Fillon », d'ordre public, n'est pas sujette à interprétation au regard du caractère limpide de ses dispositions et peut seule désigner les bénéficiaires d'une réduction de cotisations sociales.

Au soutien de la légitimité du bénéfice des « allègements Fillon » en faveur des ETT, il est encore invoqué le rôle qu'elles jouent dans l'économie et le développement, et la sécurisation de l'emploi intérimaire.

Sont ainsi produits :

- l'accord du 18 juin 1996 relatif aux entreprises de travail temporaire (personnels intérimaires, personnels permanents), précisant notamment que les ETT ont décidé de se doter d'un fonds professionnel pour l'emploi

<sup>36</sup> Selon laquelle le débiteur des cotisations est l'ETT, employeur aux termes de l'article L. 1251-1 du code du travail, et se référant à la lettre du texte pour exclure les EU comme bénéficiaires de la mesure, l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale renvoyant à « l'employeur ».

<sup>37</sup> Il est notamment invoqué qu'en prévoyant que le montant de la réduction correspond à la somme des réductions appliquées au titre de chaque mission (article D. 241-7 du code de la sécurité sociale), le texte ne peut se comprendre comme conduisant à un allègement accordé à chaque entreprise utilisatrice. De la même manière, il est relevé que si la réduction était réservée aux EU, ce serait à elles de justifier de son calcul lors des contrôles.

<sup>38</sup> Production de la société Randstad, « Considérations économiques relatives à la demande de rétrocession intégrale des "allègements Fillon" et réponse à l'analyse économique jointe aux observations de LISI ».

dans le travail temporaire « *dans le but de conforter l'emploi des salariés permanents de la profession, d'accentuer l'effort de formation professionnelle en faveur des salariés intérimaires* » et qu'une contribution à la charge des ETT lui donnera les moyens de mettre œuvre les objectifs qui lui ont été fixés « *en contrepartie des allègements de charges sociales* » ;

- l'arrêté d'extension du 22 octobre 1996 portant extension d'accords nationaux professionnels relatifs aux salariés des ETT ;

- l'accord du 24 novembre 2004, relatif au nouveau Fonds professionnel pour l'emploi dans le travail temporaire (FPE-TT), et son arrêté d'extension du 3 août 2005, mentionnant « *la volonté de la profession du travail temporaire de poursuivre son action en faveur de l'emploi des salariés intérimaires dans le cadre d'un maintien de la politique d'allègements* » et fixant à 0,10 % de leur masse salariale la contribution des ETT à compter de l'année 2005 (avec application d'une franchise de 1 500 € par entreprise) ;

- l'accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, créant notamment au sein du FPE-TT un Fonds de sécurisation des parcours des intérimaires, également financé par les ETT.

Prism'emploi estime que le fait de considérer les ETT comme de simples intermédiaires dans une relation d'emploi qui unirait l'EU au salarié intérimaire conduirait à priver de cause l'ensemble des garanties sociales apportées par les ETT aux salariés intérimaires.

C'est par ailleurs au regard de ces divers engagements en faveur de l'emploi intérimaire que les ETT invoquent encore l'espérance légitime créée par cette situation, plaidant pour le maintien des allègements obtenus depuis l'entrée en vigueur de la « loi Fillon ».

On peut signaler que, par une décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, le Conseil constitutionnel<sup>39</sup> a rappelé qu'« *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions* » (considérant 14). En revanche, confirmant l'évolution de sa jurisprudence relative à la garantie des droits sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, il a reconnu une protection constitutionnelle non seulement des « *situations légalement acquises* », mais aussi des « *effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* » (considérant 14).

*Les Cahiers du DRH*<sup>40</sup> publiés au cours de l'année 2002 se sont également intéressés à la question de savoir si les EU pouvaient, après-coup, obtenir la baisse des tarifs appliqués par les ETT au regard des allègements de charges patronales dont elles ont pu bénéficier. Même si elle concerne un mécanisme d'allègement de charges aujourd'hui abrogé (allègements "Aubry II"), l'analyse réalisée présente de larges similitudes avec la situation qui nous intéresse.

Les auteurs des articles en cause observent que le taux appliqué au salaire brut des intérimaires par l'ETT a pu rester inchangé ou peu modifié, alors même que les charges patronales supportées ont pu bénéficier d'allègements, et s'accordent pour considérer que le remboursement aux EU de l'allègement de charges obtenu par les ETT « *est difficile à étayer sur le plan juridique* », compte tenu de la désignation des ETT comme bénéficiaire direct des allègements en leur qualité d'employeur.

L'un d'eux<sup>41</sup> fait également état des moyens financiers dont le fonds professionnel des ETT a été doté en contrepartie des allègements de charges obtenus par les ETT et de « *l'économie non négligeable que les ETT déclenchent sur les deniers publics lorsqu'elles délèguent du personnel inscrit aux ASSÉDICS* » (ses allocations étant réduites « des jours non indemnisables » correspondant aux missions d'intérim qui lui ont été confiées). Il estime par ailleurs que l'entrepreneur de travail temporaire devrait être considéré comme « *un véritable partenaire, dans un contexte économique où l'emploi et la qualification posent problème, sans chercher à l'affaiblir financièrement, ni à dévaloriser la prestation réalisée, en lui demandant de restituer une mesure financière que le législateur lui a destinée* ».

2. L'incidence du dispositif d'allègement de charges dans le processus contractuel de formation des prix

2.1 Le bénéfice de l'allègement de charges patronales est-il, au même titre que la charge de la contribution de l'employeur, d'ordre public et hors du champ de la négociation contractuelle ?

2.1.1. La spécificité du droit de la sécurité sociale

La Cour de cassation rappelle, dans le cadre d'une jurisprudence à la fois ancienne et constante<sup>42</sup>, que la législation sociale est d'ordre public. Il est également jugé de manière régulière que les dispositions en matière

<sup>39</sup> Le Conseil constitutionnel a ici jugé que le législateur, en poursuivant l'objectif d'augmentation du rendement des prélèvements sociaux appliqués aux produits des contrats d'assurance-vie, a pu prévoir une augmentation des taux de ces prélèvements pour la partie de ces produits acquise ou constatée au-delà de la durée légale nécessaire pour bénéficier du régime particulier d'imposition. En revanche, un tel motif, exclusivement financier, ne constitue pas un objectif d'intérêt général suffisant pour justifier que les produits des contrats d'assurance vie acquis ou constatés pendant la durée légale nécessaire pour bénéficier du régime particulier d'imposition de ces produits fassent l'objet d'une modification des taux de prélèvements sociaux qui leur sont applicables. Ceci remettrait en cause l'attente légitime que les contribuables ayant respecté la durée de conservation peuvent avoir quant à l'application du régime d'imposition lié au respect de cette durée. Le Conseil constitutionnel a dès lors formulé une réserve d'interprétation relative à l'article 8, excluant l'application des taux de prélèvements applicables à la date de dénouement du contrat ou du décès de l'assuré pour les produits acquis ou constatés au cours des huit premières années suivant l'ouverture du contrat d'assurance-vie pour ceux des contrats souscrits entre le 1<sup>er</sup> janvier 1990 et le 25 septembre 1997.

<sup>40</sup> *Les Cahiers du DRH* 2002, n° 56, « Les sociétés d'intérim ont-elles répercuté à leurs clients les allègements 35 heures ? », par S. Neil, *Les Cahiers du DRH* 2002, n° 62, « La légitimité des allègements Aubry II pour les ETT », par E. Toutou.

<sup>41</sup> E. Toutou

<sup>42</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 28 mai 1964, pourvoi n° 59-12.558, *Bull.* 1964, II, n° 425, 2<sup>e</sup> Civ., 9 mars 1978, pourvoi n° 76-14.505, *Bull.* 1978, II, n° 61, 2<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, pourvoi n° 10-20.178, *Bull.* 2011, II, n° 127.

d'exonération ou de réduction de cotisations et contributions sont d'interprétation stricte<sup>43</sup>. La doctrine en fait une présentation identique<sup>44</sup>.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi récemment rappelé<sup>45</sup> que les dispositions du code de la sécurité sociale qui limitent le bénéfice de l'exonération des cotisations sociales qu'elles instituent à certaines catégories d'employeurs qu'elles énumèrent ne peuvent être étendues à un type d'employeur qui ne figure pas au nombre de celles-ci. Une catégorie d'employeur non visée par un dispositif d'allègement de charges patronales ne peut donc solliciter son bénéfice auprès de l'administration de référence.

Par ailleurs, comme l'indique l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale, relatif aux charges patronales de sécurité sociale, « *La contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit* ».

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle que certaines conventions tentent parfois de modifier la charge des cotisations, sans succès dès lors que la clause contractuelle est jugée nulle<sup>46</sup>.

Le principe énoncé à l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale ne souffre qu'une exception. On mentionnera pour l'essentiel la solution retenue, voici un quart de siècle, au sujet des cotisations assises sur les avantages et prestations servis par les institutions représentatives du personnel : si l'employeur demeure seul tenu du paiement des cotisations vis-à-vis de l'URSSAF, il ne saurait en supporter définitivement la charge dès lors que la formule pourrait conduire à augmenter la contribution patronale au financement des activités sociales et culturelles fixée selon les règles du code du travail. La solution procède ainsi de la conciliation entre les exigences contradictoires de deux règles également d'ordre public<sup>47</sup>.

On constate que le dispositif de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale ne consiste pas à allouer une somme à l'employeur, comme le ferait une allocation, mais à lui reconnaître le droit de déduire directement du versement de (certaines) cotisations auquel il est tenu un certain montant et de s'acquitter ainsi d'une contribution effective réduite.

Son bénéfice est encadré par un certain nombre de règles et conditions, et il faut conserver à l'esprit que le texte précité prévoit tout à la fois que :

- la réduction dégressive instaurée par le « dispositif Fillon », qui est accordée sous conditions et qui tient compte de la situation de l'employeur (niveau de rémunération et importance des effectifs de l'employeur) est imputée sur le montant des cotisations à la charge de l'employeur ;
- et que le bénéfice de cette réduction ne peut être cumulé avec celui d'une autre exonération totale ou partielle de cotisations patronales, à l'exception des déductions forfaitaires visées au point VI du texte.

Une distinction pourrait par ailleurs devoir être opérée entre :

- le bénéfice direct de l'allègement de charges, tel qu'il résulte du code de la sécurité sociale, qui s'exerce auprès de l'URSSAF (ou de l'organisme qui en tient lieu) ;
- et l'usage qui peut être fait par l'employeur des sommes qu'il a été autorisé à conserver au titre des allègements de charges, qui correspond à une relation employeur-tiers, distincte du mécanisme intrinsèque d'allègement des charges (le tiers n'étant pas substitué dans les droits de l'employeur auprès de l'URSSAF).

On peut en effet observer que si la question posée à la Cour<sup>48</sup> paraît s'inscrire dans le cadre d'une relation employeur-tiers (ETT/EU), et concerner les effets possibles d'une clause contractuelle sur l'étendue de leurs droits et engagements respectifs, son libellé ne paraît pas exclure, en l'état de sa rédaction, l'hypothèse de la substitution de l'EU dans les droits de l'ETT auprès de l'URSSAF par le jeu d'une clause contractuelle.

La demande d'avis conduira en outre à s'interroger sur la possibilité, ou non, d'imposer une rétrocession intégrale des allègements de charges obtenus par les ETT au regard d'une « nécessité d'ordre public ».

Pour les ETT, le juge ne peut invoquer l'ordre public pour fonder l'obligation de rétrocession alléguée par les EU, faute d'obligation légale préexistante en ce sens.

Pour les EU, le caractère d'ordre public de l'obligation de rétrocession invoquée est une conséquence de la nature du dispositif d'allègement de charges : la « loi Fillon », en visant la lutte contre le chômage au moyen d'une réduction des charges sociales patronales, relève nécessairement de l'ordre public économique de direction. Elles invoquent les termes du jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 16 juillet 2012, ayant retenu que toute clause visant à limiter la rétrocession des allègements au bénéfice des EU doit être réputée non écrite, les finalités du dispositif relevant de « l'ordre public économique ».

<sup>43</sup> Pour illustration, 2<sup>e</sup> Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.920, *Bull.* 2009, II, n° 152, refusant d'admettre que le bénéfice de l'exonération de cotisations patronales qu'il prévoit ne peut être appliqué aux rémunérations des aides à domicile salariées des centres communaux d'action sociale que si elles sont employées par contrats à durée indéterminée ou par contrats à durée déterminée pour remplacer des salariés absents ou dont le contrat est suspendu dans les conditions visées à l'article L. 121-1-1, devenu L. 1242-2, du code du travail. Pour une autre illustration plus récente, concernant l'exonération de cotisations d'heures supplémentaires et complémentaires dans le cadre de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, cf. 2<sup>e</sup> Civ., 19 décembre 2013, pourvoi n° 12-27.592 *Bull.* 2013, II, n° 243, retenant que le bénéfice de la réduction des cotisations salariales et de la déduction forfaitaire des cotisations employeur litigieuses ne pouvait porter que sur des heures supplémentaires dont l'employeur assure personnellement le paiement, ce qui, selon les constatations du jugement, n'était pas le cas des paiements effectués par une caisse de congés payés.

<sup>44</sup> *Lamy Protection sociale 2013*, n° 20, *Droit de la sécurité sociale*, Mémentos Dalloz, 13<sup>e</sup> édition, par X. Pretot, pages 33 et suivantes, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 16<sup>e</sup> édition, par J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, pages 356 et suivantes.

<sup>45</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 11 juillet 2013, pourvoi n° 12-20.528, *Bull.* 2013, II, n° 167, relatif au bénéfice de l'article L. 241-10, III, du code de la sécurité sociale.

<sup>46</sup> Soc., 23 avril 2013, pourvoi n° 12-12.411, *Bull.* 2013, V, n° 106, retenant la nullité d'une clause en ce qu'elle prévoyait la prise en charge par le salarié de la contribution dont était redevable l'employeur envers le Trésor ; déjà en ce sens, cf. Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.917, Soc., 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-45.669, *Bull.* 2000, V, n° 329.

<sup>47</sup> Soc., 11 mai 1988, pourvois n° 86-17.284 et 85-18.557, *Bull.* 1988, V, n° 287, D. 1989, p. 305, obs. X. Pretot ; *Droit social* 1988, p. 499, note J. J. Dupeyroux.

<sup>48</sup> « Le bénéfice des allègements de charges sociales précitées peut-il revenir indifféremment à l'EU ou à l'ETT, dans le cadre de la libre négociation contractuelle ou doit-il nécessairement profiter à l'EU ? »

### 2.1.2. La prise en compte des charges sociales dans le cadre de la facturation d'une mise à disposition de travailleurs intérimaires

À titre préalable, il convient de rappeler les principes de base en matière de travail intérimaire.

*Le travail intérimaire repose sur une double relation contractuelle*, fondée, comme le rappelle l'article L. 1251-1 du code du travail :

- d'une part, sur un contrat de nature commerciale, dénommé « contrat de mise à disposition », qui lie l'EU à l'ETT, laquelle s'engage à mettre à disposition, pour une qualification contractuellement convenue, un salarié qu'elle recrute, embauche et rémunère à cette fin ;

- d'autre part, un contrat de travail, dénommé « contrat de mission », liant l'ETT et le salarié intérimaire, qui confère à l'ETT la qualité d'employeur et implique qu'il en assume toutes les obligations.

Le fait générateur de la réduction de charges patronales du « dispositif Fillon » est pour sa part exclusivement en lien avec le paiement, au salarié, de la rémunération, qui incombe à l'ETT en sa qualité d'employeur. Il est donc en lien avec l'exécution du contrat de travail.

L'article L. 1251-43 du code du travail (relatif au travail temporaire) prévoit que :

« *Le contrat de mise à disposition établi pour chaque salarié comporte :*

[...]

6° *Le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail ».*

Le salaire versé par l'ETT à son salarié intérimaire, au titre de la mise à disposition facturée à l'EU, ne peut en conséquence être moindre que celui qui aurait été servi au salarié de l'EU occupant un emploi similaire. Les deux contrats (contrat de mission et contrat de travail) ne sont donc pas autonomes.

Les contrats-cadres signés par les sociétés du groupe LISI, et leurs avenants<sup>49</sup>, révèlent que les tarifs appliqués par les ETT s'obtiennent après avoir appliqué au salaire de référence précité un coefficient dont le taux varie en fonction de la prestation réalisée<sup>50</sup> (entre 1,85 et 2,10).

Ces contrats précisent tous que « *les coefficients comprennent les charges sociales, fiscales et parafiscales ayant pour assiette le salaire, l'indemnité de fin de mission et les congés payés* ». Certains seulement<sup>51</sup> prévoient que « *toutes modifications des charges sociales, fiscales ou parafiscales ayant pour assiette le salaire pourront faire l'objet d'un réajustement entre les deux parties* ».

Si le salaire de référence, qui constitue l'élément de base servant au calcul du prix de la prestation, n'est pas librement négociable, on constate que le coefficient qui lui est appliqué, qui tient compte des différentes charges financières pesant sur les ETT (qui comprennent les cotisations employeur sans se limiter à cette seule catégorie), résulte d'une négociation que le droit de la concurrence protège<sup>52</sup>.

Certains auteurs<sup>53</sup> estiment que le « *prix de vente d'une ETT ne peut être conçu comme un simple salaire de référence multiplié par un coefficient de facturation* », dans la mesure où, « *au-delà du salaire versé à l'intérimaire, l'ETT assume un niveau de réactivité optimale au regard de la qualification exigée et du délai de mise à disposition* ».

### 2.1.3. Le caractère global de la négociation contractuelle portant sur la facturation d'une mise à disposition de travailleurs intérimaires

La pratique du secteur révèle qu'au sein d'un *instrumentum* unique (le contrat cadre de mise à disposition), les parties articulent un certain nombre d'éléments définissant, à terme, le coût de la prestation.

Ainsi est-il prévu de manière usuelle, pour les clients « grands comptes » et afin de développer une collaboration privilégiée entre l'ETT et l'EU, une remise de fin d'année consentie sur le chiffre d'affaires consolidé généré sur les douze derniers mois, tenant compte du volume d'affaires réalisé entre elles.

Les différents contrats en production (Randstad, Manpower, Vedioorbis) prévoient ainsi un certain pourcentage de remise (situé entre 0,15 % et 2,50 %) en fonction du niveau du chiffre d'affaires atteint, variable selon les contrats.

La doctrine semble avoir peu débattu sur le sujet. Néanmoins, un auteur<sup>54</sup> a considéré que la « rétrocession » du bénéfice des allègements ne semble envisageable que dans le cadre d'une négociation commerciale, dont le succès dépendra « *du savoir-faire du négociateur et du rapport de force économique qu'il représente* » (par réduction du coefficient, remise sur le chiffre d'affaires annuel ou ristourne sur facture). Selon lui, « *exiger de l'ETT une ristourne sur allègement, c'est exiger un contrôle inacceptable sur la marge brute réalisée par un partenaire commercial* ».

## 2.2. Le sort des allègements de charges obtenus par les ETT et non répercutés sur les tarifs appliqués aux EU

Il s'agit ici d'examiner la question sous l'angle du droit commercial.

<sup>49</sup> Accords-cadres et avenants des contrats conclus avec les sociétés Randstad et Manpower, n° 02/04, 05/87, 06/111, 08/003.

<sup>50</sup> La gestion de personnel de qualification courante et le recrutement de personnels étudiants et scolaires se voient ainsi appliquer un coefficient plus faible que le recrutement de personnel « ingénieurs et cadres ».

<sup>51</sup> Il s'agit exclusivement des accords signés avec la société Manpower.

<sup>52</sup> Cf. la décision n° 09-D-05, ayant sanctionné les ETT en raison de concertations et échanges d'informations sur leurs conditions tarifaires, portant notamment sur les coefficients de facturation appliqués, comportements intervenus en vue de réduire la compétition par les prix.

<sup>53</sup> *Les Cahiers du DRH* 2002, n° 62, article précité.

<sup>54</sup> *Les Cahiers du DRH* 2002, n° 62, article précité.

L'article L. 441-6 du code de commerce rappelle que les barèmes et réductions de prix constituent « *le socle de la négociation commerciale* ». L'article 1134 du code civil reconnaît pour sa part aux conventions légalement formées force de loi et impose aux parties de les exécuter de bonne foi.

Il est constant que les coefficients appliqués par les ETT pour déterminer leurs prix tiennent compte, notamment, des charges sociales qu'elles ont à régler (ayant pour assiette le salaire, l'indemnité de fin de mission et les congés payés).

L'existence, ou la création, d'une obligation de rétrocession doit donc être envisagée en tenant compte des différents enjeux en présence, tenant à la sécurité juridique, mais également à la pérennité de l'équilibre contractuel souhaité par les parties.

#### 2.2.1. Au regard du principe d'intangibilité des conventions

En vertu de l'article 1134, alinéa premier, du code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. La force obligatoire du contrat s'impose aux parties comme au juge.

En présence de contrats à exécutions successives, il est fréquent que les circonstances ayant présidé à leur conclusion aient évolué. Se pose alors la question de la modification des conditions d'exécution du contrat.

Depuis le célèbre arrêt Canal de Craponne du 8 mars 1876, la Cour de cassation refuse au juge, en raison de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties, d'en modifier les éléments<sup>55</sup>. Il ne peut ainsi prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants. Le juge ne peut donc augmenter les tarifs d'un contrat en raison de circonstances économiques nouvelles<sup>56</sup>, ni les réduire rétroactivement au regard des mêmes considérations.

La doctrine<sup>57</sup> s'accorde également à reconnaître qu'en l'état du droit civil français, le juge n'a pas le pouvoir de réviser le contrat pour l'adapter aux nouvelles circonstances et précise que la révision du contrat ne peut ainsi intervenir, pour l'essentiel, que :

- lorsque le contrat comporte une clause de révision ou une clause de sauvegarde (dite de *hardship* : obligation de renégociation en cas de changement de circonstances entraînant un déséquilibre du contrat) ;

- ou encore lorsque la loi prévoit la possibilité d'opérer cette révision, sous certaines conditions (ainsi, à titre d'exemples, à l'égard des loyers des baux commerciaux (article L. 145-33 du code de commerce), des clauses pénales (article 1152 du code civil) ou encore du prix de la cession de droits d'exploitation d'un auteur (article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle).

Il n'en demeure pas moins que le refus injustifié de renégocier face à des circonstances nouvelles demeure susceptible de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de son auteur<sup>58</sup>, sans que la modification des circonstances économiques n'impose toutefois, en elles-mêmes, à l'une des parties de renégocier le contrat<sup>59</sup>.

