

COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL

Formation continue

thème: **Actualité jurisprudentielle - premier trimestre**

intervenants : **Damien Celice et Thomas Haas**

avocats aux conseils

séance du : 13 avril 2006

Cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec les autres indemnités de rupture

(Thomas Haas)

Par sept arrêts publiés du 12 janvier 2006 (n° 03-44.777, 03-46.800, 04-40.991, 04-41.763, 04-42.159, 04-42.190, 04-43.105), la Chambre sociale a opéré un revirement total de sa jurisprudence relative au cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec les autres indemnités de rupture du contrat de travail.

Je rappelle :

que l'article L. 324-10 du code du travail, introduit par la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991, qualifie de travail dissimulé le fait pour un employeur de se soustraire intentionnellement aux formalités de déclaration préalable à l'embauche, d'établissement des bulletins de paie ou de ne pas mentionner sur le bulletin de paie le nombre d'heures réellement effectuées.

que l'article L. 324-1-1 du même code prévoit qu'en cas de rupture du contrat de travail, le salarié dont le travail a été dissimulé a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

Dans un premier temps, la Chambre sociale considérait que cette indemnité ne pouvait pas se cumuler avec les autres indemnités auxquelles le salarié pouvait prétendre au titre de la rupture de son contrat de travail, de sorte que seule l'indemnisation la plus favorable devait lui être accordée (Soc., 15 octobre 2002, B. n° 312; Soc., 10 juin 2003, B. n° 190; Soc., 6 juillet 2004, B. n° 192).

Cette solution pouvait s'appuyer sur la lettre du texte qui excluait le versement de l'indemnité lorsque l'application d'autres règles légales ou stipulations conventionnelles conduisait à une solution plus favorable au salarié.

Cependant, elle opérait un curieux amalgame entre des indemnités de nature radicalement différentes et il apparaissait finalement illogique de faire dépendre le paiement d'une indemnité pour travail dissimulé du montant d'indemnités présentant un caractère salarial tel que les indemnités compensatrice de préavis et de congés payés.

C'est sans nul doute pour cela que, dans un deuxième temps, la Chambre sociale a fait évoluer sa jurisprudence pour retenir que l'indemnité pour travail dissimulé pouvait se cumuler avec les indemnités compensatrice de préavis, de congés payés sur préavis et de licenciement (Soc., 25 mai 2005, B. n° 181).

Il s'agissait là d'un revirement à durée limitée.

Car, dans un troisième et à ce jour dernier temps de sa valse jurisprudentielle, la Chambre sociale a posé une règle nouvelle : l'indemnité pour travail dissimulé se cumule avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail, à la seule exception de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Ce sont les arrêts du 12 janvier 2006 qui, dans un souci pédagogique, illustre la solution sous tous ces angles en consacrant la possibilité d'un cumul avec les indemnités:

- pour violation de l'ordre des licenciements,
- pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- de requalification,
- compensatrice de préavis,
- de congés payés,
- pour non-respect de la procédure de licenciement.

La tâche du juge s'en trouve simplifiée: il n'a qu'à rechercher si le montant de l'indemnité de licenciement excède six mois de salaire et statuer en conséquence.

Personnellement, la logique de cette solution m'échappe.

En effet, dans la mesure où l'article L. 324-11-1 du code du travail prévoit que l'indemnité pour travail dissimulé est due sous réserve de règles légales ou conventionnelles plus favorables, peut-être était-il nécessaire de conserver une indemnité, n'importe laquelle pouvait faire l'affaire, comme élément de comparaison.

Quoi qu'il en soit, le président Sargos, qui nous avait fait l'honneur d'une visite à notre Ordre, nous a affirmé que cette fois-ci, la jurisprudence était fixée.

Applicabilité directe de la convention OIT n°158 et durée raisonnable de la période pendant laquelle il peut être mis fin au contrat de travail sans préavis

Par un important arrêt du 29 mars 2006 (n° 04-46.499), la Chambre sociale s'est, à sa façon, invitée au débat sur le contrat première embauche.

