

**Cour de cassation
chambre sociale**

N° de pourvoi: 16-15240

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Non publié au bulletin

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Chauvet (conseiller doyen faisant fonction de
président), président

SCP Delamarre et Jehannin, SCP Thouvenin,
Coudray et Grévy, avocat(s)

Cassation

Audience publique du mercredi 7 mars 2018

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu l'ordonnance 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 et dépendances, ensemble, l'article 2 de la loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008, devenu article Lp 111-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Y... a été nommé directeur de l'Office des postes et télécommunication de la Nouvelle-Calédonie (l'OPT), établissement public industriel et commercial (EPIC), par arrêté du 29 novembre 1999 du secrétaire d'Etat à l'industrie, et a signé avec l'OPT le 4 avril 2000 un contrat ayant pour objet "de définir les conditions matérielles de son emploi" ; qu'ayant été déclaré coupable de diverses infractions liées à l'exercice de ses fonctions, il a été suspendu puis démis de celles-ci par arrêtés du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 18 août 2009 et du 12 mars 2013 ; qu'il a, en outre, été licencié pour faute lourde par lettre du 26 avril 2013 ; que par deux jugements du 24 juillet 2014, le tribunal administratif, se déclarant compétent pour juger de la régularité de l'arrêté précité du 12 mars 2013 et de la demande en paiement d'une indemnité, ainsi que de la demande d'annulation du licenciement et du paiement des indemnités à ce titre, a rejeté toutes les demandes ; que le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, président du conseil d'administration de l'OPT, ayant pris des conclusions d'incompétence devant ce tribunal, M. Y... a alors saisi le tribunal du travail le 5 juillet 2013 en contestation de son licenciement ; que par jugement du 24 novembre 2015, celui-ci s'est déclaré compétent pour connaître du présent litige ; que l'OPT a formé contredit de cette décision ;

Attendu que pour se déclarer incompétente et renvoyer les parties à mieux se pourvoir en application de l'article 96 du code de procédure civile, la juridiction, après avoir constaté que seule l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 était applicable, retient que M. Y... n'établissait pas la preuve d'un lien de subordination avec son employeur, que les dispositions de son contrat étaient dérogatoires au code du travail et aux accords interprofessionnels applicables et que, nommé par arrêté ministériel, sans être détaché ni mis à la disposition de l'OPT, il occupait un emploi d'agent public contractuel non subordonné, par nature administratif ;

Attendu cependant qu'il résulte du premier des textes susvisés que sauf dispositions contraires, les principes directeurs du droit du travail, de l'organisation, du fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances ne sont pas applicables aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public et du second que la loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie a étendu cette exclusion aux fonctionnaires détachés auprès de la Nouvelle-Calédonie, d'une province ou d'une commune ou d'un établissement public administratif en Nouvelle-Calédonie ainsi qu'aux personnes occupant certains emplois supérieurs de la Nouvelle-Calédonie, de ses provinces ou de ses communes, sauf pour les personnels non titulaires recrutés avant l'entrée en vigueur de la présente loi du pays ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle ne constatait pas que M. Y... bénéficiait d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public, après avoir retenu que, recruté avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-2 du 13 février 2008, il ne relevait pas de l'exclusion du champ d'application du code du travail de la Nouvelle-Calédonie, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 février 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Nouméa ; 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 de Nouméa, autrement composée ;

Condamne l'Office des postes et télécommunication aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de l'Office des postes et télécommunication et la condamne à payer à M. Y... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du sept mars deux mille dix-huit. MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. Y....

Il est fait grief à la cour d'appel de s'être déclarée incompétente pour connaître du litige opposant M. Y... à l'OPT ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 932-10 du code de l'organisation judiciaire, maintenu en vigueur par l'article 5 de l'ordonnance n° 2006- 673 du 8 juin 2006, dispose que « Le tribunal du travail connaît des différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail entre les