La première chambre civile de la Cour de cassation a par ailleurs rappelé qu'une partie ne pouvait se prévaloir d'une situation qu'elle n'avait pas su apprécier lors de la conclusion du contrat, par négligence ou imprudence<sup>60</sup>.

Ici, il peut être observé que la variation du coût des charges patronales, résultant du dispositif de la « loi Fillon », ne relève pas d'une circonstance imprévisible à la date à laquelle les conditions commerciales ont été négociées. Succédant à d'autres mesures, telles que celles mises en œuvre dans le cadre de la « loi Aubry II », le dispositif d'allègement des cotisations employeur sur les bas salaires est connu des EU, qui l'appliquent à leurs propres salariés (dès lors que le niveau de leur rémunération le justifie).

Il s'agira donc de déterminer, dans ce contexte spécifique, dans quelle mesure l'obligation de rétrocession invoquée peut être reconnue sans conduire à une révision (judiciaire) du contrat, faculté jusque-là rejetée par la jurisprudence en dehors des cas prévus par la loi<sup>61</sup>.

#### 2.2.2. Au regard de l'exécution de bonne foi des conventions<sup>62</sup>

La demande d'avis, en s'interrogeant sur le point de savoir si les EU doivent nécessairement profiter du bénéfice des allègements de charges sociales, invite la Cour, de manière indirecte, à examiner les éléments en présence sous l'éclairage du principe d'exécution de bonne foi, prévu à l'article 1134 du code civil.

S'il ne paraît pas nécessaire, au regard du libellé précis de cette demande d'avis, de reprendre le détail des solutions jurisprudentielles et doctrinales relatives à la place de la bonne foi dans l'exécution du contrat, les éléments qui ont été exposés à cette occasion pourraient néanmoins servir la réflexion actuellement engagée.

<sup>55</sup> Jurisprudence réaffirmée à de nombreuses reprises : 1<sup>re</sup> Civ., 11 juin 2002, pourvoi n° 99-10.044, *Bull.* 2002, I, n° 162, 3<sup>e</sup> Civ., 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21.260, *Bull.* 2009, III, n° 64, Com., 15 mars 2011, pourvoi n° 09-13.299, 3<sup>e</sup> Civ., 25 juin 2013, pourvoi n° 11-27.904.

<sup>56</sup> Pour illustration : Com., 18 décembre 1979, pourvoi n° 78-10.763, *Bull.* 1979, IV, n° 339, Com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, *Bull.* 1992, IV, n° 338.

<sup>57</sup> P. Malaurie, L. Aynes et P. Stoffel Munck, *Droit civil, les obligations*, Defrénois, 2004, § 757 ; A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 2007, § 292 ; B. Fauvarque-Cosson, « La réforme du droit français des contrats », *RDC* 2006, p. 147, et « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67 ; J. et Y. Flour, J. L. Aubert et E. Savaux, « *Les obligations. Tome 1, l'acte juridique* », Sirey, 2006, § 404 et s.

<sup>58</sup> Com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, *Bull.* 1992, IV, n° 338.

<sup>59</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 10 décembre 2003, pourvoi n° 02-14.990.

<sup>60</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-15.804, *Bull.* 2004, I, n° 86.

<sup>61</sup> Pour illustration, l'article 1152 du code civil, autorisant le juge à modifier le montant d'une clause pénale manifestement excessive ou dérisoire.

<sup>62</sup> Pour une analyse plus développée, note du SDE du 10 septembre 2009 : « Les prérogatives contractuelles et la substance des droits et obligations », par Mlle Brun.

On peut rappeler que certains auteurs<sup>63</sup> ont estimé qu'il fallait se garder de conférer au juge, sous prétexte de bonne foi, un pouvoir de révision contraire au principe de la force obligatoire du contrat, l'article 1134, alinéa premier, du code civil ne devant pas être emporté par son alinéa 3. Ils ont ainsi exprimé le souhait de « limiter l'application de cette notion aux prérogatives du créancier accessoires au droit de créance lui-même (tels la résolution, la résiliation, le non-renouvellement, l'agrément...), lequel ne devrait jamais être affecté par elle ».

D'autres auteurs<sup>64</sup> ont également considéré que le recours à l'idée de bonne foi pour paralyser l'exécution d'une stipulation contractuelle pouvait conduire à un résultat contraire à l'équité.

C'est dans ce sillage que la Cour de cassation a retenu que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties<sup>65</sup>.

La Cour de cassation oppose ainsi les prérogatives contractuelles, dont le juge peut sanctionner l'usage déloyal, à la substance des droits et obligations convenus entre les parties, qui constitue le « cœur » du contrat, intangible.

Les « prérogatives contractuelles » s'apparentent, selon la majorité des auteurs, à des clauses qui ne définissent pas les créances et les dettes que le contrat arrête initialement. Un auteur<sup>66</sup> définit en particulier les prérogatives contractuelles comme des accessoires de la créance, contribuant à définir les conditions de sa mise en œuvre ou de sa sanction, prérogatives entièrement tournées vers les intérêts d'une seule des deux parties, présentant ainsi un caractère unilatéral.

La doctrine classe dans la catégorie des clauses dont l'usage de mauvaise foi peut être sanctionné par le juge, au titre des prérogatives contractuelles (notamment) : la clause de révision unilatérale de prix<sup>67</sup>, les clauses de *hardship*<sup>68</sup>, les clauses qui allègent les obligations du débiteur, les clauses de garantie de passif, les clauses limitatives de réparation, les clauses résolutoires, les clauses d'agrément ou encore les clauses d'essai.

Il pourrait être tenu compte de cette distinction pour apprécier les conditions de mise en œuvre d'une clause qui imposerait, ou exclurait, toute renégociation des tarifs en considération des modifications affectant le montant des charges sociales sur la base desquelles les prix ont été négociés.

### 2.2.3. Au regard des règles régissant les relations commerciales

S'interroger sur l'étendue du pouvoir de négociation conduit à rappeler l'évolution de la réglementation sur les prix. La France a en effet connu un régime de contrôle des prix de 1945 à 1986, sous l'empire de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945. L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, en abrogeant cette ordonnance de 1945, a consacré, en son article premier, le principe de la liberté des prix.

L'article L. 441-6 du code de commerce rappelle à quelles conditions s'exerce cette liberté en prévoyant, notamment, que tout fournisseur ou prestataire de services est tenu de communiquer ses conditions générales de vente, lesquelles constituent « le socle de la négociation commerciale » et comprennent, entre autres, le barème des prix unitaires et les réductions de prix. L'article L. 441-7 du même code précise que les conditions de la vente (tels les tarifs) et les obligations destinées à favoriser la relation commerciale (telles les remises de fin d'année sur chiffre d'affaires) concourent à la détermination du prix convenu.

Si les modalités de fixation des prix sont, en principe, libres en matière de prestations de services<sup>69</sup> et tiennent compte des coûts supportés par le prestataire, on observe que les prix sont en réalité arrêtés au terme d'une négociation commerciale plus ou moins active selon l'importance du client, la nature du marché (monopolistique, oligopolistique, en fonction de la densité de la concurrence) et l'élasticité de la demande aux prix<sup>70</sup>.

Le secteur du travail temporaire semble pouvoir être qualifié d'oligopole au regard des éléments relevés par le Conseil de la concurrence. Ainsi, en 2005, les trois leaders mondiaux (Adecco/Manpower/Vedior) couvraient à eux seuls 70 % de l'activité en France et leur chiffre d'affaires se composait entre 50 et 60 % de « grands comptes », ce qui correspond aux entreprises d'envergure ayant recours de manière habituelle à l'intérim. Par ailleurs, il a été rappelé que l'élasticité de la demande à l'égard des bas salaires était plus importante que celle applicable aux emplois qualifiés<sup>71</sup>, ce qui justifiait la concentration des politiques d'allègements au niveau du SMIC.

<sup>63</sup> MM. Malaurie, Aynès et Stoffel Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n° 764.

<sup>64</sup> M. Bénabent, *Les obligations*, Domat Montchrestien, 2005, n° 382.

<sup>65</sup> Com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14.768, *Bull.* 2007, IV, n° 188. Cette analyse a été reprise par la deuxième chambre civile dans trois arrêts du 7 mai 2009, pourvois n° 08-17.325, n° 08-16.500 et n° 08-16.501, et la troisième chambre civile par arrêt du 9 décembre 2009, pourvoi n° 04-19.923, *Bull.* 2009, III, n° 275.

<sup>66</sup> D. Houtcieff, *JCP*, éd. G, n° 38, 19 septembre 2007, II, 10154.

<sup>67</sup> P. Stoffel Munck, *Dalloz* 2007, p. 2839, L. Aynès, *RDCO*, 1<sup>er</sup> octobre 2007, n° 4, p. 1107.

<sup>68</sup> D. Houtcieff, *JCP*, éd. G, n° 38, 19 septembre 2007, II, 10154.

<sup>69</sup> La prohibition de la vente à perte ne leur étant pas applicable, mais l'abus demeurant sanctionnable.

<sup>70</sup> Lorsque la demande est dite « inélastique », l'entreprise aura tendance à répercuter toutes ses charges sur ses prix sans restreindre sa marge (par exemple : l'augmentation d'une taxe sera intégralement transférée sur l'utilisateur, qui ne peut se reporter sur un autre bien ou service substituable), à l'inverse, lorsque la demande est dite « élastique », l'entreprise aura tendance à supporter tout ou partie de l'augmentation d'une taxe et à réduire sa marge (l'utilisateur disposant dans cette hypothèse de la possibilité de substituer le produit ou service taxé par un autre moins onéreux pour lui). La question s'est notamment posée en matière de TVA, tantôt lorsque son taux a été réduit (comme en matière de restauration) sans que cette baisse ne soit répercutée sur le consommateur final (les cartes des restaurants restant à des tarifs inchangés), tantôt lorsque son taux a été augmenté mais que le vendeur a choisi de ne pas répercuter cette hausse sur les prix annoncés aux clients.

<sup>71</sup> Plus de possibilités s'offrant aux entreprises pour substituer le capital (équipement) au travail peu qualifié.



C'est ce processus global de formation des prix qui conduit les ETT<sup>72</sup> à refuser toute rétrocession rétroactive du bénéfice des allègements de charges, tandis que les EU considèrent que la structure du marché conduit en réalité les ETT à conserver le bénéfice des allègements.

On peut également rappeler l'évolution de la jurisprudence<sup>73</sup> concernant la détermination du prix, en particulier dans les contrats de distribution. En effet, aux termes de l'article 1591 du code civil, le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

L'évolution de la jurisprudence concernant l'interprétation de ce texte a connu le même processus de libéralisation des échanges commerciaux.

Depuis 1995<sup>74</sup>, la Cour de cassation admet que le prix puisse résulter d'une clause faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes à intervenir. Elle a également retenu que ce texte imposait un prix déterminable<sup>75</sup>, sans nécessairement devoir être déterminé. Ainsi a-t-il été jugé que le prix puisse être lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties, ni d'accords ultérieurs entre eux<sup>76</sup>. En revanche, on observe que la Cour accorde au juge le pouvoir de sanctionner « l'abus dans la fixation du prix », soit par l'attribution de dommages-intérêts (ce qui pourrait produire les effets d'une réduction du prix), soit par la résiliation du contrat.

On remarquera que cette solution jurisprudentielle devrait être prochainement insérée par la loi dans le code civil (article 71, p. 18<sup>77</sup>, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, publié sur le site internet des *Echos* le 15 janvier 2014).

Le deuxième paramètre dont il doit être tenu compte pour appréhender le plein enjeu du litige, après la liberté des prix, concerne le principe de la libre négociation, lequel est protégé contre les entraves qui y seraient apportées.

Au travers d'une mesure de protection du marché, telle que celle fixée à l'article L. 420-1 du code de commerce, il est ainsi défendu aux ETT de s'entendre entre elles pour déterminer les éléments de fixation du prix qui devraient être librement négociés avec les EU.

Ainsi, l'article L. 420-1 du code de commerce rappelle que :

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à

[...]

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ».

Le droit des pratiques restrictives de concurrence, qui est né de la volonté d'instaurer des relations commerciales transparentes et loyales entre professionnels et de réprimer les pratiques révélatrices d'un rapport de force déséquilibré entre les partenaires commerciaux, s'inscrit également dans la problématique de la libre négociation.

Comme le relevait toutefois Mme le professeur Chagny à l'occasion des observations, en date du 4 avril 2008, de la Commission d'examen des pratiques commerciales, développées à la suite du rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente remis le 12 février 2008 par le groupe de travail présidé par Mme la présidente Hagelsteen, « Le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente (remis) préconise la levée ciblée des obstacles à une négociabilité accrue des conditions commerciales ».

La limitation du pouvoir de négociation reste ainsi une exception<sup>78</sup>, les restrictions apportées à la négociation contractuelle apparaissant davantage *a posteriori*, en présence d'abus<sup>79</sup> ou en l'absence de liberté contractuelle effective.

Ainsi, l'article L. 442-5 du code de commerce sanctionne-t-il « le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale » (amende de 15 000 €)<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> La société Manpower, analysant les enjeux économiques de la question posée, estime qu'une telle solution bouleverserait l'équilibre économique des contrats conclus. Elle observe que la marge des ETT est l'une des plus faibles dans le domaine des services aux entreprises, selon les données fournies par l'INSEE, et n'a pas dépassé 1 % en 2011 et 2012. La société Randstad a également la même analyse (note RBB economics précitée).

<sup>73</sup> Note de Mme Torre, SDER, bureau des contentieux, chambre commerciale, du 27 janvier 2014, « La révision judiciaire du contrat pour imprévision ou l'admission de la théorie de l'imprévision : bilan de la jurisprudence », pages 18 et suivantes.

<sup>74</sup> Assemblée plénière, 1<sup>er</sup> décembre 1995, pourvoi n° 91-15.578 et 91-15.999, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 7 (rejet) (deux arrêts), assemblée plénière, 1<sup>er</sup> décembre 1995, pourvoi n° 91-19.653, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 8 (cassation), assemblée plénière, 1<sup>er</sup> décembre 1995, pourvoi n° 93-13.688, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 9 (rejet).

<sup>75</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-14.357, *Bull.* 2007, III, n° 159.

<sup>76</sup> Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 07-18.907, *Bull.* 2009, IV, n° 48.

<sup>77</sup> Article 71, p. 18 : « Dans les contrats-cadre ou les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation. **En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix, en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages-intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat.** »

<sup>78</sup> Ainsi, la prohibition de la revente à perte (prévue à l'article L. 442-2 du code de commerce) ne s'applique pas aux prestations de services.

<sup>79</sup> Abus de position dominante, prévu à l'article L. 420-2 du code de commerce, notamment pour soumettre un partenaire à des conditions commerciales injustifiées.

<sup>80</sup> Des dérogations ont pu être apportées à cette interdiction pour soutenir certains secteurs d'activité, comme celui du livre (loi n° 81-766 du 10 août 1981), mais elles restent exceptionnelles.

L'article L. 442-6<sup>81</sup> du même code interdit également à tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

« [...] »

2° *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;*

[...]

4° *D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ».*

Ce même texte précise par ailleurs que :

« II. - *Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers la possibilité :*

a) *De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ».*

L'article L. 441-3 du même code précise par ailleurs que les factures doivent notamment mentionner toute réduction de prix acquise<sup>82</sup> à la date de la prestation de services et directement liée à cette opération de prestation de services.

Le rappel de ces différentes données permet d'appréhender les éventuelles interférences entre les réponses préconisées par les différents intervenants et les règles et principes, d'ordre plus général, actuellement en vigueur.

C'est ainsi à la lumière de l'ensemble de ces éléments, et sans méconnaître les enjeux économiques qu'impliquent les demandes d'avis qui lui ont été adressées, que la Cour de cassation devra se prononcer, afin de définir qui, de l'EU ou de l'ETT, peut prétendre au bénéfice final des allègements de charges sociales.

### III. - Annexes

L'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale

Dans sa version en vigueur du 24 décembre 2000 au 18 janvier 2003, période correspondant aux débuts des relations commerciales entre les parties en litige :

« *Les cotisations à la charge de l'employeur au titre des assurances sociales, des accidents du travail et des maladies professionnelles et des allocations familiales, qui sont assises sur des gains et rémunérations tels que définis à l'article L. 242-1, versés au cours d'un mois civil et inférieurs à un plafond fixé à 169 fois le salaire minimum de croissance majoré de 30 %, font l'objet d'une réduction.*

*Le montant de la réduction, qui ne peut excéder une limite fixée par décret, est égal à la différence entre le plafond défini ci-dessus et le montant des gains et rémunérations effectivement versés au salarié, multipliée par un coefficient fixé par décret. Lorsque le nombre d'heures rémunérées est inférieur à la durée légale ou conventionnelle du travail applicable sur un mois civil, le montant de la réduction est calculé au prorata du nombre d'heures rémunérées au cours du mois considéré.*

*Le plafond et le coefficient afférents aux gains et rémunérations égaux ou supérieurs à 169 fois le salaire minimum de croissance peuvent être adaptés pour certaines catégories de salariés relevant de professions soumises à des dispositions spécifiques en matière de durée maximale du travail, sous réserve du respect de ces dispositions, dans des conditions et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.*

*Dans les professions dans lesquelles le paiement des congés des salariés et des charges sur les indemnités de congés est mutualisé entre les employeurs affiliés aux caisses de compensation prévues à l'article L. 223-16 du code du travail, les modalités selon lesquelles les employeurs régulièrement affiliés à ces caisses peuvent bénéficier de la réduction visée au premier alinéa au titre de ces indemnités sont déterminées, compte tenu des adaptations nécessaires, par décret en Conseil d'État. La réduction prévue au présent article doit s'entendre comme n'étant pas applicable aux cotisations dues au titre de ces indemnités par lesdites caisses de compensation ».*

Dans sa version actuelle, le texte prévoit que :

« I. - *Les cotisations à la charge de l'employeur au titre des assurances sociales et des allocations familiales qui sont assises sur les gains et rémunérations inférieurs au salaire minimum de croissance majoré de 60 % font l'objet d'une réduction dégressive.*

II. - *Cette réduction est appliquée aux gains et rémunérations versés aux salariés au titre desquels l'employeur est soumis à l'obligation édictée par l'article L. 5422-13 du code du travail et aux salariés mentionnés au 3° de l'article L. 5424-1 du même code, à l'exception des gains et rémunérations versés par les particuliers employeurs.*

<sup>81</sup> La jurisprudence a encore peu appliqué le texte (qui n'est applicable que depuis le 6 août 2008), on peut néanmoins citer quelques exemples de décisions rendues par les juges du fond :

- le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties doit s'apprécier dans la formation et l'exécution des relations contractuelles entre les parties au contrat, et non (...) dans la comparaison des conditions commerciales et tarifaires consenties par le cocontractant mis en cause à des tiers concurrents de celui qui invoque à son profit le bénéfice de l'article L. 442 6, I, 2°, du code de commerce (Versailles, 27 octobre 2011, RG n° 10-05259) ;

- la clause contractuelle qui crée une distorsion dans les conditions de révision du tarif, comme celle qui impose uniformément un taux de service élevé, violent les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce (TC Lille, 7 septembre 2011, RG n° 2009-05105 - ce jugement a été frappé d'appel).

<sup>82</sup> Les ristournes de fin d'année dont le bénéfice n'est acquis qu'après réalisation de certains seuils de chiffre d'affaires ne relèvent pas de cette catégorie (Crim., 12 juin 1997, pourvoi n° 96-80.839, *Bull. crim.* 1997, n° 235).

Cette réduction n'est pas applicable aux gains et rémunérations versés par les employeurs relevant des dispositions du titre premier du livre VII du présent code, à l'exception des employeurs relevant des régimes spéciaux de sécurité sociale des marins, des mines et des clercs et employés de notaires.

III. - Le montant de la réduction est calculé chaque année civile, pour chaque salarié, selon des modalités fixées par décret. Il est égal au produit de la rémunération annuelle, telle que définie à l'article L. 242-1 par un coefficient. Ce coefficient est déterminé par application d'une formule fixée par décret. Il est fonction du rapport entre la rémunération annuelle du salarié telle que définie à l'article L. 242-1, hors rémunération des temps de pause, d'habillage et de déshabillage versée en application d'une convention ou d'un accord collectif étendu en vigueur au 11 octobre 2007 et le salaire minimum de croissance calculé pour un an sur la base de la durée légale du travail augmentée, le cas échéant, du nombre d'heures complémentaires ou supplémentaires, sans prise en compte des majorations auxquelles elles donnent lieu. Lorsque le salarié est soumis à un régime d'heures d'équivalences payées à un taux majoré en application d'une convention ou d'un accord collectif étendu en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2010, la majoration salariale correspondante est également déduite de la rémunération annuelle du salarié dans la limite d'un taux de 25 %. Pour les salariés qui ne sont pas employés à temps plein ou qui ne sont pas employés sur toute l'année, le salaire minimum de croissance pris en compte est celui qui correspond à la durée de travail prévue au contrat.

Le décret prévu à l'alinéa précédent précise les modalités de calcul de la réduction dans le cas des salariés dont le contrat de travail est suspendu avec maintien de tout ou partie de la rémunération.

La valeur du coefficient décroît en fonction du rapport mentionné au premier alinéa du présent III et devient nulle lorsque ce rapport est égal à 1,6.

La valeur maximale du coefficient est égale à 0,281 dans les cas suivants :

1° Pour les gains et rémunérations versés par les employeurs de moins de vingt salariés ;

2° Pour les gains et rémunérations versés par les groupements d'employeurs visés aux articles L. 1253-1 et L. 1253-2 du code du travail pour les salariés mis à la disposition, pour plus de la moitié du temps de travail effectué sur l'année, des membres de ces groupements qui ont un effectif de moins de vingt salariés.

Elle est fixée par décret à 0,26 pour les autres employeurs.

IV. - Pour les salariés pour lesquels l'employeur est tenu à l'obligation d'indemnisation compensatrice de congé payé prévue à l'article L. 1251-19 du code du travail<sup>83</sup> et dans les professions dans lesquelles le paiement des congés des salariés et des charges sur les indemnités de congés est mutualisé entre les employeurs affiliés aux caisses de compensation prévues à l'article L. 3141-30 du code du travail, le montant de la réduction déterminée selon les modalités prévues au III est majoré d'un taux fixé par décret. La réduction prévue au présent article n'est pas applicable aux cotisations dues au titre de ces indemnités par lesdites caisses de compensation.

