

RÉMUNERATION – Salaire minimum – Détermination – Temps de pause rémunéré – Inclusion dans l'assiette – Condition – Pause devant être qualifiée de temps de travail effectif – Défaut – Conséquences (deux espèces) – Exclusion de l'assiette (première espèce) – Infraction pénale (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 13 juillet 2010

Compagnie des fromages et Richesmonts contre I. (pourvois n° 09-42.890 s.)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Caen, 29 mai 2009) que MM. I., D. et A. ont été engagés par la société Compagnie des fromages aux droits de laquelle vient la Compagnie des fromages et Richesmonts, en qualité d'ouvriers de fabrication ; que le 18 janvier 2001, un accord collectif portant sur l'aménagement et la réduction du temps de travail a été conclu dans l'entreprise et a défini notamment en son article 6, le salaire de base ; que le 26 novembre 2004, un avenant à cet accord en a modifié la composition ; que MM. I., D. et A. ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappel de salaires pour non respect du SMIC, pour la période écoulée de juillet 2001 à mai 2006 ;

Attendu que la société la Compagnie des fromages et Richesmonts fait grief aux arrêts de dire que MM. I., D. et A. ont perçu depuis 2001 une rémunération inférieure au SMIC et de faire droit à leurs demandes, alors selon le moyen :

1°/ que doivent être prises en compte dans la comparaison entre le salaire réel et le SMIC les majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire, c'est-à-dire toutes les sommes perçues par un salarié en contrepartie ou à l'occasion de son travail, de sorte que sont seules exclues du calcul du salaire devant être au moins égal au SMIC, outre les versements de nature indemnitaire, les primes liées à une situation ou à une sujétion particulière du salarié envers l'entreprise et les primes dont le versement est aléatoire ; que les primes ou sommes versées de façon uniforme et systématique à tous les salariés constituent des «compléments de salaire de fait» et sont à retenir pour effectuer la comparaison entre le salaire perçu par le salarié et le salaire minimum de croissance ; que tel était le cas de la rémunération des temps de pause prévue par l'accord d'entreprise applicable, devant être versée de façon uniforme et systématique à tous les salariés, proportionnellement à leur temps de travail ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé l'article D. 141-3 recod. D. 3231-6 du Code du travail ensemble l'article 6 de l'accord d'entreprise en date du 18 janvier 2001 et son avenant n° 5 en date du 26 novembre 2004 ;

2°/ que l'article D. 141-3 devenu D.3231-6 du Code du travail prévoit que le salaire horaire à prendre en considération pour vérifier l'application du SMIC est celui qui correspond à une heure de travail effectif, «compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire» ; que sauf à vider ce texte de sa substance, les «majorations» qu'il prévoit ne sauraient constituer, elles aussi, la contrepartie d'un travail effectif déjà rémunéré à ce titre, de sorte qu'en statuant comme ils l'ont fait et en écartant la prise en compte des pauses rémunérées sous le seul prétexte qu'elles

rémunéraient un temps qui n'est pas un temps de travail, les juges du fond ont violé le texte susvisé par fausse interprétation ;

3°/ qu'un accord collectif ne saurait influencer sur les règles d'ordre public qui régissent le SMIC ; qu'en se fondant, pour dire que le salaire horaire à prendre en compte pour le respect du SMIC était le salaire correspondant à du temps de travail effectif à l'exclusion de la rémunération forfaitaire du temps de pause prévue par l'accord d'entreprise en date du 18 janvier 2001 et son avenant en date du 26 novembre 2004, sur le fait que cette rémunération ne remplissait pas les « objectifs annoncés par l'accord », cependant qu'elle devait seulement rechercher si cet élément de rémunération remplissait les conditions légales pour être intégré dans l'assiette du SMIC, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants et a violé par refus d'application l'article D. 141-3 devenu D. 3231-6 du Code du travail ;

