

Texte de la décision

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

Vu leur connexité, joint les pourvois n° C 13-13. 647 et Z 13-13. 874 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Fleury Michon a attiré devant le conseil de prud'hommes Mme X..., adhérente du syndicat CGT et représentante du personnel au sein du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) mis en place dans l'établissement de Montifaut de la société, pour qu'il soit jugé que son refus d'utiliser les bons de délégation conformément à l'accord conclu le 25 mars 2003 « sur la structure de la représentation sociale » était abusif et la condamner à rembourser une somme correspondant aux heures de délégation indûment prises ; que l'intéressée et le syndicat CGT Fleury Michon (le syndicat) ont demandé que la société soit déboutée de sa demande et condamnée à leur verser des dommages-intérêts du fait d'une discrimination syndicale ;

Sur le moyen unique du pourvoi de l'employeur :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de dire que Mme X...n'avait pas fait un usage abusif de ses bons de délégation, que cette utilisation avait été conforme à un usage existant au sein de l'UES Fleury Michon Vendée en matière de crédit d'heures de délégation des membres de CHSCT et de la débouter de sa demande de remboursement des sommes perçues par la salariée, alors, selon le moyen :

1°/ qu'est également payé comme temps de travail effectif et n'est pas déduit des heures de délégation le temps passé par le représentant du personnel au CHSCT aux réunions, aux enquêtes menées après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave ou à la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité, notamment lors de la mise en oeuvre de la procédure de danger grave et imminent ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément retenu que la codification « 08 » portée aux bons de délégation des membres du CHSCT de la société Fleury Michon traiteur correspondait à ces hypothèses précises et que ceci avait été rappelé par l'employeur par une note adressée auxdits membres le 27 novembre 2007 ; que, dès lors, en s'étant fondée sur les circonstances, inopérantes, tirées des « approximations » et « imprécisions » ayant pu affecter un certain nombre de courriers adressés par l'employeur à Mme X...pour en conclure que celle-ci pouvait s'affranchir des limites ainsi fixées à la codification « 08 » et ne pas y affecter que les seules heures de dépassement répondant aux critères sus-énoncés, la cour d'appel n'a pas tiré les conclusions qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé, par refus d'application, l'article L. 4614-6, alinéa 2, du code du travail ;

2°/ qu'un usage relatif à l'utilisation des heures de délégation ne peut résulter de la seule abstention antérieure de l'employeur de contester cette utilisation, une simple tolérance ne pouvant constituer un usage ; que, dès lors, en l'espèce, la cour d'appel, qui a déduit l'existence d'un usage, au sein de l'UES Fleury Michon Vendée, octroyant aux représentants du personnel aux CHSCT un crédit « extensible » et « illimité » d'heures de délégation, en se fondant sur la seule circonstance tirée de ce qu'il apparaissait, au vu des témoignages produits par Mme X..., que, jusqu'en 2007, la Direction n'avait pas exigé des salariés ayant porté des dépassements d'heures en code « 08 » qu'ils en justifient et qu'ils s'en expliquent et qu'aucune notification particulière ne leur avait été adressée en ce sens, a violé l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble ses articles L. 4614-3 et L. 4614-6 ;

3°/ qu'il faut que la pratique ait été générale, constante et fixe pour être devenue un usage ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a conclu à l'existence d'un usage général sur « l'ensemble » des CHSCT de l'UES Fleury Michon Vendée en se fondant expressément sur une pratique n'affectant, selon elle, que « la majorité » des sites de cette UES, et non la totalité d'entre eux, n'a pas caractérisé le critère tiré de la généralité de ce prétendu usage et a donc privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble ses articles L. 4614-3 et L. 4614-6 ;

