

CONTRAT DE TRAVAIL 1° Temps partiel – Contrat fixant la durée et l’amplitude – Défaut d’horaires – Avenants répétés modifiant la durée mensuelle de travail – Salarié devant se tenir à disposition de l’employeur – Requalification en contrat à temps plein – 2° Accidents de travail – Inaptitude constatée par le médecin du travail – a) Recherche de reclassement – Absence de réalité – b) Consultation des délégués du personnel – Caractère collectif – Nécessité d’une réunion.

EGALITE DE TRAITEMENT Femmes de chambres mise à disposition d’un hôtel par une société de nettoyage – 1° Bénéfice des dispositions conventionnelles – Défaut – Marchandage (oui) – Discrimination indirecte (loi 27 mai 2008) – Femmes d’origine étrangère.

CONSEIL DE PRUD’HOMMES DE PARIS (Commerce) 16 avril 2013

F. t CGT HPE contre SA Française de services groupe

1/ EN FAIT

Madame F. a été engagée par contrat écrit à durée déterminée du 12 avril au 12 juillet 2007 au motif d’accroissement temporaire d’activité, en qualité d’agent de service, par la SA Française de Services Groupe.

Son lieu de travail est sis au Sofitel Paris Bercy.

Ses horaires de travail sont fixés à 3 heures par jour, avec une amplitude horaire de 6 à 21 heures, et sa rémunération brute mensuelle est mentionnée à 429,71 euros.

À compter du 13 juillet 2007, son contrat devient un contrat à durée indéterminée, les autres clauses du contrat initial sont inchangées, hors la rémunération brute mensuelle qui est portée à 443,04 euros.

Vont suivre un nombre important d’avenants à ce contrat, selon le tableau ci-après :

Dates de l’avenant	Dates de l’avenant	Objet	Nombre d’heures
1 ^{er} au 30/12/2007	1 ^{er} décembre 2008	Accroissement temporaire de l’activité lié au taux d’occupation de l’hôtel	80 heures
1 ^{er} au 31 janvier 2008	1 ^{er} janvier 2008	idem	79 heures
1 ^{er} au 31 mars 2008	1 ^{er} mars 2008	idem	145,50 heures
1 ^{er} au 31 août 2008	1 ^{er} août 2008	idem	129,50 heures
1 ^{er} au 31 janvier 2009	1 ^{er} janvier 2009	idem	116 heures
1 ^{er} au 31 mars 2009	1 ^{er} mars 2009	idem	72,50 heures
1 ^{er} au 30 juin 2009	1 ^{er} juin 2009	idem	115 heures
1 ^{er} au 31 juillet 2009	1 ^{er} juillet 2009	idem	110,50 heures
1 ^{er} au 31 août 2009	1 ^{er} août 2009	idem	101,50 heures
1 ^{er} au 30 septembre 2009	1 ^{er} septembre 2009	idem	101 heures
1 ^{er} au 31 octobre 2009	1 ^{er} octobre 2009	idem	119,50 heures
1 ^{er} et 30 novembre 2009	1 ^{er} novembre 2009	idem	79,50 heures
1 ^{er} au 31 décembre 2009	1 ^{er} décembre 2009	idem	79,50 heures
1 ^{er} au 31 janvier 2010	1 ^{er} janvier 2010	idem	105 heures
1 ^{er} au 28 février 2010	1 ^{er} février 2010	idem	104 heures

Un dernier avenant est signé entre les parties le 21 avril 2010, avenant aux termes duquel la durée hebdomadaire de Madame F.. est portée à 25 heures de travail, avec une amplitude de 6 à 23 heures, avec une rémunération brute mensuelle fixée à 980 euros.

La convention collective applicable aux relations contractuelles est celle des entreprises de propreté.

Madame F. a été licenciée pour inaptitude par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 18 octobre 2011.

EN DROIT

A - Sur les rappels de salaire à temps complet

Attendu que le contrat de travail à temps partiel est encadré strictement par les dispositions des articles L. 3123-1 et suivants du Code du travail ;

Attendu qu’aux termes de ces articles :

- le contrat de travail mentionne, entre autres, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine...