V. - Les modalités selon lesquelles les cotisations dues au titre des rémunérations versées au cours d'un mois civil tiennent compte de cette réduction ainsi que les modalités de régularisation du différentiel éventuel entre la somme des montants de la réduction appliquée au cours de l'année et le montant calculé pour l'année sont précisées par décret.

VI. - Le bénéfice des dispositions du présent article est cumulable avec les déductions forfaitaires prévues à l'article L. 241-18 et avec l'exonération prévue à l'article L. 741-15-1 du code rural et de la pêche maritime.

Le bénéfice des dispositions du présent article ne peut être cumulé, à l'exception du cas prévu à l'alinéa précédent, avec celui d'une autre exonération totale ou partielle de cotisations patronales ou l'application de taux spécifiques, d'assiettes ou de montants forfaitaires de cotisations.

VI. - L'employeur doit tenir à disposition des organismes de recouvrement des cotisations un document en vue du contrôle du respect des dispositions du présent article. Le contenu et la forme de ce document sont précisés par décret.

VII. - Lorsque l'employeur n'a pas rempli au cours d'une année civile l'obligation définie au 1° de l'article L. 2242-8 du code du travail dans les conditions prévues aux articles L. 2242-1 à L. 2242-4 du même code, le montant de la réduction est diminué de 10 % au titre des rémunérations versées cette même année. Il est diminué de 100 % lorsque l'employeur ne remplit pas cette obligation pour la troisième année consécutive.

VIII. - Le montant de la réduction est imputé sur les cotisations de sécurité sociale mentionnées au I dans des conditions définies par arrêté ».

L'article L. 241-15 du code de la sécurité sociale (créé par la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005) :

« Pour la mise en œuvre des mesures d'exonération ou de réduction de cotisations de sécurité sociale prévues par le présent code ou par toute autre disposition législative ou réglementaire, l'assiette de calcul s'entend des heures rémunérées quelle qu'en soit la nature ».

- l'article 12 de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 a modifié cet article L. 241-13 en ajoutant, notamment, au début de la première phrase du IV, les mots : « Pour les salariés pour lesquels l'employeur est tenu à l'obligation d'indemnisation compensatrice de congé payé prévue à l'article L. 1251-19 du code du travail et » ;

- l'article 16 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012 a pour sa part modifié la quatrième phrase du premier alinéa du III de cet article :

<sup>83</sup> L'article L. 1251-19 du code du travail concerne l'indemnité compensatrice de congé payé versée au salarié temporaire pour chaque mission qu'il effectue, quelle qu'en ait été la durée.

1° Les mots : « hors rémunération des heures complémentaires et supplémentaires dans la limite, en ce qui concerne la majoration salariale correspondante, des taux de 25 % ou 50 %, selon le cas, prévus au I de l'article L. 3121-22 du code du travail et à l'article L. 713-6 du code rural et de la pêche maritime et » sont supprimés ;

2° Sont ajoutés les mots : « augmentée, le cas échéant, du nombre d'heures complémentaires ou supplémentaires, sans prise en compte des majorations auxquelles elles donnent lieu ».

#### **L'article D. 241-7 du code de la sécurité sociale**

Dans sa version en vigueur du 3 janvier 1998 au 12 juin 2003, applicable à la date du début des relations commerciales entre les parties, l'article était ainsi rédigé :

« La réduction prévue à l'article L. 241-13 est égale à la différence entre le plafond mentionné au premier alinéa de cet article et le montant des gains et rémunérations tels que définis à l'article L. 242-1 versés au salarié au cours d'un mois civil multipliée par un coefficient égal à 0,607 lorsque ce montant est égal ou supérieur à 169 fois le salaire minimum de croissance et à ce montant multiplié par un coefficient égal à 0,182 lorsqu'il est inférieur à 169 fois le salaire minimum de croissance.

Pour l'application de l'article L. 241-13, est prise en compte la valeur la plus élevée du salaire minimum de croissance en vigueur au cours de la période d'emploi rémunérée ».

Dans sa version actuelle, résultant du décret n° 2012-1074 du 21 septembre 2012 :

« I. - Le coefficient mentionné au III de l'article L. 241-13 est déterminé par application de la formule suivante :

$$\text{Coefficient} = (0,26/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an/rémunération annuelle brute}-1).$$

Pour les employeurs de moins de vingt salariés mentionnés au quatrième alinéa du III de l'article L. 241-13, le coefficient fixé au premier alinéa est déterminé par application de la formule suivante :

$$\text{Coefficient} = (0,281/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an/rémunération annuelle brute}-1).$$

Le résultat obtenu par application de l'une ou l'autre de ces formules est arrondi à quatre décimales, au dix millième le plus proche. Pour les entreprises de moins de vingt salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,2810 s'il est supérieur à 0,2810. Pour les entreprises d'au moins vingt salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,2600 s'il est supérieur à 0,2600.

Le montant de la rémunération annuelle brute à prendre en compte est défini selon les modalités prévues au III de l'article L. 241-13.

Sous réserve des dispositions prévues par les alinéas suivants, le montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte est égal à 1 820 fois le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail ou à la somme de douze fractions identiques correspondant à sa valeur multipliée par les 52/12 de la durée légale hebdomadaire.

Pour les salariés travaillant à temps partiel ou dont la rémunération contractuelle n'est pas fixée sur la base de la durée légale ainsi que pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 du code du travail, le montant du salaire minimum de croissance ainsi déterminé est corrigé à proportion de la durée de travail ou de la durée équivalente au sens de l'article L. 3121-9 du code du travail ou de l'article L. 713-5 du code rural et de la pêche maritime, hors heures supplémentaires au sens de l'article L. 241-18 du code de la sécurité sociale et complémentaires au sens des articles L. 3123-17 et L. 3123-18 du code du travail, inscrite à leur contrat de travail au titre de la période où ils sont présents dans l'entreprise et rapportée à celle correspondant à la durée légale du travail.

En cas de suspension du contrat de travail avec paiement intégral de la rémunération brute du salarié, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où le contrat est suspendu est prise en compte pour sa valeur déterminée dans les conditions ci-dessus.

Pour les salariés entrant dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné qui ne sont pas présents toute l'année ou dont le contrat de travail est suspendu sans paiement de la rémunération ou avec paiement partiel de celle-ci, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où a lieu l'absence est corrigée selon le rapport entre la rémunération versée et celle qui aurait été versée si le salarié avait été présent tout le mois, hors éléments de rémunération qui ne sont pas affectés par l'absence. Le salaire minimum de croissance est corrigé selon les mêmes modalités pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné dont le contrat de travail est suspendu avec paiement partiel de la rémunération.

Le cas échéant, le montant du salaire minimum de croissance à prendre en compte est majoré du produit du nombre d'heures supplémentaires au sens de l'article L. 241-18 du code de la sécurité sociale et complémentaires au sens des articles L. 3123-17 et L. 3123-18 du code du travail rémunérées au cours de l'année par le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail.

Si un des paramètres de détermination du montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte évolue en cours d'année, sa valeur annuelle est égale à la somme des valeurs déterminées par application des règles précédentes pour les périodes antérieure et postérieure à l'évolution.

II. - Pour les salariés en contrat de travail temporaire mis à disposition au cours d'une année auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque mission.

[...] ».

Dans sa version en vigueur du 8 mai 2010 au 1<sup>er</sup> janvier 2011 (tel que modifié par ordonnance n° 2010-462 du 6 mai 2010), le point II est ainsi rédigé :

« II. - Pour les salariés d'une entreprise de travail temporaire mis à disposition au cours d'un mois civil auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le montant mensuel de la réduction est la somme des réductions appliquées à la rémunération brute versée au salarié au titre de chaque mission effectuée au cours de ce mois. Le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque mission ».

Le décret n° 2010-1779 du 31 décembre 2010 (JO du 1<sup>er</sup> janvier 2011) modifie la formule de calcul mentionné à l'article L. 241-13 précité pour tenir compte de l'annualisation des paramètres pris en compte pour la détermination de la réduction dont bénéficie l'employeur.

Décret n° 2010-1779 du 31 décembre 2010 relatif aux modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale et pris pour l'application de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale.

Public concerné : employeurs du secteur privé, des entreprises nationales, sociétés d'économie mixte, établissements publics industriels et commerciaux ainsi que ceux relevant de certains régimes spéciaux de sécurité sociale (marins, mines, Clercs et employés de notaires) pour leurs salariés au titre desquels ils doivent cotiser à l'assurance chômage.

Objet : modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale.

Entrée en vigueur : le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

Notice : le présent décret explicite les modalités d'application de la réduction générale de cotisations sociales patronales qui s'opère sur une base annuelle et non plus mensuelle, conformément aux dispositions de l'article 12 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011.

Ce texte modifie la formule de calcul pour tenir compte de l'annualisation des paramètres pris en compte pour la détermination de la réduction dont bénéficie l'employeur (article D. 241-7 du code de la sécurité sociale), et précise les modalités d'application de cette réduction aux cotisations dues au titre de chaque mois par anticipation ainsi que les modalités de régularisation du différentiel de réduction entre le calcul appliqué chaque mois par anticipation et le résultat du calcul annualisé (articles D. 241-8 et D. 241-9 du même code).

Il adapte, par ailleurs, les dispositions relatives à la majoration de la réduction dont bénéficient les employeurs ayant recours, pour le paiement des congés payés, à une caisse de compensation afin d'y inclure, conformément aux dispositions législatives, les entreprises de travail temporaire (article D. 241-10). Il modifie celles relatives aux documents mensuels de contrôle que doivent tenir les employeurs, rendues caducs du fait de l'annualisation du calcul (article D. 241-13).

L'article 2 adapte enfin les dispositions du code rural et de la pêche maritime relatives aux exonérations dont bénéficient les employeurs de travailleurs occasionnels agricoles pour les harmoniser aux nouvelles modalités de détermination des paramètres mensuels de calcul par anticipation de la réduction générale.

#### Article premier

Le code de la sécurité sociale est ainsi modifié :

1° L'article D.241-7 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Article D. 241-7. I. - Le coefficient mentionné au III de l'article L. 241-13 est déterminé par application de la formule suivante :

$$\text{Coefficient} = (0,26/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an} / \text{rémunération annuelle brute } 1).$$

Pour les employeurs de un à dix-neuf salariés mentionnés au quatrième alinéa du III de l'article L. 241-13, le coefficient fixé au premier alinéa est déterminé par application de la formule suivante :

$$\text{Coefficient} = (0,281/0,6) \times (1,6 \times \text{SMIC calculé pour un an} / \text{rémunération annuelle brute } 1).$$

Le résultat obtenu par application de l'une ou l'autre de ces formules est arrondi à quatre décimales, au dix millième le plus proche. Pour les entreprises de un à dix-neuf salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,2810 s'il est supérieur à 0,2810. Pour les entreprises de plus de dix-neuf salariés, il est pris en compte pour une valeur égale à 0,2600 s'il est supérieur à 0,2600.

Le montant de la rémunération annuelle brute à prendre en compte est défini selon les modalités prévues au III de l'article L. 241-13.

Sous réserve des dispositions prévues par les aliéas suivants, le montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte est égal à 1 820 fois le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail ou à la somme de douze fractions identiques correspondant à sa valeur multipliée par les 52/12 de la durée légale hebdomadaire.

Pour les salariés travaillant à temps partiel ou dont la rémunération contractuelle n'est pas fixée sur la base de la durée légale ainsi que pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 du code du travail, le montant du salaire minimum de croissance ainsi déterminé est corrigé à proportion de la durée de travail ou de la durée équivalente au sens de l'article L. 3121-9 du code du travail ou de l'article L. 713-5 du code rural et de la pêche maritime, hors heures supplémentaires et complémentaires au sens de l'article 81 quater du code général des impôts, inscrite à leur contrat de travail au titre de la période où ils sont présents dans l'entreprise et rapportée à celle correspondant à la durée légale du travail.

En cas de suspension du contrat de travail avec paiement intégral de la rémunération brute du salarié, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où le contrat est suspendu est prise en compte pour sa valeur déterminée dans les conditions ci-dessus.

*Pour les salariés entrant dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné qui ne sont pas présents toute l'année ou dont le contrat de travail est suspendu sans paiement de la rémunération ou avec paiement partiel de celle-ci, la fraction du montant du salaire minimum de croissance correspondant au mois où a lieu l'absence est corrigée selon le rapport entre la rémunération versée et celle qui aurait été versée si le salarié avait été présent tout le mois, hors éléments de rémunération qui ne sont pas affectés par l'absence. Le salaire minimum de croissance est corrigé selon les mêmes modalités pour les salariés n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 3242-1 susmentionné dont le contrat de travail est suspendu avec paiement partiel de la rémunération.*

*Si un des paramètres de détermination du montant annuel du salaire minimum de croissance à prendre en compte évolue en cours d'année, sa valeur annuelle est égale à la somme des valeurs déterminées par application des règles précédentes pour les périodes antérieure et postérieure à l'évolution.*

*II. - Pour les salariés en contrat de travail temporaire mis à disposition au cours d'une année auprès de plusieurs entreprises utilisatrices, le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque mission.*

*Pour les salariés en contrat à durée déterminée auprès d'un même employeur, le coefficient mentionné au I est déterminé pour chaque contrat.*

*III. - Pour l'application du cinquième alinéa du III de l'article L. 241-13, le temps de travail effectué sur l'année auprès des membres de ces groupements qui ont un effectif de dix-neuf salariés au plus s'apprécie en fonction du rapport entre la durée du travail auprès de ces membres inscrite à leur contrat ou à leur convention de mise à disposition et la durée totale du travail effectuée sur l'année ».*

2° Après l'article D. 241-7, les articles D. 241-8 et D. 241-9 sont rétablis et ainsi rédigés :

*« Article D. 241-8. - Le montant de la réduction prévue à l'article L. 241-13 appliquée par anticipation aux cotisations dues au titre des rémunérations versées au cours d'un mois civil est égal au produit de la rémunération mensuelle par le coefficient mentionné au I de l'article D. 241-7 calculé selon les modalités prévues au même article, à l'exception du montant du salaire minimum de croissance et de la rémunération qui sont pris en compte pour un mois.*

*Article D. 241-9. - Les cotisations dues au titre du dernier mois ou du dernier trimestre de l'année tiennent compte, le cas échéant, de la régularisation du différentiel entre la somme des montants de la réduction mentionnée à l'article L. 241-13 appliquée par anticipation pour les mois précédents de l'année et le montant de cette réduction calculée pour l'année. En cas de cessation du contrat de travail en cours d'année, la régularisation s'opère sur les cotisations dues au titre du dernier mois ou trimestre d'emploi.*

*Une régularisation progressive des cotisations peut être opérée en cours d'année, d'un versement à l'autre, en faisant masse, à chaque échéance, des éléments nécessaires au calcul de la réduction sur la période écoulée depuis le premier jour de l'année ou à dater de l'embauche si elle est postérieure ».*

3° L'article D. 241-10 est remplacé par les dispositions suivantes :

*« Article D. 241-10. - Le taux mentionné au IV de l'article L. 241-13 est fixé à 10 % ».*

4° À l'article D. 241-13, la référence « L. 241-13, » est supprimée et les mots : « , le coefficient issu de l'application de la formule de calcul prévue à l'article D. 241-7 et, le cas échéant, » sont remplacés par le mot : « et ».

[...] ».

Le décret n° 2011-2086 du 30 décembre 2011 modifie le calcul de cette réduction de cotisations patronales afin d'y introduire les rémunérations afférentes aux heures supplémentaires et complémentaires pour l'appréciation du niveau de rémunération du salarié par rapport au SMIC.

Décret n° 2011-2086 du 30 décembre 2011 portant adaptation des modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale.

NOR : BCRS1135130D

Publics concernés : employeurs du secteur privé et des entreprises nationales, sociétés d'économie mixte, établissements publics industriels et commerciaux ainsi que ceux relevant de certains régimes spéciaux de sécurité sociale (marins, mines, clercs et employés de notaires) pour les salariés au titre desquels ils doivent cotiser à l'assurance chômage.

Objet : modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale.

Entrée en vigueur : le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

Notice : le décret modifie les modalités d'application de la réduction générale de cotisations sociales patronales compte tenu des modifications introduites par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012. En effet, cette loi a modifié le calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale afin d'y introduire les rémunérations afférentes aux heures supplémentaires et complémentaires pour l'appréciation du niveau de rémunération du salarié par rapport au SMIC. Le décret précise en conséquence que le coefficient de réduction est calculé en fonction du rapport entre la rémunération annuelle brute et le SMIC calculé pour un an sur la base de la durée légale du travail majorée, le cas échéant, du volume d'heures supplémentaires réalisé dans l'année.

Références : les dispositions du code de la sécurité sociale modifiées par le présent décret peuvent être consultées, dans leur rédaction résultant de cette modification, sur le site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Le présent décret est pris pour l'application de l'article 16 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012.

Article premier

« Le code de la sécurité sociale est ainsi modifié :

1° Après le dixième alinéa de l'article D. 241-7, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Le cas échéant, le montant du salaire minimum de croissance à prendre en compte est majoré du produit du nombre d'heures supplémentaires ou complémentaires au sens de l'article 81 *quater* du code général des impôts rémunérées au cours de l'année par le salaire minimum de croissance prévu par l'article L. 3231-2 du code du travail » ;

2° L'article D. 241-11 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est supprimé ;

b) Au deuxième alinéa, les mots : « , dont le bénéfice est le cas échéant cumulé avec l'autre mesure d'allégement mentionnée à l'alinéa précédent », sont supprimés et les mots : « du mois » sont remplacés par les mots : « de l'année, majoré du taux prévu à l'article D. 241-10 pour les salariés mentionnés au IV de l'article L. 241-13 » ;

3° L'article D. 241-14 est abrogé ».

## Article 2

« Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 ».

# Observations de Mme de Beaupuis

## Avocat général

Dans deux procédures opposant la SA LISI et autres, dans l'une, à la SAS Manpower et, dans l'autre, à la SA Randstad, le tribunal de commerce de Paris a rendu, le 22 novembre 2013, une même décision sollicitant l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

Ces demandes, en raison de leur connexité, feront l'objet d'un examen conjoint.

Le tribunal de commerce de Paris sollicite ainsi l'avis de la Cour de cassation :

« En application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de commerce de Paris souhaite recueillir l'avis de la Cour de cassation sur la question de droit nouvelle posée par la situation des employeurs d'employés intérimaires au regard des dispositifs d'allègement de charges sur les bas salaires selon les dispositions de la loi Fillon n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et sans que cette liste soit limitative de :

- l'article 12 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 ;
- le décret n° 2010-1779 du 31 décembre 2010 (JO, 1<sup>er</sup> janvier 2011) ;
- la circulaire DSS/SD5B/SG/SAFSUSDTPS n° 2011-34 du 27 janvier 2011 ;
- l'article 16 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 ;
- le décret n° 2011-2086 du 30 décembre 2011 ;
- les articles L. 241-13 et L. 241-15 du code de la sécurité sociale ;
- l'article L. 241-7 et suivant du code de la sécurité sociale.

Le statut d'employés intérimaires emporte l'appartenance à deux employeurs : le premier, l'entreprise utilisatrice (EU), au sein de laquelle est effectuée la mission, et le second, l'entreprise de travail temporaire (ETT), employeur de droit qui assure la gestion comptable, administrative et sociale du contrat de travail signé avec les employés.

Ce double statut amène le tribunal de commerce de Paris de soumettre à la Cour de cassation la question de droit suivante, non résolue à sa connaissance :

**Le bénéfice des allègements de charges sociales peut-il revenir indifféremment à EU ou à ETT, dans le cadre de la libre négociation contractuelle, position soutenue par les ETT, ou doit-il nécessairement profiter à l'EU, position défendue par ces dernières ? »**

### Faits et procédure

La loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, dite « loi Fillon », accorde à tout employeur cotisant au risque chômage un allègement de charges patronales de sécurité sociale, calculé, pour chaque salarié, sur les bas et moyens salaires versés à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2003, dit « allègements Fillon ».

Cette réduction vise à réduire le coût du travail et à favoriser ainsi l'embauche de salariés. Elle est applicable aux entreprises de travail temporaire.

Le groupe LISI, spécialisé dans la fabrication de fixations et de composants d'assemblage pour les industries automobile et aérospatiale, et la fabrication d'implants médicaux et d'ancillaires, consacre au travail temporaire un budget de plusieurs millions d'euros par an. LISI a conclu, depuis l'entrée en vigueur de la loi Fillon, une succession d'accords-cadres, dont les derniers datent de mars 2011, avec Randstad et Manpower, deux leaders de ce secteur bénéficiant de ces allègements de charges.

Aucun de ces contrats conclus entre ETT et EU ne contenait de clause de rétrocession d'allègements de charges sociales en faveur de l'EU LISI.

Par une décision du 2 février 2009, le Conseil de la concurrence a sanctionné les trois principales entreprises de travail temporaire en France (Adecco, Manpower et Vedior *bis*, devenue Randstad) pour avoir enfreint l'article L. 420-1 du code de commerce par des pratiques concertées entre mars 2003 et novembre 2004. Parmi les informations échangées ponctuellement par les ETT, figurait le « niveau de rétrocession des allègements Fillon », que le Conseil a considéré comme l'un « des éléments concourant à la formation des prix ».

Par arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, devenu définitif depuis le rejet le 29 mars 2011 du pourvoi en cassation, l'intégralité du dispositif de la décision du Conseil de la concurrence a été confirmée.

Dès lors, LISI adressait à Manpower et à Randstad, le 26 avril 2012, une demande portant sur la rétrocession intégrale des allègements Fillon dont elle estime avoir été privée et la réparation du préjudice dont elle s'estime victime du fait de l'entente anticoncurrentielle à laquelle Manpower et Randstad ont participé depuis l'entrée en vigueur de la « loi Fillon », soit depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2003.

LISI s'appuyait sur un « *obiter dictum* » de la cour d'appel qui, dans une remarque incidente, avait laissé entendre que les entreprises de travail temporaire (ETT) auraient une obligation de « rétrocéder » les allègements Fillon aux entreprises utilisatrices (EU) : « Au regard de l'organisation précédemment exposée des relations entre salariés, ETT et EU, telle qu'elle résulte notamment du code du travail, cette rétrocession ne relève pas, comme le soutiennent les sociétés Manpower et Randstad, de la liberté contractuelle des ETT, alors que les négociations entre EU et ETT se limitent à la rémunération du service fourni par ces dernières ».

Ni Randstad ni Manpower n'ayant donné suite à ces demandes, LISI les a assignées devant le tribunal de Commerce de Paris aux mêmes fins, et, à titre subsidiaire, a demandé que soit sollicité l'avis de la Cour de cassation sur le principe d'une rétrocession par les ETT des « allègements Fillon » aux EU.



