

PROCÉDURE PRUD'HOMALE

Décisions sélectionnées et commentées par Daniel BOULMIER,
Maître de conférences, Institut Régional du Travail, Université Nancy 2 – CERIT-CRDP, EA 138

CONTRARIÉTÉ DE DÉCISIONS – Doctrine de la Cour de cassation – Annulation de la décision contraire.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.), 13 septembre 2005, n° 03-43.361 P

Attendu que la société Diétal a confié à compter du 16 octobre 1995 le nettoyage et l'entretien de ses locaux, jusque là effectués par Mme X..., et une autre salariée, à la société Cosmo, aux droits de laquelle se trouve la société Iss Abilis ; que par lettre du 4 octobre 1995 la société Diétal a notifié à Mme X... qu'à la suite d'une convention passée avec l'attributaire de cette tâche, son contrat de travail était transféré à la société Cosmo qui deviendrait son seul employeur aux mêmes conditions d'ancienneté et de rémunération ; que par lettre du 10 octobre 1995 à son employeur, dont copie a été adressée à la société Cosmo, la salariée a fait connaître son refus d'un tel transfert ; que la société Diétal lui a signifié que le transfert en cause s'effectuant automatiquement en application de l'article L. 122-12 du Code du travail, elle ne ferait plus partie de l'entreprise à compter du 16 octobre 1995 ; que par une lettre du même jour, la société Cosmo a fait connaître à la salariée qu'elle prenait acte de son refus d'intégrer ses services et qu'elle la considérait comme ne faisant plus partie de son personnel à compter du 16 octobre 1995 ;

Sur les deux moyens réunis :

Vu l'article 618 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que statuant par jugement du 9 mars 2000, devenu définitif, le Conseil de prud'hommes de Riom, considérant que le transfert à la société Cosmo par la société Diétal, de la totalité de l'activité de nettoyage des locaux, caractérisait la cession d'une activité stable, organisée, mettant en oeuvre des moyens et tendant à des résultats spécifiques, indépendante de l'activité habituelle de l'entreprise, et portait donc sur une entité économique autonome dont l'activité était poursuivie ou reprise, en a déduit que le dernier employeur de la salariée était, non pas la société Diétal mais la société Cosmo et a débouté en conséquence la salariée de toutes ses demandes dirigées contre la société Diétal ;

Observations :

Il n'est pas banal que Shakespeare et Kafka s'invitent à la Cour de cassation, même si cela arrive de temps à autre et en particulier dans cet arrêt de la Chambre sociale du 13 septembre 2005. Si nombre de lycéens et d'étudiants ont eu à plancher sur l'expression « être ou ne pas être », la Chambre sociale de la Cour de cassation est, dans cet arrêt, confrontée à une expression d'un style fort voisin bien que moins littéraire, « avoir été ou ne pas avoir été ».

Une entreprise métallurgique, la société Diétal, décide de confier le nettoyage et l'entretien de ses locaux à une société sous-traitante, la société Cosmo, à compter du 16 octobre 1995. Le 4 octobre 1995, elle notifie à une salariée, chargée jusqu'alors de ce travail, le transfert de son contrat à la société Cosmo. Par courrier du 10 octobre 1995, la salariée refuse ce transfert.

Son employeur lui signifie qu'en application de l'article L. 122-12 du Code du travail, ce transfert est automatique et qu'elle ne fera donc plus partie de l'entreprise à compter du 16 octobre 1995 ; le même jour la société Cosmo prend acte de son refus d'intégrer ses services et la considère comme ne faisant plus partie de son personnel à compter du 16 octobre 1995.