- les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir, ainsi que la nature de cette modification,

- les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié,

- les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat,

- toute modification du contrat de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois est notifiée au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu ;

Attendu que, sur l’ensemble des contrats versés aux

débats, il apparaît que seul le nombre d'heures de travail journalier est fixé (3 heures par jour), sans pour autant que soient précisés les horaires de travail, seule une amplitude du temps de travail de Madame F. est indiquée, à savoir de 6 à 21 heures, jusqu'au dernier contrat signé en avril 2010 qui, lui, fixe l'amplitude de travail de 6 à 23 heures ;

Attendu que le défaut d'indication concernant la répartition des trois heures de travail journalier de Madame F., et en fixant une amplitude horaire de 6 à 21 heures, puis de 6 à 23 heures, oblige la salariée à se tenir en permanence à la disposition de son employeur et lui interdit de pouvoir travailler chez un autre employeur pour pouvoir compléter son temps partiel ;

Attendu qu'au surplus, les avenants au contrat de travail ne respectent pas le délai légal de prévenance de 7 jours, puisqu'ils sont établis le premier jour où l'avenant prend effet, ce qui contraignait, là encore, la salariée à se tenir à disposition de son employeur ;

Attendu que le Conseil ne retient pas l'attestation de Madame M., versée aux débats par la défenderesse, dans la mesure où cette dernière ne précise pas depuis quand elle est gouvernante générale sur le site, ni où seraient affichés les plannings des salariés ;

Attendu que la Société Française de Services Groupe fait état de la signature, quasiment chaque mois, d'avenants temporaires pour expliquer la variation importante des horaires de travail d'un mois sur l'autre ;

Attendu que cette pratique de contournement de la législation sur le travail à temps partiel a pour résultat d'empêcher la salariée de pouvoir compléter ses revenus par un autre emploi à temps partiel et l'oblige, de fait, à rester à disposition permanente de son employeur ;

Attendu qu'une telle pratique de contournement est contraire à la législation sur le travail à temps partiel ;

Attendu qu'au vu de ces observations, le Conseil estime que le contrat de travail à temps partiel de Madame F. doit être requalifié en contrat de travail à temps plein ;

En conséquence, le Conseil condamne la SA Française de Services Groupe à verser à Madame F. la somme brute de 18 125,59 euros au titre de rappel de salaires à temps complet, augmentée de celle, brute, de 1 812,56 euros au titre des congés payés afférents.

Attendu que le Conseil condamne l'employeur à adresser à Madame F. les bulletins de paie conformes à la présente décision, sous astreinte de 10 euros par jour de retard, sous quinzaine, à compter de la notification de la présente, et limité à 30 jours ;

Attendu qu'enfin, le Conseil se réserve le droit de liquider cette astreinte, conformément aux dispositions de l'article 35 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

B - Sur le complément de préavis et d'indemnité de licenciement (...)

C - Sur la rupture du contrat de travail

Attendu que la lettre de licenciement fixe les limites du litige ;

Attendu qu'en l'espèce, la lettre est motivée comme suit :

« ...Comme suite à notre entretien du 29/09/11 concernant votre inaptitude au poste de femme de chambre, mais apte à un poste d'agent de services sans manutention supérieure à 5 kg, ni position penchée en avant, ni bras droit en élévation, rendue par l'IPAL en date du 4 et du 22 juillet 2011 :

Nous vous confirmons notre impossibilité de reclassement au poste proposé par notre médecin du travail ;

En effet, comme vous avez pu le constater, il ne figure aucun poste d'agent de services sans manutention supérieure à 5 kg, ni position penchée en avant, ni bras droit en élévation au sein de notre Société ni filiale.

De ce fait, nous sommes obligés de prononcer à votre rencontre votre licenciement pour cause réelle et sérieuse, à savoir :

Inaptitude physique à reprendre votre poste actuel,

Aucun poste sans manutention supérieure à 5 kg, ni position penchée en avant, ni bras droit en élévation... » ;

Attendu que Madame F. a été victime de plusieurs accidents de travail ;

Attendu que, suite à un nouvel accident de travail survenu le 15 juin 2011, le médecin du travail l'a déclarée inapte à son poste de femme de chambre et apte à un poste d'agent de services sans manutention de charge de plus de 5 kg, ni position penchée en avant, ni bras droit en élévation, par avis des 4 et 22 juillet 2011 ;

