

COUR DE CASSATION

Audience publique du **9 novembre 2011**

Cassation

M. LACABARATS, président

Arrêt n° 2318 FS-P+B

Pourvois n° X 10-21.496
au n° A 10-21.499du n° C 10-21.501
au n° E 10-21.503 JONCTION

R E P U B L I Q U E F R A N C A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur les pourvois n° X 10-21.496 à A 10-21.499 et C 10-21.501 à E 10-21.503 formés par l'Association départementale pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence de la Guadeloupe (ADSEA), dont le siège est institut médico-éducatif Les Gommiers - Blanchet, 97113 Gourbeyre,

contre sept arrêts rendus le 17 mai 2010 par la cour d'appel de Basse-Terre (chambre sociale), dans les litiges l'opposant :

1°/ à M. Jean-Pierre Gildard, domicilié Saint-Charles, chemin Galéan, 97113 Gourbeyre,

2°/ à Mme Claire Bienvenu,

3°/ à M. Gilbert Buffon,

domiciliés tous deux Champfleury, 97113 Gourbeyre,

4°/ à M. Yves Talbot, domicilié Cousinière,
97119 Vieux-Habitants,

5°/ à M. Franck Nabajoth, domicilié La Sarde - Saint-Marie,
97130 Capesterre-Belle-Eau,

6°/ à Mme Francelise Daccalor, domiciliée Saint-Charles,
97113 Gourbeyre,

7°/ à Mme Raynette Bogat, domiciliée section Beau Soleil,
97141 Vieux-Fort,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse aux pourvois invoque, à l'appui de ses recours, le moyen unique commun de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 11 octobre 2011, où étaient présents : M. Lacabarats, président, M. Flores, conseiller référendaire rapporteur, Mme Mazars, conseiller doyen, MM. Trédez, Blatman, Chollet, Gosselin, Linden, Ballouhey, Mmes Goasguen, Vallée, conseillers, Mmes Mariette, Sommé, Wurtz, M. Becuwe, Mme Ducloz, M. Hénon, Mme Brinet, conseillers référendaires, M. Aldigé, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Flores, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Blanpain et Soltner, avocat de l'Association départementale pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence de la Guadeloupe, de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. Gildard et des six autres défendeurs, l'avis de M. Aldigé, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique commun aux pourvois :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° X 10-21.496, Y 10-21.497, Z 10-21.498, A 10-21.499, C 10-21.501, D 12-21.502 et E 10-21.503 ;

Vu l'article L. 314-6, alinéa 1, du code de l'action sociale et des familles, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, qu'en Guadeloupe, durant les années 1970, le secteur médico-social privé a été confronté à des difficultés de recrutement qui ont conduit les autorités de tutelle à financer une gratification supplémentaire destinée à attirer les professionnels de ce secteur ; qu'au début des années 1990, le conseil général de la Guadeloupe a décidé de ne plus attribuer que les fonds correspondant aux montants acquis par les salariés des différents établissements et services sociaux et médico-sociaux ayant jusqu'alors bénéficié de cet avantage ; que M. Gildard et six autres salariés de l'Association départementale pour la sauvegarde de l'enfance et l'adolescence (ADSEA) de la Guadeloupe ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappels de salaire correspondant à un arriéré de prime de vie chère ;

Attendu que pour dire que les rappels de salaire correspondaient à un usage mis en oeuvre par l'ADSEA au bénéfice des salariés et devaient s'analyser en une prime de "vie chère" et condamner l'ADSEA de la Guadeloupe à verser à chacun des salariés l'intégralité des rappels de salaires et congés payés afférents, l'arrêt retient que, l'usage en question n'étant pas une norme conventionnelle, le moyen tiré de la nécessité d'un agrément ministériel pour valider l'usage litigieux doit être rejeté ;

Attendu cependant que dans les établissements privés gérant un service social ou médico-social à but non lucratif et dont les dépenses de fonctionnement sont supportées directement ou indirectement par une personne morale de droit public ou un organisme de sécurité sociale, un accord collectif à caractère salarial ne peut légalement prendre effet qu'après agrément ministériel ; que dans un tel système, l'usage doit être soumis aux mêmes conditions ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que les avantages consacrés par l'usage en question étaient financés par la puissance publique, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 17 mai 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Basse-Terre ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Basse-Terre, autrement composée ;

Condamne les défendeurs aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite des arrêts cassés ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du neuf novembre deux mille onze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen commun produit aux pourvois n° X 10-21.496 à A 10-21.499 et C 10-21.501 à E 10-21.503 par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils pour l'Association départementale pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence de la Guadeloupe (ADSEA).