4°/ que l'accord d'entreprise en date du 18 janvier 2001 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail prévoyait expressément que la mise en place, en sus du «salaire de base pour taux horaire», des deux compléments constitués par la prime de pause et le complément différentiel RTT, avait pour objet de «maintenir le salaire de base actuel sans augmenter le taux horaire» ; qu'il en résulte que la prime de pause, mise en place au moment du passage de l'entreprise aux 35 heures avait pour objet, au même titre que le «complément différentiel RTT», de permettre le maintien global du niveau de rémunération des salariés à la suite du passage aux 35 heures, ce dont il résultait que cette prime avait nécessairement, eu égard à sa fonction, la nature d'un «complément de salaire» au sens de l'article D. 141-3 devenu D. 3231-6 du Code du travail ; qu'en jugeant du contraire la Cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations au regard du texte précité, ensemble l'article 6 de l'accord d'entreprise en date du 18 janvier 2001 et son avenant n° 5 en date du 26 novembre 2004 ;

Mais attendu que dès lors qu'il n'est pas contesté que pendant les pauses, les salariés n'étaient pas à la disposition de l'employeur de sorte que celles-ci ne constituaient pas du temps de travail effectif, les primes les rémunérant, qui ne sont pas la contrepartie du travail et dont la détermination dépend de facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas, sont exclues du salaire devant être comparé au SMIC ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette les pourvois.

(Mme Collomp, prés. – Mme Wurtz, rapp. – M. Foerst, av. gén. – SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

Deuxième espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Crim.) 15 février 2011
Syndicat CFDT commerces et services du Rhône et a. contre Société Carrefour hypermarchés
(pourvoi n° 10-87.019)

Vu l'article L. 212-4 devenu L. 3121-1 et L. 3121-2 du Code du travail, ensemble les articles D. 141-2, devenu D.3231-5, et D. 141-3 devenu D. 3231-6 dudit Code et l'article 593 du Code de procédure pénale ;

Attendu que, d'une part, il résulte des trois premiers de ces textes que la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles ; que l'employeur ne peut inclure dans le calcul des salaires, afin de les porter au niveau du salaire minimum de croissance, la rémunération spécifique, prévue par une convention ou un accord collectif ou par un contrat de travail, dont peuvent faire l'objet les temps consacrés aux pauses, s'ils ne répondent pas à cette définition ;

Attendu que, d'autre part, selon le quatrième de ces textes, tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux conclusions des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, des pièces de procédure et du procès-verbal de l'inspection du travail, base de la poursuite, qu'à la suite d'un contrôle effectué au sein d'un établissement Carrefour à Givors, la société Carrefour hypermarchés a été poursuivie devant le tribunal de police pour paiement, au cours de l'année 2006, de salaires inférieurs au salaire minimum de croissance (SMIC) sur le fondement de l'article R.154-1 du Code du travail, alors applicable ; qu'il lui était reproché d'avoir intégré dans le calcul du salaire de base de cent soixante-douze salariés la rémunération des temps de pause prévue, à raison de 5% du temps de travail effectif, par la convention collective étendue du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, alors que, selon cette convention collective et l'accord conclu dans l'entreprise, les temps de pause permettaient aux salariés de vaquer librement à des occupations personnelles et que les primes les rémunérant ne pouvaient être incluses dans le salaire à comparer au SMIC ;

que le tribunal de police ayant déclaré la prévention établie et prononcé sur l'action civile, la prévenue et le ministère public ont relevé appel de la décision ;