Attendu que, s'agissant d'une inaptitude dont le fait générateur est un accident de travail, l'employeur est tenu de proposer au salarié un autre emploi approprié à ses capacités, cette proposition prenant en compte l'avis des délégués du personnel, ainsi qu'en dispose l'article L. 1226-10 du Code du travail ;

Attendu que l'avis des délégués du personnel doit être recueilli après la déclaration d'inaptitude et avant toute proposition de reclassement et qu'à défaut, le licenciement ne peut que s'analyser en un licenciement sans cause réelle ni sérieuse ;

Attendu qu'en l'espèce, l'employeur a écrit à deux directeurs et chefs d'établissements et à quatre inspecteurs et chefs de secteur, le 25 juillet 2011, au sujet d'une mesure de reclassement de la salariée inapte ;

Attendu que, sur ces six entités interrogées, trois répondent le même jour, 25 juillet, qu'elles n'ont pas de poste disponible, une ne date pas sa réponse et les deux dernières répondent les 26 et 27 juillet 2011 ;

Attendu que le Conseil estime qu'au vu de la précipitation à répondre à la demande de reclassement, les recherches de reclassement n'ont pas été effectuées de façon sérieuse ;

Attendu que, concernant l'avis des délégués du personnel, l'employeur verse aux débats une lettre datée, elle aussi, du 25 juillet 2011, adressée à « Mesdames et Messieurs les délégués du personnel », lettre rédigée comme suit :

« Mesdames, Messieurs,

Dans le cadre de la gestion des dossiers d'inaptitude, je suis saisi d'une affaire pouvant amener un agent de services de la Française de Services Groupe à être licencié pour inaptitude.

En effet, Mademoiselle F. B. a été déclarée inapte, à l'issue de deux visites médicales par la médecine du travail, à son poste d'agent de services.

L'avis du médecin du travail est le suivant :

« Inapte au poste de femme de chambre (2^{ème} avis), apte à un poste Agent de services sans manutention supérieur à 5 kg, ni position penchée en avant, ni bras droit en élévation ».

Salarié : Mademoiselle F. B.

Poste actuel : Agent de services AS2 B

Date d'ancienneté au 12/04/2007.

La Française de Services Groupe a dans l'obligation d'étudier les possibilités de reclassement.

En votre qualité de délégués du personnel, nous avons besoin de connaître votre avis sur un moyen de reclasser cette personne.

Dans l'attente d'une réponse, recevez mes courtoises salutations... » ;

Attendu que les délégués du personnel répondent, sur la lettre adressée par l'employeur, pour deux d'entre eux, qu'il n'y a pas de poste disponible et, pour le troisième, qu'il n'y a pas de reclassement possible ;

Attendu, d'une part, qu'en cas de consultation des délégués du personnel, l'employeur est tenu de réunir lesdits délégués avec le point du reclassement à l'ordre du jour, avec tous les éléments leur permettant de prendre une décision éclairée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Attendu, d'autre part, que l'employeur est tenu de donner toutes les données relatives à cette information, et, notamment, les postes éventuellement disponibles sur l'ensemble de la Société ;

Attendu, enfin, que cette consultation ne peut avoir lieu qu'après la recherche de poste de reclassement ;

Attendu qu'en l'espèce, les recherches de reclassement sont effectuées le même jour que la lettre adressée aux délégués du personnel pour solliciter leur avis ;

Attendu qu'aucune réunion de délégués du personnel n'a eu lieu ;

Attendu qu'au vu de ces observations, le Conseil estime que l'employeur n'a pas respecté les dispositions de l'article L. 1226-10 du Code du travail et que, de fait, le licenciement de Madame F. est dénué de cause réelle et sérieuse ;

En conséquence de quoi, le Conseil condamne la SA Française de Services Groupe à verser à Madame F. la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

D - Sur les jours fériés et le 13^{ème} mois

Attendu que Madame F. sollicite de percevoir les avantages salariaux dont bénéficient les salariés de l'hôtel dans lequel elle effectue son travail ;

Attendu que, pour étayer sa demande, elle verse aux débats le protocole d'accord de négociation annuelle sur les salaires ;

Attendu qu'elle soutient qu'il y a un marchandage entre la société utilisatrice et la société sous-traitante, marchandage qui porte, notamment, un préjudice pécuniaire à la salariée ;