employeurs et les salariés qu'ils emploient » ; que l'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité ; qu'il n'y a contrat de travail lorsqu'une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre, moyennant rémunération ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; qu'aux termes de l'alinéa 5 de l'article 1er de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relatif aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail en Nouvelle-Calédonie, dans sa version applicable lors de la conclusion du contrat entre TOPT et M. Y... le 4 avril 2000, « sauf disposition contraire de la présente ordonnance, elle n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public » ; que ces dispositions ont été modifiées par l'article 1er de la loi de pays n° 2006-3 du 8 février 2006, devenu l'article Lp 111 -3 du code du travail de Nouvelle Calédonie, qui énonce que le code du travail n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou de droit public comme à celles occupant "les emplois supérieurs" notamment de "directeur d'office" et de "directeur d'établissement public de la Nouvelle-Calédonie" ; que l'article 132 de la loi organique 99-209 modifiée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que « Le gouvernement nomme son secrétaire général, ses secrétaires généraux adjoints, les directeurs, directeurs adjoints, chefs de service, chefs de service adjoints, directeurs d'offices, directeurs d'établissements publics de la Nouvelle-Calédonie, et les représentants de la Nouvelle-Calédonie auprès des offices, établissements publics et sociétés. Il met fin à leurs fonctions », emplois pour la plupart exclus du champ d'application du code du travail par l'article Lp 111-3 ; qu'il n'est pas discuté du reste que l'article Lp 111-3 s'applique à l'emploi de directeur général de l'OPT ; que pour autant, l'article 2 de la loi de pays n° 2006-3 du 8 février 2006 prévoit que « les personnels non titulaires visés à l'article 1er recrutés avant l'entrée en vigueur de la présente loi du pays restent soumis aux modalités selon lesquelles ils ont été recrutés jusqu'au terme prévu lors de leur recrutement » ; qu'il se déduit de ces dispositions prises dans leur ensemble que le seul fait que l'article 1er de la loi de pays n° 2006-3 du 8 février 2006 (devenu l'article Lp 111 -3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie) ne s'applique pas à la situation de M. Y... dans la mesure où le recrutement de celui-ci est antérieur à l'applicabilité de cette loi sur le territoire, n'a pas pour conséquence automatique de rendre le tribunal du travail compétent pour juger des conditions et du bien-fondé de sa révocation ; qu'il lui appartient de rapporter la preuve d'une part qu'il exerçait une activité subordonnée, le lien de subordination étant consubstantiel à la notion de "contrat de travail" (preuve positive), d'autre part que, nonobstant l'existence d'un contrat de travail, il ne relevait pas d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public» (preuve négative) ; que M. Y... ne prouve pas qu'il exerçait son activité de directeur général de l'office sous la subordination d'un tiers, dont il recevait des ordres et des directives, qui en contrôlait l'exécution et pouvait sanctionner ses éventuels manquements ; qu'en effet, le seul fait qu'il doive rendre des comptes à un conseil d'administration, tenir compte des orientations définies par le gouvernement et le congrès de la Nouvelle-Calédonie en matière de télécommunication et respecter les règles générales de la comptabilité publique ne suffit pas à caractériser un "lien de subordination" au sens des dispositions rappelées supra ; qu'au demeurant il est aujourd'hui définitivement jugé que M. Y... a été justement révoqué par arrêté n° 2013 - 591/GNC du 12 mars 2013 pris par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, seule autorité compétente pour le sanctionner (jugement TA de Nouméa n°1300171 du 24 juillet 2014) ; que par ailleurs le « contrat » signé le 4 avril 2000, applicable avec effet rétroactif au 1er décembre 1999, n'évoque pas les modalités d'exercice de son emploi (horaires-lieux-responsabilités...) en dehors d'une référence générale à la "réglementation en vigueur" ; qu'il se limite à définir « les conditions matérielles de l'emploi » et à préciser, outre la durée de ses congés, l'attribution d'un véhicule de

fonction et les conditions de prise en charge de ses frais de transport, ainsi que ses « rémunération et avantages sociaux »

selon les modalités suivantes : - rémunération : salaire de base « majoré en fonction du coefficient de majoration en vigueur prévu par la délibération 259 du 27 novembre 22 décembre 1997 modifié