Attendu que, statuant sur appel d'un second jugement du 13 février 2001 du Conseil de prud'hommes, la Cour d'appel de Riom a, par arrêt du 3 septembre 2002, confirmant la décision attaquée, jugé que la société Diétal, entreprise métallurgique, s'était bornée à confier une tâche particulière de nettoyage des locaux, n'entrant pas dans le cadre de son activité économique, à une entreprise extérieure ; que cette tâche secondaire de nettoyage exécutée par deux employées et ne s'exerçant pas dans un centre autonome d'activité, ne constituait pas à elle seule un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre, qu'elle ne constituait pas une entité économique pour l'application de l'article L. 122-12 du code du travail ; qu'elle en a déduit que le contrat de travail de Mme X... n'avait pas été transféré de plein droit à la société Cosmo, et que du fait du refus de la salariée d'intégrer cette entreprise, celle-ci n'avait pas fait partie des effectifs de la société Cosmo ;

Attendu dès lors que, de leur rapprochement, il résulte tout à la fois que Mme X..., a et n'a pas été la salariée de la société Cosmo, ces décisions dont aucune n'est susceptible d'un recours ordinaire, sont inconciliables ;

Et attendu que dès lors que la seconde décision est conforme à la doctrine de la Cour de cassation, il convient d'annuler la première ;

PAR CES MOTIFS :

Annule, le jugement rendu le 9 mars 2000, par le Conseil de prud'hommes de Riom ;

Remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le Conseil de prud'hommes de Clermont-Ferrand.

(M. Sargos, prés.)

La salariée attrait la société Diétal devant le Conseil de prud'hommes en réclamation de divers chefs de demande. Par jugement du 9 mars 2000, devenu définitif, le Conseil de prud'hommes rejette la totalité des demandes. Le Conseil considère en effet, que le transfert de la totalité de l'activité de nettoyage des locaux caractérisait la cession d'une activité stable, organisée, mettant en œuvre des moyens et tendant à des résultats spécifiques, indépendante de l'activité habituelle de l'entreprise, et portait donc sur une entité économique autonome dont l'activité était poursuivie ou reprise, ce dont il résultait que l'employeur de la salariée était, non pas la société Diétal mais la société Cosmo (*avoir été la salariée de la société Cosmo*).

La salariée s'était alors tournée vers la société Cosmo pour obtenir réparation de sa rupture. La Cour d'appel saisie d'un recours confirme par un arrêt du 3 septembre 2002, le jugement prud'homal en date du 13 février 2001 dont la solution s'est avérée contraire à celle du Conseil de prud'hommes en date du 9 mars 2000. Pour la cour, la société Diétal s'était bornée à confier une tâche particulière de nettoyage des locaux, n'entrant pas dans le cadre de son activité économique, à une entreprise extérieure. Cette tâche secondaire de nettoyage ne s'exerçant pas dans un centre autonome d'activité, ne constituait pas à elle seule un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ; en conséquence elle ne constituait pas une entité économique pour l'application de l'article L. 122-12 C. trav. La Cour d'appel en déduit donc que le contrat de travail n'avait pas été transféré de plein droit à la société Cosmo et, que du fait du refus de la salarié d'intégrer cette société, la salariée n'avait jamais eu pour employeur la société Cosmo (*ne pas avoir été la salariée de la société Cosmo*).

Outre la référence à Shakespeare, il faut bien reconnaître que la confrontation des deux décisions des juges du fond ressort de l'absurde et fait alors par trop penser à Kafka. Fort heureusement, l'article 618 du nouveau Code de procédure civile, cité au visa de l'arrêt, envisage de telles hypothèses de contrariété de décisions. Selon cet article, lorsqu'une telle contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux. Saisie d'un pourvoi sur l'arrêt du 13 février 2001, la Cour de cassation relève bien évidemment la situation de laquelle il ressort que la salariée « a et n'a pas été la salariée de la société Cosmo », et retient que les deux décisions dont aucune n'est susceptible d'un recours ordinaire, sont inconciliables. En application de l'article 618 NCPC, le choix s'offrait donc à la Cour entre annuler une seule décision ou annuler les deux.

Dans un arrêt précédent, statuant également sur une contrariété de deux décisions en matière de transfert d'un contrat de travail, la Cour de cassation ayant observé que de leur rapprochement il ne résultait pas les éléments du débat incontestables d'où déduire que le litige avait été tranché par l'une conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, elle avait décidé de les annuler toutes les deux (1). Dans l'espèce rapportée, confrontant sa doctrine habituelle en matière de transfert d'entreprise aux solutions retenues par les juges successifs, la Cour de cassation retient que la seconde décision y est conforme ; ce qui la conduit à annuler uniquement la première décision, c'est-à-dire le jugement prud'homal du 9 mars 2000.