Attendu que l'employeur indique que cet accord ne concerne pas cette salariée, mais les salariés relevant de la convention collective de l'hôtellerie, et non ceux relevant de la convention collective des entreprises de propreté dont dépend Madame F. ;

Attendu que le marchandage se définit comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne, ou d'éluider l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ainsi qu'en dispose l'article L. 8231-1 du Code du travail, qui, de plus, précise qu'il est interdit ;

Attendu que deux éléments constituent le marchandage : d'une part, le fait matériel de l'opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre, d'autre part, le fait dommageable qui résulte du préjudice causé au salarié par la non-application de stipulations d'un accord collectif ;

Attendu que l'emploi de femme de chambre est un emploi permanent dans l'hôtellerie, notamment l'hôtellerie de luxe ;

Attendu que c'est nécessairement dans un but lucratif que la société utilisatrice fait appel à une entreprise sous-traitante pour occuper les emplois de femmes de chambre, à la place de les embaucher directement ;

Attendu qu'en effet, l'entreprise utilisatrice n'a pas à supporter les charges sociales et financières qu'elle aurait supportées si elle avait elle-même employé cette salariée ;

Attendu que le préjudice créé à Madame F. est caractérisé, dans la mesure où l'accord en cause prévoit, pour les salariés de l'hôtellerie, des compensations financières, en matière de 13^{ème} mois et de jours fériés ;

Attendu qu'au vu de ces observations, il apparaît au Conseil que le marchandage est constitué ;

Attendu qu'au surplus, toute discrimination ou mesure discriminatoire, directe ou indirecte, fondée sur l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, la grossesse, les caractères génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, l'état de santé, le handicap, est prohibée, ainsi qu'en dispose l'article L. 1132-1 du Code du travail ;

Attendu que la loi n° 2008-96 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et transposant en droit français la directive européenne du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement, définit la discrimination indirecte ;

Attendu qu'en effet, l'article 2 de la loi *supra* visée dispose que :

« Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés » ;

Attendu que le recours à la sous-traitance pour le nettoyage des chambres est, du point de vue des règles relatives à la discrimination, une pratique neutre en apparence ;

Mais attendu que cette pratique est constitutive d'une discrimination indirecte au sens de la loi *supra* visée dans la mesure où elle entraîne, pour la population féminine d'origine étrangère que sont les femmes de chambre du sous-traitant, par rapport aux employés de même catégorie de l'hôtel, des désavantages particuliers ;

Attendu que cette pratique du recours à la sous-traitance pour le nettoyage des chambres de l'hôtel n'est pas nécessaire au regard de la loi précitée, pas plus qu'elle ne répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article L. 1133-1 du Code du travail, et qu'enfin elle n'est pas fondée sur la nécessité d'obtenir d'une autre entreprise un savoir-faire ou une technicité que l'hôtel ne serait pas à même de développer ;

Attendu qu'en raison des désavantages particuliers subis, le Conseil constate qu'il existe une discrimination indirecte à l'égard des salariées de la sous-traitance qui sont des femmes d'origine étrangère ;

Attendu qu'il convient, en conséquence, de réparer le préjudice subi par Madame F. du fait de cette discrimination en lui allouant les avantages non servis ;

Attendu qu'ainsi, le Conseil estime qu'il y a lieu d'appliquer l'accord *supra* visé à Madame F. ;

Attendu qu'il ressort de l'article 5 de l'accord qu'à compter du 1^{er} juillet 2003 :

- il est mis en place un treizième mois ;
- qu'en bénéficieront les salariés ayant un an d'ancienneté au 30 juin ou au 31 décembre ;
- que la base de calcul sera le salaire de base ou le salaire garanti de juin et décembre de chaque année ;

Attendu, en conséquence, que le Conseil condamne l'employeur à verser à la salariée la somme brute de 5 444,13 euros au titre du 13^{ème} mois ;

Attendu que l'annexe de l'accord fixe les conditions de paiement des jours fériés, en rappelant les dispositions de l'article 38 de la convention collective des hôtels et restaurants (chaînes) ;

Attendu qu'aux termes de ces stipulations contractuelles, il est dû au salarié 6 jours fériés sur une année en plus des repos hebdomadaires ;

Attendu que Madame F. n'a jamais bénéficié de cet avantage ;

Le Conseil condamne son employeur à lui verser la somme brute de 869,38 euros au titre des jours fériés, augmentée de celle brute de 86,94 euros.

