

# ETRANGE NATURE DES CONTRATS DITS DE CABINETS

## COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION DU 23 FÉVRIER 2005

*Alain Chirez\* and Alain Moyrand\*\**

"Le non-renouvellement du mandat électif du président de l'assemblée de la collectivité territoriale, laquelle a engagé le salarié, n'est pas un élément objectif imputable à ce dernier, quelle qu'ait été la cause de son engagement". Le licenciement du conseiller, consécutif à la non ré-élection de l'élu sortant, ne repose donc pas sur une cause réelle et sérieuse.

En statuant ainsi, le 23 février 2005, la Cour de Cassation inscrit sa décision dans la ligne avancée de l'objectivation continue de la relation de travail. La cause réelle et sérieuse de licenciement est, aujourd'hui, une cause objective et imputable au salarié. La haute juridiction ne se prive pas, à l'occasion, de censurer les décisions qui légitiment un licenciement pour motif personnel "sans relever l'existence d'éléments objectifs imputables au salarié".<sup>1</sup> Certes, toute subjectivité n'a évidemment pas disparu des rapports de travail: l'employeur – même s'il n'est plus ordinairement "seul juge"- conserve, par exemple, la liberté de choix de ses collaborateurs.<sup>2</sup> Sauf discrimination, il décide aussi de l'opportunité de sanctionner tel ou tel salarié et peut toujours refuser, sauf cas particuliers de plus en plus nombreux, il est vrai, la réintégration d'un salarié indésirable.

La tendance à la stabilité du rapport contractuel<sup>3</sup> se fonde en partie sur cette objectivation de la relation au sein de l'entreprise.

---

\* Professeur à l'Université de la Polynésie Française; Avocat au Barreau de Grasse.

\*\* Maître de Conférences à l'Université de la Polynésie française; Consultant.

1 Cf par exemple Cass Soc 10 déc 1991, D 1992, IR 35.

2 Principe à valeur constitutionnel, décision du 20.08.1988, Droit social 1988 p 759 obs Prétot.

3 Qui n'est pas nouvelle et trouve sa meilleure expression dans l'article L 122-12.

Il reste que tous les contrats de travail ne se ressemblent pas. Il y a des attachements très fortement personnalisés dans certaines relations de travail comme d'ailleurs dans d'autres types de contrat. Tel co-contractant est choisi plutôt que tel autre en fonction de ses qualités propres et de sa personnalité. Certes, la réalité de l'intuitu personae reste à démontrer dans certains types de contrats standardisés de très grandes entreprises, mais la relation personnelle reste, au contraire, essentielle dans certains types de contrats. Les "contrats cabinets" sont de ceux-là. Ils se rapprochent des conventions conclues entre les députés et les assistants parlementaires et relèvent de la même problématique.

L'assistant parlementaire, comme ici le conseiller, relève d'un régime de droit privé ; l'un et l'autre sont engagés sous CDI et cette collaboration prend fin, le plus souvent avec la fin du mandat de l'employeur, l'objet du contrat disparaissant à cette occasion.

La rédaction du contrat de travail des assistants parlementaires comporte une bien singulière "clause de confiance" insistant sur le degré de confiance qui doit exister entre le député et son collaborateur et permettant – de façon complètement *contra legem* – de valider le licenciement de l'assistant devenu indésirable. La perte de confiance qui a pourtant fait long feu depuis longtemps en "droit commun du travail" constitue, ici, un îlot de résistance qui serait submergé au moindre recours.