Elle a :

- d'une part, déclaré d'application directe devant les juridictions nationales les articles 1er, le b) du paragraphe 2, et l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158 du 22 juin 1982 relative à la cessation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur,

- d'autre part, fait application de ce texte en censurant une cour d'appel qui avait, sur son fondement, alloué à un salarié embauché depuis moins de six mois une indemnité de délai-congé qu'aucune disposition légale, conventionnelle ni aucun usage ne lui garantissait.

Sur le premier point, la Chambre sociale a adopté la même solution que le Conseil d'Etat, dans son (très malencontreux) arrêt de section du 19 octobre 2005 sur le contrat « nouvelles embauches ».

Avec plus de réticences peut-être...

En effet, alors que le CE semble avoir admis sans restriction aucune l'applicabilité directe de la Convention OIT, à un point tel que sa solution était sur ce point implicite, la CC a cantonné la portée de sa décision aux seules dispositions qui étaient en litige à savoir celle prévoyant le principe d'un préavis ou d'une indemnité compensatrice (article 11) et celle qui précise que certains travailleurs n'ayant pas une période d'ancienneté requise peuvent être exclus du champ de la convention à condition que cette période ait été fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable.

En adoptant cette solution minimaliste, la CC a sans doute voulu se ménager la possibilité de déclarer que certaines stipulations de la Convention, qu'elles jugeraient trop imprécises, ne sont pas d'application directe devant les juridictions nationales.

Cependant, il est difficile de déceler, à la lecture de la Convention, quelles stipulations pourraient être concernées.

Sur le second point, la Chambre sociale a, sans surprise, jugé raisonnable le délai de six mois pendant lequel le nouveau salarié peut être licencié sans préavis.

Le principal intérêt de la solution n'est donc pas là... mais davantage dans le contrôle opéré par la Cour de cassation sur les dispositions de droit interne qui prévoient déjà (je pense aux CNE) et prévoiront une dérogation aux garanties de la Convention pendant une période supérieure à six mois.

Autrement dit, la CC sera vraisemblablement conduite, dans une échéance rapprochée, à se prononcer sur le caractère raisonnable d'une durée de consolidation de deux ans.

Reste la question de savoir si la période d'ancienneté requise peut être fonction des garanties concernées.

Par exemple: deux ans seraient raisonnables pour l'absence de motivation du licenciement mais pas pour l'absence de préavis.

Cependant, le texte de la Convention ne semble pas inviter à opérer une telle distinction puisqu'elle vise, sans autre précision, les travailleurs « n'ayant pas la période d'ancienneté requise ».

Clauses de non-concurrence - Quelques précisions utiles

Le respect d'une clause de non-concurrence illicite cause nécessairement un préjudice au salarié, dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Soc., 11 janvier 2006, n° 03-46.933).

A noter :

que ce préjudice n'est pas réparé par l'octroi d'une somme symbolique (cf. Soc., 11 mars 1998, B. n° 136),

que ce type de raisonnement tend à se généraliser : cf. non-respect des dispositions relatives à l'indication des critères de l'ordre des licenciements dans les dix jours de la demande du salarié : Soc., 2 février 2006, n° 03-45.443).

Et la solution est la même lorsque, après avoir respecté un temps la clause de non-concurrence illicite, le salarié finit par la violer (Soc., 15 mars 2006, n° 03-45.031).

Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause de non-concurrence ne comportant pas de contrepartie financière (Soc., 25 janvier 2006, n° 04-43.646).

Il appartient à l'employeur, qui s'oppose à la demande en paiement de dommages-intérêts formée au titre d'une clause de non-concurrence illicite, de prouver que le salarié n'a pas respecté la clause de non-concurrence (Soc., 22 mars 2006, n° 04-45.546).

Le visa de cet arrêt éclaire cette solution : outre les textes et principes traditionnels en la matière (L. 120-2 du code du travail et le principe fondamentale du libre exercice d'une activité professionnelle), la Chambre sociale a également visé les articles 1315 et 1147 du code civil.

C'est ce dernier texte qui donne la clé d'interprétation de l'arrêt : la CC se place sur le terrain de la responsabilité contractuelle et impartit à l'employeur de prouver que son cocontractant a manqué à ses obligations, faute de quoi la CNC qui n'a pas été levée doit s'appliquer.