## **La régularité de la demande d'avis**

S'agissant des conditions de forme, celles-ci sont fixées par les articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile.

Conformément au premier alinéa de l'article 1031-1, le tribunal, dans son jugement du 20 septembre 2013, a avisé les parties et le ministère public qu'il envisageait de saisir pour avis la Cour de cassation et les a invités à formuler des observations écrites éventuelles.

Le ministère public a fait part de celles-ci le 23 octobre 2013, indiquant qu'il s'agissait d'une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse se posant dans deux litiges et susceptible de se poser dans d'autres litiges.

Le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Paris ont été informés de la saisine de la Cour de cassation pour avis.

La procédure apparaît donc régulière en la forme.

## **Les conditions de fond**

Selon l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, une juridiction de l'ordre judiciaire peut solliciter l'avis de la Cour de cassation à la condition que la question porte sur une question de droit, qu'elle soit nouvelle, qu'elle se pose dans de nombreux litiges et qu'elle présente une difficulté sérieuse.

### **La question de droit est-elle nouvelle ?**

Aux EU, qui prétendent à la rétrocession *in fine* des réductions de charge dont les ETT bénéficient en leur qualité d'employeur des salariés intérimaires, ces dernières opposent qu'aucun texte ne déroge au principe selon lequel les réductions de charge Fillon bénéficient à l'employeur des salariés à bas salaires, ni n'impose la répercussion des réductions de charge au profit des EU.

Le tribunal de commerce a introduit sa question par une liste « non exhaustive » de textes de nature législative et réglementaire relatifs aux « allègements Fillon », sur la signification desquels l'avis est sollicité.

Il s'agit bien d'une question de pur droit.

À notre connaissance, aucun pourvoi n'a été à ce jour déposé sur ce sujet précis, ni de demande d'avis.

La question peut-elle être considérée comme nouvelle, alors que la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, dite « loi Fillon », est en vigueur depuis plus de dix ans et que près de vingt ans se sont écoulés depuis l'instauration des premiers allègements de charge sur les bas salaires, sans que le point de droit en débat ait suscité le moindre contentieux ?

Le litige est en effet né de « *l'obiter dictum* » de l'arrêt d'appel précité, qui a suscité une interprétation divergente des textes par les parties. Une erreur d'analyse au détour d'un seul arrêt ne suffit pas à créer la nouveauté d'un texte, et le fait qu'elle ait suscité de nombreuses actions en justice ne crée pas un environnement juridique nouveau appelant à une autre compréhension des textes.

Il convient sur ce point de rappeler que le législateur, soucieux de remédier à un afflux et à des contradictions de contentieux, n'était pas en faveur d'une saisine trop restrictive. Cet avis est partagé par une partie de la doctrine au nom d'un certain risque de contradiction entre l'exigence de nouveauté, qui peut n'avoir encore donné lieu qu'à très peu d'espèces, et la condition liée au nombre.

Aussi, la question se posant déjà dans de très nombreux litiges, la demande devrait être reconnue à cet égard recevable.

### **La présente question se pose d'ores et déjà dans de nombreux litiges**

Dans ses demandes d'avis, le tribunal de commerce fait état de ce que, « *au travers des nombreuses affaires pendantes devant le tribunal de commerce de Paris, l'enjeu porte sur plus d'une centaine de millions d'euros, qui, selon la réponse apportée par la Cour, seront conservés par les ETT, ou devront être restitués aux EU* ».

La société Randstad indique dans son mémoire qu'elle est actuellement défenderesse dans plus de trente actions en justice devant cinq juridictions, dont le tribunal de commerce de Paris. Les parties, dans leur mémoire, soulignent que la question de l'obligation ou non pour les ETT de reverser les « allègements Fillon » aux UE concerne potentiellement un très grand nombre d'entreprises en France.

À titre indicatif, en 2012, 525 058 intérimaires en équivalent temps plein, soit 3 % de l'emploi salarié, ont été employés par les 1 500 entreprises de travail temporaire, réparties en 6 908 agences. Celles-ci emploient également des salariés permanents, représentant un total de 20 000 salariés.

L'avis de la Cour de cassation sur la question de droit soulevée par le présent litige est donc susceptible d'influer sur l'avenir des nombreux salariés intérimaires et permanents employés par les ETT, et, au-delà, sur toutes les entreprises en France ayant recours à des salariés intérimaires.

### **La question présente-t-elle une difficulté sérieuse ?**

La perplexité du tribunal trouve sa source dans l'arrêt du 26 janvier 2010 de la cour d'appel de Paris, qui a inséré dans sa décision une considération sur les « allègements Fillon » qui ne se rapportait pourtant pas directement à la solution du litige dont elle était saisie :

« Au regard de l'organisation précédemment exposée des relations entre salariés, ETT et EU, telle qu'elle résulte notamment du code du travail, cette rétrocession ne relève pas, comme le soutiennent les sociétés Manpower et Randstad, de la liberté contractuelle des ETT, alors que les négociations entre EU et ETT se limitent à la rémunération du service fourni par ces dernières ».

Cette affirmation sur une question qui n'avait, depuis l'entrée en vigueur de la « loi Fillon », jamais été mise en débat a pris valeur de jurisprudence, s'agissant du premier arrêt évoquant la pratique de la rétrocession des « allègements Fillon » par les ETT aux UE. Elle a entraîné la revendication auprès des ETT du bénéfice des « allègements Fillon » par nombre d'entreprises utilisatrices de salariés intérimaires.

Il existe d'ores et déjà à ce sujet des décisions de justice divergentes :

- le tribunal de commerce de Paris, dans une affaire Saint-Gobain, a rendu, le 16 juillet 2012, un jugement se prononçant en faveur de l'existence d'une obligation de rétrocession des charges sociales incombant aux ETT, jugement faisant l'objet d'un appel actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris ;

- la cour administrative d'appel de Lyon a interprété en sens inverse l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2012 (n° 10LY01728) statuant sur des réductions de charges issues du dispositif « Aubry II », antérieur à la « loi Fillon », dont le fonctionnement était comparable. Elle a jugé qu'une ETT n'était débitrice d'aucune obligation légale ou réglementaire de rétrocession des allègements de charges sociales au profit de l'EU.

Un doute s'est installé, qu'il faut dissiper, sur l'application d'un texte qui n'avait pourtant connu aucune contestation depuis son entrée en vigueur en 2003.

La demande d'avis apparaît donc justifiée au regard des conditions posées par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

## **L'examen au fond de la demande**

Depuis son entrée en vigueur en 2003, le dispositif de réduction de charges patronales, appelé « allègement Fillon », a été interprété et appliqué comme bénéficiant exclusivement à l'ETT, considérée par les organismes sociaux comme l'employeur des salariés intérimaires mis à la disposition des EU.

Il convient d'examiner en premier lieu quel employeur les textes légaux et ceux pris pour leur application désignent comme bénéficiaire des « allègements Fillon ».

Ceux-ci ayant subi plusieurs modifications depuis 2003, il sera possible de vérifier en deuxième lieu si la volonté du législateur a varié.

### **A. – L'employeur désigné par les textes**

Le statut du salarié intérimaire comporte une ambiguïté, relevée par le tribunal de commerce de Paris dans sa présentation de la question soumise à la Cour de cassation :

*« Le statut d'employés intérimaires emporte l'appartenance à deux employeurs : le premier, l'entreprise utilisatrice (EU), au sein de laquelle est effectuée la mission, et le second, l'entreprise de travail temporaire (ETT), employeur de droit qui assure la gestion comptable, administrative et sociale du contrat de travail signé avec les employés ».*

La loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi désigne comme bénéficiaire l'employeur du salarié, qui, selon le code du travail et le code de la sécurité sociale, est l'ETT.

1° L'article 1251-1 du code du travail désigne l'ETT

Il énonce : « Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission. Chaque mission donne lieu à la conclusion :

1° D'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur, dit "entreprise utilisatrice" » ;

2° D'un contrat de travail, dit "contrat de mission", entre le salarié temporaire et son employeur, l'entreprise de travail temporaire ».

Les autres dispositions du code du travail relatives au travail temporaire désignent l'ETT, seule signataire du contrat de travail, comme le seul et unique employeur du salarié intérimaire, assumant toutes les obligations et contraintes qui pèsent sur l'employeur et les coûts qui y sont associés, relatifs notamment à l'embauche, la visite médicale, la gestion administrative des salariés, la gestion des garanties sociales, la gestion des institutions représentatives du personnel, la gestion de la négociation collective, les contentieux prud'homaux, les paiements et contrôles URSSAF et les contentieux avec cet organisme.

L'EU n'est impliquée à aucun moment dans l'une quelconque de ces obligations, que ce soit d'un point de vue administratif ou financier.

Comme il est observé pertinemment dans le mémoire de l'ETT Manpower, « C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'entreprise utilisatrice choisit d'avoir recours au travail temporaire : alors qu'un recrutement en CDD lui donnerait une flexibilité comparable à celle du travail temporaire et que les cas légaux de recours au CDD et à l'intérim sont identiques, l'entreprise utilisatrice préfère être un client dans un contrat commercial et se décharger auprès de l'ETT des nombreuses contraintes pesant sur l'employeur ».

## La jurisprudence

La qualité d'employeur de l'ETT n'est pas sérieusement contestée par l'EU LISI, qui reconnaît l'ETT comme l'employeur auquel l'URSSAF doit verser la réduction. Mais LISI revendique la qualité d'« employeur de fait », au titre de laquelle elle serait également visée par le dispositif des « allègements Fillon » : « L'organisation du travail temporaire repose sur une relation tripartite entre l'ETT, l'EU et le salarié intérimaire. Chaque mission d'intérim fait l'objet d'un double contrat : d'une part, un contrat de mission entre le salarié intérimaire et l'ETT et, d'autre part, un contrat de mise à disposition entre l'ETT et l'EU. »

LISI a cru trouver confirmation de son analyse dans un arrêt de la deuxième chambre statuant sur l'opposabilité à son employeur d'un accident du travail survenu à un salarié intérimaire et qualifiant l'entreprise de travail temporaire « d'employeur juridique » (2<sup>e</sup> Civ., 20 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.397), ce qui tendrait à admettre l'EU « employeur de fait ».

Mais une lecture attentive de l'arrêt révèle qu'avant de désigner l'ETT comme « employeur juridique », autrement dit désigné par la loi, la deuxième chambre a rappelé que la société utilisatrice n'était pas l'employeur du salarié intérimaire. « Attendu, ensuite, que la société utilisatrice, qui n'est pas l'employeur du salarié victime, ne peut se prévaloir du caractère non contradictoire à son égard de la procédure de reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ».

Il n'a pas été trouvé, par ailleurs, dans la jurisprudence, de décision reconnaissant à l'entreprise utilisatrice le rôle et la charge de l'employeur du salarié intérimaire.

### 2° Le code de la sécurité sociale désigne l'ETT

Le principe de la réduction de charges a été défini aux articles 9 et 10 de la loi du 21 juillet 2003, dont les dispositions ont été introduites dans le code de la sécurité sociale à l'article L. 241-13 :

« I. - Les cotisations à la charge de l'employeur au titre des assurances sociales et des allocations familiales qui sont assises sur les gains et rémunérations inférieurs au salaire minimum de croissance majoré de 60 % font l'objet d'une réduction dégressive ».

Les paragraphes II à VII exposent les différents modes de calcul des réductions propres à certaines catégories de salariés et de rémunérations, sans que le cas des salariés intérimaires employés par les entreprises de travail temporaire et mis à disposition d'une autre entreprise ne soit évoqué, au contraire de celui, tout autant spécifique, des salariés mis à la disposition de groupements d'employeurs, qui est réglé au 2° du III.

L'article L. 241-7 : « L'assuré est tenu de verser entre les mains de l'employeur sa contribution sur les sommes perçues par lui directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire. Le non-versement de cette contribution est une cause de résiliation du contrat de travail ».

On observera que le tiers dont le salarié reçoit un pourboire ne peut être assimilé à un employeur, et ne peut concerner l'EU.

L'article L. 241-15 : « Pour la mise en œuvre des mesures d'exonération ou de réduction de cotisations de sécurité sociale prévues par le présent code ou par toute autre disposition législative ou réglementaire, l'assiette de calcul s'entend des heures rémunérées qu'elle qu'en soit la nature ».

Loin d'envisager de permettre aux EU de bénéficier des réductions, ce texte paraît les exclure, dans la mesure où le salarié intérimaire payé à l'heure ne reçoit la rémunération des heures travaillées que de l'ETT.

Les textes mentionnés dans sa liste non exhaustive par le tribunal de commerce sont des textes modificatifs ou d'application du seul article L. 241-13 du code de la sécurité sociale :

- l'article 12 de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 est venu modifier la rédaction de cet article pour seulement mettre en place l'annualisation du calcul de la réduction dite Fillon, sans que le champ d'application de la réduction soit modifié ;

- le décret n° 2010-1779 du 31 décembre 2010 pris pour l'application de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale est relatif aux modalités de calcul de la réduction générale de cotisations patronales de sécurité sociale. Il prévoit pour les seules entreprises de travail temporaire, sans mentionner les EU, un droit à une majoration de la réduction au titre des salariés intérimaires, auxquels elles sont tenues de verser une indemnité compensatrice de congés payés pour chaque mission ;

- l'article 16 de la loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012 est à nouveau venu modifier la rédaction de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale en intégrant les heures supplémentaires dans le calcul de la réduction des charges ;

- le décret n° 2011-2086 du 30 décembre 2011 ainsi que les articles D. 241-7 et suivants du code de la sécurité sociale résultant du décret n° 2012-1074 du 21 septembre 2012 déterminent les modalités de calcul des réductions prévues dans leur principe par l'article L. 241-13 du même code.

On comprend là le choix du seul employeur comme bénéficiaire de la réduction. La complexité du calcul des réductions qui doit être fait pour chaque salarié rend en effet difficile un partage entre deux bénéficiaires.

On retiendra que les EU n'apparaissent dans aucun des textes relatifs au dispositif des « allègements Fillon » et on notera que le législateur, soucieux d'améliorer l'efficacité du dispositif, n'a pas, à l'occasion des quelques modifications intervenues depuis 2003, jugé utile d'y associer les UE d'une quelconque façon.

Étant vérifié qu'aucun texte ne mentionne explicitement la rétrocession par l'ETT des réductions aux EU, il convient d'examiner si elle peut se déduire de l'esprit du dispositif de réduction des charges sociales issu de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003.

En effet, selon LISI, « ce n'est pas parce que l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale n'oblige pas les ETT à rétrocéder les "allègements Fillon" aux EU qu'une telle obligation n'existe pas ».

## **B. – La volonté du législateur**

### 1° Les travaux parlementaires

L'objectif de développement de l'emploi par la réduction du coût du travail est au cœur du dispositif mis en place par la « loi Fillon ». Des études préalables au projet de loi avaient montré que les allègements de charges sociales sont davantage créateurs d'emplois que la réduction du temps de travail.

À l'examen, les travaux préparatoires de la loi du 17 janvier 2003 et de ses modifications successives ne permettent aucune interprétation autre que littérale de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale et de ses textes d'application ; on n'y relève aucune disposition dérogatoire à l'égard des ETT, considérées comme créatrices d'emploi comme toute autre entreprise.

Les ETT ont même fait l'objet d'une attention particulière du législateur à l'occasion de la modification opérée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011. Le sénateur Jean-Jacques Jégou, rapporteur de la commission des finances (avis n° 90, déposé le 3 novembre 2010), observait :

*« Les salariés intérimaires ne peuvent pas bénéficier de leurs congés sous forme de jours de repos inclus dans la durée de leur contrat de mission. Afin de compenser cette situation, la loi prévoit dans tous les cas la majoration d'au moins 10 % de la rémunération globale versée par l'employeur pendant la durée du contrat. [...] Le 4° du I propose donc d'aligner les règles applicables aux entreprises de travail temporaire sur les règles de majoration de l'allègement actuellement prévues pour les caisses de compensation. Ainsi, les entreprises de travail temporaire bénéficieront également d'une majoration de l'exonération ».*

L'hypothèse d'un partage ou d'une mutualisation avec les EU n'a pas été envisagée.

Dans l'esprit du législateur, à tous les stades de l'élaboration des textes, l'ETT apparaît seule bénéficiaire et sans partage.

### 2° La logique économique du dispositif désigne l'ETT seule créatrice d'emploi et autorise les accords de rétrocession

La revendication des EU, qui font valoir que ce sont elles qui créent l'emploi puisque ce sont elles qui offrent le travail, a sa logique. Grâce aux postes de travail offerts par les UE, les ETT peuvent en effet augmenter leur activité, qui se traduit pour elles par l'augmentation du nombre de salariés qu'elles mettront à la disposition des EU.

Mais si l'EU offre du travail, elle ne crée pas d'emploi. L'emploi est créé par la signature d'un contrat entre un salarié et un employeur. Le salarié intérimaire, qui n'a de contrat qu'avec l'ETT, ne tient pas l'existence de son emploi de l'EU. Tel serait le cas si l'EU l'avait embauché directement.

En réalité, les EU choisissent, comme mode d'allègement de leurs charges patronales, de ne pas augmenter le nombre d'emplois dans leur entreprise et de faire travailler des intérimaires.

Or l'objectif recherché par le législateur par la réduction des charges sociales est bien d'inciter l'UE, comme toute entreprise, à recruter elle-même, sans passer par les ETT. C'est en effet à l'augmentation du nombre de salariés, c'est-à-dire à celle du nombre de contrats de travail signés, CDD et CDI, que se mesure la réussite du dispositif d'allègement des charges sociales. Imposer aux ETT la rétrocession à l'EU de tout ou partie des allègements qui lui reviennent serait contre-productif.

C'est pourquoi aucun texte ne prévoit une telle obligation.

L'absence de disposition relative à une obligation de reversement des allègements de charges est un choix délibéré du législateur, qui a choisi d'agir par voie d'incitation et de miser sur la liberté des entreprises, comptant que la baisse des charges serait suivie mécaniquement, par le libre jeu du marché, d'une augmentation des emplois.

La liberté a été laissée à l'entreprise de choisir entre se contenter d'enregistrer un accroissement de sa marge sans créer d'emplois, ou de baisser ses prix, ce qui lui permet d'augmenter ses ventes et donc de créer des emplois.

Les textes n'interdisent pas des accords de rétrocession librement négociés entre les ETT et les EU. Depuis l'entrée en vigueur de la « loi Fillon », les ETT et les EU ont ainsi conclu des contrats admettant que la loi réservait le bénéfice des allègements de charges sociales à l'ETT, employeur des salariés, et comportant l'octroi par l'ETT d'avantages commerciaux correspondant à un pourcentage du montant des allègements dont bénéficie l'ETT.

Il n'y a pas lieu de commenter ici la valeur économique et juridique de ces accords, s'agissant d'une question de fait, qui excède le champ de la demande d'avis.

Une interprétation du dispositif des « allègements Fillon » imposant une obligation de rétrocession viendrait bouleverser l'équilibre des accords intervenus sur le marché des emplois intérimaires et contredirait l'esprit respectueux de la liberté des entreprises qui a présidé à la conception du dispositif de réduction des charges sociales.

Le 18 septembre 2002, M. François Fillon, ministre des affaires sociales du travail et de la solidarité, présentant le projet de loi devant la commission des affaires sociales, soulignait la volonté du gouvernement « de dynamiser le marché de l'emploi en offrant davantage de liberté aux entreprises [...] rééquilibrer la place de la norme conventionnelle par rapport aux dispositions législatives et réglementaires ».

La même volonté vient d'être réaffirmée dans une lettre du 10 février 2014 par le ministre de l'économie et des finances, répondant à l'organisation professionnelle Prism'emploi : « *La loi n'impose aucune obligation aux entreprises de rétrocéder ces allègements à leur clients. Aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à une entreprise de travail temporaire, si elle le souhaite, de verser, à titre commercial, à l'entreprise utilisatrice, un montant équivalent à tout ou partie de la réduction des cotisations patronales de sécurité sociale dont elle a bénéficié. [...] Il est en effet important pour le dynamisme de notre économie que la compétition par les prix puisse jouer librement, y compris, en l'occurrence, sur le terrain commercial de la rétrocession ou non de tout ou partie des avantages en cause aux entreprises utilisatrices* ».

À l'examen, la difficulté rencontrée par le tribunal de commerce de Paris tient plus à l'importance des enjeux financiers, qui ont conduit les parties à tenter de remettre en cause un dispositif cohérent, qu'à un manque de clarté des textes applicables.

Au vu de ces observations, je conclus à ce qu'il plaise à la Cour de cassation rendre l'avis que le bénéfice des allègements de charges sociales prévu à l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale revient aux entreprises de travail temporaire, auxquelles il appartient d'en faire la rétrocession en tout ou en partie aux entreprises utilisatrice, dans le cadre de la libre négociation contractuelle des contrats de mise à disposition d'un salarié.

## II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 849

### *Question prioritaire de constitutionnalité*

Code de l'urbanisme. - Articles L. 212-1 et L. 212-2. - Articles 2, 6 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que Mme X... a saisi la cour d'appel de Nîmes, statuant sur renvoi après cassation, d'une demande indemnitaire formée contre l'État, la Société d'équipement du biterrois et de son littoral et la commune d'Agde en raison des fautes qu'ils auraient commises à la suite de la préemption et des ventes successives d'un terrain situé dans une zone d'aménagement différé lui ayant appartenu ;

Que Mme X... a posé une question prioritaire de constitutionnalité à la cour d'appel de Nîmes, qui, ayant dit que cette question n'était pas dépourvue de sérieux, l'a transmise comme suit :

« Les articles L. 212-1 et L. 212-2 du code de l'urbanisme portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2, 6 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? »

Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les dispositions prévoyant un droit de préemption au profit des collectivités publiques dans les zones d'aménagement différé, qui touche aux conditions d'exercice du droit de propriété, trouvent leur justification dans la réalisation d'actions et d'opérations à des fins d'intérêt général, instituent des garanties suffisantes à la protection du droit de propriété et ne portent pas atteinte au principe d'égalité devant la loi ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité ;

#### **Par ces motifs :**

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

#### **3<sup>e</sup> Civ. - 20 février 2014.**

*NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 13-40.076. - CA Nîmes, 12 décembre 2013.

