

Salariés de confiance : le retour ?

(à propos des arrêts du 22 juin 2016 concernant les cadres dirigeants)

par Philippe MASSON, collectif Droits et liberté de l'UGICT-CGT

PLAN

I. La notion juridique de cadre dirigeant

- A. Des salariés hors règles
- B. Une première clarification
- C. Pour être cadre dirigeant, il faut diriger

II. Un revirement brutal dans d'étranges circonstances

- A. Faute de logique ou conception dangereuse ?
- B. L'amendement n° 4316

III. Un nouveau découpage catégoriel ?

- A. Les super cadres et les autres
- B. Une tendance européenne
- C. Quel avenir pour les catégories professionnelles ?

Depuis la loi *Aubry II*, le Code du travail définit la notion de « cadres dirigeants », lesquels sont exclus de la législation sur le temps de travail. Face aux contentieux suscités par cette conséquence drastique de l'identification d'un salarié comme cadre dirigeant, la Cour de cassation en a donné une interprétation très restrictive, imposant de vérifier que l'intéressé participait effectivement à la direction de l'entreprise (I). Mais un revirement brutal et soudain a été opéré par les deux arrêts du 22 juin 2016 (1) ici commentés et a trouvé un surprenant écho lors de l'examen parlementaire du projet de loi *El Khomri* (II). La question ne concerne pas qu'une minorité de cadres supérieurs : cette extension d'une catégorie exclue du droit commun du travail s'inscrit dans une stratégie de repositionnement du salariat, en France comme dans d'autres pays de l'Union européenne (III).

I. La notion juridique de cadre dirigeant

L'exclusion de certains salariés de la réglementation du travail est ancienne (A), mais la notion de cadre dirigeant soumis à des règles particulières n'a été définie dans le Code du travail qu'en 2000 (B). Un contentieux relativement important a conduit à une interprétation jurisprudentielle rigoureuse (C).

A. Des salariés hors règles

L'arrêté du 22 septembre 1945, qui donne une définition interprofessionnelle des cadres et des ingénieurs, précise que « ne sont visés ni les directeurs salariés des industries en cause, ni les cadres supérieurs dont la rémunération est essentiellement basée, d'après le contrat, sur le chiffre d'affaires ou la prospérité de l'établissement ». Cette exclusion est logique puisque le système des arrêtés *Parodi-Croizat*, établi en 1945 et 1946, visait à une fixation des salaires

par voie réglementaire, à partir de classifications et de zones géographiques elles aussi décidées par arrêté (2). Elle avait donc comme seule conséquence de ne pas prendre en compte ces personnels dans les grilles de salaire réglementées (3).

Cependant, malgré l'absence de dispositions légales, la jurisprudence a considéré que les règles de contrôle du temps de travail et de paiement des heures supplémentaires s'appliquaient à tous les salariés, cadres compris, « exception faite de certains emplois de cadres supérieurs rémunérés par un forfait ne comportant aucune référence à un horaire quelconque » (4). Ces exceptions étaient strictement délimitées, la Cour de cassation rejetant le principe des « forfaits tous horaires » pour la quasi-totalité des salariés (5).

(1) Cass. Soc. 22 juin 2016. Première espèce : *Société Torregiani*, n° 14-29.246 (publié au bulletin). Deuxième espèce : *Société Cap Boulanger*, n° 14-14.079 (inédit, non reproduit).

(2) Ce système s'accompagnait d'une interdiction de négociation conventionnelle des salaires et d'une obligation d'agrément des accords collectifs. Il a été abandonné avec la promulgation de la loi du 31 janvier 1950, rétablissant la liberté de négociation, y compris des salaires. Sur le contexte et les conséquences de cette période de régulation étatique, voir l'étude de Jean Saglio, parue en 2007 dans le numéro 111 de Travail et Emploi, revue de la Dares, disponible en ligne.

(3) Ainsi la convention nationale du 14 mars 1947, créant le régime de retraite complémentaires AGIRC précise que « le régime est, en outre, obligatoirement applicable aux personnes exerçant des

fonctions de direction non visées par les arrêtés de mise en ordre des salaires » (article 4).