A vrai dire, en droit interne, des voix s'élèvent pour réclamer l'application sinon du droit public, du moins d'un droit privé plus adapté, supposant "la négociation d'une convention collective de branche, définissant les conditions de travail de l'ensemble des collaborateurs d'élus".<sup>4</sup>

En attendant qu'une telle source soit créée par la concertation, il revient au juge de statuer au cas par cas. La Cour de Cassation vient, par exemple, de juger qu'un élu ne peut licencier un secrétaire parlementaire au motif que celui-ci s'était retiré de la liste que le parlementaire constituait en vue d'élections municipales : par ce retrait, le secrétaire n'avait que qu'user de sa liberté d'opinion.<sup>5</sup>

Cependant, avant de s'interroger sur le sens de la jurisprudence, il faut souligner le fait que si le contentieux relatif à ce contrat d'embauche d'un membre de cabinet avait eu lieu en métropole, le contrat serait de droit public en partant, ce serait aux juridictions administratives de connaître de ce différend.<sup>6</sup> On sait en effet, qu'en vertu des critères jurisprudentiels classiques, toute personne qui travaille pour le compte d'un service public à caractère administratif, est un agent contractuel de droit public, quel que soit son emploi.<sup>7</sup> En revanche, dans les collectivités de Polynésie Française et

---

4 En ce sens, Philippe Rozec "Travail et protection sociale" Ed du juriste, juin 2003 p 4 et svtes et spéc p 6.

5 Cass Soc 28 avril 2006, Sem Soc Lamy 9 mai 2006.

6 CE 18 mai 1994, Mme Mercier, Rec p 243.

7 Tribunal de Commerce 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de Prud'hommes de Lyon, Rec p 535, concl P Martin; AJDA 1996, p 355, chron J-H Stahl et D Chauvaux.

de Nouvelle-Calédonie, en vertu d'une loi spéciale,<sup>8</sup> les personnes employées par l'administration sont liées à celle-ci par des contrats de droit privé, y compris si ces agents sont recrutés en qualité de collaborateurs de cabinet. Il n'est dérogé à cette situation que si l'agent est un fonctionnaire ou est régi par un statut de droit public qui est conféré par délibération des assemblées de ces collectivités.

Par ailleurs, en métropole, non seulement ces collaborateurs de cabinet sont régis par le droit public, mais encore, une réglementation spécifique a précisé leur statut, les modalités de leur rémunération a limité leur effectif.<sup>9</sup> Etant donné que les autorités des collectivités territoriales ne peuvent disposer que de quelques collaborateurs –ainsi dans une région, le Président du Conseil régional peut recruter 5 personnes lorsque la population est inférieure à 500 000 habitants, ceux-ci ont pour tâches essentielles de conseiller l'élu dans les choix qu'il fera, de suivre les affaires politiques au sens étroit du terme, de faire le lien avec l'administration ou les organismes extérieurs, de gérer l'emploi du temps de l'élu, sa communication avec la presse et les médias.

Faute de disposer d'une telle réglementation contraignante, notamment pour limiter les effectifs des contrats cabinet, les collectivités d'outre-mer ont pris l'habitude de conférer le statut de collaborateur de cabinet à des personnels qui n'ont pas nécessairement pour fonction essentielle de conseiller les élus. C'est ainsi que femmes de service, les maîtres d'hôtel, les interprètes, les agents de sécurité, etc, qui devraient relever des services administratifs classiques, ont pu bénéficier de contrats cabinets. Il n'est pas certain que la force de la relation *intuitu personae* soit aussi marquée pour ces personnels là.

C'est sans doute pourquoi la Cour de Cassation a conféré de tels droits à ces agents déconnectant en quelque sorte le sort de l'élu de celui du salarié qu'il a recruté.

L'arrêt analysé invite, en toute hypothèse, le commentateur à s'interroger sur la nature du contrat de cabinets, sur ce que n'est pas ce contrat, mais aussi sur ce qu'il pourrait bien être, pour peu que sa rédaction le permette.

### ***I LE CONTRAT CABINET N'EST PAS UN CDD***

On sait que depuis 1990, le législateur est revenu à la liste limitative des cas de recours au contrat à durée déterminée qui avait été supprimée par l'ordonnance du 11 août 1986. Ce type de contrat ne peut être conclu que pour l'exécution de tâches précises et temporaires. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a enfoncé le clou: "quelque soit son motif", énonce l'article L 121-1 alinéa 1, le CDD ne peut pourvoir directement à un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise. Le conseiller technique qui exerce ses fonctions en prodiguant ses conseils auprès du Président de l'assemblée, fait partie d'un cabinet éminemment attaché à la personne de l'élu. Si l'élu

---

8 Cf loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un Code du travail dans les territoires et territoires associés.