M. Terrier, Pt. - M. Maunand, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 850

### *Question prioritaire de constitutionnalité*

Code de procédure pénale. - Articles 122, 123, 124, 131, 133, alinéas 1 à 3, 133-1, 134, 135-2, 135-3, 173, 173-1, 175, 567 et 568. - Articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. - Égalité devant la loi. - Droits de la défense. - Accès à la justice. - Droit à une procédure juste et équitable. - Égalité devant la justice. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité n° 1 est ainsi rédigée :

« Les articles 122, 123, 124, 130, 130-1, 131, 133, 133-1, 134, 135-2, 135-3, 136, 567 et 568 du code de procédure pénale sont-ils contraires aux articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'aux principes d'égalité devant la loi et aux principes des droits de la défense et d'accès à la justice, en ce qu'ils ne permettent pas à la personne visée par un mandat d'arrêt de se pourvoir en cassation contre les arrêts de chambre de l'instruction ayant statué sur une requête en nullité, portant notamment sur la régularité du mandat ? »

Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité n° 2 est ainsi rédigée :

« Les dispositions des articles 122, 123, 124, 130, 130-1, 131, 133, 133-1, 134, 135-2, 135-3, 136, 173, 173-1, 175 sont-elles contraires à la Constitution au regard des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi qu'aux droits à une procédure juste et équitable et au respect des droits de la défense et aux principes d'égalité devant la loi et devant la justice, en ce que les personnes ayant fait l'objet d'un mandat d'arrêt ne bénéficient pas de la qualité de partie et sont en conséquence irrecevables à déposer une requête en nullité, notamment pour demander l'annulation de leur mandat d'arrêt ? »

Attendu que, d'une part, les articles 130, 130-1 et le quatrième alinéa de l'article 133 du code de procédure pénale ont déjà été déclarés conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, sous la réserve énoncée au considérant 13 de ladite décision ;

Que, d'autre part, l'article 136 du code de procédure pénale, en ce qu'il est relatif aux poursuites disciplinaires susceptibles d'être engagées contre le juge d'instruction pour inobservation des formalités prescrites pour les mandats d'arrêt, n'est pas applicable à la procédure ;

Que les questions prioritaires de constitutionnalité sont donc sans objet en ce qui concernent ces articles ;

Attendu que les autres articles visés dans les questions prioritaires de constitutionnalité, qui n'ont pas déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sont applicables à la procédure ;

Mais attendu que les questions, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, ne sont pas nouvelles ;

Et attendu que les questions posées ne présentent pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que la personne en fuite qui, se sachant recherchée, se soustrait volontairement à la procédure d'information se place, de son propre fait, dans l'impossibilité de bénéficier des dispositions des articles 173 et 567 du code de procédure pénale ; que le bénéfice de ces dispositions, dont le corollaire est le droit d'accéder à la procédure, constituerait dans ce cas un avantage injustifié par rapport à la personne mise en examen ou au témoin assisté qui a normalement comparu aux actes de la procédure et serait contraire à l'objectif, à valeur constitutionnelle, de bonne administration de la justice ; que les dispositions critiquées ne font pas obstacle à ce que la personne qui a fait l'objet d'un mandat d'arrêt en conteste la validité, selon les procédures prévues au code de procédure pénale, après avoir acquis la qualité de partie à la procédure ; qu'ainsi, elles concilient le droit à un recours juridictionnel effectif et la recherche des auteurs d'infractions nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ;

#### Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité.

#### Crim. - 19 février 2014.

*NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 13-84.705. - CA Paris, 13 juin 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Labrousse, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Pivnicia et Molinié, Av.

N° 851

### Question prioritaire de constitutionnalité

Code du travail. - Articles L. 1233-61 et L. 1233-62. - Jurisprudence constante. - Séparation des pouvoirs. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« - *L'article L. 1233-61 du code du travail tel qu'interprété par la Cour de cassation, et notamment par l'arrêt du 22 juin 2004 n° 1430 FS-PB Sté Brown and Sharpe Roch c/ Blondot et autres de la chambre sociale, comme permettant au salarié protégé dont le licenciement a été autorisé par l'administration du travail de contester la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devant la juridiction judiciaire et donc de lui demander d'en tirer toutes les conséquences quant à la validité de son licenciement au motif que cette contestation ne concerne pas stricto sensu le bien-fondé de la décision administrative ayant autorisé le licenciement porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et plus exactement au principe de séparation des pouvoirs, garanti par la loi des 16 et 24 août 1790, et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, érigé par le Conseil constitutionnel comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ayant valeur constitutionnelle ?*

- *L'article L. 1233-62 du code du travail tel qu'interprété par la Cour de cassation, et notamment par l'arrêt du 22 juin 2004 n° 1430 FS-PB Sté Brown and Sharpe Roch c/ Blondot et autres de la chambre sociale, comme permettant au salarié protégé dont*

*le licenciement a été autorisé par l'administration du travail de contester la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devant la juridiction judiciaire et donc de lui demander d'en tirer toutes les conséquences quant à la validité de son licenciement au motif que cette contestation ne concerne pas stricto sensu le bien-fondé de la décision administrative ayant autorisé le licenciement porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et plus exactement au principe de séparation des pouvoirs, garanti par la loi des 16 et 24 août 1790, et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, érigé par le Conseil constitutionnel comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ayant valeur constitutionnelle ? »*

Mais attendu, d'abord, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ; et attendu, ensuite, que les dispositions contestées alors applicables, telles qu'elles sont interprétées par la Cour de cassation, doivent être mises en corrélation avec la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle l'autorisation administrative de licenciement ne fait pas obstacle à ce que le salarié puisse ultérieurement contester la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devant la juridiction judiciaire ; que la question posée ne présente pas de caractère sérieux ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

#### Par ces motifs :

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

#### Soc. - 20 février 2014.

*NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 13-40.074. - CPH Valenciennes, 28 novembre 2013.

M. Lacabarats, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 852

### Question prioritaire de constitutionnalité

Code pénal. - Articles 431-3, alinéa premier, et 431-4. - Liberté de manifestation. - Liberté individuelle. - Articles 34 et 66 de la Constitution de 1958. - Légalité des délits et des peines. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« *Les articles 431-3 et 431-4 du code pénal et L. 211-9 du code de la sécurité intérieure, qui permettent à un préfet, un maire ou un officier de police judiciaire, sans intervention d'un magistrat, gardien de la liberté individuelle, de faire des sommations de dispersion à un rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public sous la seule condition que celui-ci leur paraisse "susceptible de troubler l'ordre public" et prévoient une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende contre toute personne qui aurait volontairement continué à participer à un regroupement ainsi sommé, portent-ils une atteinte excessive à la liberté de manifestation et à la liberté individuelle telles que consacrées, notamment, par la décision n° 94-352 DC, et portent-ils atteinte aux articles 66 (rôle de l'autorité judiciaire) et 34 (compétence du législateur) de la Constitution, ainsi qu'au principe de légalité des délits et des peines tel qu'il découle des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme ? »*

Attendu que l'article L. 211-9 du code de la sécurité intérieure et le second alinéa de l'article 431-3 du code pénal ont été créés par les articles 1 et 8 de l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure ; que cette ordonnance n'a fait l'objet, à ce jour, d'aucune ratification

législative ; qu'il en résulte que les dispositions dont s'agit ont un caractère réglementaire et ne sont pas au nombre des dispositions législatives visées par l'article 61-1 de la Constitution et l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; qu'elles ne sont, en conséquence, pas susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ;

D'où il suit que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas recevable en ce qui les concerne ;

Attendu que, pour le surplus, les dispositions contestées constituent le fondement des poursuites et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que la question les concernant, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu que la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que, d'une part, les termes du premier alinéa de l'article 431-3 du code pénal, qui définit l'attroupement comme un rassemblement de personnes susceptible de troubler l'ordre public, sont suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire, que, d'autre part, en laissant au pouvoir réglementaire le soin de fixer les conditions de dissipation d'un tel rassemblement, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de la compétence que lui confère l'article 34 de la Constitution en matière de fixation des règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, qu'enfin, les dispositions contestées, en ce qu'elles incriminent la méconnaissance d'une injonction de dispersion d'un attroupement adressée par les représentants de la force publique, dans l'exercice de leurs pouvoirs de police administrative, dont l'objet est de concilier la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle, et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, dont la liberté individuelle et la liberté de manifester, ne méconnaissent pas le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, dès lors qu'il revient à celle-ci, en dernier lieu, de s'assurer que le rassemblement a le caractère d'un attroupement au sens précité, de sorte que le juge saisi de poursuites pénales doit vérifier l'effectivité du risque de trouble à l'ordre public créé par le rassemblement ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel ;

#### **Par ces motifs :**

DÉCLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité en ce qu'elle porte sur l'article L. 211-9 du code de la sécurité intérieure et le second alinéa de l'article 431-3 du code pénal ;

DIT N'Y AVOIR LIEU À RENVOYER au Conseil constitutionnel, pour le surplus, la question prioritaire de constitutionnalité.

#### **Crim. - 25 février 2014.**

*IRRECEVABILITÉ ET NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 13-90.039. - TGI Paris, 28 novembre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Talabardon, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 13 mars 2014, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 608 (« Attroupement sur la voie publique : non-renvoi d'une QPC »).*

N° 853

### *Question prioritaire de constitutionnalité*

Loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988. - Article 8, 13°. - Caractère nouveau. - Ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985. - Article premier. - Libre administration des collectivités territoriales. - Caractère sérieux. - Renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la province Sud de Nouvelle-Calédonie soutient que sont contraires « au principe de libre administration des collectivités territoriales, garanti par l'article 72 de la Constitution, les dispositions combinées de l'article 8, 13°, de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et de l'article premier de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie, dans leur rédaction applicable à la date d'adoption de la délibération n° 10/99/APS du 15 juin 1999 de l'assemblée de la province Sud, en ce qu'elles ne permettaient pas aux autorités territoriales de Nouvelle-Calédonie de recourir à des emplois à leur discrétion pour leurs collaborateurs de cabinet » ;

Attendu que les dispositions contestées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ;

Attendu que le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 72 de la Constitution soulève une question présentant un caractère sérieux en ce qu'elles ont pour effet de soumettre aux règles relatives à la conclusion et à la rupture du contrat de travail fixées par l'ordonnance du 13 novembre 1985 les contrats conclus entre les autorités territoriales et leurs collaborateurs de cabinet ; qu'en outre, s'agissant de dispositions issues d'une loi référendaire, ce moyen soulève une question nouvelle ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ;

#### **Par ces motifs :**

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

#### **Soc. - 20 février 2014.**

*RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

N° 13-20 702. - CA Nouméa, 10 avril 2013.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 4, avril 2014, Dossier, p. 308 à 316, note Philippe Florès (« La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle »).*



### III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

#### ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 854

#### *Action civile*

Préjudice. – Préjudice certain. - Perte d'une chance. - Perte des gains professionnels futurs. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties.

Encourt la cassation l'arrêt qui, statuant sur la perte des gains professionnels futurs et la perte de retraite afférente de la victime d'un accident de la circulation, retient que celle-ci, travaillant antérieurement à temps partiel, ne peut prétendre à une indemnisation calculée sur un salaire à temps plein, alors qu'il lui appartenait de rechercher si la victime, qui soutenait avoir dû refuser un emploi à temps plein en raison de son état de santé tel que résultant directement de l'accident, n'avait pas été privée de la chance d'occuper un emploi à temps plein par la survenance de celui-ci.

**Crim. - 18 février 2014.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 12-87.629. - CA Besançon, 9 novembre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Pers, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 13, 31 mars 2014, Chronique – droit pénal et procédure pénale, n° 409, p. 633 à 639, spéc. n° 12, p. 637-638, note Albert Maron (« Action civile »). Voir également la revue Droit pénal, n° 4, avril 2014, commentaire n° 63, p. 47-48, note Albert Maron et Marion Haas (« Pas de cassation pour violation de la nomenclature Dintilhac »).*

N° 855

#### *Appel civil*

Acte d'appel. - Appel d'un jugement avant dire droit. - Appel d'un jugement sur le fond. - Appel concomitant d'un jugement sur le fond et d'un jugement avant dire droit. - Ordonnances distinctes du conseiller de la mise en état. - Déféré. - Déféré limité à l'ordonnance statuant sur l'appel concomitant. - Portée.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui déclare sans objet le déféré d'une ordonnance du conseiller de la mise en état déclarant irrecevable un appel formé contre un jugement rejetant des exceptions de procédure et un jugement au fond, dès lors

que n'avaient pas été déférées devant elle deux ordonnances distinctes rendues antérieurement ayant déclaré irrecevable l'appel formé contre chacune de ces deux décisions.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

*REJET*

N° 13-14.240. - CA Colmar, 23 janvier 2013.

Mme Flise, Pt. - M. Pimouille, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

N° 856

#### *Appel civil*

Désistement. - Désistement sans réserve. - Effets. - Acquiescement au jugement. - Portée.

Fait une exacte application de l'article 403 du code de procédure civile la cour d'appel qui déclare irrecevable l'appel formé à la suite du désistement sans réserve d'un précédent appel formé devant une autre cour d'appel au motif qu'elle serait territorialement incompétente, en retenant qu'un tel désistement emportait acquiescement au jugement.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

*REJET*

N° 13-11.199. - CA Paris, 8 novembre 2012.

Mme Flise, Pt. - Mme Kermina, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Richard, Av.

N° 857

#### *Appel civil*

Effet dévolutif. - Portée. - Conclusions de l'intimé. - Conclusions au fond. - Défaut. - Office du juge. - Invitation à conclure au fond. - Exclusion.

Fait une exacte application des articles 16, 784 et 910 du code de procédure civile la cour d'appel, saisie par l'effet dévolutif de l'appel, qui statue sur l'ensemble des données du litige sans être tenue d'inviter l'intimé à s'expliquer sur le fond, dès lors que l'appelant, lui ayant déféré l'entier litige par un acte d'appel général et conclu à l'infirmité des chefs du jugement lui faisant grief, il appartenait à l'intimé de ne pas limiter ses conclusions à la seule demande de sursis à statuer.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

*REJET*

N° 12-21.523 et 12-29.672. - CA Montpellier, 25 octobre 2011.

Mme Flise, Pt. - Mme Robineau, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, M<sup>e</sup> Bouthors, Av.

N° 858

## Astreinte (loi du 9 juillet 1991)

Liquidation. - Compétence. - Juge s'étant expressément réservé la liquidation de l'astreinte prononcée. - Juge des référés. - Demande de liquidation postérieure adressée au juge de l'exécution. - Recevabilité. - Exclusion. - Portée.

Viole l'article L. 131-3 du code des procédures civiles d'exécution la cour d'appel qui déclare recevable une demande de liquidation d'astreinte provisoire assortissant une condamnation prononcée par un juge des référés adressée au juge de l'exécution, alors que le juge des référés s'était expressément réservé le pouvoir de la liquider et l'avait fait par une décision antérieure.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

CASSATION SANS RENVOI

N° 13-12.493. - CA Grenoble, 31 janvier 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Liénard, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, M<sup>e</sup> Blondel, Av.

N° 859

## Bail commercial

Congé. - Refus de renouvellement sans indemnité d'éviction. - Motifs. - Motifs graves et légitimes. - Absence ou insuffisance de motivation du congé. - Effet.

L'absence de motifs d'un congé avec refus de renouvellement sans offre d'indemnité d'éviction laisse subsister le congé et le droit pour le preneur de prétendre au paiement d'une indemnité d'éviction.

Viole ainsi les articles L. 145-9, L. 145-14 et L. 145-17 du code de commerce la cour d'appel qui annule un congé non motivé et, constatant que le bail s'est poursuivi, rejette la demande en paiement d'indemnité d'éviction formée par le preneur.

**3<sup>e</sup> Civ. - 19 février 2014.**

CASSATION

N° 11-28.806. - CA Colmar, 19 octobre 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Proust, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, M<sup>e</sup> Carbonnier, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 4, avril 2014, commentaire n° 118, p. 29-30, note Philippe-Hubert Brault (« Droit à l'indemnité d'éviction du preneur évincé après restitution des lieux et annulation du congé »). Voir également la Revue des loyers, n° 946, avril 2014, Jurisprudence, p. 200 à 202, note Ornella Giannetti et Bertrand Racllet (« Droit à l'indemnité d'éviction en cas de contestation du congé par le preneur et de départ des lieux »), La Semaine juridique, édition générale, n° 17, 28 avril 2014, Jurisprudence, n° 508, p. 845 à 847, note Christine Lebel (« Droit à indemnité du locataire en cas de congé non motivé »), et la Gazette du Palais, n° 108-109, 18-19 avril 2014, Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux, p. 33-34, note Charles-Édouard Brault (« Départ du preneur après congé contesté et droit à l'indemnité d'éviction »).*

**Note sous 3<sup>e</sup> Civ., 19 février 2014, n° 859 ci-dessus**

Par le présent arrêt, la Cour de cassation complète sa jurisprudence sur les effets d'un congé délivré par le bailleur commercial sans offre de renouvellement ni offre d'indemnité d'éviction.

L'article L. 145-14 du code de commerce dispose que le bailleur peut refuser le renouvellement du bail à condition de payer au preneur une indemnité d'éviction. Une telle indemnité n'est cependant pas due si, comme le prévoit l'article L. 145-17 du même code, le bailleur justifie d'un motif grave et légitime de refus de renouvellement imputable au preneur ou s'il est établi que l'immeuble est insalubre.

Le droit du bailleur de reprendre son local, sous réserve du paiement d'une indemnité le cas échéant, est donc consacré par la loi. La Cour de cassation en déduit que le bailleur qui délivre congé sans justifier d'une des causes de non-paiement d'une indemnité ne peut être condamné à renouveler le bail, mais doit payer au preneur une indemnité (3<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> février 1995, pourvoi n° 93-14.808, *Bull.* 1995, III, n° 35 ; 3<sup>e</sup> Civ., 28 octobre 2009, pourvoi n° 07-18 520, *Bull.* 2009, III, n° 234). De même, elle retient qu'un congé refusant le paiement d'une indemnité d'éviction, délivré sans que le preneur ait été préalablement mis en demeure de mettre fin au manquement dénoncé, comme la loi l'exige, ne crée pas un droit au renouvellement pour le preneur, mais lui ouvre droit au paiement d'une indemnité (3<sup>e</sup> Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-12.669, *Bull.* 2008, III, n° 82).

Un congé sans offre d'indemnité d'éviction mal motivé ou irrégulier dans la procédure suivie met donc fin au bail, mais ouvre droit à une indemnité d'éviction. La Cour de cassation a été confrontée à la combinaison de cette règle avec le texte de l'article L. 145-9 du code de commerce, qui prévoit que le congé doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné. Cette cause de nullité doit-elle être interprétée indépendamment de l'article L. 145-14, en appliquant le régime général des nullités, qui fait qu'un acte nul ne peut produire aucun effet et disparaît de l'ordre juridique, où doit-elle être lue au regard de l'article L. 145-14, en ce qu'un congé non motivé doit être assimilé à un congé mal motivé ?

Dans l'arrêt ici commenté, alors que le bail était en tacite prolongation, le bailleur avait délivré un congé sans offre de renouvellement ni indemnité d'éviction sans donner aucun motif. Le preneur l'avait alors assigné en nullité du congé et paiement d'une indemnité d'éviction. Les juges du fond avaient considéré que le congé était nul en application de l'article L. 145-9 du code de commerce, qu'il n'avait donc pu mettre fin au bail et que le preneur ayant quitté les lieux en cours d'instance, la fin du bail lui était imputable sans qu'il puisse demander une indemnité d'éviction. L'arrêt d'appel est censuré par la Cour de cassation, qui pose ainsi une nouvelle règle, selon laquelle un congé non motivé doit être assimilé à un congé mal motivé, la nullité n'affectant que le défaut d'offre d'une indemnité d'éviction, mais non le congé en lui-même, qui met bien fin au bail. Il serait en effet paradoxal de retenir qu'un congé indiquant un motif de non-renouvellement, qui serait finalement qualifié par le juge de non grave, produise ses effets tout en ouvrant droit à une indemnité d'éviction, alors qu'un congé sans aucun motif soit simplement annulé, remettant les parties dans l'état où elles se trouvaient avant sa délivrance, soit généralement en tacite prolongation de bail, et que le preneur, qui a pu légitimement croire que ce congé mettait fin à son titre d'occupation et partir, n'ait aucun droit.

Cette jurisprudence avait été initiée par un précédent arrêt de la Cour de cassation (3<sup>e</sup> Civ., 15 septembre 2010, pourvoi n° 09-15.192, *Bull.* 2010, III, n° 154), approuvant une cour d'appel qui avait octroyé une indemnité d'éviction à un preneur auquel un congé nul, en tant qu'adressé par lettre et non par acte d'huissier, avait été délivré. Cependant, dans cette affaire, il était expressément relevé que le preneur ne demandait pas le prononcé de la nullité du congé. Désormais, que le preneur demande ou non le prononcé de la nullité pour défaut de motifs, la solution est identique : un congé non motivé met bien fin au bail, mais ouvre droit à une indemnité.

La Cour de cassation harmonise ainsi les effets d'un congé refusant sans raison une indemnité d'éviction, en assimilant congé non motivé à congé mal motivé. Elle protège de cette façon les intérêts des deux parties au bail. Le preneur à qui un congé est délivré peut l'exécuter, quelle que soit sa régularité, sans pour autant perdre ses droits, et, s'il demande la nullité et une indemnité d'éviction, obtenir l'indemnité. Le bailleur qui veut mettre fin au bail voit sa volonté respectée, à charge pour lui de payer une indemnité, sachant qu'il peut cependant toujours exercer son droit de repentir et proposer le renouvellement si le preneur est encore dans les lieux.

N° 860

## Bail commercial

Domaine d'application. - Bail emphytéotique. - Révision du loyer. - Exclusion. - Cas.

Les dispositions des articles L. 145-3 et L. 145-33 du code de commerce ne s'appliquent pas au loyer du bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-3 du code rural et de la pêche maritime.

**3<sup>e</sup> Civ. - 19 février 2014.**  
CASSATION SANS RENVOI

N° 12-19.270. - CA Aix-en-Provence, 20 janvier 2012.

M. Terrier, Pt. - Mme Andrich, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Fabiani et Luc-Thaler, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue Lamy droit des affaires, n° 92, avril 2014, Actualités, n° 5036, p. 19-20, note Angélique Farache (« Non-application du droit des baux commerciaux à la révision du canon emphytéotique »). Voir également la Revue des loyers, n° 946, avril 2014, Jurisprudence, p. 197 à 199, note Christine Quément (« De la révision du canon emphytéotique »).*

N° 861

## Chambre de l'instruction

Nullités de l'instruction. - Examen de la régularité de la procédure. - Annulation d'actes. - Effet. - Actes subséquents. - Désignation d'un expert ayant effectué une expertise précédemment annulée dans la même procédure. - Régularité. - Condition.