Attendu que, pour infirmer le jugement, relaxer la prévenue et débouter les parties civiles de leurs demandes, l'arrêt énonce que la rémunération des temps de pause, consistant en une majoration de 5 % du salaire de base, est directement liée à l'exécution du contrat de travail, et qu'étant versée de manière fixe et permanente, elle constitue une rétribution qui est la contrepartie directe du travail, et non un avantage supplémentaire ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les salariés n'étaient pas à la disposition de l'employeur pendant les pauses et qu'il en résultait que la prime rémunérant celles-ci, non reconnues comme du temps de travail effectif, était exclue du salaire devant être comparé au SMIC, la Cour d'appel, qui, de surcroît, n'a pas répondu aux conclusions des parties civiles invoquant le fait que, pour certains membres du personnel, même en incluant le forfait pause au salaire de base, le salaire horaire restait inférieur au minimum légal, a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, l'arrêt susvisé de la Cour d'appel de Lyon, en date du 1^{er} juin 2010, mais en ses seules dispositions civiles, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

Renvoie la cause et les parties devant la Cour d'appel de Dijon, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil.

(M. Louvel, prés. - Mme Guirimand, rapp. - Mme Zientara-Logeay, av. gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

Note.

Des milliers de salariés, notamment de la grande distribution alimentaire, ont saisi les Conseils de prud'hommes pour le paiement d'arriérés de salaires, en l'occurrence des temps de pause. Des inspecteurs et contrôleurs du travail ont dressé des procès-verbaux pour infraction à la réglementation du SMIC dans ces enseignes et des organisations syndicales se sont constituées parties civiles. Des décisions contradictoires ont été rendues par des Conseils de prud'hommes, des Tribunaux de police et des Cours d'appel (1).

La Cour de cassation a statué, en conformité avec sa jurisprudence antérieure, tant au plan civil qu'au plan pénal :

- les temps de pause, lorsqu'ils ne constituent pas du temps de travail effectif et que la convention ou l'accord prévoit leur rémunération, doivent s'ajouter au SMIC (2) ;

(1) Pour un arrêt favorable aux salariés : Versailles, 17 mai 2010, *Auchan* ; pour un arrêt défavorable : Lyon, 1^{er} juin 2010, *Carrefour*, infirmant Tribunal de police de Lyon, 24 octobre

2008, commenté in *Droit Ouvrier*, décembre 2008, 625 n. G. Jacquemet.

(2) Soc., 13 juillet 2010, P+B, ci-dessus première espèce.

- l'infraction pénale est constituée (contravention de 5^e classe de l'article R. 3233-1 du Code du travail - amende d'un montant de 1 500 € à 3 000 € par salarié concerné), le SMIC n'ayant pas été respecté (3).

C'est l'occasion de revisiter plusieurs notions : temps de travail effectif, temps de pause, SMIC et assiette du SMIC.

Selon l'article L 3121-1 du Code du travail, "*la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles*". Ce temps de travail effectif est entièrement comptabilisé pour l'appréciation relative à la durée du travail ; il doit être rémunéré, le cas échéant en heures supplémentaires.

La pause est caractérisée comme « *un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité* » (4). Les temps de pause peuvent-ils être considérés comme du travail effectif ? En particulier, *quid* du temps de pause obligatoire de vingt minutes dès que le temps de travail quotidien atteint six heures (article L. 3121-33 du Code du travail) ?

En principe, la pause n'est pas rémunérée, sauf dispositions contractuelles ou conventionnelles plus favorables et *a fortiori* ne constitue pas du temps de travail effectif (5). Et ce temps n'est pas pris en compte pour l'appréciation de la durée du travail (6). Mais si les critères prévus à l'article L 3121-1 du Code du travail sont remplis, la pause constitue du travail effectif (7) ; elle peut également être assimilée du temps de travail effectif par une stipulation conventionnelle, nonobstant la réunion des critères précités.

Qu'est-ce que le SMIC ? Le salaire minimum interprofessionnel de croissance a succédé, en 1970, au salaire garanti (SMIG) : "*Il assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles : 1) la garantie de leur pouvoir d'achat, 2) une participation au développement économique de la Nation*", selon l'article L. 3231-2 du Code du travail. Il a été "*conçu comme le minimum du salaire en dessous duquel aucun salarié ne peut être payé*" (8).