9 Décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987, relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.

n'est pas reconduit dans ses fonctions, le cabinet disparaît. Il reste que le contrat lui-même est conclu entre l'assemblée de la collectivité territoriale et le conseiller. Son emploi est donc bien lié à une activité normale de "l'entreprise", même si ce dernier terme possède une étrange résonance dans ce cas.

On aurait pu concevoir que ce type de contrat s'inscrivît dans la rubrique des CDD dits d'usage. On sait que l'article L 122-1-1, 3° du Code du travail permet la conclusion de ce type de contrat pour pourvoir des postes, pour lesquels, dans certains secteurs d'activités définis par décrets ou par voie de convention, ou d'accord collectif étendus, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Si ces dernières exigences répondent assez bien aux activités électives, le domaine politique ne fait cependant pas partie des secteurs limitativement énumérés par l'article D 121-2 du Code du travail. On aurait pu penser qu'il en irait autrement. Après tout, certains secteurs concernés par les CDD d'usage sont assez voisins de notre contrat particulier, comme les activités de coopération ou d'assistance technique. Il est indéniable aussi que la politique présente des particularités communes avec le spectacle ! Or, ce secteur fait, quant à lui, partie des domaines limitativement énumérés...

Cependant, quand bien même il y aurait inscription sur la liste de ce secteur politique, les choses ne seraient cependant pas simplifiées pour autant. Il est admis que le seul fait qu'un secteur d'activité figure dans la liste dont s'agit ne suffit pas à justifier, pour tous les emplois de ce secteur, le recours à un CDD d'usage. Le juge doit "rechercher si, pour l'emploi concerné, il est effectivement d'usage courant de ne pas recourir" au contrat à durée indéterminée. Dans quatre arrêts du 26 novembre 2003, la Cour de cassation l'a jugé, précisant au passage que "l'existence de l'usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité défini par l'article D 121-2 du Code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu".<sup>10</sup> L'accès à la qualification de CDD semble donc en l'espèce doublement verrouillé par la liste et par l'usage.

Cela ne signifie pas que la matière soit définitivement gelée dans le bloc des CDI car les listes évoluent et les conventions collectives peuvent heureusement surgir ou se renouveler. Quant aux usages, on sait depuis les pénétrantes observations de Boris Starck que, de nos jours, l'élément temps qui était traditionnellement requis pour constituer la coutume, n'est plus véritablement consubstantiel de l'usage. Les usages, peuvent, surtout à l'heure des nouvelles technologies, se créer très vite.<sup>11</sup>

---

10 Cass Soc 26 nov 2003, RJS 1/04/9 et Bull civ V n° 298 p 299; confirmé par l'arrêt Ritz c/ Smilov du 25 mai 2005, Dt soc 2005 p 916, obs Roy-Loustaunau.

11 Selon l'auteur "la répétition des pratiques leur confère un caractère de généralité dans un temps très court, du fait même de leur vitesse de propagation... que le temps soit fonction de la vitesse est une formule que les physiciens accueillent depuis Einstein..."; Boris Starck, à propos des accords de Grenelle, réflexions sur une source informelle de droit, JCP 1970, 1<sup>ère</sup> partie 2363.

Pourtant, plutôt que d'entreprendre ce travail de démiurge consistant à créer des usages et des textes, on peut se demander s'il n'existe pas des techniques plus simples, dans le cadre normalisé et plus serein du CDI pour permettre l'ajustement du contrat à la mesure du temps (souvent compté) du politique qui recrute.