4°/ qu'enfin et en tout état de cause, le bénéficiaire d'heures de délégation doit indiquer, à la demande de l'employeur, des précisions sur la nature des activités exercées pendant ces heures lui permettant de s'assurer que celles-ci ont été utilisées pour leur exercice ; qu'en l'espèce, en ayant, sur le fondement du prétendu usage dont elle constatait l'existence, dispensé Mme X...de fournir toute explication et toute justification quant à l'utilisation faite de ses heures de délégation, en général, et de ses heures de dépassement, en particulier, de sorte que, le cas échéant, il ne pourrait même pas lui être reproché une éventuelle « mauvaise utilisation des bons de délégation », la cour d'appel a violé les articles L. 4614-3 et L. 4614-6 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant d'abord constaté, au vu des pièces qui lui étaient soumises, que la codification mise en oeuvre

dans l'unité économique et sociale (UES) des heures de délégation prises par les représentants du personnel au CHSCT sous la rubrique " 08 " conduisait à une confusion entre, d'une part, les heures consacrées aux enquêtes et à la recherche des mesures préventives, lesquelles, en vertu de l'article L. 4614-6 du code du travail, doivent être payées comme temps de travail effectif sans être déduites du crédit d'heures alloué à chaque représentant et, d'autre part, les heures prises en raison de circonstances exceptionnelles, puis ayant relevé qu'il n'apparaissait pas que, contrairement à ce que soutenait l'employeur, les membres des CHSCT de l'U. E. S. aient eu à justifier de la survenance d'un accident du travail ou d'une situation d'urgence et de gravité pour prendre des heures de délégation, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'une pratique généralisée et constante consistant de la part de l'employeur à ne pas fixer de plafond d'heures de délégation aux représentants du personnel au CHSCT, en a déduit, sans méconnaître les textes visés au moyen, l'existence d'un usage et non d'une simple tolérance et, abstraction faite du motif justement critiqué par la quatrième branche mais qui est surabondant, légalement justifié sa décision ;

Mais sur le pourvoi de la salariée :

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée et le syndicat de leurs demandes au titre de la discrimination syndicale, l'arrêt retient que s'il est soutenu que d'autres membres de CHSCT adhérents d'autres organisations syndicales que la CGT ne se sont pas conformés aux demandes de l'employeur sans que ce dernier n'engage d'action pour contester l'utilisation de leurs heures de délégation, les bons de délégation produits sont soit indifférents au litige, soit établissent que les représentants du personnel en cause ont rempli les bons selon les demandes de la société et que, par conséquent, ni la salariée, ni le syndicat n'apportent d'éléments de fait qui laisseraient supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, de nature syndicale ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il était fait état de ce que la contestation par l'employeur de l'utilisation des heures de délégation était consécutive au différend survenu avec la direction à la suite de la décision du CHSCT de l'établissement de recourir à une expertise et que l'employeur avait également contesté l'utilisation des heures de délégation par d'autres salariés désignés comme représentants du personnel au sein des CHSCT de l'unité économique et sociale Fleury Michon et adhérents du syndicat CGT, ce dont il se déduisait que le salarié présentait des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres branches du moyen du pourvoi de Mme X...:

Rejette le pourvoi de la société Fleury Michon traiteur ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme X...et le syndicat CGT Fleury Michon de leur demande de dommages-intérêts au titre de la discrimination syndicale, l'arrêt rendu le 8 janvier 2013, entre les parties, par la cour d'appel d'Angers ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 Poitiers ;

Laisse à chaque partie la charge de ses 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 de l'arrêt partiellement cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi n° C 13-13. 647 par Me Haas, avocat aux Conseils, pour Mme X...et le syndicat CGT Fleury Michon.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté Mme X...et le syndicat CGT Fleury Michon de leurs demandes de dommages-intérêts pour discrimination syndicale ;

AUX MOTIFS QUE, sur la demande de Mme X..., celle-ci soutient que si elle ne s'est pas conformée aux injonctions de l'employeur, arguant de l'existence d'un usage non dénoncé, d'autres membres du CHSCT adhérents à d'autres organisations syndicales que la sienne, ne s'y sont pas conformés non plus, sans que l'employeur ne conteste, comme il l'a fait pour elle, l'utilisation faite par ceux-ci des heures de délégation cotées « 08 » ; qu'elle produit des bons de délégation émis en 2008, 2009 et 2010 par Mme Z..., M. A..., M. B...et la société Fleury Michon traiteur verse également