(4) Cass. Crim. 14 décembre 1993, n° 93-81.404 ; Cass. Soc. 21 octobre 1999, n° 97-43.025. Cf. précédemment Cass. Soc. 15 décembre 1971, n° 70-40.505.

(5) « La seule fixation d'une rémunération forfaitaire, sans que soit déterminé le nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération, ne permet pas de caractériser une convention de forfait ». (Cass. Soc. 19 janvier 1999, n° 96-45.626). Cet arrêt a été rendu au moment où se déroulaient des mouvements importants d'ingénieurs contre les « horaires à rallonge » et où, sous l'impulsion de l'Association Villermé, des inspecteurs du travail épinglaient quelques grandes entreprises pour travail dissimulé.

B. Une première clarification

La loi du 19 janvier 2000, dite *Aubry II* a introduit pour la première fois la notion de « *cadre dirigeant* » dans le Code du travail. Selon l'article L. 212-15-1, 2^{ème} phrase, créé par la loi et devenu L. 3111-2, alinéa 2 lors de la recodification de 2008 : « *Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement* ».

Cette définition s'inscrivait dans un séquençage de la catégorie des cadres (6), instituant plusieurs régimes en matière de durée et d'aménagement du temps de travail :

- les cadres dirigeants sont exclus de toutes les dispositions concernant la durée du travail, son aménagement (y compris les heures supplémentaires ou repos compensateurs), les temps de repos et les jours fériés (7) (article L. 212-15-1, 1^{ère} phrase) ;
- les cadres « *occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés et pour lesquels la durée de leur temps de travail peut être prédéterminée* » sont soumis aux dispositions de droit commun (article L. 212-15-2) ;
- les cadres « *qui ne relèvent pas des dispositions des articles L. 212-15-1 et L. 212-15-2 doivent bénéficier d'une réduction effective de leur durée de travail. Leur durée de travail peut être fixée par des conventions individuelles de forfait qui peuvent être établies sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle* » (article L. 212-15-3) ; ils peuvent relever de conventions de forfait en jours et sont alors exclus des règles fixant les durées maximales de travail journalière et hebdomadaire.

Ce séquençage a été supprimé par la loi du 20 août 2008 (8). Seules ont été maintenues la définition des cadres dirigeants et les exclusions correspondantes.

Vu le placement « hors règles » d'un salarié qualifié de cadre dirigeant, la tentation était grande pour les employeurs d'en élargir le périmètre, d'autant que le

(6) Ce texte avait aussi le mérite de définir pour la première fois ce qu'on entend par « *cadre* » dans le Code du travail, à savoir « *les salariés ayant la qualité de cadre au sens des conventions collectives de branche ou du premier alinéa de l'article 4 de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947* » (articles L. 212-15-2 et 3 créés par la loi). Mais cette définition a disparu avec la loi du 20 août 2008.

(7) Bizarrement, ils bénéficient de la législation concernant les congés payés !

texte de loi ne faisait pas explicitement référence à la participation à la direction de l'entreprise. Nombre d'entre eux y succombèrent, entraînant un contentieux relativement important, avec un lourd enjeu financier – le paiement de plusieurs années d'heures supplémentaires à des salariés travaillant beaucoup et disposant d'un salaire de référence conséquent – assorti d'une condamnation pour travail dissimulé.

C. Pour être cadre dirigeant, il faut diriger

Dans un premier temps, la Cour de cassation a imposé aux juges de « *vérifier précisément les conditions réelles d'emploi du salarié concerné, peu important que l'accord collectif applicable retienne pour la fonction occupée par le salarié la qualité de cadre dirigeant* » (9) et sans s'attacher à la mention figurant sur les bulletins de paie (10), mais en laissant une assez large place à l'appréciation souveraine des juges du fond lorsque ceux-ci avaient respecté cette démarche d'examen des conditions d'emploi.

Une clarification complète est intervenue en 2012 dans les termes suivants : « *Mais attendu que, selon l'article L. 3111-2 du Code du travail, sont considérés comme cadres dirigeants les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ; que ces critères cumulatifs impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise. Et attendu qu'ayant relevé que la salariée, bien que disposant d'une grande autonomie dans l'organisation de son travail, nécessité par son haut niveau de responsabilité dans l'élaboration de la collection homme, et étant classée au coefficient le plus élevé de la convention collective, ne participait pas à la direction de l'entreprise, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision* » (11).