Il est fait grief à aux arrêts confirmatifs attaqués d'avoir dit que les rappels de salaire correspondaient à un usage mis en oeuvre par l'ADSEA au bénéfice des salariés et devaient s'analyser en une prime de « vie chère », et d'avoir en conséquence condamné l'ADSEA de la GUADELOUPE à verser à chacun des salariés défendeurs aux pourvois l'intégralité de leurs demandes de rappel de salaires et congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QU'« il doit être rappelé que, dans les années 1970, le secteur médico-social privé s'est heurté, dans le département de la Guadeloupe, à une difficulté de recrutement de personnels qualifiés. C'est ainsi que pour remédier à cet état de fait les autorités de tutelle de ce secteur ont décidé de financer une gratification supplémentaire destinée à attirer des professionnels de ce secteur. Ce faisant, alors que cette prime n'avait pas d'autres sources légales ou conventionnelles, les employeurs en ont institué la pratique, dont l'autorité administrative dira qu'elle serait "locale et circonstancielle", cette prime devant être considérée comme étant devenue un usage dans chaque établissement concerné, dont l'ADSEA, en retenant les critères que le droit positif requiert pour une telle qualification : généralité, constance et fixité, sachant que cet avantage ne procède ici ni de la loi ni d'un dispositif conventionnel. La cour constate en conséquence qu'il s'agit ici de la mise en place au sein de l'ADSEA d'un usage d'entreprise généralisé, constant et fixe appliqué à une grande partie des salariés de l'association dans le cadre de la relation individuelle de travail. Cette pratique procède de la volonté unilatérale de l'employeur et peut être dénoncée par lui à tout moment à condition de respecter les conditions définies par la jurisprudence pour ce faire. L'usage ainsi consacré dans l'association intimée, même s'il doit être admis qu'il est financé par la puissance publique, ne saurait trouver de définition que dans la relation individuelle de travail ou encore par rapport à une catégorie de salariés en application des trois critères rappelés plus haut mais non en fonction directe même connus éventuellement par les salariés bénéficiaires- des options prises en externe par l'administration de tutelle en matière budgétaire, alors surtout que l'employeur est maître de cet usage qui procède de son seul engagement unilatéral et est réversible à sa discrétion et à tout moment de ce seul fait. La catégorie juridique en droit du travail à laquelle appartient l'usage d'entreprise licite ici revendiqué puis constaté par la cour, implique de le distinguer absolument de la loi, des obligations contractuelles au sens strict ainsi que de tous les accords collectifs ou autres dispositifs conventionnels. Il prend place par la volonté de l'employeur exercée dans la relation individuelle de travail, avec ses

caractéristiques propres de constance, fixité et généralité et il convient de relever qu'il est en l'occurrence constant et généralisé mais aussi suffisamment défini par un pourcentage de la rémunération qui détermine l'engagement de l'employeur (30% du salaire) nonobstant l'existence et les exigences d'une autorité de tutelle, sauf pour ce même employeur à prendre ses responsabilités de gestionnaire et répercuter, conformément aux règles applicables à l'usage d'entreprise, une éventuelle modification des modalités de financement de son établissement par la puissance publique. Il est soutenu par l'A.D.S.E.A. dans ses conclusions d'appel que l'application de l'usage dont il s'agit aurait dû être précédée de l'agrément du ministre compétent en vertu des dispositions de l'article L.314-6 du code de l'action sociale et des familles. Il résulte cependant de l'article précité qu'un tel agrément n'est requis que pour "les conventions collectives de travail, conventions d'entreprise ou d'établissement et accords de retraite applicables aux salariés des établissements et services sociaux et médico-sociaux". Or, il est constant que l'usage considéré ne relève pas des catégories juridiques visées par ce texte puisque les dispositions soumises à agrément appartiennent au domaine des accords collectifs synallagmatiques, les usages, comme celui consacré ici, étant l'expression d'une volonté unilatérale de l'employeur quel que soit leur degré de "généralité". Le droit positif invoqué par l'association intimée au soutien de sa thèse conforte l'analyse qui précède puisqu'il a été décidé que l'agrément ministériel était requis dans le cas où l'employeur avait volontairement une norme conventionnelle non obligatoire. Or l'usage dont il est question ici n'est pas une norme conventionnelle, c'est d'ailleurs ce que l'autorité de tutelle ne cesse de soutenir dans tous les courriers versés aux débats par l'A.D.S.E.A. en parlant de gratification et d'avantage "local et circonstanciel". Le moyen tiré de la nécessité d'un agrément ministériel pour valider l'usage litigieux doit donc être rejeté. S'il est vrai que l'usage reconnu peut être cantonné, dans son application, à une catégorie de personnel, il y a lieu de considérer que l'analyse de l'exposé des motifs ayant présidé à son instauration permet de dire qu'il s'agit bien d'une prime non de technicité mais de "vie chère". En effet, le but poursuivi était celui de faire venir des personnels en Guadeloupe pour répondre à un manque et non de valoriser une technicité dont chacun des salariés de ces établissements doivent être objectivement pourvus, y compris dans les autres domaines que l'activité médico-social au sens strict qui au sein d'associations comme l'A.D.S.E.A. resterait à définir. Les négociateurs de l'accord collectif qui a été récemment conclu entre les partenaires sociaux sur ce même point le 3 novembre 2005 à effet du 1^{er} janvier 2006 ne s'y sont pas trompés puisqu'ils ont décidé d'une prime de vie chère de 20% pour l'ensemble des personnels médico-sociaux en Guadeloupe, cet acte ayant validé, cette fois au niveau collectif, les engagements unilatéraux des employeurs du secteur médico-social privé dans ce département. Dans ce cadre, c'est enfin à bon droit que le premier juge a relevé qu'il y avait lieu d'appliquer le principe supra-national, constitutionnel et repris par les articles L.120-2 et L.122-45 anciens du code