aux débats, à sa demande, les bons de M. Z... et ceux de M. C...(outre ceux de MM D...et E...qui sont indifférents au litige puisque ces deux salariés n'étaient pas, sur la période considérée, membres d'un CHSCT mais délégué du personnel pour le premier et membre du comité d'entreprise pour le second) ; qu'il ressort de l'ensemble de ces pièces que MM. B..., C..., A...et Mme Z... ont à compter de septembre 2008 peu utilisé le code « 08 », qu'ils n'ont pas dépassé leur crédit d'heures de délégation, toujours envisagé par l'employeur de façon collective et annuelle, et que lorsqu'ils ont utilisé le code « 08 », ils ont renseigné précisément l'utilisation des heures mentionnées ; que Mme X...n'apporte par conséquent pas d'éléments de fait qui laisseraient supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, de nature syndicale, à son égard ; que, sur la demande du syndicat CGT Fleury Michon, celui-ci ne fait aucune démonstration distincte de celle effectuée par Mme X..., que la cour d'appel n'a pas retenue comme étayant l'existence d'une discrimination ; ALORS, 1°), QUE la contestation infondée d'heures de délégation constitue un élément de faits susceptible de laisser supposer une discrimination syndicale ; qu'en considérant que Mme X...n'apportait pas d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale après avoir pourtant constaté que l'employeur avait contesté à tort les heures de délégation que cette salariée avait prises conformément à un usage qu'il n'avait pas dénoncé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail ; ALORS, 2°), QUE l'existence d'une discrimination syndicale n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; qu'en se bornant à relever, pour écarter l'existence d'une discrimination, que les représentants syndicaux avec lesquels Mme X...se comparait ne s'étaient pas trouvés dans la même situation que celle-ci, sans rechercher si, en elle-même, la contestation intempestive d'heures de délégation ne constituait pas un fait laissant supposer l'existence d'une discrimination sur laquelle l'employeur aurait dû s'expliquer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail ; ALORS, 3°), QUE, dans ses conclusions d'appel (pp. 29 et 30), Mme X...faisait valoir que la modification de l'employeur, à compter du mois d'avril 2008, dans le traitement des heures de délégation, dans un sens défavorable aux représentants du personnel, avait eu pour cause un conflit avec le CHSCT, qui avait pris l'initiative de diligenter une expertise relative à la ré-industrialisation du site de Montifaut ; qu'en ne répondant pas à ce moyen propre à établir l'existence d'un fait de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile. Moyen produit au pourvoi n° Z 13-13. 874 par Me Spinosi, avocat aux Conseils, pour la société Fleury Michon traiteur.

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que Mme Sophie X..., divorcée Y..., n'avait pas fait un usage abusif de ses bons de délégation, d'avoir dit que cette utilisation avait été conforme à un usage existant au sein de l'UES FLEURY MICHON VENDEE en matière de crédit d'heures de délégation des membres de CHSCT et, en conséquence, d'avoir débouté son employeur, la société FLEURY MICHON TRAITEUR, de sa demande de remboursement par Mme X...de la somme de 2. 302, 79 € et des congés payés afférents ;

Aux motifs que « Sur l'utilisation des bons de délégation et le crédit d'heures de délégation :

Le législateur a prévu que les membres des institutions représentatives du personnel, tel le C. H. S. C. T., disposent d'un temps, pris sur leur temps de travail, pour se consacrer à leur mandat ;

Le code du travail fixe ainsi un montant d'heures de délégation, variable en fonction du nombre de salariés employés dans l'établissement relevant du C. H. S. C. T. qui est un minimum légal, un usage de dépassement pouvant être instauré dans l'entreprise ;

Le crédit légal est fixé par l'article L236-7 al 1, 5, et 6, du code du travail devenu les articles L4614-3 et L4614-6, dans ces termes :

Heures de délégation :

Art. L. 4614-3 :

" L'employeur laisse à chacun des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions.

Ce temps est au moins égal à :

Deux heures par mois dans les établissements employant jusqu'à 99 salariés ;

Cinq heures par mois dans les établissements employant de 100 à 299 salariés ;

Dix heures par mois dans les établissements employant de 300 à 499 salariés ;

Quinze heures par mois dans les établissements employant de 500 à 1499 salariés ;
 Vingt heures par mois dans les établissements employant 1500 salariés et plus ;
 Ce temps peut être dépassé en cas de circonstances exceptionnelles. "

Art. L 4614-6 :

" Le temps passé en heures de délégation est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale. Lorsque l'employeur conteste l'usage fait de ce temps, il lui appartient de saisir la juridiction compétente. Est également payé comme temps de travail effectif et n'est pas déduit des heures de délégation, le temps passé :

1° Aux réunions ;

2° Aux enquêtes menées après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave ;

3° A la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité notamment lors de la mise en oeuvre la procédure de danger grave et imminent prévue à l'article L4132-2 ".