Levant enfin toute ambiguïté dans l'interprétation de l'article L. 3111-2, la Chambre sociale énonçait ainsi une évidence : pour être un cadre dirigeant... il

(8) Le forfait en jours avait déjà été étendu à des « non-cadres » par les lois *Fillon* de 2003. La loi du 20 août 2008 a supprimé la sous-section intitulée « *Dispositions applicables aux cadres* », le forfait en jours devenant une des modalités de forfait ouvertes à tous les salariés « *suffisamment autonomes* ».

(9) Cass. Soc. 13 juin 2009, n° 06-46.208.

(10) Cass. Soc. 23 novembre 2010, n°09-41.552.

(11) Cass. Soc. 31 janvier 2012, n° 10-24.412.

faut participer à la direction de l'entreprise. En conséquence, le juge devait constater cette participation, la vérification des trois critères énoncés par le Code du travail étant insuffisante (12). Cela revenait à exiger la vérification d'un quatrième critère.

Cette jurisprudence a été encore confirmée cette année même, par des arrêts du 4 février et du 15 juin 2016 (13), sans que rien ne puisse annoncer une quelconque inflexion. Et pourtant, sept jours après ce dernier arrêt...

II. Un revirement brutal dans d'étranges circonstances

Deux arrêts du 22 juin 2016, dont l'un est publié au bulletin, prennent l'exact contre-pied d'une jurisprudence qu'on pouvait croire solidement établie. Le premier (arrêt *Torregiani*, publié) censure un arrêt de la Cour d'appel de Paris par ces motifs : « *Attendu que, pour condamner l'employeur à payer à la salariée des sommes à titre de rappel d'heures supplémentaires et de congés payés, l'arrêt retient que l'employeur considère, mais à tort, que sa salariée était cadre dirigeante au sens de l'article L. 3111-2 du Code du travail, dès lors qu'il n'est pas démontré que l'intéressée participait réellement à la direction de l'entreprise, ce qui supposait un partage des responsabilités avec le gérant de la société Torregiani ; Attendu, cependant, que si les trois critères fixés par l'article L. 3111-2 du Code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs inopérants, alors qu'il lui appartenait d'examiner la situation de la salariée au regard des trois critères légaux, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (13 bis).

Ainsi, le constat de la participation effective à la direction de l'entreprise n'est plus nécessaire et son absence n'empêche plus de caractériser la « *qualité de cadre dirigeant* ». Le second arrêt (*Cap Boulanger*) enfonce le clou : cette participation à la direction de l'entreprise n'a même plus à être explicitement recherchée ; à partir du moment où les trois critères de l'article L. 3111-2 sont vérifiés, elle est réputée établie. C'est ce qu'énoncent les attendus de cet arrêt pour justifier le rejet du pourvoi du salarié : « *Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses*

demandes tant en paiement de sommes à titre d'heures supplémentaires et d'indemnité pour travail dissimulé (...) [et reproche à la cour d'appel d'avoir statué] *sans constater, comme l'y invitaient pourtant les conclusions du salarié, qu'il participait effectivement à la direction de l'entreprise (...)* ; *Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté, par motifs propres, que le salarié percevait la rémunération la plus élevée de l'établissement dont il avait la direction et, par motifs adoptés, qu'il était habilité à prendre des décisions de façon largement autonome et qu'il était indépendant dans l'organisation de son emploi du temps a, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, fait ressortir qu'il participait à la direction de l'entreprise ; que le moyen (...)* n'est pas fondé ».

On notera que, dans cette espèce, le salarié était seulement directeur d'un des 133 magasins de la chaîne Boulanger, magasin dont la fermeture avait entraîné son licenciement pour motif économique, façon pour le moins étrange de traiter un soi-disant cadre dirigeant.

La soudaineté de ce revirement est stupéfiante (14) et le raisonnement qui le sous-tend apparaît incohérent (A). Notre étonnement grandit encore si on rapproche cet événement judiciaire d'un épisode parlementaire concernant la loi *El Khomri* survenu quelques semaines plus tôt (B).