N'est pas irrégulière la désignation de l'expert dont un précédent rapport a été annulé, dès lors que cette annulation a été prononcée pour des motifs étrangers à la qualité de l'auteur de ce rapport ou à la conduite des travaux d'expertise et que cette nouvelle désignation ne saurait être analysée, de manière abstraite ou en l'absence de tout autre élément, comme un procédé ou un artifice de nature à reconstituer des actes annulés, en violation des dispositions de l'article 174 du code de procédure pénale.

**Crim. - 26 février 2014.**  
REJET

N° 13-87.109. - CA Limoges, 26 septembre 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 4, avril 2014, commentaire n° 121, p. 31, note Anne-Sophie Chavant-Leclère (« Absence de nullité du rapport d'expertise copier-coller »). Voir également la revue Droit pénal, n° 4, avril 2014, commentaire n° 65, p. 49-50, note Albert Maron et Marion Haas (« In bis non idem »).*

N° 862

## 1<sup>o</sup> Concurrence

Autorité de la concurrence. - Procédure. - Saisine. - Faits dénoncés. - Prescription décennale. - Application dans le temps.

## 2<sup>o</sup> Concurrence

Autorité de la concurrence. - Décision. - Sanction. - Loi du 15 mai 2001. - Application dans le temps.

## 3<sup>o</sup> Concurrence

Autorité de la concurrence. - Décision. - Sanction. - Sanction pécuniaire. - Individualisation. - Appartenance à un groupe. - Portée.

1<sup>o</sup> Le délai de dix ans prévu par l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, court à compter du 15 novembre 2008, date de l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, à l'égard des pratiques ayant cessé avant le 15 novembre 2008 mais ayant fait l'objet d'une notification de griefs à une date postérieure.

2<sup>o</sup> L'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, est applicable aux pratiques anticoncurrentielles constitutives d'une infraction unique et continue ayant débuté avant son entrée en vigueur mais s'étant poursuivie après cette date.

3<sup>o</sup> Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, les sanctions pécuniaires sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Prive sa décision de base légale au regard de ce texte une cour d'appel qui écarte la prise en compte des difficultés financières particulières affectant la capacité contributive d'une société, en raison de sa seule appartenance à un groupe réalisant un chiffre d'affaires important, sans rechercher si cette société, qui s'était comportée de manière autonome sur le marché, avait la faculté de mobiliser les fonds nécessaires au règlement de la sanction auprès du groupe auquel elle appartient.

Prive sa décision de base légale au regard du même texte une cour d'appel qui, après avoir relevé qu'une société s'était comportée de manière autonome sur le marché, retient que son appartenance à un groupe réalisant un chiffre d'affaires important constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer le montant de la sanction afin d'assurer son caractère à la fois dissuasif et proportionné, sans rechercher si cette appartenance à un groupe important avait joué un rôle dans la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles ou était de nature à influencer sur l'appréciation de la gravité de ces pratiques.

**Com. - 18 février 2014.**  
NON-ADMISSION, REJET ET CASSATION PARTIELLE

N° 12-27.643, 12-27.697, 12-27.698, 12-27.700 et 12-28.026. - CA Paris, 11 octobre 2012.

M. Espel, Pt. - Mme Tréard, Rap. - SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Pivonica et Molinié, M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 9, 6 mars 2014, Actualité/droit des affaires, p. 540 (« Entente [sanction] : entreprise appartenant à un groupe »). Voir également la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 4, avril 2014, commentaire n° 100, p. 29-30, note Georges Décoq (« Cassation partielle dans l'affaire du secteur de la restauration des monuments historiques »), et la Revue Lamy droit des affaires, n° 92, avril 2014, Actualités, n° 5056, p. 39, note Angélique Farache (« Pratiques anticoncurrentielles : conciliation nécessaire entre l'appartenance à un groupe et l'individualisation des sanctions »).*

N° 863

## Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Licenciement disciplinaire. - Formalités préalables. - Formalités prévues par des dispositions conventionnelles ou un règlement intérieur. - Saisine d'une instance disciplinaire. - Transmission au salarié de l'avis d'une instance disciplinaire. - Garantie de fond. - Exclusion. - Cas.

L'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole ne prévoit pas la transmission au salarié, avant la notification du

licenciement, de l'avis du conseil de discipline, et la décision que l'employeur peut être amené à prendre à la suite de cet avis et les éléments dont il dispose pour la fonder ont vocation à être ultérieurement discutés devant les juridictions de jugement.

Doit, dès lors, être approuvé l'arrêt qui retient que l'absence de communication de l'avis du conseil de discipline au salarié avant la notification du licenciement ne porte pas atteinte aux droits de la défense ni au principe de la contradiction.

**Soc. - 18 février 2014.**  
*REJET*

N° 12-17.557. - CA Montpellier, 29 février 2012.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Duvallet, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 864

## *Contravention*

Amende forfaitaire. - Amende forfaitaire majorée. - Réclamation du contrevenant. - Cas d'irrecevabilité. - Exécution du titre exécutoire. - Incident contentieux. - Condition.

Il se déduit de la combinaison des articles 530, 530-2, 710 et 711 du code de procédure pénale que, pour être admis à invoquer, devant la juridiction de proximité, un incident contentieux relatif à l'exécution du titre exécutoire, le demandeur doit, au préalable, formuler une réclamation motivée auprès de l'officier du ministère public, accompagnée des avis correspondant aux amendes contestées, et que ce n'est que dans l'hypothèse où cette requête est déclarée irrecevable par l'officier du ministère public que le tribunal peut être régulièrement saisi.

**Crim. - 26 février 2014.**  
*REJET*

N° 13-87.328. - CA Paris, 18 octobre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén.

N° 865

## *Cour d'assises*

Débats. - Procès-verbal. - Mentions. - Constatation. - Formalité substantielle. - Omission. - Effet.

Toute formalité non constatée par le procès-verbal des débats est réputée n'avoir pas été accomplie.

En conséquence, l'absence d'une page du procès-verbal relatant une partie des débats ne met pas la Cour de cassation en mesure de connaître quels ont été les actes accomplis et de vérifier si les formalités substantielles imposées par la loi, relatives à ces actes, ont été respectées.

**Crim. - 29 janvier 2014.**  
*CASSATION*

N° 13-81.479. - Cour d'assises de la Côte-d'Or, 1<sup>er</sup> février 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

N° 866

## *Cour d'assises*

Questions. - Circonstances aggravantes. - Concomitance. - Meurtre et viol. - Absence de déclaration de culpabilité sur le viol. - Circonstance aggravante non caractérisée.

Il résulte de l'article 221-2 du code pénal qu'un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre ayant précédé, accompagné ou suivi un autre crime que si lui-même, ou l'un de ses coauteurs ou complices, a été déclaré coupable dudit crime concomitant.

Méconnaît le texte susvisé et le principe ci-dessus énoncé l'arrêt qui déclare l'accusé coupable de meurtre accompagné ou suivi d'un autre crime, en l'espèce des viols, sans que la cour et le jury, ayant répondu affirmativement à la question portant sur l'existence de viols concomitants, aient été interrogés sur la culpabilité de l'accusé ou de quiconque d'autre de ce chef.

**Crim. - 26 février 2014.**  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 12-84.993. - Cour d'assises du Pas-de-Calais, 28 juin 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 867

## *Douanes*

Agent des douanes. - Pouvoirs. - Surveillance. - Autorisation. - Nécessité. - Cas. - Filature dans les limites de leur compétence territoriale (non).

Dès lors qu'ils n'agissent pas en dehors des limites de leur compétence territoriale, les agents des douanes peuvent, sans mettre en œuvre les dispositions de l'article 67 *bis* du code des douanes, prendre un véhicule en filature.

**Crim. - 19 février 2014.**  
*REJET*

N° 13-85.233. - CA Nancy, 23 mai 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Soulard, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 4, avril 2014, commentaire n° 61, p. 44-45, note Jacques-Henri Robert (« Le légitime affût »).*

N° 868

## *Exécution provisoire*

Aménagement. - Pouvoirs du premier président. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Le pouvoir, prévu à l'article 521 du code de procédure civile, d'aménager l'exécution provisoire est laissé à la discrétion du premier président saisi, à titre principal sur ce fondement, d'une offre de consignation formée par le débiteur de la condamnation assortie de l'exécution provisoire.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**  
*REJET*

N° 12-24.873. - CA Colmar, 5 juillet 2012.

Mme Flise, Pt. - Mme Robineau, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 869

## *Extradition*

Chambre de l'instruction. - Avis. - Avis défavorable. - Faits punis de peines criminelles par la loi de l'État requérant. - Principe de légalité criminelle. - Portée. - Définition des infractions et prévision d'une peine par la loi de l'État requérant. - Défaut. - Obstacle à l'extradition.

Justifie sa décision au regard des dispositions de l'article 696-3, 1<sup>o</sup>, du code de procédure pénale et du principe de légalité criminelle, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que la Convention européenne

des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnelle en droit français, la chambre de l'instruction qui donne un avis défavorable à une demande d'extradition visant les infractions de crime contre l'humanité et de génocide, en l'absence, à la date de commission des faits, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs et de la prévision d'une peine par la loi de l'État requérant, permettant de les considérer comme punis par la loi dudit État au sens de la disposition légale précitée.

**Crim. - 26 février 2014.**

REJET

N° 13-86.631. - CA Douai, 12 septembre 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 12, 24 mars 2014, Actualités, n° 339, p. 527-528, note Jean-Yves Maréchal (« Principe de légalité, crimes contre l'humanité et droit de l'extradition »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 11, 20 mars 2014, Études et commentaires, p. 702 à 704, note Damien Roets (« De la prétendue impossibilité d'extrader vers le Rwanda les Rwandais suspectés d'avoir participé au génocide de 1994 »).*

N° 870

## Extradition

Chambre de l'instruction. - Avis. - Avis favorable. - Faits punis de peines criminelles par la loi de l'État requérant. - Principe de légalité criminelle. - Portée. - Définition des infractions et prévision d'une peine par la loi de l'État requérant. - Défaut. - Obstacle à l'extradition.

Ne répond pas aux conditions essentielles de son existence légale, en méconnaissant les dispositions de l'article 696-3, 1°, du code de procédure pénale et le principe de légalité criminelle, consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme et ayant valeur constitutionnelle en droit français, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui donne un avis favorable à une demande d'extradition visant les infractions de crime contre l'humanité et de génocide, en l'absence, à la date de commission des faits, d'une définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs et de la prévision d'une peine par la loi de l'État requérant, permettant de les considérer comme punis par la loi dudit État au sens de la disposition légale précitée.

**Crim. - 26 février 2014.**

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 13-87.888. - CA Paris, 13 novembre 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 12, 24 mars 2014, Actualités, n° 339, p. 527-528, note Jean-Yves Maréchal (« Principe de légalité, crimes contre l'humanité et droit de l'extradition »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 10, 13 mars 2014, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 610 (« Génocide rwandais : rejet des demandes d'extradition »).*

**Note sous Crim., 26 février 2014, n° 870 ci-dessus**

Par ces trois décisions du même jour, dont une seule publiée au *Rapport*, la chambre criminelle a statué sur des pourvois formés contre les arrêts de deux chambres de l'instruction donnant à une même question des réponses opposées en matière d'extradition.

L'État français avait été saisi de plusieurs demandes d'extradition émanant du gouvernement de la République du Rwanda, concernant des personnes que celle-ci entendait poursuivre pour leur implication dans les massacres et exactions perpétrés dans ce pays entre avril et juillet 1994.

Outre des infractions de droit commun, les demandes visaient des faits qualifiés crimes contre l'humanité et génocide.

À celle ayant abouti à l'arrêt ici commenté, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rouen, initialement saisie, avait donné un avis favorable. Cette décision a été cassée (Crim., 11 juillet 2012, pourvoi n° 12-82.502) au motif, notamment, que les juges ne s'étant pas expliqués sur la réciprocité d'incrimination et sur la prescription, l'arrêt ne satisfaisait pas aux conditions essentielles de son existence légale. Statuant sur renvoi, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a, à nouveau, émis un avis favorable en répondant, cette fois, à ces deux questions délaissées par l'arrêt cassé.

Il convient, au préalable, de rappeler que, selon l'article 696-3, 1°, du code de procédure pénale, peuvent donner lieu à extradition tous les faits punis de peines criminelles par l'État requérant. En outre, aux termes du 2° du même article, l'extradition n'est pas accordée par le gouvernement français si le fait n'est pas puni par la loi française d'une peine criminelle ou correctionnelle. Il en résulte qu'elle ne peut qu'être refusée si les faits ne sont pas punis d'une peine dans la loi de l'État requérant et dans celle de l'État requis. La réciprocité d'incrimination (ou de double-incrimination) est un principe incontournable du droit de l'extradition. La date à laquelle il y a lieu de se placer pour apprécier si les faits étaient incriminés à la fois dans la loi de l'État requérant et dans celle de l'État requis ne peut être que celle à laquelle ils ont été commis.

En l'espèce, cette exigence était remplie en droit français, le génocide et le crime contre l'humanité faisant l'objet d'incriminations spécifiques aux articles 211-1 et suivants du code pénal, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994.

En revanche, comme le rappelait l'arrêt attaqué, les lois rwandaises d'incrimination de ces infractions sont toutes postérieures à 1994 (lois organiques du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites d'infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité commises à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2010, du 6 septembre 2003 réprimant le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et, surtout, du 19 juin 2004 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions Gacaca chargées des poursuites et du jugement des crimes de génocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1<sup>er</sup> octobre 1990 et le 31 décembre 1994).

Pour s'affranchir de l'obstacle à l'extradition sollicitée que constituait, au regard de l'article 696-3 du code de procédure pénale, l'absence d'incrimination, dans le droit interne de l'État requérant, de ces crimes au moment de leur commission, la chambre de l'instruction a adopté un raisonnement en deux temps.

Dans une première étape, elle s'est appuyée sur la Convention des Nations unies pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, et sur celle du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ratifiées par le Rwanda par deux lois du 10 avril 1975, qui se seraient donc, en quelque sorte, trouvées incorporées au droit interne de cet État, lequel aurait entendu leur conférer un effet direct dès l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1980, du code pénal, institué par un décret-loi du 18 août 1977. Ainsi, la combinaison, d'une part, de la définition des faits constitutifs de génocide par la Convention de 1948, d'autre part, de l'existence de peines réprimant, en droit pénal interne, des infractions de droit commun, telles le meurtre, permettrait d'exclure toute rétroactivité.

Dans la seconde étape de sa motivation, la chambre de l'instruction a retenu qu'à supposer même que les faits n'eussent pas été, à l'époque de leur commission, incriminés en droit rwandais, l'article 15, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 7, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales autoriseraient des dérogations au principe de légalité des délits et des peines, notamment au principe de non-rétroactivité, dès

lors que les faits commis étaient tenus, au moment où ils ont été commis, pour criminels d'après les principes de droit reconnus par l'ensemble des nations.

Cette motivation, dans ses deux axes, est censurée par la chambre criminelle, qui réaffirme la prééminence, dans le droit de l'extradition, du principe de la légalité criminelle, incluant la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères.

Sur le premier point, s'agissant de la Convention des Nations unies pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, il convient de rappeler qu'intervenant au lendemain de Nuremberg, elle procède de la prise de conscience par la communauté internationale de la nécessité d'une codification de catégories de crimes dont la spécificité était jusque-là ignorée du droit. Les procès de Nuremberg, auxquels s'est référé l'arrêt attaqué, s'ils n'ont pas été sans susciter des débats juridiques sur le respect du principe de non-rétroactivité, s'agissant des poursuites du chef de crimes contre l'humanité, visés en tant que tels par le statut du Tribunal militaire international (TMI) et pour le jugement desquels le TMI a justifié sa compétence par leur connexion avec des crimes contre la paix et des crimes de guerre, ont certes joué un rôle éminemment précurseur. Mais, pour pouvoir pérenniser et donner une portée universelle à certains des principes qu'avait fait émerger le droit de Nuremberg, qui avait vocation à s'appliquer uniquement aux auteurs de crimes contre l'humanité commis pour le compte des pays de l'Axe dans le seul contexte de la seconde guerre mondiale, ainsi que l'a rappelé la chambre criminelle à plusieurs reprises (Crim., 1<sup>er</sup> avril 1993, pourvoi n° 92-82.273, *Bull. crim.* 1993, n° 143 ; Crim., 1<sup>er</sup> juin 1995, pourvoi n° 94-82.590, *Bull. crim.* 1995, n° 202), la voie conventionnelle a été empruntée pour inciter les États à se doter de textes incriminant ces infractions.

La Convention de 1948 précitée a répondu à cet objectif préventif et répressif en enjoignant, dans son article V, aux États d'incriminer des agissements qu'elle définissait comme constitutifs de génocide : « *Les parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III* ». La Convention contient donc bien une règle impérative, en ce sens qu'elle oblige les États parties à incriminer le génocide, tout en leur laissant le soin d'élaborer les mesures législatives adaptées contenant une définition des comportements constitutifs de génocide, en s'inspirant des standards qu'elle suggère, et d'en organiser la répression par l'instauration de sanctions efficaces, sous peine d'engager leur responsabilité, notamment en cas de manquement manifeste à l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens qui sont à leur disposition en vue d'empêcher le génocide (voir Cour internationale de justice, 26 février 2007, affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-herzégovine c/Serbie et Monténégro), § 430) ou de le réprimer. En revanche, cette Convention, en l'absence d'un mécanisme le prévoyant conventionnellement, est dénuée d'effet direct : la ratification par un État ne saurait à elle seule suppléer l'absence de texte d'incrimination dans l'ordre juridique interne, faute de transposition. En l'espèce, aucun texte du droit pénal rwandais, antérieur à la commission des faits visés par la demande d'extradition, ne contenait de disposition incorporant expressément la définition du génocide donnée par la Convention et prévoyant des peines.

Au surplus, s'agissant plus particulièrement de l'extradition, une convention internationale n'empêche pas obligation d'accorder cette mesure en passant outre les règles de droit commun qui s'appliquent entre l'État requérant et l'État requis. La Convention des Nations unies pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 stipule d'ailleurs que, si « *Les parties contractantes s'engagent [...] à accorder l'extradition* », c'est « *conformément à leur législation et aux traités en vigueur* » (article VII).

Le second axe de la motivation de l'arrêt attaqué repose sur la prévalence affirmée de principes généraux reconnus par l'ensemble des nations autorisant à poursuivre des faits tenus, au moment où ils ont été commis, pour criminels, nonobstant leur absence d'incrimination en droit interne, une telle dérogation au principe de légalité des délits et des peines, incluant la non-rétroactivité, étant prévue, selon la chambre de l'instruction, tant par l'article 15, § 2, du Pacte international sur les droits civils et politiques que par l'article 7, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La chambre criminelle n'a pas validé ce raisonnement.

Le principe de légalité criminelle, *nullum crimen, nulle poena sine lege*, d'où résulte celui de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, est considéré comme fondamental tant en droit interne qu'en droit international.

En droit interne, le Conseil constitutionnel lui reconnaît, de manière constante, une valeur constitutionnelle, en précisant qu'il résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire (Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, décision n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes ; Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information), ajoutant que de telles lois ne peuvent s'appliquer qu'à des infractions commises postérieurement à leur entrée en vigueur et doivent ne pas porter atteinte au principe de valeur constitutionnelle de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère [Conseil constitutionnel, 3 septembre 1986, décision n° 86-215 DC, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance ; Conseil constitutionnel, 22 janvier 1999, décision n° 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale : « *Considérant qu'il résulte du 1 de l'article 11 que la Cour n'est compétente qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du statut ; que l'article 24 pose le principe de « non-rétroactivité ratione personae » et celui de l'application immédiate du droit le plus favorable ; qu'il est ainsi satisfait au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (considérant 23)].

Le principe de légalité est également consacré par les articles 111-3 et 112-1 du code pénal, et les exigences posées par l'article 696-3 du code de procédure pénale en imposent l'application au droit de l'extradition.

En droit international, sa valeur de principe fondamental, élément essentiel de la prééminence du droit, est proclamée tant par l'article 15 du Pacte international des droits civils et politiques que par l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne, qui rappelle la place primordiale qu'occupe le principe de légalité des délits et des peines dans le système de protection de la Convention, consacre également l'exigence de prévisibilité et d'accessibilité de la loi pénale (CEDH, arrêt du 25 mai 1993, Kokkinakis c/Grèce, n° 14307/88 ; CEDH, arrêt du 22 novembre 1995, S.W c/Royaume-Uni, n° 20166/92). Elle précise que les deux paragraphes de l'article 7 de la Convention sont liés et doivent faire l'objet d'une interprétation concordante. Refusant de souscrire à une argumentation fondée sur une application autonome de l'article 7, § 2, qui permettrait d'écarter la règle de la non-rétroactivité, elle se fonde sur les « *travaux préparatoires, d'où il ressort que l'article 7, § 1, peut être considéré comme exposant la règle générale de la non-rétroactivité et que l'article 7, § 2, n'est qu'une précision contextuelle du volet de cette règle relatif à la responsabilité, ajoutée pour lever tout doute concernant la validité des poursuites engagées après la Seconde Guerre mondiale contre les auteurs d'exactions commises pendant cette guerre (Kononov, précité, § 186) [...] les auteurs de la Convention [n'ayant pas eu] l'intention de ménager une exception générale à la règle de la non-rétroactivité (CEDH, Grande Chambre, arrêt du 18 juillet 2013, Maktouf et Damjanovi,*

*c/Bosnie-herzégovine, n° 2312/08 et n° 34179/08, point 72 ; voir également, dans la même formation, CEDH, arrêt du 17 mai 2010, Kononov c/ Lettonie, n° 36376/04* ».

La chambre criminelle, invitée expressément à se prononcer sur la portée des articles 15, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 7, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et, également, sur la place de la norme coutumière internationale, invoqués au soutien d'un pourvoi contre un refus d'informer du chef de crime contre l'humanité pour des faits commis au cours de la guerre d'Algérie, dans sa décision de principe du 17 juin 2003 (pourvoi n° 02-80.719, *Bull. crim.* 2003, n° 122), a d'abord rappelé que les dispositions de la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et celles du statut du Tribunal de Nuremberg annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 ne concernaient que des faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe. Elle a ensuite énoncé que les principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, énoncés aux articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 15, § 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 111-3 et 112-1 du code pénal, faisaient obstacle à ce que les articles 211-1 à 212-3 de ce code, réprimant les crimes contre l'humanité, s'appliquent aux faits commis avant la date de leur entrée en vigueur. L'arrêt ajoute que la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crimes contre l'humanité, les faits qui étaient dénoncés par la partie civile.