## **II LE CONTRAT CABINET EST UN CDI QUI, CONVENABLEMENT REDIGE, POURRAIT TOUTEFOIS ETRE AFFECTE D'UNE CLAUSE D'INDIVISIBILITE**

La particularité du contrat cabinet tient à l'étroitesse des relations qui unissent l'élu avec son conseiller. La confiance et l'intuitus personae y sont plus marqués qu'ailleurs. Cependant, cette confiance, lorsqu'elle vient à disparaître (c'est souvent le cas avec l'arrivée du nouvel élu) n'est pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. Après avoir longtemps constitué un motif passe partout,<sup>12</sup> la perte de confiance en Droit français du travail ne constitue plus, en soi, aujourd'hui, une cause de licenciement.<sup>13</sup> Elle ne présente plus aujourd'hui "d'efficacité judiciaire". On sait, en revanche, qu'existe toujours en droit allemand, le licenciement dit pour soupçon.<sup>14</sup>

Ce qui compte, ce sont les faits objectivement imputables au salarié concerné.<sup>15</sup>

La Cour de Cassation ne retient pas davantage l'intuitus personae intense qui caractérise la relation pour valider le licenciement, alors même que cet argument fondait dans cette affaire, le pourvoi. Par essence, la relation de travail est une relation intuitu personae, avec des degrés différents d'intensité. Décider autrement que ne l'a fait la Cour de Cassation reviendrait à ruiner tout cet effort d'objectivation évoqué ci-dessus. Il n'y a pas en l'espèce, dit la haute juridiction, d'éléments objectifs imputables au salarié, quelle qu'ait été la cause de son engagement. Entendons par-là que cette confiance toute particulière et que cet intuitus personae intense ne changent rien à l'affaire.

C'est pourquoi on peut douter de l'orthodoxie de certaines décisions rendues par le Tribunal du travail de Papeete lorsqu'il énonce, par exemple, que si la cessation du mandat politique ne saurait constituer un cas de force majeure, elle constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement "parce

---

12 On avait même parlé l'hypertrophie de la notion, cf. sur ce point JC Javillier, *Droit Ouvrier* 1977 p 133.

13 Cass Soc 29 nov 1990, D 1991, 190, arrêt Fertray, notes Pellissier; A Chirez, *La perte de confiance par l'employeur constitue t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement?* DS 1981 p 193 et svtes.

14 Notamment d'appartenance à un parti illégal ou à une association jugée subversive ou plus récemment à la Stasi ; cf sur ce point "Le licenciement pour soupçon en Droit allemand" par Bertram Michel, in étude offerte à Jean Pellissier (Dalloz, 2004) 403 et svtes, et spéc p 412.

15 Cf par exemple à propos d'une mésentente, Cass Soc 27 nov 2001, n° 99-45.163.

qu'il apparaît évidemment que les contrats dits de cabinet reposent notamment sur la confiance des parties ayant le même engagement politique".<sup>16</sup>

Est-ce dire pour autant que le non renouvellement du mandat d'un élu ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement du conseiller? Ce n'est pas si sûr. Tout d'abord, en Polynésie Française, l'article 7 de la délibération 95-129 AT du 24 août 1995 a créé une indivisibilité quasi légale en posant le principe suivant lequel "la durée des fonctions de membre de cabinet est liée à celles du Président ou du Ministre auprès duquel il est placé. Ces fonctions prennent fin au plus tard en même temps que le mandat de l'autorité gouvernementale auprès de laquelle il est placé". Ce texte crée donc ex nihilo, une cause de licenciement, cause apparemment réelle et sérieuse puisque "légale". Une telle cause pourrait bien cependant n'être pas conforme aux principes généraux du droit du travail tant français qu'international, voulant que l'on ne puisse licencier quelqu'un que pour des causes qui lui sont imputables.

On doit pourtant reconnaître que ces principes d'imputabilité connaissent aussi des exceptions.