A. Faute de logique ou conception dangereuse ?

En conservant la formule selon laquelle « *les trois critères fixés par l'article L. 3111-2 du Code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise* », l'arrêt *Torregiani* semble confirmer

(12) « *En se déterminant ainsi, sans constater que l'intéressé participait à la direction de l'entreprise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé* » (Cass. Soc. 26 novembre 2013, n° 12-21.758). « *En statuant comme elle l'a fait, sans caractériser la participation de la salariée à la direction de l'entreprise, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Cass. Soc. 2 juillet 2014, n° 12-19.759 et, dans les mêmes termes, Cass. Soc. 5 mars 2015, n° 13-20.817).

(13) Respectivement n° 14-23.663 et 15-1.2894. Notons que ces arrêts, non publiés au bulletin, ont été rendus en formation restreinte, sous la présidence d'un conseiller (M. Chauvet).

(13 bis) ci-après p. 750.

(14) Certes, ce n'est pas le premier revirement opéré par l'actuelle Chambre sociale, qu'il s'agisse de mettre un accord collectif à l'abri de toute accusation de non-respect de l'égalité de traitement, de redéfinir l'obligation de sécurité de résultat ou de considérer qu'un manquement patronal à une obligation légale ne porte plus nécessairement préjudice au salarié. Mais, sur ces sujets, le virage avait toujours été annoncé par de petites phrases distillées à l'occasion d'un article de doctrine ou par des modifications significatives de certaines rédactions d'arrêts.

que la participation à la direction de l'entreprise est une condition nécessaire à la qualification de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2. Par conséquent, la Cour d'appel qui a constaté que cette participation n'était pas établie pouvait, à bon droit, rejeter cette qualification. Elle est pourtant censurée, ce motif étant déclaré « *inopérant* ». Les magistrats de la Chambre sociale auraient-ils oublié un des principes logiques énoncés il y a près de 2500 ans, par les philosophes grecs, à savoir que si une proposition A implique une proposition B et que B se révèle fautive, il en est alors de même de A ?

On peut avancer une autre interprétation, moins sévère pour les capacités aristotéliennes des Hauts magistrats, mais encore plus inquiétante. L'arrêt signifierait-il que tous les salariés « *auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement* », participent à la direction de l'entreprise, du seul fait de ces caractéristiques ? Alors que les structures de décision sont de plus en plus concentrées (15), cette notion très élargie de la « direction d'entreprise » serait malvenue. Il ne faut pas confondre la détermination des orientations, apanage de la direction *stricto sensu*, et leur mise en œuvre aux différents niveaux hiérarchiques. Certes, cette mise en œuvre amène l'encadrement à prendre des décisions, avec une plus ou moins grande liberté dans le choix des moyens et l'organisation du travail. Mais l'autonomie de ces salariés est fortement contrainte et leurs résultats étroitement surveillés, y compris pour les cadres supérieurs (16). S'agirait-il de les rendre coresponsables des choix stratégiques et de leurs conséquences ?

B. L'amendement n° 4316

Une autre particularité de ce revirement est sa coïncidence avec un épisode du débat parlementaire sur la loi dite *El Khomri*. Le projet de loi, présenté le 17 février 2016 en conseil des ministres, prévoyait de compléter ainsi l'alinéa 2 de l'article L. 3111-2 : « Sont

considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres participant à la direction de l'entreprise auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement » (17).

Il s'agissait clairement de traduire dans la loi la jurisprudence de 2012 : la participation à la direction de l'entreprise devient le quatrième critère d'identification (ou plutôt le premier !) et doit donc nécessairement être vérifiée par le juge. Cet article a été maintenu par le Conseil d'État et par la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale et figurait donc dans le texte soumis à l'Assemblée en première lecture.