En replaçant les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement du 9 mars 2000, la Cour de cassation n'en indique pas moins clairement l'analyse qui s'imposera aux juges de renvoi puisqu'elle a précisé que l'arrêt de la Cour d'appel correspondait à sa doctrine. Faute des conditions remplies pour un transfert d'entreprise, seule la société Diétal, qui n'a jamais cessé d'être l'employeur de la salariée, doit être mise en cause dans l'affaire pour répondre du préjudice subi, suite à la rupture injustifiée du contrat de travail qui n'a jamais été transféré.

(1) Cass. soc., 23 mai 1989, n° 85-40.411, *Bull. civ. V*, n° 374. Pour un cas où la solution dépendait de la seule appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation avait annulé

toutes les décisions, Cass. soc., 12 décembre 1990, n° 87-43.832, *Bull. civ. V*, n° 653.

ASTREINTE – Obligation de faire - Liquidation de l'astreinte - Charge de la preuve au débiteur.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.), 14 décembre 2005, n° 04-40.561 P

Attendu que, par arrêt du 26 septembre 1994, rectifié par un second arrêt du 20 février 1995, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a constaté que M. X... avait violé la clause de non-concurrence de son contrat de travail et, avant-dire droit sur l'évaluation du préjudice subi par son ancien employeur, la société MOI Travail temporaire, aux droits de laquelle se trouve la société Adia, a ordonné une expertise ; que la Cour d'appel a, en outre, condamné la société, sous astreinte, à délivrer à M. X... un certificat de travail rectifié ;

Sur le premier moyen, pris d'un défaut de base légale :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'avoir fixé à une certaine somme l'évaluation du préjudice résultant de la violation de la clause de non-concurrence sans avoir tenu compte du fait qu'en l'absence de contrepartie financière, la clause de non-concurrence déclarée licite par arrêt du 26 septembre 1994 eût été déclarée nulle selon la jurisprudence actuelle (Chambre sociale, 10 juillet 2002, bull. n° 239) ;

Mais attendu que la nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale illicite ;

Et attendu qu'ayant constaté que M. X..., engagé comme chef d'agence de la société Interwork travail temporaire, avait détourné des clients ainsi que des travailleurs intérimaires au profit de son nouvel employeur, la Cour d'appel a souverainement évalué le préjudice résultant pour la société Adia des actes de concurrence déloyale de son ancien salarié ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1315 du Code civil ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande reconventionnelle en paiement d'une certaine somme au titre de la liquidation de l'astreinte prononcée par l'arrêt du

26 septembre 1994, l'arrêt attaqué énonce "que la société Adia venant aux droits de la société MOI travail temporaire affirme avoir exécuté l'arrêt, qu'il appartient à celui qui demande la liquidation de l'astreinte de prouver que l'obligation à la charge de son adversaire n'a pas été exécutée ou ne l'a été que tardivement, que, faute pour M. X... de rapporter cette preuve, sa demande doit être rejetée" ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il incombait à la société Adia d'apporter la preuve qu'elle avait exécuté l'obligation de remettre un certificat de travail rectifié au salarié, la Cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande au titre de la liquidation de l'astreinte, l'arrêt rendu le 29 octobre 2003, entre les parties, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

(Mme Mazars, f.f. prés.)

Observations :

Dans un premier arrêt du 26 septembre 1994, rectifié en date du 20 février 1995, une Cour d'appel ayant constaté la violation par le salarié d'une clause de non concurrence, avait, avant dire droit sur l'évaluation du préjudice de l'employeur, ordonné une expertise. Elle avait, dans le même temps, condamné la société sous astreinte à délivrer au salarié un certificat de travail rectifié.

Par un arrêt du 29 octobre 2003, la Cour d'appel condamne le salarié à payer à son ancien employeur une certaine somme en réparation du préjudice subi du fait de ses actes de concurrence déloyale illicite ; le salarié qui avait formé une demande reconventionnelle en liquidation de l'astreinte prononcée en 1994 est débouté au motif que la société avait affirmé avoir rempli son obligation.

Devant la Cour de cassation, le salarié opposait dans son premier moyen, l'illicéité de sa clause de non-concurrence pour défaut de contrepartie pécuniaire (2). Confirmant sa jurisprudence la Cour de cassation rappelle que « la nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale illicite » (3).