évoluera tous les deux ans à compter du 1er décembre 1999 d'un pourcentage de 4 % jusqu'au 1er décembre 2009. Le contractant bénéficiera des revalorisations de traitement lié à l'augmentation du coefficient de majoration dans les mêmes proportions que la valeur du point de la fonction publique » ; - protection sociale : «... Il bénéficiera des dispositions relatives aux agents de la fonction publique territoriale et notamment en cas de maladie de longue durée, la prise en charge de sa rémunération intégrale durant trois ans... » ; - indemnité de licenciement : « si la résiliation du présent contrat est engagée par l'Office des postes et télécommunications, celui-ci devra verser au cocontractant une indemnité principale de licenciement égale à trois ans de rémunération, auxquels s'ajouteront 3 mois de rémunération complémentaire par année d'ancienneté prenant pour base de départie 1er décembre 1999 » ; qu'il n'est pas contestable que ces dispositions sont toutes dérogatoires au code du travail et aux accords interprofessionnels applicables en Nouvelle-Calédonie, soit en ce qu'elles se réfèrent à des dispositions propres au statut de la fonction publique (majoration salariale, longue maladie), soit en ce qu'elles présentent un caractère extravagant dans le cadre de relations salariées [75 mois de rémunération (plus de 6 ans), quel que soit le motif de rupture dès lors que c'est à l'initiative de l'office, ce qui revient à instaurer de fait une quasi-impossibilité de "licencier"] ; qu'il est constant que M.n Y... a été nommé directeur de l'Office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie par un arrêté du 29 novembre 1999 signé par le secrétaire d'état à l'industrie, le transfert de l'OPT à la Nouvelle-Calédonie n'intervenant, en application des dispositions de l'article 23 de la loi organique du 19 mars 1999, que par le décret n°2002-716 du 2 mai 2002 ; qu'il n'a été ni détaché ni mis à la disposition de cet office ; que M. Y... , recruté par l'État français pour diriger un Etablissement public, demeure soumis aux modalités applicables lors de son recrutement, même si l'autorité de nomination et de révocation a été transférée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre des transferts de compétences prévus par la loi organique ; qu'il occupait par conséquent un emploi d'agent public contractuel non subordonné, par nature administratif ; que c'est du reste ainsi que l'entendait M. Y... qui a d'abord saisi le tribunal administratif de Nouméa de la contestation des conditions de sa révocation et de la rupture du « contrat » du 4 avril 2000 ; que c'est ainsi que l'a jugé le tribunal administratif de Nouméa dans sa décision n° 1300170 du 27 juillet 2014 aujourd'hui définitive, en qualifiant le "contrat" du 04 avril 2000 de « convention de nature administrative » ; qu'il s'en déduit que le litige échappe à la compétence du tribunal du travail et ressortit à celle du juge administratif ;

1/ ALORS QUE le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire ; qu'il ne peut fonder sa décision sur des moyens qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en relevant d'office que M. Y... ne prouvait pas qu'il exerçait son activité de directeur général de l'OPT sous la subordination d'un tiers, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2/ ALORS, AU DEMEURANT, QU' aux termes l'article 1er de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985, est considérée comme salarié toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée ; que pour la détermination de la qualité de salarié, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employé, ni de celui de l'employeur ; que le lien de subordination se caractérise par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; qu'en retenant que M. Y... ne bénéficiait pas

d'un contrat de travail mais occupait un « emploi d'agent public contractuel non subordonné » alors qu'elle avait elle-même constaté qu'il devait « rendre des comptes à un conseil d'administration », qu'il devait « tenir compte des orientations définies par le gouvernement et le congrès de la Nouvelle-Calédonie en matière de télécommunication et respecter les règles générales de la comptabilité publique », que son contrat précisait ses « conditions matérielles d'emploi », « la durée de ses congés » (arrêt, p. 9) ainsi que le versement d'une « indemnité de licenciement » dans l'hypothèse d'une résiliation à l'initiative de l'OPT, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article susvisé ainsi que l'article 7 de la même ordonnance ;

3/ ALORS, EN OUTRE, QU'aux termes de l'article 1er de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985, les dispositions de la présente ordonnance ne portent pas atteinte aux stipulations des contrats individuels de travail plus favorables pour les salariés ; qu'en retenant pour écarter l'existence d'un contrat de travail qu'« il n'est pas contestable que ces dispositions [du contrat] sont toutes dérogatoires au code du travail et aux accords interprofessionnels applicables en Nouvelle-Calédonie » en ce qu'elles prévoyaient un régime plus favorable pour M. Y..., la cour d'appel a violé l'article susvisé ainsi que l'article 7 de la même ordonnance.

4/ ALORS, ENFIN, QU'en retenant que « le litige échappe à la compétence du tribunal du travail et ressortit à celle du juge administratif » alors le tribunal du travail est seul compétent pour connaître des différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les employeurs et les salariés qu'ils emploient, la cour d'appel a violé les dispositions du chapitre Ier du livre III de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985.