Mais surprise ! Dans le cadre de la séance publique, le député Sirugue, rapporteur du projet, dépose l'amendement n° 4316, qui supprime toute modification de cet article. Il en présente ainsi la motivation : « *L'alinéa 1^{er} entendait préciser la définition des cadres non soumis aux dispositions de droit commun sur la durée du travail, les repos et les jours fériés : l'article L. 3111-2, dans sa rédaction actuelle, prévoit que sont exclus de l'application de ces dispositions les cadres dirigeants, le projet de loi prévoyant de préciser qu'il s'agit des cadres participant à la direction de l'entreprise, reprenant sur ce point une jurisprudence de la Cour de cassation. Cette précision pourrait toutefois avoir un effet restrictif excessif et non souhaité : en effet, dans certains secteurs d'activité, les cadres dirigeants d'un établissement ont clairement des responsabilités, une indépendance dans la gestion de leur emploi du temps et une capacité de décision très autonome, sans pour autant qu'ils participent à la direction de l'entreprise, dont ils relèvent par ailleurs. Ces cadres ne sont pas aujourd'hui soumis aux dispositions de droit commun en matière de durée du travail ou encore de repos. Cet amendement a pour objet de supprimer cette précision, qui pourrait avoir pour effet de faire basculer de nombreux cadres dirigeants, qui n'y sont aujourd'hui pas soumis, dans le régime de droit commun* » (17 bis).

(15) Dans les faits et aussi en droit, avec la multiplication des SAS dont les organismes statutaires sont réduits à leur plus simple expression.

(16) Pour une analyse de la place et des contradictions vécues par l'encadrement face aux stratégies financières et aux impératifs de rentabilité, voir *Pour en finir avec le Wall Street mangement*, M.-J. Kotlicki et J.-F. Bolzinger, Éd. de l'Atelier, 2009.

(17) Dans un avant-projet, la modification était rédigée en sens inverse : « Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant participant à la direction de l'entreprise les cadres

auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ». On ignore s'il s'agissait d'une erreur matérielle, corrigée dans la version officielle, ou d'une première tentative d'élargir la notion de direction, dans le sens évoqué ci-dessus.

(17 bis) Dossier parlementaire de l'Assemblée Nationale, rubrique « Amendements déposés sur le texte n° 3675 ».

Il s'agissait bien de combattre l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation et de permettre d'attribuer la « qualité » de cadre dirigeant au-delà du cercle, selon lui trop restreint, des personnels qui participent effectivement à la direction. Cet amendement a été retenu par le Gouvernement dans

le texte sur lequel il a engagé sa responsabilité, donc adopté sans débat via le mécanisme du 49-3, et il n'a plus été question de l'article L. 3111-2 dans la suite du débat parlementaire. Quelques semaines plus tard, la jurisprudence critiquée était anéantie et l'élargissement souhaité recevait sa confirmation judiciaire.

III. Un nouveau découpage catégoriel ?

Sans sombrer dans une quelconque théorie du complot, on ne peut s'empêcher de voir dans ce double événement, judiciaire et parlementaire, l'effet d'un lobbying patronal actif. Mais pourquoi tant d'efforts sur une question qui ne semble concerner qu'une catégorie réduite de cadres supérieurs ? Nous pensons que cette volonté d'élargir le périmètre d'un groupe exclu du droit du temps de travail ne vise pas seulement à créer de nouvelles dérogations (18), mais s'inscrit dans une stratégie de recomposition des catégories de salariés. Parallèlement à la négation d'une place spécifique de l'encadrement dans les processus de production et les rapports sociaux à l'entreprise, il s'agit de favoriser l'émergence d'une catégorie « haute », rappelant les « salariés de confiance » des années cinquante (A). Ce séquençage existe aussi dans d'autres pays européens et son extension n'est pas sans échos dans le droit de l'Union (B). Cet épisode confirme l'urgence d'une réflexion syndicale approfondie sur la notion de catégorie, leur identification et les conséquences qu'il convient d'en tirer en matière de garanties collectives (C).

