

Attendu, selon le jugement attaqué (Moulins, 3 juin 2010), que Mme X... et trente-et-un autres salariés de la société Carcoop France, exploitant un magasin Carrefour, contestant que l'employeur puisse inclure dans le calcul du SMIC la rémunération du temps de pause, ont saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement d'un rappel de salaire par suite du non-respect du SMIC ;

Attendu que l'employeur fait grief au jugement de dire qu'il a versé aux salariés une rémunération inférieure au SMIC et de le condamner à leur verser diverses sommes à titre de rappel de salaire, alors, selon le moyen :

1°/ que le SMIC est une norme nationale d'ordre public dont les composantes ne sauraient varier en fonction de la volonté des partenaires sociaux qui restent libres par ailleurs de définir à leur guise les minima de salaire conventionnels ; qu'au terme de l'article D. 3231-6 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 éléments figurant à l'article D. 3231-6, alinéa 2, 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 forfaitaire des temps de pause, devant être versée de façon uniforme et systématique à tous les salariés, proportionnellement à leur temps de travail effectif et indépendamment de la prise d'une pause ; qu'en se fondant sur les données conventionnelles des accords collectifs, le conseil de prud'hommes a violé l'article D. 141-3 recod. D. 3231-6 du Code du travail, ensemble l'article 5-4 de la convention collective du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;

2°/ que l'article D. 141-3 recod. 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 s'assimiler à la contrepartie directe d'un travail effectif par hypothèse déjà rémunéré, de sorte qu'en statuant comme ils l'ont fait et en écartant la rémunération forfaitaire du temps de pause sous le seul prétexte que le temps de pause lui-même ne pouvait être qualifié de « travail effectif », les juges du fond ont violé le texte susvisé par fausse interprétation ;

3°/ qu'aux termes de l'article 5.4 de la convention collective du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, étendue par arrêté du 26 juillet 2002 (JORF 6 août 2002), les salariés disposent d'« une pause payée à raison de 5 % du temps de travail effectif » ; que la rémunération de cette pause, dès lors qu'elle prend la forme d'une majoration de salaire

directement proportionnelle au temps de travail effectif du salarié, lequel influe donc directement sur son montant, doit être considérée comme la contrepartie de ce même travail effectif ; qu'en jugeant du contraire, le Conseil des prud'hommes a violé par fausse interprétation le texte conventionnel précité, ensemble l'article D. 141-3 recod. D. 3231-6 du Code du travail ;

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, sont exclues du salaire devant être comparé au SMIC ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Lacabarats, prés. - Mme, rapp. - M., av. gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.)

#### Note.

La Chambre sociale de la Cour de cassation, par plusieurs arrêts du 21 mars 2012, dont celui reproduit ci-dessus, écarte les prétentions des sociétés du groupe Carrefour à ce que la rémunération des pauses versée à leurs salariés sur un fondement conventionnel soit comprise dans le salaire devant être comparé au SMIC.

C'est l'aboutissement de péripéties dont la prolongation aurait pu être évitée. Le 15 février 2011, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rendait plusieurs arrêts statuant sur l'infraction de paiement de salaires inférieurs au SMIC reprochée à des « grandes surfaces », dont des magasins Carrefour, dont il ressortait que les primes rémunérant les temps de pause ne correspondant pas à un temps de travail effectif étaient exclues du salaire devant être comparé au SMIC (1). Tout semblait dit puisque, comme l'y avait invité son avocat général Mme Zientara dans ses conclusions, la Chambre criminelle avait entendu suivre la position prise antérieurement par la Chambre sociale.

Mais, sans désespérer, le groupe Carrefour a tenté de tirer parti d'une différence de formulation avec l'arrêt de la Chambre sociale du 13 juillet 2010 (1 bis) auquel la Chambre criminelle s'était « ralliée ». La Chambre sociale avait jugé que, dès lors que les pauses 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, est exclue du salaire devant être comparé au SMIC. La

(1) Dont deux arrêts publiés au Bulletin criminel (pourvoi n° 10-83.988, Bull. Crim. n° 27 et pourvoi n° 10-87.019, ibid, n° 28). V. M. Desrues, Dr. Ouv. 2011, p. 384.

(1 bis) Bull. V n° 178, Dr. Ouv. 2011 p. 384.