Dans son deuxième moyen, qui seul retiendra ici notre attention, le salarié oppose la violation de l'article 1315 du Code civil et reproche à la Cour d'appel d'avoir statué sur simple affirmation de la société.

Selon l'article L. 122-16 du Code du travail, « l'employeur doit, à l'expiration du contrat de travail, délivrer au travailleur un certificat contenant exclusivement la date de son entrée et celle de sa sortie, et la nature de l'emploi ou, le cas échéant, des emplois successivement occupés ainsi que les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus ».

Si le juge prud'homal peut, à tous les stades de l'instance, ordonner sous astreinte la remise d'un certificat de travail qui n'a pas été délivré, il peut également ordonner la rectification d'un certificat de travail non conforme aux prescriptions de l'article L. 122-16 C. trav. précité ; une rectification peut concerner la modification des mentions ne correspondant pas avec la réalité (4) et/ou la suppression de mentions supplémentaires non prévues par l'article L. 122-16 C. trav. (5)

Pour une remise initiale du certificat de travail, la Cour de cassation a depuis longtemps précisé que le certificat de travail est quérable, c'est-à-dire que le salarié doit aller le chercher auprès de son employeur (6). Dans cette hypothèse, il appartient au salarié de prouver qu'il a fait le nécessaire pour réclamer son certificat de travail.

Il en va tout autrement lorsque la remise du certificat de travail – initial ou rectifié – est ordonnée par le juge, sous astreinte ou non ; en l'absence de précision quant aux modalités d'exécution de la décision, le certificat de travail devient alors portable, c'est à l'employeur de le faire parvenir au salarié (7).

(2) Sur cette question v. Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.837, *Bull. civ. V*, n° 239 ; *D.* 2002, J., p. 2491, note Y. Serra.

(3) V. déjà Cass. soc., 28 janvier 2005, n° 02-47.527, *Bull. civ. V*, n° 36 ; *JSL* n° 162-3 ; Cass. soc., 24 mai 2005, n° 03-43.471 ; Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 03-47.504.

(4) Cass. soc., 4 novembre 2003, 01-43.683, *RJS* 01/04, n° 34.

(5) Cass. soc., 4 mars 1992, n° 88-41.01, *Bull. civ. V*, n° 152 ; *JCP* E, 1992, I, 162, obs. Gatumel.

(6) Cass. soc., 17 janvier 1973, n° 72-40.203, *Bull. civ. V*, n° 26 ; *D.* 1973, J., p. 369, note Y. Saint-Jours ; *JCP* E 1973, II, 17544, note Groutel.

(7) Cass. soc., 26 mars 1981, n° 80-40.710, *Bull. civ. V*, n° 265 ; Cass. soc., 17 janvier 1995, n° 91-43.908, *Bull. civ. V*, n° 26 ; *RJS* 4/95, n° 416.

Au cas de l'arrêt rapporté, l'employeur, condamné sous astreinte à remettre le certificat de travail rectifié se devait donc de le remettre au salarié. Or, le salarié affirmant n'avoir jamais reçu ce certificat, il demandait la liquidation de l'astreinte.

Devant la Cour d'appel, la société avait, quant à elle, affirmé avoir rempli son obligation et s'en tenant à cette affirmation, les juges ont alors décidé « *qu'il appartient à celui qui demande la liquidation de l'astreinte de prouver que l'obligation à la charge de son adversaire n'a pas été exécutée ou ne l'a été que tardivement* ». Pour la Cour d'appel il appartenait donc au salarié de prouver qu'il n'avait pas reçu le certificat de travail rectifié.

Cette motivation est censurée par la Haute juridiction au visa de l'article 1315 du Code civil, la Cour d'appel ayant inversé la charge de la preuve. En effet pour la Cour de cassation « *il incombait à la société d'apporter la preuve qu'elle avait exécuté l'obligation de remettre un certificat de travail rectifié au salarié* ».

La solution ici retenue est sans critique, face à une obligation de faire, acte positif, il revient à celui qui doit agir de prouver son action. Cette solution nous semble d'ailleurs cohérente avec la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en la matière.