A. Les super cadres et les autres

La mise en cause des catégories définies par les conventions collectives et des garanties particulières concernant les cadres est une vieille idée patronale (19), qui vient de trouver une première et grave concrétisation avec l'accord du 30 octobre 2015

mettant en place un régime unique de retraite complémentaire en remplacement de l'Agirc et de l'Arrco (20). Cette stratégie n'a rien à voir avec la défense légitime du principe d'égalité de traitement (21). Elle vise à diminuer le coût du travail qualifié, à appliquer à tous les salariés les méthodes managériales initialement conçues pour l'encadrement, à nier la réalité et la diversité des compétences mises en œuvre par les cadres et assimilés et aussi par les ouvriers et employés (22). Pour le Medef, la majorité des salariés sont censés travailler de façon autonome et responsable à partir des objectifs qui leur sont assignés. Il y a seulement lieu de distinguer des degrés d'autonomie et de responsabilité (23), et de reconnaître *a minima* quelques différences de compétence. Exit la spécificité des personnels d'encadrement (en position de commandement ou d'expertise technique) mettant en œuvre les orientations de l'entreprise, les transformant en mesures d'organisation, opérant des choix aux conséquences notables sur la situation d'autres salariés.

Mais, dans cette vision du salariat, un groupe doit être distingué, celui des « leaders », « cadres à haut potentiel », « vrais managers » (24), décidant et agissant à partir des objectifs financiers de l'entreprise, sachant se dégager, si nécessaire, des contraintes de l'expertise technique et s'adapter aux virages stratégiques, qu'ils y aient ou non été associés. Ils sont placés aux postes

(18) Ce serait cependant une raison suffisante pour que toute la CGT s'y intéresse et la combatte. En effet, on sait d'expérience que des dérogations, à l'origine limitées et accompagnées de justifications en apparence objectives, ne tardent pas à s'étendre à d'autres salariés ou à d'autres situations. Il en a été ainsi des dérogations aux durées maximales du travail, au repos dominical ou de l'extension des forfaits en jours.

(19) Du fameux « brûlot » d'Entreprise et Progrès (« Cadres/non cadres : une frontière dépassée », F. de La Valette, Éd. Entreprise et Progrès, Paris 1992), où était déjà évoquée la fin d'un régime de retraite propre aux cadres et assimilés, aux plus récentes « 15 propositions pour l'emploi des jeunes et des seniors » de l'Institut Montaigne (septembre 2010), la 8^{ème} étant la suppression de la « distinction cadre/non cadre ».

(20) Pour l'exposé des lourdes conséquences de cet accord sur la retraite de toutes les catégories de salariés, voir « Cadres Info », supplément au n° 724, en ligne sur le site de l'UGICT-CGT.

(21) La brève tentative de la Cour de cassation de soumettre au contrôle des juges la validité des différences catégorielles d'origine conventionnelles (Cass. Soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07-42.675, n. C. Ménard, Dr. Ouv. n° 736, novembre 2009) a provoqué

une violente riposte de la doctrine d'inspiration patronale mettant en cause à la fois les fondements du principe d'égalité de traitement et la légitimité du juge à vérifier la conformité des accords collectifs à ce principe.

(22) Rappelons que nombre d'accords collectifs comportent aussi des garanties spécifiques aux ouvriers et employés (prime d'ancienneté, temps de pause, indemnisation des astreintes, fourniture de vêtements professionnels, chèque-restaurant, ...). Pour une approche générale de l'égalité de traitement entre catégories et de la notion de « garanties de valeur égale », voir « Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT », Dr. Ouv. n° 754, mai 2011.

(23) Grâce à la méthode Hay ou à une de ses variantes, qui opère une « pesée des postes de travail » à partir de critères mélangeant complexité des tâches, interactions du salarié avec son environnement (hiérarchie, autres salariés, clients, ...) et impact de son emploi sur les résultats de l'entreprise.

(24) Déjà décrits depuis le début du siècle. V. par ex. Christophe Falcoz, *Adieu les cadres, bonjour les managers*, Éd. d'Organisation, 2003 ; P. Bouffartigues et C. Gadea, *Sociologie des cadres*, Éd. La Découverte et Syros, 2001.

clé : direction d'établissements, de divisions fonctionnelles ou de secteurs d'activité, contrôleurs de gestion, manager de transition chargés de restructurer ou de liquider une filiale, etc. Leur situation rappelle celle des « *salariés de confiance* » (25), cadres supérieurs et ingénieurs, matériellement et idéologiquement très proches du patronat, qui constituaient environ 2 % du salariat dans les années 50. Mais, aujourd'hui, ils doivent être bien plus nombreux pour faire face à la complexité financière et organisationnelle des entreprises.