du travail et ce dans la mesure où l'usage du versement d'une prime qualifiée de vie-chère a constitué une approche discriminatoire de la rémunération versée à l'ensemble du personnel puisque l'élément objectif auquel se rattache l'usage a vocation à s'appliquer sans autre considération à tous les salariés confrontés à la même nécessité de compenser un aléa tenant aux circonstances spécifiques de leur exercice professionnel en commun. Dès lors, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a décidé de faire droit aux demandes du salarié quant à leur principe en y ajoutant la motivation qui précède en ce qu'elle retient la qualification de prime de "vie chère" » ;

AUX MOTIFS DES PREMIERS JUGES, EN LES SUPPOSANT ADOPTES, QUE « l'employeur lui-même à travers différentes interventions devant cette juridiction, a reconnu l'existence de cette prime au sein de l'Association (A.D.S.E.A.) et son gel, et sa suppression pour les nouveaux salariés recrutés après 1992. Que la pratique habituellement suivie dans l'entreprise en raison de sa constance, de sa fixité et de sa généralité, correspond à un usage que l'employeur ne peut remettre en question (quand bien même que l'administration de tutelle en aurait-elle exprimé la volonté) dans le rapport de droit privé qui existe entre les salariés, sauf si l'employeur met en oeuvre une procédure de dénonciation. Que l'employeur a appliqué ces mesures de gel et de suppression de la prime, sans respecter la procédure de dénonciation d'un avantage acquis depuis très longtemps. La différence de traitement entre anciens et nouveaux pose le problème de l'inégalité de traitement entre les salariés exerçant les mêmes activités professionnelles. L'exclusion de certains salariés du bénéfice de cette prime est une mesure discriminatoire, allant à l'encontre du principe de parallélisme en matière salariale entre les personnels des établissements de santé publics et ceux gérés par des associations à but non lucratif. Que l'employeur ne peut supprimer les avantages devenus obligatoires dans l'entreprise par voie d'usage, que par une dénonciation régulière de ces derniers et que pour que cette dénonciation soit opposable à l'ensemble des salariés concernés, il est nécessaire que cette décision de l'employeur soit précédée d'une information collective et individuelle préalable du salarié (cass.soc. 09-12-1996). Que l'employeur ne justifie pas avoir dénoncé cette prime de technicité incorporée aux salaires, qui correspond à 30 % du salaire brut qui est partie intégrante du salaire et de ce fait constitue un élément soumis à cotisations sociales et de retraite. Que l'employeur essaie de se débarrasser de ses responsabilités en mettant en cause les organismes de tutelle et de financement, mais attendu que la tutelle financière exercée par l'administration par une Association employeur de salariés soumis au droit privé ne fait pas obstacle à des avantages plus favorables aux salariés que ceux prévus par la convention collective, lesquels ne peuvent être supprimés que par une dénonciation régulière et en respectant le délais de prévenance. Que l'employeur ne rapporte pas la preuve qu'il a porté à la connaissance des salariés au moment de la signature de leur contrat de travail, que leur salaire

ne serait pas équivalent aux salaires des autres salariés dans la même catégorie, du fait d'une directive de l'organisme financier. Vu les décisions de la Cour de Cassation (07-12-1993 n°305 sociale et 1 9-10-1994-n°279, sociale) dans des affaires similaires. Vu les décisions (numéros 155 du 03-05-2004 - 162 du 03-05-2004 - 273 du 04-10-200-1 de la Cour d'appel de Basse-Terre, concernant le gel et la suppression de cette prime de 30 % pour d'autres salariés dans d'autres Associations. En conséquence, le Conseil dit et juge que Monsieur Franck NABAJOH doit bénéficier de cette prime de technicité de 30 %. Que selon l'article L.143-14 du code du travail, l'action en paiement du salaire se prescrit par cinq ans, conformément à l'article 2277 du code civil; que ce délai de cinq ans court à compter de la date à laquelle le salaire devient exigible, que la prescription est interrompue par une reconnaissance de dette ou par une citation en justice. Que le Conseil a été saisi le 14 mai 2004, et reçoit donc le demandeur pour la période du 02 mai 2001 au 31 décembre 2003. Que le défendeur n'a formulé aucune observation, ni sur les éléments de calcul, ni sur le montant des rappels de salaires réclamés au titre de cette prime. Qu'il serait inéquitable de laisser à la charge de Monsieur Franck NABAJOH les frais engagés par lui pour assurer sa défense » ;