En effet, dans une affaire une Cour d'appel avait constaté la violation d'une clause de non concurrence et avait en conséquence condamné le salarié sous astreinte à cesser toute démarche concurrentielle. La société ayant agi en liquidation de l'astreinte, avait été déboutée par la Cour d'appel au motif que la société ne rapportait pas la preuve que le salarié avait poursuivi ses actes de concurrence. La Cour de cassation avait alors confirmé cette solution en affirmant « *qu'il appartient au créancier d'une obligation de ne pas faire, demandeur à la liquidation de l'astreinte, de rapporter la preuve de la violation de l'interdiction mise à sa charge* » (8).

L'arrêt du 14 décembre 2005 et l'arrêt du 13 novembre 1990 se complètent utilement en attribuant la charge de la preuve de la violation de l'obligation tantôt au débiteur tantôt au créancier selon que l'on est face à une obligation de faire, obligation de moyens ou face à une obligation de ne pas faire, obligation de résultat. Dans les deux cas cela revient à admettre l'impossibilité d'apporter une preuve négative.

La preuve du respect de l'obligation de faire, commande d'attribuer la charge de la preuve sur le débiteur de l'obligation, sur celui qui doit réaliser l'acte positif et non sur celui qui doit en bénéficier ; la preuve du non-respect de l'obligation de ne pas faire commande d'attribuer la charge de la preuve sur le créancier de l'obligation, sur celui qui pâtira des éventuels actes positifs et non sur celui qui doit s'abstenir de ces actes positifs.

Il suffit donc, pour décider de celui sur qui pèse la charge de la preuve du respect de l'obligation, de retenir la composition des deux couples en présence : obligation de faire/débiteur et obligation de ne pas faire/créancier.

(8) Cass. soc., 13 novembre 1990, n° 87-40.890, Bull. civ. V, n° 547.

MOYEN RELEVÉ D'OFFICE – Moyen nécessairement dans le débat – Principe du contradictoire – Invitation des parties à s'expliquer.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.), 11 mai 2005, n° 03-40916, Bull. civ. V, n° 157

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. X... a été engagé par la Caisse d'épargne Provence-Alpes-Corse selon un contrat de travail à durée déterminée du 28 février 1995, renouvelé par un avenant en date du 10 août 1995 jusqu'au 31 juillet 1996 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, et de demandes en paiement d'indemnités de rupture ;

Attendu que pour accueillir la demande en requalification du contrat de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée, la Cour d'appel a relevé d'office un moyen tiré du caractère insuffisant d'une mention concernant le motif pour lequel le contrat à durée déterminée avait été conclu et estimé que ce moyen étant nécessairement

dans la cause, il n'y avait pas lieu de recueillir les observations des parties ;

Qu'en statuant ainsi, alors que lorsqu'une juridiction décide de relever d'office un moyen, elle est tenue en toute circonstance de respecter le principe de la contradiction en invitant les parties à s'expliquer sur celui-ci, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 novembre 2002, entre les parties, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée.

(M. Sargos, prés.)

Observations :

L'instance prud'homale dirigée contre l'employeur visait à obtenir la requalification d'un CDD en CDI et le paiement d'indemnités de rupture. Pour prononcer la requalification la Cour d'appel avait relevé d'office le moyen tiré du caractère insuffisant d'une mention concernant le motif pour lequel le contrat de travail à durée déterminée avait été conclu. Mais, pour ce faire elle avait considéré que ce moyen était nécessairement dans la cause ce qui, selon elle, la dispensait de recueillir les observations des parties.

La censure est prononcée au visa de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile. Cet article, fondamental en tant que principe directeur du procès, précise que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Sans surprise, la Cour de cassation énonce que « lorsqu'une juridiction décide de relever d'office un moyen, elle est tenue en toutes circonstances de respecter le principe de la contradiction en invitant les parties à s'expliquer sur celui-ci ». On peut donc être étonné d'autant d'imprudences de la part des juges du fond, car depuis les arrêts de la chambre mixte du 10 juillet 1981 (9), la Cour de cassation n'a de cesse de rappeler l'obligation pour le juge d'inviter les parties à faire part de leurs observations lorsqu'il entend relever d'office un moyen de droit, d'ordre public ou non.