Pour vérifier si la réglementation relative au SMIC est respectée, il convient d'identifier les éléments de salaire qui sont pris en compte pour son calcul. Car le décret du 23 août 1950 portant fixation du SMIG a considérablement réduit la portée de la garantie de rémunération. Son article 3 précise que "*le salaire horaire à prendre en considération pour l'application du SMIG est celui qui correspond à une heure de travail effectif, compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire, à l'exclusion des sommes versées à titre de remboursement de frais, des majorations pour heures supplémentaires prévues par la loi et, pour la région parisienne, de la prime de transport*". Le texte de 1950 a été repris de manière quasi littérale par l'article D. 141-3 puis par l'article en vigueur actuel D. 3231-6 du Code du travail.

C'est la jurisprudence qui a été amenée à préciser le contenu de la notion des sommes "*ayant le caractère de fait d'un complément de salaire*". Sont pris en compte les compléments qui sont directement liés à la prestation de travail : prime d'objectifs, prime de performance, pourboires... Sont en revanche à exclure les primes qui ne rémunèrent pas directement le travail effectué mais d'autres éléments, tels que la présence effective, l'ancienneté, la pénibilité, les primes de cherté de vie, les primes d'assiduité...

Qu'en est-il des primes rémunérant les temps de pause ? Issu de la directive européenne du 23 novembre 1993 sur la santé et la sécurité en matière d'aménagement du temps de travail (article 4), l'article L. 3121-33 oblige à un temps de pause d'au moins vingt minutes. Son fondement est, à l'évidence, la protection de la santé et de la sécurité des salariés. Ce temps de pause n'est pas la contrepartie de la prestation de travail : sa rémunération n'a donc pas à être intégrée dans le calcul du SMIC. Dans la convention collective nationale des commerces de détail et de gros à prédominance alimentaire, l'article 5-4 prévoyait que "*une pause payée est attribuée à raison de 5% du temps de travail effectif*" (9).

(3) Crim., 15 février 2011, Bull., ci-dessus deuxième espèce ; du même jour, 10-83988, Bull.

(4) Soc., 5 avr. 2006, Bull. civ. V n° 142 ; Soc., 12 oct. 2004, Bull. n° 253, Dr. Ouv. 2005 p. 180, n. A. Johansson ; Soc., 1^{er} avril 2003, Bull. n° 129.

(5) V. l'ouvrage de référence de A. Johansson, *La détermination du temps de travail effectif*, LGDJ, Bibl. de droit social, t. n° 44, 2006, p.185 s.

(6) Soc., 5 avr. 2006 prec.

(7) Soc., 12 oct. 2004, prec. ; CPH Aix, 12 mars 2004, Dr. Ouv. 2004 p. 287 ; A. Johansson, *La détermination du temps de travail effectif*, prec. p. 494 s.

(8) *Le SMIC, une conquête, un combat*, Roland Metz, éditions VO, p. 27.

(9) Début 2008, un accord dans la branche du commerce à prédominance alimentaire ayant prévu que « *la pause est rémunérée à hauteur de 5% de la rémunération du temps de travail effectif, en plus de celui-ci* », le problème se posait pour la période antérieure.

La Chambre sociale de la Cour de cassation énonce : « *dès lors qu'il n'est pas contesté que pendant les pauses, les salariés n'étaient pas à la disposition de l'employeur de sorte que celles-ci ne constituaient pas du temps de travail effectif, les primes les rémunérant, qui ne sont pas la contrepartie du travail et dont la détermination dépend de facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas, sont exclues du salaire devant être comparé au SMIC* » (ci-dessus première espèce).

Cette motivation, retenue pour exclure les primes de pause du calcul du SMIC, a pu prêter à confusion. Sont exclues, selon l'arrêt du 13 juillet 2010, les primes "*qui ne sont pas la contrepartie du travail et dont la détermination dépend de facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas*". Selon Christophe Radé (10) un double critère cumulatif aurait été retenu, "*faisant référence à la cause du versement (ne pas être la contrepartie du travail) et à ses modalités de calcul (dépendant de facteurs généraux)*". Ainsi lorsque les primes de pauses seraient déterminées en fonction de la durée du travail des salariés, elles devraient être intégrées dans la masse prise en compte pour vérifier le respect du SMIC.