Chambre criminelle n'avait pas repris la référence aux « *facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas* », que son avocat général tenait pour inutile, et sur la base de laquelle une doctrine minoritaire avait soutenu une interprétation restrictive de l'arrêt (2). Ainsi, les sociétés du groupe Carrefour ont-elles soutenu en substance que la rémunération des pauses, qui prenait la forme d'un complément de salaire équivalent à une majoration de 5 % du salaire de base, était directement proportionnelle au temps de travail effectif du salarié, lequel influait ainsi directement sur son montant.

La confusion était manifeste : Carrefour voulait faire prendre en compte le mode de calcul de la prime alors que seul devait être pris en compte l'objet de cette rémunération, c'est-à-dire le temps de pause (3).

L'obstination de Carrefour a finalement produit des effets bénéfiques. Alors qu'une simple non-admission des pourvois avait pu être envisagée, la Chambre sociale de la Cour de cassation rend un arrêt de principe, dont elle décide la publication au Bulletin civil et, mieux encore, qu'elle commentera dans son Rapport annuel pour l'année 2012. Et la formulation, épurée, ne comporte plus de référence ni à des « *facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas* », ni à la correspondance à un « *complément de salaire de fait au sens de l'article D. 3231-6 du Code du travail* » (4).

Le critère est donc désormais unique, clair, et ne paraît plus laisser de place à des discussions byzantines. Suivant que la pause est ou non un temps de travail effectif, la rémunération versée est comprise ou exclue pour comparer le montant du salaire à celui du SMIC (5).

Les « *affaires Carrefour* » sont-elles terminées ?

Le groupe Carrefour fondait quelque espoir sur la Cour d'appel de Dijon, devant laquelle la Chambre criminelle a renvoyé l'affaire dans laquelle elle a

prononcé une cassation. Mais l'on imagine difficilement, même si cela est théoriquement possible, qu'une Cour d'appel, en présence de la position identique adoptée par les deux chambres de la Cour de cassation susceptibles d'avoir à connaître de la question de l'inclusion ou de l'exclusion de la rémunération des pauses du salaire devant être comparé au SMIC, puisse adopter une position contraire. Et l'on imagine moins encore, si par extraordinaire l'Assemblée plénière de la Cour de cassation venait à être saisie, qu'elle désavoue la solution murie par ses deux chambres compétentes en la matière.

Carrefour a aussi tenté de faire valoir que certains salariés, du fait de leur emploi à temps partiel ou de l'organisation du travail, n'effectueraient pas suffisamment d'heures de service en continu pour que ce service soit interrompu par des pauses, si bien que la rémunération reçue par eux serait une contrepartie du travail effectif. Mais cela n'est pas compatible avec les dispositions conventionnelles applicables, en l'occurrence celles des articles 5.4 et 5.5 de la convention collective du commerce de détail et de gros à dominante alimentaire, qui, notamment, énonce que « *une pause payée est attribuée à raison de 5 % du temps de travail effectif* » et que « *la durée du travail s'entend du travail effectif tel que défini à l'article L. 212-4 du Code du travail* » et « *ne comprend donc pas l'ensemble des pauses* ». C'est donc à une pause payée que les salariés ont droit, et non à une majoration de salaire de 5 % ; autrement dit, ils ont droit à la pause et à la rémunération, si bien que la pause ne peut pas correspondre à un temps de travail effectif.

La Cour de cassation a donc pleinement rempli sa mission unificatrice de l'interprétation de la loi en posant, par les deux chambres concernées, une solution claire et pertinente.

**Jean-Pierre Leduc**, *Avocat honoraire* (6)

(2) Notamment C. Radé, obs. sous Soc. 13 juillet 2010, Droit social 2010, p. 1112 et s.

(3) Quelques juridictions de fond ont, cependant, été abusées.

(4) Référence qui figurait dans l'un des deux arrêts du 15 février 2011 publiés au Bulletin criminel.

(5) Cela vaut pour les minima conventionnels, sauf disposition particulière contraire.

(6) L'auteur de cette note a participé, pour la SCP Lyon-Caen & Thiriez, avocats aux Conseils, à l'élaboration de la défense des salariés devant la Cour de cassation dans l'affaire commentée. Il remercie tout particulièrement M<sup>e</sup> Thomas Lyon-Caen et M<sup>e</sup> Christelle Ravigneaux.