Le droit du contrat de travail connaît certains contrats dits de couple, qui contiennent des clauses d'indivisibilité. Il s'agit de clauses fréquentes dans les contrats où les prestations du couple salarié sont complémentaires et dans lesquelles il existe souvent une obligation accessoire de logement sur place. Certes, avec ces contrats de gardiennage de copropriété ou d'habitation individuelle, on est loin sociologiquement des contrats qui nous intéressent ici! et pourtant, juridiquement, dans ces contrats inter-dépendants, la Cour de cassation a parfois adopté une attitude assez nuancée. Il faut, a-t-elle jugé dans une décision du 14 octobre 1993,<sup>17</sup> "dans de telles circonstances, tenir compte de l'indivisibilité des engagements souscrits par les conjoints et caractériser l'impossibilité dans laquelle se trouve l'employeur de maintenir le contrat de travail".

La transposition de cette jurisprudence relative aux contrats de couple, au binôme élu-conseiller, ne serait pas si absurde. En l'espèce, la clause serait bien justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché. La fin du mandat pourrait, sans aucune automaticité bien sûr, (le juge devant conserver intact son pouvoir d'appréciation), constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, pour peu que l'on se soit donné la peine de rédiger une clause en ce sens. Car la liberté contractuelle n'est pas morte ! Comme le dit fort justement Monsieur Jeammaud, "le contrat de travail n'en finit pas d'échapper à son déclin". Les contrats peuvent contenir des clauses particulières et non standardisées, pour peu que soient respectés les principes de finalité et de proportionnalité posés par l'article L 120-2 du Code du travail. Or, il ne nous semble pas qu'une clause d'indivisibilité apporterait, en ce cas, une atteinte injustifiée aux droits des personnes et aux libertés. Dans un récent

---

16 Tribunal de Travail de Papeete, ord de référè du 25 juillet 2005 n° 629-118 (il est vrai que le Tribunal de Première Instance de Papeete se fonde aussi sur un motif beaucoup plus solide, tiré de l'article 7 de la délibération du 24 août 1995.

17 Cass Soc 14 oct 1993, RJS 1293 n° 1240, RTD civ 1994 p 592.

arrêt,<sup>18</sup> la Cour de cassation qui ne désavoue pas une telle clause d'indivisibilité confirme seulement le devoir du juge du fond de vérifier si la rupture à une clause réelle et sérieuse. Et, dans cette recherche, "la présence ou l'absence d'une clause d'indivisibilité est un indice non négligeable".<sup>19</sup>

Cette clause pourrait être ainsi conçue : "De convention expresse, les parties s'accordent pour considérer, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, que la fin du mandat du président élu, compte tenu de l'indivisibilité et de l'interdépendance des liens personnels et juridiques l'unissant à son conseiller, et de la nécessaire crédibilité du cabinet remanié, pourra caractériser l'impossibilité dans laquelle se trouve l'employeur de maintenir le contrat de travail".

Compte tenu cependant des principes de proportionnalité et de finalité, cette clause serait soumise au contrôle du juge qui ne manquera pas de juger sa licéité au regard du type d'emploi concerné. Nul doute que la relation de confiance plus prononcée pour certains contrats que pour d'autres, ne justifie un traitement différencié.

Il ne s'agirait évidemment pas d'un « droit de classe » comme auraient pu dire certains idéologues, mais bien plutôt d'une manifestation supplémentaire de l'exigence de précision et du caractère concret du droit du travail, décidément marqué par son appartenance au droit des personnes autant qu'au droit des affaires.

Tous les problèmes ne seraient certes pas résolus pour autant. Du moins, une telle clause ne porterait-elle pas atteinte aux principes posés par la jurisprudence actuelle qui, à chaque fois qu'elle le peut, ne manque pas de dire que telle ou telle circonstance ne constitue pas *en soi* une cause de licenciement. Elle permettrait, en outre, un habillage contractuel sur mesure pour ce type de contrat auquel sied mal le prêt-à-porter.

---

18 Cass Soc 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-45.394, Sem Soc n° 176, 20 oct 2005 p 11.

19 Cass Soc 10 déc 1985 n° 83-40.983.