Mais la Chambre criminelle n'a pas suivi cette argumentation doctrinale, malgré la présence de l'article précité dans la convention collective des commerces à prédominance alimentaire, et a cassé les arrêts du 1^{er} juin 2010 de la Cour d'appel de Lyon : « *la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles ; que l'employeur ne peut inclure dans le calcul des salaires, afin de les porter au niveau du salaire minimum de croissance, la rémunération spécifique, prévue par une convention ou un accord collectif ou par un contrat de travail, dont peuvent faire l'objet les temps consacrés aux pauses, s'ils ne répondent pas à cette définition* » (deuxième espèce, ci-dessus). La Cour d'appel ayant conclu que les salariés – pendant les pauses – ne sont pas à la disposition de leur employeur, ces pauses ne peuvent pas être du temps de travail effectif et leur paiement ne peut être intégré au SMIC. Pour confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 17 mai 2010, la Chambre criminelle ajoute que les pauses rémunérant un repos obligatoire "*ne correspondent pas à un complément de salaire de fait au sens de l'article D. 3231-6 du Code du travail*" (11). Ouf ! Les caissières des hypermarchés ont gagné et on ne peut que s'en réjouir avec elles, avec leurs organisations syndicales.

On déplore la position du Parquet qui, en général, fait appel des jugements de police qui condamnent les grandes surfaces mais s'abstient courageusement lorsque celles-ci sont relaxées : les Cours de renvoi n'auront plus à juger que sur les intérêts civils, les amendes ayant disparu... par la bienveillance discrétionnaire de certains procureurs.

Mais que de byzantinisme pour des travailleurs – des femmes en grande majorité, à temps partiel contraints pour la plus grande part – déconsidérés par des employeurs aux fortunes colossales. Que de savantes discussions pour en arriver à ce point !

Il n'est pas davantage acceptable que les primes de vacances, de fin d'année, de treizième mois soient « *prises en compte dans la détermination du salaire minimum pour le mois où elles ont été effectivement versées* » (12). Ne devrait-on pas retenir un principe simple, *id est* le SMIC est un revenu-plancher qui ne peut, en aucun cas, être diminué par une prime de quelque nature que ce soit. Comme l'écrivent justement Emmanuel Dockès, Elsa Peskine et Cyril Wolmark, "*un employeur qui rémunère au SMIC rémunère au minimum légal. Il n'accorde aucun supplément à ses salariés et il viole ainsi les règles qui ordonnent le versement de "primes" : toute "prime" est, par définition, un supplément*" (13).

L'éditorialiste du quotidien *Le Monde* résume clairement le sentiment général, dans sa livraison du 18 février 2011 : « *Cette affaire peut paraître anecdotique. Elle est en réalité hautement symbolique. A l'heure où on voit s'envoler, à des niveaux qui frisent l'indécence, les rémunérations et les primes des dirigeants du CAC 40 ou les bonus des traders, il y a encore, en 2011, des entreprises qui ergotent et pinaillent. Il s'agit ici des caissières d'hypermarchés dont les conditions de travail et le stress qu'elles génèrent demeurent pénibles. Près de trente ans après les lois Auroux qui, en 1982, prétendaient moderniser les relations de travail, il y a encore trop de pratiques qui semblent dater du XIX^e siècle* ».

Michel Desrues

(10) Observations sous Soc., 13 juillet 2010, Droit social, novembre 2010, p. 1113-1114.

(11) Crim. 15 févr. 2011, prec.

(12) Soc., 17 septembre 2003, Bull. n° 235.

(13) *Droit du travail*, Hypercours Dalloz 5^e édition, sept. 2010, p. 261-262.