E - Sur le rappel de salaire du 1^{er} septembre au 19 octobre 2011

Attendu que le médecin du travail a prononcé l'inaptitude de Madame F., lors de la seconde visite, le 22 juillet 2011 ;

Attendu que l'article L. 1226 -11 du Code du travail dispose que « lorsqu'à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur lui verse, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail... » ;

Attendu que l'employeur licencie Madame F. par lettre en date du 18 octobre 2011, présentée le 19 du même mois ;

Attendu qu'il n'a pas versé le salaire de Madame F. pour la période courant du 1^{er} septembre au 19 octobre, et ce, en infraction à l'article précité ;

En conséquence, le Conseil le condamne à verser à la salariée la somme brute de 1 994,21 euros à titre de salaire, augmentée de celle brute de 199,42 euros au titre des congés payés afférents.

F - Sur les frais irrépétibles (...)

G - Sur les dommages et intérêts pour le syndicat intervenant

Attendu qu'en application des dispositions de l'article L. 2132-3 du Code du travail, l'Union syndicale CGT du commerce des services et de la distribution de Paris intervient auprès de la salariée pour réclamer des dommages et intérêts, compte tenu du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession par l'entreprise Française de Services Groupe ;

Attendu qu'il résulte des constatations du Conseil qu'un certain nombre de dispositions légales et conventionnelles n'ont pas été respectées par l'employeur, portant nécessairement préjudice à l'intérêt collectif de la profession, et justifiant pleinement l'intervention et la demande du syndicat intervenant dans la cause ;

En conséquence de quoi, le Conseil condamne la Société Française de Services Groupe à verser la somme de 1 000 euros à titre de dommages et intérêts à l'Union syndicale CGT du commerce des services et de la distribution de Paris.

PAR CES MOTIFS

Condamne la SA Française de Services Groupe à payer à Madame B. les sommes suivantes :

5 444,13 euros au titre du 13^{ème} mois, 1 994,21 euros à titre de salaires du 1/09 au 19/10/2011, 199,42 euros au titre des congés payés, 1 264,84 euros au titre de l'indemnité de licenciement, 18 125,59 euros à titre de rappel de salaires à temps complet, 1 812,56 euros au titre des congés payés y afférents, 1 158,46 euros au titre du préavis, 115,85 euros au titre des congés payés y afférents, 869,38 euros au titre des jours fériés, 86,94 euros au titre des congés payés y afférents avec intérêts au taux légal à compter de la réception de la convocation par la partie défenderesse devant le bureau de conciliation jusqu'au jour du paiement, 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive avec intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement jusqu'au jour du paiement

Ordonne la remise des bulletins de paie conformes à la présente décision sous astreinte de 10 euros par jour de retard, sous quinze jours à compter de la notification de

la décision et limité à 30 jours, le Conseil se réservant le droit de liquider l'astreinte

- 800 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile

Déclare recevable la CGT en son intervention et condamne la SA Française de Services Groupe à lui payer le somme de 1 000 euros à titre de dommages et intérêts avec intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement jusqu'au jour du paiement

(Mme Vinet-Larie, prés. - M. Lévy, mand. synd. - M^e Feldman, av.)

Note.

Le présent jugement du Conseil de prud'hommes de Paris est remarquable à plus d'un titre en ce qu'il retient le marchandage et la discrimination indirecte subis par les femmes de chambre employées par une Société de sous-traitance pour nettoyer les chambres d'un hôtel 4 étoiles et entre en voie de condamnation sur les jours fériés et 13^{ème} mois non perçus par les salariées de la sous-traitance.

Il condamne également, après avoir rappelé la violation des règles applicables au travail à temps partiel (1), la pratique des avenants temporaires pour contourner la législation en vigueur en la matière.

1. Sur ce dernier point, pour tenter d'échapper à la requalification inéluctable à temps complet de la relation de travail (1 bis), la Société Française de Services Groupe a fait état de la signature, quasiment chaque mois, d'avenants temporaires.