Devait-il être porté une autre appréciation s'agissant de l'absence de texte, dans le droit interne de l'État requérant, incriminant, à l'époque où ils auraient été commis, des faits visés dans la demande d'extradition en tant qu'actes de génocide et de crime contre l'humanité ?

La chambre criminelle, dans l'arrêt ici commenté, répond par la négative, en rappelant que si les infractions de génocide et de crime contre l'humanité sont bien visées par des instruments internationaux, en l'espèce les conventions de 1948 et de 1968 précitées, applicables au moment des faits, la loi rwandaise ne comprenait ni définition précise et accessible de leurs éléments constitutifs, ni prévision d'une peine. Dès lors, en l'absence de texte d'incrimination répondant à ces critères, le principe de légalité criminelle, consacré tant par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques que par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ayant valeur constitutionnelle en droit français, fait obstacle à ce qu'ils puissent être considérés comme punis par la loi de l'État requérant, au sens de l'article 696-3, 1°, du code de procédure pénale.

Il en résulte que la décision de la chambre de l'instruction, en émettant un avis favorable à une extradition, alors même qu'elle constatait qu'il n'existait, dans la loi rwandaise, aucun texte incriminant le génocide et le crime contre l'humanité, à l'époque où les faits visés en tant que tels par la demande auraient été commis, avait méconnu la règle impérative posée par l'article 696-3 du code de procédure pénale et, en conséquence, ne satisfaisait pas aux conditions essentielles de son existence légale, l'exposant ainsi à la censure de la Cour de cassation dans le cadre du contrôle exercé en application de l'article 696-15, dernier alinéa, du même code.

Cette réaffirmation par la chambre criminelle des règles et principes gouvernant le droit de l'extradition ne permet en aucun cas d'offrir l'impunité aux auteurs d'actes de génocide au Rwanda, comme le démontre l'effectivité indéniable de l'exercice actuel, par la justice française, de la compétence universelle qu'elle tient de la loi n° 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international

humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'États voisins, pour les poursuivre et les juger.

N° 871

### Instruction

Perquisition. - Définition. - Rassemblement des armes visibles et dispersées dans la maison d'une personne tentant d'échapper à son interpellation. - Mesure de sécurité non assimilable à une perquisition.

La simple opération de rassemblement dans une pièce unique par les policiers des armes visibles en différents endroits de la maison dans laquelle est recherchée une personne qui vient de prendre la fuite pour échapper à son interpellation n'est pas assimilable à une perquisition et constitue une mesure nécessaire pour assurer la protection de la sécurité des personnes.

**Crim. - 26 février 2014.**

*REJET*

N° 13-87.065. - CA Aix-en-Provence, 7 octobre 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 872

### Juge de l'exécution

Compétence. - Demandes de réparation des conséquences dommageables des mesures d'exécution forcée ou conservatoires. - Mesures d'exécution en cours au jour où le juge de l'exécution est saisi. - Nécessité (non).

Il résulte de l'article L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire que le juge de l'exécution connaît des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'elles sont ou non encore en cours au jour où il est saisi.

**2° Civ. - 27 février 2014.**

*REJET*

N° 13-11.788. - CA Versailles, 6 décembre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Liénard, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

N° 873

### Mesures d'instruction

Expertise. - Provision. - Consignation. - Défaut. - Caducité de la désignation de l'expert. - Demande. - Recevabilité. - Moment. - Détermination. - Portée.

La caducité de la désignation de l'expert désigné par une juridiction, prévue par l'article 271 du code de procédure civile, ayant pour objet de sanctionner le défaut de paiement, sans motif légitime, de la provision à valoir sur la rémunération de cet expert, une partie n'est plus recevable à s'en prévaloir après l'acquiescement de cette provision et le début des opérations d'expertises.

**2° Civ. - 27 février 2014.**

*REJET*

N° 12-35.439. - CA Versailles, 30 octobre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. de Leiris, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

N° 874

### Mesures d'instruction

Sauvegarde de la preuve avant tout procès. - Mesure admissible. - Destinataire. - Défendeur potentiel au futur procès. - Nécessité (non).

L'article 145 du code de procédure civile, qui autorise, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, que des mesures légalement admissibles soient ordonnées, n'exige pas que la personne qui supporte la mesure soit le défendeur potentiel au futur procès.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

CASSATION

N° 13-10.013. - CA Paris, 18 décembre 2012.

Mme Flise, Pt. - M. Adida-Canac, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Le Griel, Av.

N° 875

### Procédures civiles d'exécution

Mesures d'exécution forcée. - Expulsion. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Jugement ordonnant une expulsion. - Portée.

Il résulte de l'article 6 de la loi du 27 décembre 1923 modifié par le décret n° 59-1560 du 28 décembre 1959 que tous les actes judiciaires et extrajudiciaires doivent être signifiés par huissier de justice ou par clerc significateur.

Par suite, fait une exacte application de ce texte une cour d'appel qui déclare régulière la signification par clerc significateur d'un jugement ordonnant, avec exécution provisoire, une expulsion, en retenant qu'elle ne constitue pas, en soi, un acte d'exécution.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

REJET

N° 13-11.957. - CA Versailles, 12 avril 2012.

Mme Flise, Pt. - Mme Lemoine, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, M<sup>e</sup> Delamarre, Av.

N° 876

### Procédures civiles d'exécution

Saisie et cession des rémunérations. - Procédure. - Tentative de conciliation. - Procès-verbal de conciliation. - Renonciation à toute autre procédure d'exécution. - Renonciation claire et non équivoque. - Défaut. - Portée.

Fait une exacte application des articles 2044 et 2048 du code civil la cour d'appel qui, relevant souverainement qu'un procès-verbal de conciliation régulièrement dressé dans le cadre de la procédure de saisie des rémunérations, en application de l'article R. 3252-17 du code du travail, ne contenait aucune renonciation claire et non équivoque du créancier saisissant à la mise en œuvre de toute autre procédure d'exécution à l'encontre du débiteur, en déduit que ce créancier pouvait poursuivre le recouvrement de sa créance par le recours à d'autres mesures.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

REJET

N° 12-35.294. - CA Paris, 4 octobre 2012.

Mme Flise, Pt. - Mme Brouard-Gallet, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 877

### Professions réglementées (livre VIII du code de commerce)

Commissaire aux comptes. - Exercice du contrôle légal. - Mission. - Certification des comptes. - Doutes sur la régularité d'une opération. - Refus temporaire de certifier. - Portée. - Absence de faute.

N'est pas fautif le refus temporaire de commissaires aux comptes de certifier les comptes de sociétés en raison de doutes sur la régularité d'une opération qui, si elle avait été annulée, aurait eu une incidence sur leurs comptes, les doutes n'étant levés qu'ultérieurement.

**Com. - 18 février 2014.**

REJET

N° 12-29.075. - CA Douai, 4 octobre 2012.

M. Espel, Pt. - M. Delbano, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Bulletin Joly Sociétés, n° 4, avril 2014, Audit et contrôle des comptes, n° 111t2, p. 255 à 257, note Jean-François Barbiéri (« Contrôle légal face à une présomption d'irrégularité : refus justifié de certifier »).*

N° 878

### Propriété

Mitoyenneté. - Acquisition. - Pilier empiétant sur le sol du voisin. - Construction empiétant sur l'héritage voisin. - Possibilité (non).

L'empiètement, quel qu'en soit l'auteur, fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté.

**3<sup>e</sup> Civ. - 19 février 2014.**

CASSATION PARTIELLE

N° 13-12.107. - CA Amiens, 27 novembre 2012.

M. Terrier, Pt. - Mme Feydeau, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, SCP Blanc et Rousseau, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 10, 13 mars 2014, Actualité/droit civil, p. 606 (« Empiètement : obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 15, 14 avril 2014, Chronique - droit des biens, n° 467, p. 751 à 757, spéc. n° 2, p. 752-753, note Hugues Périnet-Marquet (« Un empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté, quel que soit le propriétaire qui demande cette acquisition »).*

N° 879

### Protection des consommateurs

Surendettement. - Procédure de rétablissement personnel. - Clôture. - Effacement des dettes. - Effets. - Sort de la clause de réserve de propriété.

Selon l'article 2367 du code civil, la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété, qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

Fait une exacte application de ce texte la cour d'appel qui retient que l'extinction de la créance d'un organisme de crédit, du fait de l'effacement des dettes du débiteur, consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel



dont il avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement, de sorte que le transfert de propriété du véhicule acheté à crédit ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

REJET

N° 13-10.891. - CA Douai, 19 janvier 2012.

Mme Flise, Pt. - Mme Robineau, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 880

## Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Faute. - Saisie immobilière. - Abus. - Conditions.

Justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, pour rejeter une demande de dommages-intérêts pour saisie abusive, caractérise l'absence de faute du créancier dans l'exercice de la saisie.

**2<sup>e</sup> Civ. - 27 février 2014.**

REJET

N° 13-11.865. - CA Paris, 23 février 2012.

Mme Flise, Pt. - Mme Lemoine, Rap. - M. Mucchielli, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

N° 881

## Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à un contrat administratif. - Contrat de travail de droit public accepté par un salarié suite au transfert à une personne publique de l'entité économique de droit privé l'employant. - Portée.

Est placé dans un régime de droit public le salarié d'une personne morale de droit privé dont l'activité a été transférée à une personne publique dans le cadre d'un service public administratif qui a accepté le contrat de droit public proposé par cette dernière sans subordonner son accord à une quelconque condition.

Il en résulte que le juge judiciaire n'est pas compétent pour connaître du litige résultant de l'exécution et de la rupture de ce contrat.

**Soc. - 18 février 2014.**

REJET

N° 13-10.356. - CA Paris, 15 novembre 2012.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Terrier-Mareuil, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

N° 882

## Société (règles générales)

Associés. - Responsabilité envers les tiers. - Conditions. - Faute détachable. - Définition.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui déclare un associé responsable, avec sa société, de la violation d'une convention conclue avec un tiers, sans rechercher si l'acte qui lui est reproché constitue une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à sa qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers un tiers.

**Com. - 18 février 2014.**

CASSATION PARTIELLE

N° 12-29.752. - CA Paris, 22 novembre 2012.

M. Espel, Pt. - Mme Riffault-Silk, Rap. - Mme Batut, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 9, 6 mars 2014, Actualité/droit des affaires, p. 543 (« Responsabilité personnelle de l'associé : exigence d'une faute détachable »). Voir également cette même revue, n° 12, 27 mars 2014, Études et commentaires, p. 764 à 767, note Thierry Favario (« Consécration de la « faute séparable » de la qualité d'associé »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 13, 27 mars 2014, Études et commentaires, n° 1160, p. 36 à 40, note Bruno Dondero (« La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés en perspective... »), et la Gazette du Palais, n° 106-107, 16-17 avril 2014, Chronique de jurisprudence de droit de la responsabilité civile, p. 13-14, note Nathalie Blanc (« La faute détachable des prérogatives attachées à la qualité d'associé »).*

N° 883

## Société d'aménagement foncier et d'établissement rural

Rétrocession. - Publicité préalable. - Inobservation des règles. - Sanction. - Portée.

Les conditions de publicité des décisions de rétrocession des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural sont prescrites à peine de nullité, sans que le demandeur à l'annulation ait à rapporter la preuve d'un grief.

**3<sup>e</sup> Civ. - 19 février 2014.**

CASSATION PARTIELLE

N° 12-18.286. - CA Pau, 30 janvier 2012.

M. Terrier, Pt. - M. Echappé, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP de Nervo et Poupet, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit rural, n° 422, avril 2014, commentaire n° 68, p. 32, note Hubert Bosse-Platière (« SAFER : les conditions de publicité des décisions de rétrocession sont prescrites à peine de nullité »). Voir également La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 16-17, 18 avril 2014, Jurisprudence commentée - Rural, n° 1171, p. 69-70, note Jean-Jacques Barbière (« Rétrocession par les SAFER : l'appel à candidatures, formalité substantielle »).*

N° 884

## Société d'économie mixte

Bail. - Prix. - Supplément de loyer. - Application. - Modalités de financement de la construction du logement. - Indifférence.

Les sociétés d'économie mixte, qui peuvent, conformément à l'article L. 481-2 du code la construction et de l'habitation, exiger le paiement d'un supplément de loyer de solidarité, sont assimilées aux organismes d'habitation à loyer modéré, auxquels l'exonération du supplément de loyer solidarité prévue par l'article R. 441-31, 3<sup>e</sup>, du code de la construction et de l'habitation ne s'applique pas, peu important les modalités de financement de la construction du logement.

**3<sup>e</sup> Civ. - 19 février 2014.**

CASSATION

N° 13-12.692. - CA Versailles, 27 novembre 2012.

M. Terrier, Pt. - Mme Andrich, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 885

## Solidarité

Solidarité conventionnelle. - Décès d'un codébiteur. - Pluralité d'héritiers. - Effets. - Rapports avec les codébiteurs originaires.

Le décès de l'un des codébiteurs solidaires qui laisse plusieurs héritiers n'effaçant pas le caractère solidaire de l'obligation au regard des débiteurs originaires, les juges du fond doivent rechercher, pour déterminer si le refus de renouvellement délivré à l'un des preneurs est opposable aux héritiers de l'autre, si le bail a été consenti solidairement aux deux preneurs.

### 3° Civ. - 19 février 2014.

CASSATION

N° 12-17.263. - CA Nouméa, 30 mai 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Parneix, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 4, avril 2014, Jurisprudence, p. 254 à 256, note Ariane de Guillen Schmidt Guignot (« Le décès du codébiteur n'efface pas le caractère solidaire de la dette mais en modifie les effets à l'égard des héritiers »). Voir également la Gazette du Palais, n° 108-109, 18-19 avril 2014, Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux, p. 24 à 26, note Jehan-Denis Barbier (« Congé commercial et dette solidaire »).*

N° 886

## Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Accords collectifs. - Accords particuliers. - Métallurgie. - Accord national sur l'emploi du 12 juin 1987. - Article 28. - Licenciement économique. - Reclassement. - Obligation de l'employeur. - Étendue.

L'employeur, tenu de saisir une commission territoriale de l'emploi en application de l'article 28 de l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987, étendu par arrêté du 16 octobre 1987, doit proposer au salarié de manière écrite, précise et personnalisée les offres de reclassement qui lui ont été transmises par l'intermédiaire de la commission compétente, après avoir vérifié que ces offres sont en rapport avec les compétences et les capacités du salarié.

Ayant relevé que la société, qui avait reçu plusieurs propositions d'emploi, s'était bornée à les transmettre par courrier électronique au salarié sans vérifier l'adéquation entre les postes proposés par d'autres entreprises et les compétences du salarié et sans même adresser une offre de reclassement précise, la cour d'appel a pu en déduire que ces offres de reclassement n'étaient pas personnalisées, justifiant ainsi sa décision.

### Soc. - 18 février 2014.

REJET

N° 12-18.029. - CA Chambéry, 23 février 2012.

M. Lacabarats, Pt. - M. Chauvet, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/14, avril 2014, décision n° 307, p. 254-255.*

N° 887

## Syndicat professionnel

Droits syndicaux. - Exercice. - Domaine d'application. - Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Candidat ayant obtenu 10 % des voix. - Exception. - Cas. - Droit de disposer du nombre de représentants syndicaux prévu par le code du travail ou les accords collectifs. - Présentation de candidats dans le périmètre de désignation. - Nécessité. - Détermination. - Portée.

En vertu des dispositions de l'article L. 2143-3 du code du travail, chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus qui constitue une section syndicale est en droit de désigner un délégué syndical, et l'obligation de choisir ce délégué en priorité parmi les candidats qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles n'a pas pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer du nombre de représentants syndicaux prévu par le code du travail ou les accords collectifs, dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignation.

Viola l'article L. 2143-3 du code du travail le tribunal d'instance qui, pour faire droit à la contestation présentée par l'employeur, énonce que le score électoral devant être considéré au regard de la collectivité qui s'est prononcée, il convient de retenir qu'un salarié qui a obtenu 10 % des suffrages lors des élections organisées au sein de l'entité transférée ne peut se prévaloir de cette légitimité électorale pour solliciter sa désignation en qualité de délégué syndical au sein de la nouvelle structure, alors qu'il n'était pas contesté que le syndicat ayant procédé à la désignation avait présenté des candidats lors des dernières élections au sein de la région nord-ouest de la société et, par suite, était fondé, pour désigner des représentants syndicaux au sein de cette région, à se prévaloir des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 2143-3 du code du travail, interprété à la lumière des dispositions de l'article 6 de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2011.

### Soc. - 19 février 2014.

CASSATION

N° 13-14.608. - TI Villeurbanne, 8 mars 2013.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 10, 11 mars 2014, Actualités, n° 103, p. 7-8, note Lydie Dauxerre (« La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 11, 13 mars 2014, Actualités, n° 202, p. 17-18. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 13, 1<sup>er</sup> avril 2014, Jurisprudence, n° 1121, p. 22 à 28, note Emeric Jeansen et Yannick Pagnerre (« La dictature du cycle électoral »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 15, 10 avril 2014, Études et commentaires, n° 1203, p. 51 à 53, note Stéphane Béal et Cécile Terrenoire (« Transfert d'entreprise : perte du mandat de délégué syndical et nouvelle désignation dans l'entreprise d'accueil »), La Semaine juridique, édition générale, n° 17, 28 avril 2014, Jurisprudence, n° 512, p. 850 à 854, note Corinne Metzger (« Précisions sur les conséquences d'une modification dans la situation juridique de l'employeur sur l'appréciation de la représentativité syndicale »), et la Revue de droit du travail, n° 4, avril 2014, Chroniques, p. 272 à 276, note Manuela Grévy (« Modification du périmètre de l'entreprise et droit syndical »).*

N° 888

## Syndicat professionnel

Représentativité. - Durée. - Appréciation. - Cycle électoral. - Détermination. - Portée.

La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral.

Ayant constaté que, lors des dernières élections professionnelles, une fédération avait obtenu 7,17 % des suffrages et que, dès lors, elle n'était pas représentative au sein de l'entreprise, c'est à bon droit qu'un tribunal d'instance a annulé les désignations d'un délégué syndical central et d'un représentant syndical au comité central d'entreprise effectuées par cette fédération, peu important la prise en location-gérance d'autres établissements où ce syndicat avait été reconnu représentatif.

**Soc. - 19 février 2014.**

REJET

N° 13-17.445. - TI Nantes, 3 mai 2013.

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 10, 11 mars 2014, Actualités, n° 103, p. 7-8, note Lydie Dauxerre (« La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 11, 13 mars 2014, Actualités, n° 202, p. 17-18. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 13, 1<sup>er</sup> avril 2014, Jurisprudence, n° 1121, p. 22 à 28, note Emeric Jeansen et Yannick Pagnerre (« La dictature du cycle électoral »), La Semaine juridique, édition générale, n° 17, 28 avril 2014, Jurisprudence, n° 512, p. 850 à 854, note Corinne Metzger (« Précisions sur les conséquences d'une modification dans la situation juridique de l'employeur sur l'appréciation de la représentativité syndicale »), et la Revue de droit du travail, n° 4, avril 2014, Chroniques, p. 272 à 276, note Manuela Grévy (« Modification du périmètre de l'entreprise et droit syndical »).*

N° 889

## Syndicat professionnel

Représentativité. - Durée. - Appréciation. - Cycle électoral. - Détermination. - Portée.

La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral.

Il en résulte que dès lors que le tribunal d'instance a retenu qu'une organisation syndicale était représentative au sein d'une entreprise à l'issue des élections qui se sont déroulées dans les différents établissements de la société, il en déduit à bon droit que sa représentativité ne pouvait pas être contestée au motif du transfert des contrats de travail des salariés relevant de l'un des établissements composant l'entreprise.

**Soc. - 19 février 2014.**

REJET

**Arrêt n° 1 :**

N° 13-20.069. - TI Paris 17, 14 juin 2013.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 9, 6 mars 2014, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 547 (« Représentativité syndicale : cession d'un établissement »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 10-11, 10 mars 2014, Actualités, n° 303, p. 481, note Nathalie Dedessus-le-Moustier (« Maintien de la représentativité syndicale*

*en cas de transfert d'entreprise »), cette même revue, n° 17, 28 avril 2014, Jurisprudence, n° 512, p. 850 à 854, note Corinne Metzger (« Précisions sur les conséquences d'une modification dans la situation juridique de l'employeur sur l'appréciation de la représentativité syndicale »), La Semaine juridique, édition sociale, n° 10, 11 mars 2014, Actualités, n° 103, p. 7-8, note Lydie Dauxerre (« La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 11, 13 mars 2014, Actualités, n° 202, p. 17-18, La Semaine juridique, édition sociale, n° 13, 1<sup>er</sup> avril 2014, Jurisprudence, n° 1121, p. 22 à 28, note Emeric Jeansen et Yannick Pagnerre (« La dictature du cycle électoral »), et la Revue de droit du travail, n° 4, avril 2014, Chroniques, p. 272 à 276, note Manuela Grévy (« Modification du périmètre de l'entreprise et droit syndical »).*

**Arrêt n° 2 :**

N° 12-29.354. - TI Paris 17, 27 novembre 2012.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 10, 11 mars 2014, Actualités, n° 103, p. 7-8, note Lydie Dauxerre (« La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 11, 13 mars 2014, Actualités, n° 202, p. 17-18. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 13, 1<sup>er</sup> avril 2014, Jurisprudence, n° 1121, p. 22 à 28, note Emeric Jeansen et Yannick Pagnerre (« La dictature du cycle électoral »), La Semaine juridique, édition générale, n° 17, 28 avril 2014, Jurisprudence, n° 512, p. 850 à 854, note Corinne Metzger (« Précisions sur les conséquences d'une modification dans la situation juridique de l'employeur sur l'appréciation de la représentativité syndicale »), et la Revue de droit du travail, n° 4, avril 2014, Chroniques, p. 272 à 276, note Manuela Grévy (« Modification du périmètre de l'entreprise et droit syndical »).*

N° 890

## Syndicat professionnel

Représentativité. - Durée. - Appréciation. - Cycle électoral. - Détermination. - Portée.

La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral.