Il résulte de ces textes que les heures de délégation des membres du C. H. S. C. T ; peuvent être de trois types :

- les heures correspondant à l'exercice de la fonction de membre du C. H. S. C. T., visées par l'article L4614-3 alinéa 1, qui sont considérées comme du temps de travail et payées à l'échéance (sur les bons de délégation pratiqués par la sas Fleury Michon traiteur elles sont codifiées " 18 ")

- les heures liées à la survenance de " circonstances exceptionnelles ", visées par l'article L4614-3 alinéa 2, qui peuvent par exemple correspondre à l'introduction de technologies nouvelles, ou à une opération de restructuration modifiant profondément les conditions de travail ; ces heures s'ajoutent aux heures de délégation, et sont payées à l'échéance normale seulement si le salarié justifie de la réalité des circonstances exceptionnelles ; à défaut de cette justification le salarié ne peut prétendre à leur rémunération au-delà du crédit d'heures légal ;

- les heures passées aux réunions du C. H. S. C. T, à une enquête menée après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle, ou encore passées à la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité ; ces heures ne s'imputent pas sur le crédit d'heures de délégation mais s'y ajoutent, et sont payées à l'échéance normale par l'employeur, comme du temps de travail effectif ;

Ce sont les heures litigieuses entre Mme Sophie X...divorcée Y...et la sas Fleury Michon traiteur, codifiées dans les bons de délégation " 08 " et libellées " autres : à préciser " ;

Elles ne doivent donc pas être confondues avec les heures liées aux circonstances exceptionnelles, et sont quant à elles liées aux trois situations visées par l'article L4614-6 alinéa 2 1°, 2°, et 3° ;

La jurisprudence établit qu'elles doivent être imputées sur le contingent légal si elles ne répondent pas à l'un de ces trois critères ;

Il est également constant que l'obligation faite par la loi à l'employeur de payer à l'échéance normale le temps alloué aux membres du C. H. S. C. T. pour l'exercice de leurs fonctions, ne dispense pas les bénéficiaires de ce versement d'indiquer l'utilisation faite du temps pour lequel ils ont été payés ;

S'il existe une présomption de bonne utilisation des heures qui doivent être payées à l'échéance normale, l'employeur peut par conséquent demander des informations sur leur utilisation ;

Il ne pourra les contester qu'ensuite, devant le juge, et après les avoir payées ;

Pour comptabiliser ces différentes heures de délégation, la pratique a été instaurée dans les entreprises d'utiliser des bons de délégation, que la loi ne décrit pas, et que la jurisprudence tient pour licites si leur utilisation n'a d'autre objet que de permettre le calcul des heures de délégation, ou d'informer l'employeur de l'absence du représentant du personnel, afin d'éviter des perturbations dans l'organisation du travail ;

La sas Fleury Michon traiteur a ainsi passé le 25 mars 2003 avec l'ensemble des syndicats représentés dans l'unité économique et sociale de Vendée, constituée des sociétés Fleury Michon sa ; Fleury Michon Charcuterie sas ; Fleury Michon Traiteur sas ; Fleury Michon logistique sas ; Solution Repas Automatique sas, un " accord sur la structure de représentation sociale " qui prévoit que des C. H. S. T. sont constitués au niveau de chaque site et que les membres de chaque C. H. S. C. T. peuvent se répartir entre eux le crédit d'heures dont ils disposent au niveau d'un même site (article 48) ; qu'un C. H. S. C. T. transversal est institué au niveau de l'U. E. S. composé d'un représentant de chaque C. H. S. C. T.,

et qui précise à son article 31 " l'utilisation des heures de délégation (DS-DP-CE-RS-CHSCT) ", dans ces termes :

" Dans la mesure du possible et dans le respect des libertés syndicales, chaque titulaire d'un mandat, bénéficiant d'un crédit d'heures, communiquera à sa hiérarchie avant le mercredi pour la semaine suivante son planning prévisionnel d'absences afin d'assurer le remplacement du représentant du personnel dans les meilleures conditions. Dans le cas de circonstances occasionnelles, un représentant du personnel pourra s'absenter, conformément aux dispositions légales, en informant préalablement son supérieur hiérarchique direct ou en cas d'absence de celui-ci un autre responsable du secteur où il travaille en lui donnant un bon de délégation. Les heures de délégation effectivement utilisées feront l'objet, à la fin de chaque semaine, d'un relevé établi par chaque délégué qui indique sur quel mandat imputer ses absences. Ce relevé hebdomadaire est adressé au responsable hiérarchique direct du délégué pour visa.