Cette pratique de contournement de la législation sur le travail à temps partiel est régulièrement condamnée par la Cour de cassation, car elle empêche la salariée de pouvoir compléter ses revenus par un autre temps partiel et l'oblige, de fait, à rester à la disposition permanente de son employeur.

Il s'agit notamment de deux arrêts selon lesquels :

- «... Attendu que, pour rejeter les demandes de la salariée en paiement de rappels de salaire et de congés payés sur le fondement d'une requalification du contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps complet, la Cour d'appel retient que le contrat de travail n'est entaché d'aucune irrégularité et que les avenants, qui avaient pour objet, le premier, de pourvoir au remplacement d'un salarié malade, le second, de faire face à un surcroît de travail pour les fêtes de fin d'année, et le troisième, de remplacer des salariés nommément désignés, ont été conclus, pour une période limitée, dans

le cadre d'une modification temporaire d'un contrat à durée indéterminée à temps partiel ; que les 35 heures à l'accomplissement alors convenu n'ont pas constitué des heures complémentaires accomplies en dehors des conditions fixées par l'article L. 212-14-3 du Code du travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses propres constatations que les heures effectuées par la salariée en exécution des avenants avaient eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail de celle-ci, employée à temps partiel, au niveau de la durée fixée conventionnellement, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ; » (1 ter) ; c'est l'application de l'article L. 212-4-3 devenu, sur ce point, l'article L. 3123-17 du Code du travail ;

- « Mais attendu que les articles L. 3123-14, 4°, L. 3123-17 et L. 3123-18 du Code du travail, qui constituent des dispositions d'ordre public auxquelles il ne peut être dérogé, ont pour objet de limiter le nombre d'heures que peut effectuer un salarié à temps partiel au-delà de cette durée prévue à son contrat ; qu'il en résulte que toutes les heures effectuées au-delà de cette durée, qu'elles soient imposées par l'employeur ou qu'elles soient prévues par avenant au contrat de travail à temps partiel en application d'un accord collectif, sont des heures complémentaires ;

Et attendu que le Conseil de prud'hommes, qui a exactement qualifié toutes les heures effectuées au-delà de la durée du travail inscrite au contrat de la salariée d'heures complémentaires, en a déduit à bon droit que toutes celles qui avaient été effectuées au-delà de la limite d'un dixième de la durée prévue au contrat, devaient supporter la majoration de 25 % prévue à l'article L. 3123-19 du Code du travail ; que le moyen n'est pas fondé ; » (2).

Bien que condamnée, la Société Française de Services Groupe peut remercier le gouvernement. Ses pratiques illégales d'avenants temporaires viennent d'être reprises dans la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 (JO du 16/6/2013) transcrivant l'Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 signé par les confédérations CFDT, CFTC et CGC (2 bis).

L'article 11 de cette loi, qui prétend lutter contre la précarité, modifie, entre autres, les dispositions de l'article L. 3123-25 du Code du travail :

« Une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir la possibilité, par un avenant au contrat

(1) C. Ahumada « Le contrat de travail à temps partiel », RDPS 2011 p.209.

(1 bis) P. Moussy « Variations sur la requalification » Dr. Ouv. 2000 p. 314 ; Ph. Waquet « Les pouvoirs de requalification du juge » Dr. Ouv. 1997 p. 122.

(1 ter) 5 avril 2006, n° 04-43180.

(2) 7 décembre 2010, n° 09-42315.

(2 bis) v. le numéro spécial de la RPDS, Le Code du travail après la loi de sécurisation de l'emploi (2^{ème} partie), juillet 2013 n° 819, spec. p.225-229.

de travail, d'augmenter temporairement la durée du travail prévue par le contrat. Par dérogation au dernier alinéa de l'article L. 3123-17, les heures complémentaires accomplies au-delà de la durée déterminée par l'avenant donnent lieu à une majoration de salaire qui ne peut être inférieure à 25 %.

1° La convention ou l'accord :

1° Détermine le nombre maximal d'avenants pouvant être conclus, **dans la limite de huit par an et par salarié**, en dehors des cas de remplacement d'un salarié absent nommément désigné ;

2° Peut prévoir la majoration salariale des heures effectuées dans le cadre de cet avenant ;

3° Détermine les modalités selon lesquelles les salariés peuvent bénéficier prioritairement des compléments d'heures. »

À noter qu'outre la possibilité de conclure 8 avenants temporaires par an sans précision de durée, le nombre d'avenants temporaires peut être infini en cas de remplacement d'un salarié absent, ce que ne permettait pas la loi jusque-là.