Les super cadres du XXI^{ème} siècle ont plusieurs points communs avec leurs aînés : une forte implication dans l'entreprise ; une relation de confiance mutuelle avec leur employeur, qui leur délègue d'importantes responsabilités en échange de leur engagement, de leur loyauté, d'un comportement traduisant en permanence leur adhésion à ses objectifs ; et une rémunération conséquente (26). Des changements notables sont cependant intervenus en 50 ans : la pérennité de l'emploi et la progression de carrière ne sont plus garanties, le prix à payer en termes de disponibilité, de stress, d'invasion de la sphère personnelle s'est accru.

Le Medef a un triple intérêt à les exclure d'une partie essentielle du droit du travail. Il s'agit d'éviter aux employeurs la responsabilité d'un *burn-out* ou d'autres conséquences d'un rythme de travail excessif ; de les prémunir contre des demandes qui pourraient être formulées après rupture du contrat de travail ; et, enfin, d'affirmer la coupure de ces personnels d'avec le reste du salariat, par l'application d'un régime prévu pour les cadres dirigeants *stricto sensu*.

B. Une tendance européenne

Dans plusieurs pays d'Europe, le droit du travail distingue une catégorie de salariés exclus de la législation sur le temps de travail, de l'électorat de certaines institutions représentatives et de tout ou partie des accords collectifs. Leur dénomination évoque souvent un rôle dirigeant : « *apicali* » [de rang élevé] en Italie, « *leitende Angestellte* » [employés dirigeants] en Allemagne, « *personnes investies d'un poste de direction ou de confiance en Belgique* », mais simplement « *cadres supérieurs* » au Luxembourg.

Leur définition est généralement extensive, non limitée aux dirigeants d'entreprise. Par exemple, en Allemagne, il s'agit d'un salarié ayant reçu délégation de certaines prérogatives d'employeur **ou** de « *celui qui exécute régulièrement diverses missions, qui ont une importance pour l'existence et le développement de l'entreprise ou de l'établissement et dont la réalisation exige des expériences et connaissances particulières, s'il prend les décisions y afférentes libre de toute instruction ou s'il les influence grandement* » (27). Au Luxembourg, sont considérés comme « *cadres supérieurs* » les salariés recevant un salaire particulièrement élevé « *si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires* » (28). L'élargissement de la catégorie des cadres dirigeants voulu par le Medef viserait donc à mettre un terme à une « *exception française* » !

Le droit de l'Union européenne se préoccupe rarement des définitions et distinctions catégorielles. On notera cependant que, dans la directive 2003/88/CE sur le temps de travail, les dérogations aux durées maximales de travail et aux durées minimales de repos sont autorisées dans un même article « *lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome* » (29).

Plus récemment, une directive traitant des conditions d'accueil de ressortissants des pays tiers, employés par une entreprise basée en dehors de l'Union et détachés temporairement dans un établissement situé dans l'Union (30), distingue deux types de personnels : les cadres et les experts. Bien qu'il s'agisse d'une directive « technique » visant des situations bien délimitées, sa définition des cadres est hautement significative : « *une personne occupant un poste d'encadrement supérieur, dont la fonction première consiste à gérer l'entité hôte* [dans la directive, ce terme désigne l'établissement situé dans l'Union accueillant le salarié concerné], *principalement sous la surveillance ou avec l'orientation générale du conseil d'administration ou des actionnaires de l'entreprise ou de leurs équivalents ; cette*

(25) Notion introduite par P. Bouffartigues et C. Gadea (op. cit.).