On peut toutefois regretter, même si le pourvoi en cassation n'abordait pas directement la question, que la Cour de cassation n'ait pas profité de cet arrêt pour se prononcer sur la formulation utilisée par la Cour d'appel à l'égard du moyen soulevé. La Cour d'appel précise que le moyen tiré de l'insuffisance du motif « est nécessairement dans le débat ». Cette formulation est importante car, si elle ne change rien à l'obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire (voir *infra* le cas de la motivation de la lettre de licenciement), elle ouvre la voie de la cassation lorsque le juge n'a pas relevé d'office un tel moyen.

Si l'on prend l'exemple de la lettre de licenciement, pendant longtemps la Cour de cassation a considéré que le défaut de motivation de la lettre soulevé pour la première fois devant le juge de cassation était irrecevable, ce moyen étant mélangé de fait et de droit (10). Puis, par un revirement de jurisprudence, la Haute juridiction, a précisé que « le moyen tiré du défaut de motivation de la lettre de licenciement est nécessairement dans le débat [...], il appartient donc aux juges de rechercher, au besoin d'office, en respectant le principe du contradictoire, si la lettre de licenciement énonce le ou les motifs du licenciement » (11).

Implicitement la Cour de cassation admet donc que le juge du fond pouvait relever d'office le moyen tiré du caractère insuffisant d'une mention concernant le motif pour lequel le contrat à durée déterminée avait été conclu (12). Il aurait été alors fort intéressant que la Cour de cassation précise davantage sa position quant aux mentions conditionnant la licéité d'un contrat de travail dérogatoire au droit commun, sur le point de savoir si ces mentions obligatoires sont nécessairement dans le débat. En décider ainsi aurait conduit, dans les litiges portant sur une requalification, à faire peser sur le juge du fond l'obligation de relever d'office ces moyens et, à défaut de l'avoir fait, de rendre recevable le pourvoi en cassation reposant sur ces moyens de droits (13).

(9) Ch. mixte, 10 juillet 1981, n° 77-10.745, *Bull. Ch. mixte*, n° 6 ; *RTD civ.* 1981, p. 676, obs. J. Normand.

(10) Cass. soc., 26 janvier 1994, n° 91-43.551, *Bull. civ. V*, n° 29 ; Cass. soc., 21 octobre 1998, n° 96-43.555.

(11) Cass. soc., 26 mai 1999, n° 97-40.803, *Bull. civ. V*, n° 235 ; Cass. soc., 20 novembre 2002, n° 00-41.460.

(12) V. art. 7 NCPC.

(13) Dans son rapport annuel de 1999 (p. 317), la Cour de cassation précise au commentaire de l'arrêt du 26 mai 1999 que « à partir du moment où l'on considère que la motivation de la lettre de licenciement est une condition de fond, que cette lettre fixe les limites du litige et que le juge doit rechercher la cause réelle et sérieuse, celui-ci ne peut s'abstenir de vérifier que la lettre de licenciement est motivée ». Les mêmes considérations devraient être appliquées pour les mentions conditionnant la licéité d'un contrat de travail dérogatoire au droit commun.

APPEL PRINCIPAL – Appel principal limité – Appel incident en réponse – Extension de l'appel principal.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.), 5 juillet 2005, n° 03-44.366 P

Sur le premier moyen :

Vu les articles 549, 550 et 551 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la B.N.P. Paribas a versé à son salarié M. des X... une indemnité de départ en retraite et la somme prévue par une transaction conclue sur la rupture de la

relation de travail; qu'un jugement a annulé la transaction, a condamné la banque à verser au salarié une indemnité de congés payés, une indemnité de licenciement sous déduction de la somme reçue des suites de la transaction annulée et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que l'employeur a relevé de ce jugement un appel

limité à l'indemnité de licenciement et a, le salarié ayant relevé appel incident du chef du montant des dommages-intérêts, demandé l'infirmité de la disposition relative à l'indemnité de congés payés ;