Le législateur invite de fait les employeurs à pratiquer une flexibilité accrue, aux antipodes du temps partiel « choisi » des promoteurs de cette loi.

Cela a fait dire à un bon connaisseur de ces questions qu'en faisant disparaître tout ce qui entrave le recours systématique au temps partiel, le législateur a pris un risque plus grave : celui de la disparition, à terme, du temps complet (3) !

2. S'agissant du marchandage, le Conseil de prud'hommes a fait application de l'article L. 8231-1 du Code du travail : « *Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluider l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit* ».

Il n'est pas discutable que le service de l'hébergement constitue le cœur de métier de l'hôtellerie. Aucune spécificité technique ou technologique n'est apportée par les femmes de chambre de la Société Française de Services Groupe à la Société qui gère l'hôtel Sofiter Paris Bercy (4). D'ailleurs, dans de nombreux hôtels de cette catégorie, les femmes de chambre sont directement salariées de l'hôtel.

Il apparaît donc que le seul but de cette opération de sous-traitance est de permettre de fournir une main-d'œuvre bon marché, flexible, dont le statut collectif est bien inférieur à celui des salariés de la société utilisatrice, qui ont notamment un 13^{ème} mois, des jours fériés en application de la convention collective des HCR (4 bis), des primes spécifiques, des primes d'intéressement et de participation dont le niveau est tiré directement du dumping social subi par les salariés de l'hébergement de la société sous-traitante.

Contrairement au prêt de main-d'œuvre illicite, qui doit répondre à des exigences jurisprudentielles plus importantes, le marchandage est caractérisé par les deux seuls éléments suivants :

- une opération à but lucratif de prêt de main-d'œuvre (et non pas comme pour le prêt de main-d'œuvre illicite, une opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre article L. 8241-1 du Code du travail) ;

- un préjudice subi par le salarié de la sous-traitance en raison de la non-application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail.

C'est dans ce sens que juge régulièrement la Chambre criminelle de la Cour de cassation :

- ainsi, à propos de contrats de prétendue sous-traitance, elle approuve les juges du fond qui ont constaté : « *que ces prêts de main-d'œuvre avaient été effectués à titre onéreux, les juges ajoutent qu'ils ont eu pour effet d'éluider l'application de la législation sociale et de causer un préjudice aux salariés mis à disposition ; qu'ils relèvent que, si ces salariés avaient été employés par les sociétés utilisatrices, ils auraient bénéficié, selon le cas, des conventions collectives du pétrole ou des bureaux d'étude, plus favorables que celles des commerces de gros applicables, à l'époque des faits, au personnel de la société Ipsi ;* » (5) ;

- spécifiquement dans l'hôtellerie, il a été jugé : « *qu'en constatant que les ouvrières en cause n'avaient pas perçu la prime de fin d'année qui leur aurait été donnée si elles avaient été payées comme des salariées de l'hôtellerie, la cour d'appel, abstraction faite de motifs relatifs à la convention collective de l'hôtellerie ou au mode de rémunération forfaitaire des ouvrières, a établi le préjudice causé à ces dernières par l'opération illicite de prêt de main-d'œuvre et, contrairement à ce qui est allégué, a caractérisé cet élément du délit de marchandage ;* » (6).

(3) Karl Ghazi, site Internet union syndicale CGT commerce Paris.

(4) Rapp. Rep. Min. n° 29546 à propos des règles relatives à la sous-traitance, Dr. Ouv. 2001, p. 432.

(4 bis) 5 en 2007 et 2008, 6 à partir de 2009, avenant n° 2 du 5/2/2007 et 6 du 15/12/2009

(5) Cass. Crim. 16 juin 1998, n° 97-80138 ; également Cass. Crim. 23 juin 1987, n° 85-95585 ; Cass. Crim. 20 octobre 1992, n° 91-86835.

(6) Cass. Crim. 10 août 1993, n° 92-85227.