Viole les articles L. 2121-1, L. 2122-1, L. 2143-5 et L. 2327-6 du code du travail un tribunal d'instance qui rejette les demandes d'annulation de la désignation par une fédération d'un salarié en qualité de délégué syndical central et de représentant syndical au comité central d'entreprise, alors qu'il avait constaté que, lors des dernières élections professionnelles, cette fédération avait obtenu une audience électorale inférieure à 10 % des suffrages, ce dont il résultait qu'elle n'était pas représentative au sein de l'entreprise, peu important la prise en location-gérance d'autres établissements où ce syndicat avait été reconnu représentatif.

**Soc. - 19 février 2014.**

CASSATION

N° 13-16.750. - TI Lyon, 18 avril 2013.

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 9, 6 mars 2014, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 547 (« Représentativité syndicale : location-gérance d'autres établissements »). Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 10, 11 mars 2014, Actualités, n° 103, p. 7-8, note Lydie Dauxerre (« La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 11, 13 mars 2014, Actualités, n° 202, p. 17-18, La Semaine juridique,*

édition sociale, n° 13, 1<sup>er</sup> avril 2014, *Jurisprudence*, n° 1121, p. 22 à 28, note Emeric Jeansen et Yannick Pagnerre (« La dictature du cycle électoral »), *La Semaine juridique*, édition générale, n° 17, 28 avril 2014, *Jurisprudence*, n° 512, p. 850 à 854, note Corinne Metzger (« Précisions sur les conséquences d'une modification dans la situation juridique de l'employeur sur l'appréciation de la représentativité syndicale »), et *la Revue de droit du travail*, n° 4, avril 2014, *Chroniques*, p. 272 à 276, note Manuela Grévy (« Modification du périmètre de l'entreprise et droit syndical »).

**Note sous Soc., 19 février 2014, commune au n° 887 (pourvoi n° 13-14.608), n° 888 (pourvoi n° 13-17.445), n° 889 (pourvois n° 13-20.069 et n° 12-29.354), et n° 890 (pourvoi n° 13-16.750) ci-dessus**

Dans ces cinq dossiers, la chambre sociale a été amenée à prendre position sur l'influence des changements de la structure même de l'entreprise sur la représentativité syndicale.

Dans le premier dossier (pourvoi n° 13-17.445), une société composée de seize établissements, où une fédération n'était pas représentative faute d'avoir obtenu, lors des dernières élections professionnelles, une audience au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, avait pris en location-gérance vingt-cinq autres établissements provenant du même groupe de sociétés où cette même fédération était représentative. Estimant qu'il y avait lieu de procéder à un nouveau calcul de sa représentativité et qu'en prenant en compte le score électoral qu'elle avait obtenu, au sein de l'ancienne entreprise, dans les vingt-cinq établissements transférés, elle était devenue représentative au niveau central dans la nouvelle entreprise, cette fédération avait désigné un délégué syndical central et un représentant syndical au comité central d'entreprise. Dans le deuxième dossier (pourvoi n° 13-16.750), qui concernait une autre société du même groupe, la situation de fait était similaire.

Dans le troisième dossier (pourvoi n° 13-14.608), les contrats de travail des salariés d'une société avaient été dans leur totalité transférés à une autre société à la suite de la prise en location-gérance par cette dernière du fonds de la première. Le syndicat, qui avait présenté des candidats dans l'une des régions de la société d'accueil et avait été reconnu comme représentatif à l'issue des élections professionnelles qui y avaient été organisées, avait désigné comme représentants syndicaux, sur le fondement des stipulations d'un accord d'entreprise, des salariés qui avaient été transférés, le transfert étant intervenu postérieurement à ces élections.

Les quatrième et cinquième dossiers (pourvois n° 13-20.069 et n° 12-29.354) concernaient une même entreprise, qui avait cédé à une autre société une partie de son activité, les contrats de travail des salariés relevant de l'établissement concerné ayant été transférés. Postérieurement au transfert, un syndicat, qui avait été reconnu représentatif à l'issue des élections qui s'étaient déroulées dans les différents établissements de la société d'origine, avait désigné de nouveaux représentants syndicaux pour remplacer ceux qu'il avait antérieurement désignés et qui avaient quitté l'entreprise à la suite du transfert. L'employeur avait contesté ces désignations, au motif que, pour apprécier la représentativité d'un syndicat, il y avait lieu de prendre en considération les modifications de la configuration de l'entreprise susceptibles de faire perdre à un syndicat l'audience acquise lors des dernières élections et qu'en l'espèce, la cession de l'établissement avait eu pour effet de réduire l'audience du syndicat en deçà du seuil de 10 %.

La chambre sociale devait tenir compte de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (*JOCE*, L. 82/16 du 22 mars 2001), dont l'article 6, § 1, dispose, d'une part, que « si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs

concernés par le transfert subsistent, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant la date du transfert en vertu d'une disposition législative, réglementaire, administrative ou d'un accord, sous réserve que les conditions nécessaires pour la formation de la représentation des travailleurs soient réunies », et, d'autre part, que « si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement ne conserve pas son autonomie, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleurs transférés qui étaient représentés avant le transfert continuent à être convenablement représentés durant la période nécessaire à une nouvelle formation ou désignation de la représentation des travailleurs, conformément à la législation ou pratique nationale ».

Dans les premier et deuxième dossiers, les établissements avaient conservé leur autonomie, et les institutions représentatives du personnel existant avant le transfert avaient été maintenues. Il est apparu toutefois à la chambre que, même lorsque les établissements transférés ne conservent pas leur autonomie au sein du nouvel employeur, les salariés transférés sont « convenablement représentés » par les représentants des travailleurs élus dans les institutions représentatives du nouvel employeur.

Par ailleurs, la chambre sociale avait déjà indiqué qu'elle entendait promouvoir la stabilité de la mesure de la représentativité syndicale pour toute la durée d'un cycle électoral de quatre ans, de façon à permettre l'effectivité de la négociation collective au sein de l'entreprise. C'est ainsi que, par un arrêt du 13 février 2013 (pourvoi n° 12-18.098, *Bull.* 2013, V, n° 42), elle avait décidé que la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, était établie pour toute la durée du cycle électoral et que les résultats obtenus lors d'élections partielles ne pouvaient avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales. De même, s'agissant de la situation d'un syndicat représentatif qui avait, en cours de cycle électoral, perdu 80 % de ses adhérents, dans un arrêt du 14 novembre 2013 (pourvoi n° 12-29.984, *Bull.* 2013, V, n° 268), la chambre avait jugé que si les critères posés par l'article L. 2121-1 du code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat, et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente, ceux relatifs à l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés font l'objet, dans un périmètre donné, d'une appréciation globale pour toute la durée du cycle électoral.

Il aurait été de toute façon particulièrement difficile de trouver un critère clair pour décider à partir de quel changement substantiel de l'entreprise il y aurait lieu à un nouveau calcul de la représentativité syndicale, alors même que l'on sait que, dans les grands groupes de sociétés, les changements de structure au sein du groupe sont très fréquents. Une telle solution aurait pu conduire à la nécessité de recalculer la représentativité syndicale de nombreuses fois au cours du même cycle électoral et de moduler les cas dans lesquels le « re-calcul » devrait s'effectuer selon des critères variables, de nature à susciter un contentieux important.

Les consultations des partenaires sociaux auxquelles le parquet général près la Cour de cassation avait procédé ont montré que, dans leur grande majorité, les organisations syndicales étaient plutôt favorables à la stabilité d'une mesure de la représentativité pour toute la durée d'un cycle électoral.

Dans la troisième affaire, le tribunal avait fait droit à la contestation de l'employeur en se fondant sur une jurisprudence de la chambre sociale du 14 décembre 2011 (pourvoi n° 10-27.441, *Bull.* 2011, V, n° 300) selon laquelle, dès lors que le transfert de contrats de travail en application de l'article L. 1224-1 du code du travail ne porte pas sur une entité susceptible d'emporter maintien des

mandats représentatifs en cours, le score général obtenu par un salarié dans son entreprise d'origine ne permet pas sa désignation en qualité de délégué syndical au sein de sa nouvelle entreprise.

Cependant, plusieurs considérations ont conduit à admettre, en l'espèce, la validité des désignations en qualité de représentant syndical au sein de l'une des régions de l'entreprise d'accueil de salariés dont le contrat de travail avait été transféré :

- en premier lieu, le syndicat avait présenté des candidats aux élections professionnelles organisées au sein de la région considérée et pouvait donc, par suite, se prévaloir des dispositions de l'article L. 2143-3 du code du travail, telles qu'interprétées par la chambre sociale dans ses arrêts du 27 février 2013 (pourvoi n° 12-15.807, *Bull.* 2013, V, n° 65, et pourvoi n° 12-17.221, *Bull.* 2013, V, n° 66), selon lesquels l'obligation de choisir un délégué syndical en priorité parmi les candidats qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés n'a pas pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer du nombre de représentants syndicaux prévu par le code du travail ou les accords collectifs, dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignation, l'organisation syndicale pouvant alors, sur le fondement du second alinéa de l'article L. 2143-3 du code du travail, désigner comme représentant syndical l'un de ses adhérents. Comme dans les arrêts précités du 27 février 2013, étaient en cause des désignations effectuées en vertu d'un accord d'entreprise majorant le nombre de représentants syndicaux ;

- en second lieu, les exigences découlant de l'article 6 précité de la directive du 12 mars 2001 imposaient également une interprétation souple des dispositions nationales, de nature à permettre aux salariés ayant été transférés d'être « *convenablement représentés* », le syndicat représentatif ayant la faculté de choisir ses représentants parmi ces salariés, nonobstant la circonstance qu'ils n'étaient pas encore employés par l'entreprise à la date de leur transfert.

Dans les deux dernières affaires, l'application de la règle selon laquelle la représentativité syndicale est figée au cours du même cycle électoral a conduit la chambre à confirmer la solution adoptée par le tribunal d'instance, qui avait rejeté les contestations de l'employeur dès lors que la cession de l'un de ses établissements ne pouvait, en tout état de cause, remettre en cause la représentativité d'une organisation reconnue à l'issue des opérations électorales.

Au final, il ressort donc de ces décisions que :

- la représentativité étant établie pour la durée du cycle électoral, les opérations de restructuration ou de transfert n'ont pas pour effet de modifier la représentativité des organisations syndicales acquise lors des dernières élections organisées respectivement dans l'entreprise d'origine et dans l'entreprise d'accueil ;

- en revanche, les organisations syndicales représentatives peuvent alors désigner comme délégués syndicaux des salariés qui n'ont pas obtenu un score électoral de 10 % dans l'entreprise où ils sont désignés.

N° 891

## Syndicat professionnel

Union de syndicats. - Union affiliée. - Changement d'affiliation. - Décision. - Contestation. - Dispositions statutaires. - Nécessité. - Détermination. - Portée.

Une cour d'appel décide exactement qu'en l'absence de dispositions statutaires permettant à la confédération de contester la décision de désaffiliation d'un des syndicats affiliés, la demande de la confédération et de la fédération tendant à contester la régularité de la décision de désaffiliation prise par une union syndicale au regard de ses statuts devait être rejetée.

Soc. - 19 février 2014.

REJET

N° 13-10.007. - CA Colmar, 2 novembre 2012.

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Piwnica et Molinié, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

N° 892

## Transports aériens

Personnel. - Personnel navigant professionnel. - Pilote atteint par la limite d'âge légal. - Poursuite de l'activité. - Stage de qualification. - Conditions. - Durée minimale d'affectation avant départ à la retraite. - Discrimination fondée sur l'âge. - Portée.

L'article L. 1132-1 du code du travail interdit qu'un salarié fasse l'objet d'une mesure de discrimination, directe ou indirecte, notamment en matière de formation, de qualification ou de promotion professionnelle, en raison de son âge.

L'article L. 421-9, II, du code de l'aviation civile permet, à certaines conditions médicales et de composition de l'équipage, à un pilote âgé de 60 ans de poursuivre, sur sa demande, son activité de navigant par périodes d'une année jusqu'à l'âge de 65 ans.

Saisie par un pilote s'étant vu refuser par son employeur l'admission à un stage de qualification sur un nouveau type d'avion au motif qu'atteignant prochainement l'âge de 60 ans, il ne pourrait pas satisfaire à la condition de durée minimale d'affectation sur ce nouvel appareil telle qu'imposée par la convention d'entreprise, une cour d'appel statuant en référé, après avoir constaté que l'employeur n'apportait aucun élément faisant apparaître que le refus opposé au salarié était justifié par un objectif légitime, que, notamment, l'argument relatif à la rentabilité de coût de la formation, selon lequel le navigant serait susceptible de ne pas renouveler sa demande de poursuite de son activité ou de ne plus pouvoir assurer des vols pour des raisons médicales, était inopérant et que l'objectif de sécurité publique était assuré par les conditions posées le code de l'aviation civile, a caractérisé une discrimination fondée sur l'âge constitutive d'un trouble manifestement illicite et a décidé des mesures propres à la faire cesser en faisant injonction à l'employeur d'admettre le salarié au stage de qualification auquel il avait postulé.

Soc. - 18 février 2014.

REJET

N° 13-10.294. - CA Paris, 8 novembre 2012.

M. Lacabarats, Pt. - M. Béraud, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Fabiani et Luc-Thaler, Av.

N° 893

## Travail réglementation, contrôle de l'application de la législation

Lutte contre le travail illégal. - Travail dissimulé. - Sanction. - Indemnisation. - Indemnité forfaitaire. - Exclusion. - Fraude du salarié. - Cas. - Production d'un faux titre de séjour lors de l'embauche.

En l'absence de toute faute de l'employeur dans la vérification du titre apparemment régulier d'un salarié originaire d'un pays tiers, dont la fausseté n'est apparue que lors de la demande de confirmation du caractère régulier du titre de séjour après renouvellement, une cour d'appel a pu en déduire que la fraude du salarié constituait une faute grave privative des indemnités de rupture ainsi que du bénéfice de l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 8252-2 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011.

**Soc. - 18 février 2014.**

*REJET*

N° 12-19.214. - CA Paris, 14 mars 2012.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Geerssen, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 4/14, avril 2014, décision n° 359, p. 292-293.*

N° 894

**Travail réglementation,  
santé et sécurité**

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Constitution. - Cadre. - Entreprise dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés. - Détermination. - Portée.

Tout salarié employé par une entreprise dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés doit relever d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Statue dès lors à bon droit le tribunal d'instance qui, ayant constaté qu'une entreprise employait environ mille salariés répartis sur une quarantaine de sites et disposait d'un comité d'entreprise unique, en a exactement déduit que la décision de l'employeur de ne mettre en place de CHSCT que sur l'un de ces sites, le seul employant plus de cinquante salariés, alors que le CHSCT aurait dû couvrir toute l'entreprise, était irrégulière.

**Soc. - 19 février 2014.**

*REJET*

N° 13-12 207. - TI Senlis, 1<sup>er</sup> février 2013.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Finielz, P. Av. Gén. - SCP Boutet, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

**Note sous Soc., 19 février 2014, n° 894 ci-dessus**

La question que la chambre sociale a eu à résoudre portait sur le périmètre d'implantation du CHSCT dans une entreprise dispersée sur plusieurs sites, avec un comité d'entreprise unique.

Dans l'espèce soumise à la chambre sociale, une entreprise employant plus de mille salariés répartis sur plusieurs sites souhaitait n'implanter un CHSCT que dans le seul site sur lequel travaillaient au moins cinquante salariés (en l'occurrence, cent soixante-dix).

Deux thèses s'opposaient :

- celle privilégiant la proximité entre le CHSCT et les salariés, qui concluait à l'implantation du CHSCT sur le seul périmètre des sites employant cinquante salariés et plus et constituant un établissement distinct au sens du CHSCT. La présence sur le terrain des membres du CHSCT était ainsi préservée, mais au profit des seuls salariés du site concerné ; cette analyse pouvait s'appuyer sur le texte de l'article L. 4611-1 du code du travail, qui prévoit qu'« un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est constitué dans tout établissement d'au moins cinquante salariés ». À la différence des autres textes sur l'implantation des institutions représentatives du personnel, le code vise donc ici directement « l'établissement », et non pas le périmètre générique de l'« entreprise », qui peut, selon les cas, correspondre à l'entreprise toute entière ou à l'un de ses établissements ;

- celle privilégiant la possibilité pour tous les salariés de l'entreprise, et pas seulement pour ceux travaillant dans des établissements d'au moins cinquante salariés, de dépendre d'un CHSCT. Cette thèse pouvait s'appuyer sur la jurisprudence de la chambre sociale, qui, au cours des dernières années, a paru considérer que l'établissement distinct au sens de la mise en place du CHSCT était le même que l'établissement distinct au sens de la mise

en place du comité d'établissement ou du comité d'entreprise (voir, notamment, Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 01-60.802, Bull. 2003, V, n° 35).

Dans l'arrêt ici commenté, la chambre sociale opte clairement pour la seconde solution, considérant que, dans une entreprise employant au moins cinquante salariés, tous doivent relever d'un CHSCT. Par conséquent, s'il y a un comité d'entreprise unique, il doit y avoir un CHSCT unique, ou plusieurs CHSCT en fonction des secteurs d'activité, mais couvrant également les salariés de tous les sites. S'il y a plusieurs établissements distincts, les CHSCT doivent être implantés sur les mêmes périmètres que les comités d'établissement, mais tous les salariés des différents établissements doivent relever d'un CHSCT. En l'espèce, la société comprenant plus de mille salariés, tous devaient pouvoir relever d'un CHSCT, et pas seulement les cent soixante-dix salariés employés sur le site le plus important.

N° 895

**Travail temporaire**

Contrat de mission. - Succession de contrats de mission. - Requalification en contrat à durée indéterminée. - Effets. - Indemnités. - Indemnité de requalification. - Versement. - Poursuite de la relation de travail après la fin de la mission. - Absence d'influence. - Détermination.

Selon l'article L. 1251-40 du code du travail, lorsqu'une entreprise utilisatrice a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en méconnaissance des dispositions des articles L. 1251-5 à L. 1251-7, L. 1251-10 à L. 1251-12, L. 1251-30 et L. 1251-35 du code du travail, ce salarié peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission.

Selon l'article L. 1251-41 du même code, lorsque le conseil de prud'hommes, saisi d'une demande de requalification d'un contrat de mission en contrat à durée indéterminée, fait droit à la demande du salarié, il doit lui accorder, à la charge de l'entreprise utilisatrice, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire.

La circonstance que la relation de travail ait été poursuivie après la fin de la mission ou que les parties aient conclu un contrat à durée indéterminée ne prive pas le salarié de l'indemnité spéciale de requalification prévue par ce dernier texte.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui déboute le salarié de sa demande en paiement de l'indemnité de requalification alors que les contrats de mission avait été requalifiés en contrat à durée indéterminée en application de l'article L. 1251-40 du code du travail.

**Soc. - 19 février 2014.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 12-24.929. - CA Colmar, 26 juin 2012.

Mme Goasguen, Pt (f.f.). - Mme Mariette, Rap. - Mme Courcol-Bouchard, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Didier et Pinet, Av.

N° 896

**Vente**

Résolution. - Effets. - Restitution du prix. - Prix. - Détermination.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel, après avoir prononcé la résolution de la vente conclue entre les parties, a retenu que le vendeur était tenu de restituer le prix qu'il avait reçu, sans diminution liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure en résultant.

**1<sup>re</sup> Civ. - 19 février 2014.**

*REJET*

N° 12-15.520. - CA Versailles, 12 janvier 2012.

M. Charruault, Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 9-10, 16 janvier 2014, Actualités, n° 173, p. 14 (« Restitution du prix d'achat d'une voiture dont la vente est résolue »). Voir également cette même revue, n° 11, 13 mars 2014, Études et commentaires, n° 1125, p. 41 à 43, note Jean-Baptiste Seube (« Les restitutions en cas de résolution ou de réhabilitation de la vente »), le Recueil Dalloz,*

*n° 9, 6 mars 2014, Actualité/droit civil, p. 544, note T. Coustet (« Vente (résolution) : restitution du prix sans dépréciation »), cette même revue, n° 10, 13 mars 2014, Études et commentaires, p. 642 à 646, note Sophie Pellet (« Restitutions consécutives à la résolution : à quoi bon ? »), et la Revue Lamy droit civil, n° 114, avril 2014, Actualités, n° 5377, p. 15-16, note Cécile Le Gallou (« Restitution après résolution : une solution générale ? »).*

Les arrêts de la chambre criminelle des 7 janvier 2014 (pourvoi n° 11-84.456), 11 février 2014 (pourvoi n° 13-86.878), 19 février 2014 (pourvois n° 13-81.159 et n° 13-82.065) et 25 février 2014 (pourvois n° 13-87.896, n° 13-87.869, n° 13-84.761, n° 12-88.172, n° 13-85.386, n° 13-81.508 et n° 13-81.554) paraîtront au *Bicc* n° 803, du 1<sup>er</sup> juin 2014.

---

**DÉCISIONS DES COMMISSIONS ET JURIDICTIONS INSTITUÉES  
AUPRÈS DE LA COUR DE CASSATION**

---

COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

N° 897

**Réparation à raison d'une détention**

Préjudice. - Indemnisation. - Conditions. - Détention. - Période de détention subie sous le régime de l'écrou extraditionnel (non).

La détention provisoire subie à l'occasion de poursuites exercées par les autorités judiciaires françaises ouvre seule droit à indemnisation sur le fondement de l'article 149 du code de procédure pénale.

La personne arrêtée en France, à la suite d'une demande d'extradition, puis acquittée par la juridiction de jugement étrangère, ne peut donc solliciter l'indemnisation de la détention subie par elle, en France, sous le régime de l'écrou extraditionnel.

**24 février 2014.**

*REJET*

N° 13-CRD.029. - CA Lyon, 19 juillet 2013.

M. Straehli, Pt. - Mme Vérité, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Meier-Bourdeau, Av.

## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **151,60 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon  
la zone de destination, tarif sur demande

Société : .....

Civilité - Nom - Prénom : .....

Complément de nom : .....

Adresse : .....

Complément d'adresse : .....

Code postal : .....

Ville : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Adresse électronique : .....

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) : .....

Numéro de payeur : .....

Date : ..... Signature : .....

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,  
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

<sup>2</sup> Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2014, frais de port inclus.





191148020-000514

Imprimerie de la Direction de l'information  
légale et administrative, 26, rue Desaix,  
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de  
chambre à la Cour de cassation, directeur du  
service de documentation, d'études et du rapport :  
Daniel Tardif

Reproduction sans autorisation interdite  
-Copyright Service de documentation et d'études

Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur  
le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS



# intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,10 €  
ISSN 0750-3865



Diffusion  
Direction de l'information  
légale et administrative  
Les éditions des *Journaux officiels*  
tél. : 01 40 15 70 10  
[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)