Attendu que pour dire que la BNP Paribas ne pouvait critiquer le jugement au-delà des termes de son appel et qu'elle était en conséquence irrecevable à demander l'infirmité de la disposition la condamnant au paiement d'un solde d'indemnité de congés payés, la Cour d'appel retient que l'appel de cette société était limité à l'indemnité conventionnelle de licenciement et que l'appel incident de M. des X... ne portait que sur l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la limitation de son appel principal n'interdisait pas à la société de former, de la même manière que le sont les demandes incidentes, un appel provoqué par l'appel incident de l'intimé et d'étendre ainsi sa critique du jugement, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu que la Cour est en mesure, en cassant partiellement sans renvoi, de mettre fin à la partie correspondante du litige en appliquant la règle de droit appropriée, comme le prévoit l'article 627 du nouveau Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen, qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a dit que la BNP Paribas n'était pas recevable à demander l'infirmité du jugement du 17 juillet 2001 en ce qu'il l'avait condamnée à verser à M. des X... un solde d'indemnité de congés payés, l'arrêt rendu le 23 avril 2003, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris.

(M. Sargos, prés.)

Observations :

Suite à l'annulation d'une transaction, un employeur est condamné à verser diverses sommes à son salarié. L'employeur interjette appel en le limitant à l'indemnité de licenciement. Le salarié relève alors un appel incident portant sur le montant des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Après cet appel incident, l'employeur demande l'infirmité de sa condamnation portant sur le paiement d'un solde d'indemnité de congés payés.

La Cour d'appel déclare irrecevable cette dernière demande au motif que l'employeur avait limité son appel à l'indemnité de licenciement et que le salarié avait lui-même limité son appel incident à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette décision est censurée au visa des articles 549, 550 et 551 du nouveau Code de procédure civile.

L'article 549 NCPC dispose que l'appel incident peut également émaner, sur l'appel principal ou incident qui le provoque, de toute personne, même non intimée, ayant été partie en première instance. Cet article permet donc à chaque partie de réagir à la réaction de l'autre partie. Lorsque l'appel principal est limité à certains chefs de demande et que l'autre partie n'introduit pas d'appel incident, l'appelant principal est tenu par les limites de son appel. Mais, dès lors que l'adversaire réagit à l'encontre de la voie de recours qui lui est opposée, l'appelant de l'appel principal limité retrouve la liberté d'introduire à son tour un appel incident pour augmenter ses demandes.

L'article 550 NCPC précise que l'appel incident peut être formé, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclos pour agir à titre principal. L'employeur n'était donc plus tenu par le délai applicable à l'appel principal pour former sa demande.

Enfin, selon l'article 551 NCPC, l'appel incident est formé de la même manière que le sont les demandes incidentes. En matière prud'homale, les demandes incidentes peuvent être présentées oralement à l'ouverture des débats, il en va donc de même pour un appel incident. Toutefois, l'impératif est de respecter le principe du contradictoire (14).

Face à l'absence d'appel ou face à un appel limité de l'adversaire, l'autre partie doit donc bien réfléchir lorsqu'elle souhaite interjeter appel ou relever un appel incident, car elle réactivera la possibilité pour l'adversaire d'agir en contestation ou d'élargir le champ de sa contestation devant la Cour d'appel. C'est ce qui est arrivé au salarié dans l'arrêt commenté.

Il faut signaler que la réactivation de l'ouverture des voies de recours existent également en cas d'exécution d'un jugement. Lorsque la partie condamnée exécute sans réserve un jugement non exécutoire elle est réputée y avoir acquiescé (15) et se trouve alors privée de l'exercice des voies de recours (16). Mais si son adversaire relève ensuite régulièrement appel du jugement, il fait perdre tout effet à cet acquiescement et la partie condamnée sera à nouveau admise à exercer les voies de recours (17).

(14) Cass. soc., 30 mars 1994, n° 90-42.380, *Bull. civ. V*, n° 111 ; Cass. soc., 26 mars 2003, n° 01-41.793

(15) Art. 410 NCPC ; Cass. soc., 28 octobre 1997, n° 94-43702 ; Cass. soc., 9 mars 2005, n° 02-46579.

(16) Art. 409 NCPC.

(17) Art. 409 NCPC ; Cass. Soc. 16 novembre 1993, n° 91-44.768, *Bull. civ. V*, n° 267.