ALORS QUE ne méconnaît pas le principe d'égalité de traitement, l'employeur qui, confronté à une pénurie objective de main-d'oeuvre qualifiée, instaure un avantage incitatif dans le but de recruter des salariés disposant de compétences particulières nécessaires à la poursuite de son activité ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que la prime dite de technicité avait été instaurée par les autorités de tutelle, dans les années 1970, en raison de « difficultés de recrutement de personnels qualifiés » au sein du secteur médico-social privé dans le département de la GUADELOUPE et que cette gratification était « destinée à attirer des professionnels de ce secteur » ; qu'il résulte de cette constatation que la gratification avait pour objet de permettre le recrutement de salariés disposant de qualifications professionnelles particulières liées à la spécificité de l'activité médico-sociale ; que l'ADSEA de la GUADELOUPE faisait valoir, sans être contredite, que la gratification n'avait, pour cette raison, jamais été versée aux salariés exerçant une fonction administrative ou appartenant aux services généraux de l'association pour lesquels il n'existait pas de difficulté de recrutement ; qu'en énonçant que la prime dite de technicité aurait été en réalité une prime de « vie chère » devant être versée à l'intégralité des salariés de l'ADSEA, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, en violation des articles L.1221-1 du Code du travail, 1134 du Code civil et du principe « à travail égal, salaire égal » ;

ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE seule caractérise l'existence d'un usage d'entreprise la pratique générale, fixe et constante faisant ressortir la volonté de l'employeur d'accorder aux salariés un avantage non prévu par les

dispositions étatiques et conventionnelles applicables à l'entreprise ; que n'est pas constitutif d'un usage d'entreprise, le versement par une association gestionnaire d'un service médico-social à but non lucratif d'une prime locale, catégorielle et circonstancielle, décidée par l'autorité de tutelle, pour l'ensemble des entreprises du secteur d'activité, et financée intégralement par cette autorité ; qu'il en résulte que le versement d'un tel avantage prend fin dès lors que l'autorité de tutelle décide d'y mettre un terme et de cesser d'assurer son financement ; qu'au cas présent, il est constant que le versement de la prime de technicité à certaines catégories de personnel avait été décidé et intégralement financé, non pas par l'ADSEA, mais par l'autorité de tutelle de l'ensemble des organismes du secteur médico-social à but non lucratif du département de la GUADELOUPE ; qu'il est tout aussi constant que cette autorité de tutelle avait, en 1993, pris la décision de cesser de verser cette prime aux catégories de salariés concernées et de ne maintenir la prime, dont le montant était gelé à la date du 31 décembre 1993, qu'au profit des seuls salariés qui en avaient antérieurement bénéficié ; qu'en considérant que le versement de la prime litigieuse aurait été constitutif d'un usage d'entreprise en vigueur au sein de l'ADSEA de la GUADELOUPE, la cour d'appel a violé les articles L.1221-1 du Code du travail, 1134 du Code civil et L.314-6 du Code de l'action sociale et des familles ;

ALORS, ENFIN ET SUBSIDIAIREMENT, QU'en vertu de l'article L.314-6 du Code de l'action sociale et des familles, un accord collectif à caractère salarial ne peut légalement prendre effet qu'après avoir été agréé par le Ministre de la santé et de l'action sociale ; que les engagements unilatéraux de l'employeur à caractère collectif sont soumis aux mêmes conditions ; que l'absence d'agrément de l'autorité de tutelle est opposable aux salariés qui ne sont dès lors pas fondés à se prévaloir de l'engagement de l'employeur pour réclamer un rappel de salaires ; que l'exposante faisait valoir à bon droit qu'à supposer que le versement de la prime de technicité ait été constitutif d'un usage d'entreprise, les salariés de l'ADSEA de la GUADELOUPE n'étaient en toute hypothèse pas fondés à réclamer le versement d'un rappel de salaires au titre de cet engagement à caractère collectif en l'absence de tout agrément ministériel ; qu'en faisant néanmoins droit aux demandes de rappel de salaires au motif que l'exigence d'agrément préalable n'aurait été applicable qu'aux accords collectifs, la cour d'appel a violé le texte susvisé.