Le délit de marchandage peut donc exister et être sanctionné dans le cadre d'une opération de sous-traitance à but lucratif parfaitement légale. Le texte de l'article L. 8231-1 se suffit à lui-même et ne conditionne pas son application à une opération de prêt de main-d'œuvre illicite.

La Cour de cassation est très soucieuse de l'application de la loi par la reconstitution de la communauté de travail sur un même lieu de travail, et donc de l'égalité de traitement entre salariés de la sous-traitance et de l'entreprise donneuse d'ordres. À propos d'une démonstratrice de grand magasin, elle a jugé que ce travailleur mis à disposition peut être désigné représentant de la section syndicale dans l'entreprise utilisatrice, la loi du 20 août ne restreignant pas cette faculté reconnue auparavant par la jurisprudence (7).

C'est également le sens de la décision de la Cour de cassation concernant l'éligibilité des salariées de la sous-traitance dans une délégation unique du personnel (8) où, là aussi, le juge d'instance avait rajouté une condition au texte qu'il ne comportait pas pour déclarer inéligibles les femmes de chambre de la sous-traitance (9).

De même, ce serait ajouter une condition supplémentaire qui n'existe pas dans l'article L. 8231-1 du Code du travail que d'exiger une opération de prêt de main-d'œuvre illicite pour juger qu'il y a bien marchandage interdit.

3. Pour entrer en voie de condamnation, les juges prud'homaux retiennent également la discrimination indirecte subie par les femmes de chambre d'origine étrangère employées par l'entreprise sous-traitante.

En effet, en application de l'article L. 1132-1 du Code du travail, toute discrimination ou mesure discriminatoire, directe ou indirecte, est prohibée, dès lors qu'elle est faite « *en raison* » de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, de la situation de famille ou de la grossesse, des caractéristiques génétiques, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, des convictions religieuses, de l'apparence physique, du nom de famille, de l'état de santé ou de handicap.

La notion de discrimination indirecte (10), énoncée par l'article 2 de la directive européenne du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement, a été précisée

par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui dispose, en son (article 1^{er} alinéa 2). Le jugement ci-dessus en fait application :

« *Si le recours à la sous-traitance pour le nettoyage des chambres est, du point de vue des règles relatives à la discrimination, une pratique neutre en apparence, elle est cependant constitutive d'une discrimination indirecte, au sens de la loi du 27 mai 2008, dans la mesure où :*

- *d'une part, elle entraîne, pour la population féminine d'origine étrangère que constituent les femmes de chambres du sous-traitant, par rapport aux employés de même catégorie de l'hôtel, des désavantages particuliers ;*

- *d'autre part, cette pratique du recours à la sous-traitance pour le nettoyage des chambres de l'hôtel n'est pas nécessaire au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, ni ne répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article L. 1133-1 du Code du travail. »*

Il apparaît que la pratique du recours à la sous-traitance en matière de nettoyage et rangement des chambres d'un hôtel n'est pas licite, dans la mesure où :

- ce recours n'est pas fondé sur la nécessité d'obtenir d'une autre entreprise un savoir-faire ou une technicité que l'hôtel n'est pas à même de développer dans des délais rapides ;

- ce recours est fondé sur une recherche de baisse des coûts et de souplesse de gestion de la main-d'œuvre ;

- l'activité de femme de chambre est inhérente à l'activité de l'hôtel ;

- de nombreux hôtels embauchent directement leurs femmes de chambres.

Dès lors, en raison des désavantages particuliers subis, il existe une discrimination indirecte à l'égard des salariées de la sous-traitance qui sont des femmes d'origine étrangère qui doit être réparée par la condamnation de la FSG à payer à la salariée les avantages non servis.

Claude Lévy, *défenseur syndical,*
CGT des Hôtels de prestige et économiques

(7) Cass. Soc. 29 février 2012, n° 11-10904, Bull.

(8) Cass. Soc. 5 décembre 2012, n° 12-13828, Bull., Dr. Ouv. mars 2013, p. 217, et nos obs.

(9) TI Paris 2 février 2012, Dr. Ouv. octobre 2012, p. 660, n. Thierry Durand.

(10) M.-T. Lanquetin, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », Droit social juillet-août 2008, p. 778, et du même auteur le fascicule *Discrimination* au répertoire Travail de l'encyclopédie Dalloz.