(26) L'évolution du salaire des cadres comporte deux aspects. D'une part, l'écart avec celui des autres catégories s'est fortement réduit : l'écart entre le salaire moyen des cadres et celui des ouvriers, de l'ordre de 1 à 4 dans les années 60, était de 2,64 en 1995 et de 2,36 en 2012 (selon les « séries longues » établies par l'Insee ; cf. aussi le dossier « *La diminution des disparités salariales en France entre 1967 et 2009* » dans *Emploi et salaire*, Insee, éd. 2013). Et ces dernières années, la progression salariale des cadres a été nettement en deçà de celle de l'ensemble du salariat (cf. les publications « *DARES Indicateurs* » consacrées

à l'activité et aux conditions d'emploi de la main-d'œuvre). D'autre part, les écarts se creusent à l'intérieur de la catégorie des cadres : selon l'Apec (décembre 2014), le salaire annuel brut médian des cadres s'établissait à 48.000 €, mais 10 % étaient payés moins de 33.000 € et 10 % plus de 84.000 €.

(27) Article 5 de la loi sur les conseils d'établissement.

(28) Article L. 162-8 du Code du travail.

(29) Article 17 - 1, a).

(30) Directive 2014/66/UE, article 3, e).

fonction comprend : la direction de l'entité hôte ou d'un service ou d'une section de l'entité hôte ; la surveillance et le contrôle du travail des autres employés exerçant des fonctions de surveillance ou de direction ou des fonctions techniques ; l'autorité de recommander, d'engager ou de licencier du personnel ou de prendre d'autres mesures concernant le personnel, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés ». Cela ressemble fort aux personnels évoqués dans la motivation de l'amendement Sirugue et aux « super cadres » décrits ci-dessus...

C. Quel avenir pour les catégories professionnelles ?

La structuration des classifications conventionnelles en catégories est de pleine actualité. D'une part, l'accord du 30 octobre 2015 sur les retraites complémentaires prévoit l'ouverture prochaine de négociations portant sur « la définition de l'encadrement ». D'autre part, le mouvement de réduction

du nombre de branches professionnelles entraîne la renégociation de conventions collectives en vue de leur fusion, occasions dont le Medef entend se saisir pour opérer de nouveaux nivellements par le bas. Il est donc nécessaire de proposer une alternative aux discours dominants (31) sur l'obsolescence des catégories et l'urgence de supprimer les garanties spécifiques. Cela suppose de poursuivre et d'approfondir le travail de réexamen des critères conventionnels et d'analyse des brouillages qu'ont produits des décennies de management patronal ; ainsi que l'élaboration de garanties collectives adaptées à la diversité des situations et des aspirations de chaque catégorie.

Loin d'être anecdotiques, les récentes péripéties concernant les cadres dirigeants soulèvent des questions de grande portée pour tous les salariés. Elles méritent attention et réflexions.

Philippe Masson

(31) Discours qui trouvent parfois un écho syndical, à partir d'une confusion entre égalité de traitement et uniformisation des garanties.

TEMPS DE TRAVAIL Cadre dirigeant – Définition – Participation à la direction de l'entreprise – Critère autonome (non) – Caractérisation – Critères légaux (indépendance, autonomie, rémunération).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 22 juin 2016
Torregiani SARL contre J. (p. n° 14-29.246)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme J. a été engagée le 2 mai 1998 en qualité de directrice commerciale par la société Torregiani dont l'activité relève de la convention collective nationale du commerce de détail de l'habillement ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes notamment à titre de rappel d'heures supplémentaires ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article L. 3111-2 du code du travail ;

Attendu, selon ce texte, que sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée des sommes à titre de rappel d'heures supplémentaires et de congés payés, l'arrêt retient que l'employeur considère, mais à tort, que sa salariée était cadre dirigeante au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail, dès lors qu'il n'est pas démontré que l'intéressée participait réellement à la direction de l'entreprise, ce qui supposait un partage des

responsabilités avec le gérant de la société Torregiani ;

Attendu, cependant, que si les trois critères fixés par l'article L. 3111-2 du code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs inopérants, alors qu'il lui appartenait d'examiner la situation de la salariée au regard des trois critères légaux, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'elle condamne la société Torregiani à payer à Mme J. les sommes de 27 440 euros et de 2 744 euros à titre de rappel d'heures supplémentaires et de congés payés, l'arrêt rendu le 22 octobre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, 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 Paris, autrement composée ;

(M. Frouin, prés. – Mme Goasguen, rapp. – M. Beau, av. gén. – SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, av.)