Pour faciliter la bonne gestion et notamment le maintien de la rémunération, il est important que tous les éléments du bon de délégation soient remplis (primes, horaires et mandats d'affectation.) "

Cet accord prévoit la mise en place de bons de délégation, afin d'une part de comptabiliser les heures d'absence et d'assurer le maintien de leur rémunération, et d'autre part d'assurer le remplacement du salarié absent du fait de l'exercice de son mandat ; l'objet des dits bons est par conséquent licite ;

Lorsque le texte dit que le délégué indique sur quel mandat imputer ses absences il ne fait pas là référence à une codification des heures de délégation selon la nature de leur utilisation, mais renvoie aux différents mandats que peut cumuler le salarié (mandat de délégué syndical, mandat de membre du C. H. S. C. T, mandat de délégué du personnel) ; Aucune " codification " des heures de délégation ne figure dans cet accord d'entreprise ;

La note du D. R. H. de la sas Fleury Michon traiteur, M. F..., adressée le 27 novembre 2007 aux membres du C. H. S. C. T. a rappelé d'une part le droit mensuel de crédit d'heures de délégation par membre de CHSCT et par site, Mme Sophie X...divorcée Y...disposant de 5 heures mensuelles du fait d'un effectif inférieur à 300 salariés sur le site Montifaut traiteur, (et collectivement de 15 heures, le C. H. S. C. T. ayant trois membres) et a également rappelé les dispositions légales en matière d'heures de délégation, puisqu'elle indique que :

" les membres de chaque C. H. S. C. T. peuvent se répartir entre eux le crédit d'heures dont ils disposent au niveau d'un même site (article L4614-5 du code du travail) "

et encore que :

" Le temps passé aux réunions du CHSCT est payé comme temps de travail effectif, sans être déduit du crédit d'heures. en va de même pour les enquêtes menées après un accident de travail grave, des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave, ou pour le temps consacré à la recherche de mesures préventives, dans toute situation d'urgence ou de gravité."

libellé qui est la reprise de l'article L 4614-6 du code du travail ;

Cette note ajoute que :

" les heures de délégation C. H. S. C. T. doivent être portées en code " 18 " sur les bons de délégation " et que les heures correspondant aux critères de l'article L4614-6 du code du travail (réunions du C. H. S. C. T., enquêtes après un accident de travail grave, mesures préventives en cas d'urgence et de gravité) seront portées en code " 08 " ;

Cette codification " 08 " apparaît en effet sur les bons de délégation utilisés par la sas Fleury Miction traiteur, qui mentionnent notamment :

Délégation C. H. S. C. T : 18

Réunion C. H. S. C. T : 29

Autres (à préciser) : 08

Ainsi qu'il a été énoncé, l'obligation faite par la loi à l'employeur de payer à l'échéance normale le temps alloué aux membres du C. H. S. C. T. pour l'exercice de leurs fonctions ne dispense pas les bénéficiaires de ce versement d'indiquer l'utilisation faite du temps pour lequel ils ont été payés, et s'il existe une présomption de bonne utilisation des heures qui doivent être payées à l'échéance normale, l'employeur peut demander des informations sur leur utilisation ;

Aucun courrier de l'employeur n'est cependant versé aux débats qui témoigne d'une telle interrogation, faite à l'un des membres du C. H. S. C. T de Montifaut Traiteur, ou d'un autre C. H. S. C. T. de L'U. E. S. Fleury Michon de Vendée, avant le 22 avril 2008 ;

A compter de cette date Mme Sophie X...divorcée Y...a reçu successivement les écrits suivants :

-22 avril 2008 : écrit de M. F..., DRH Groupe, à chaque membre de C. H. S. C. T.

Il y est dit :

"... à travers ce courrier je voudrais rappeler à chacun d'entre vous les modalités relatives à la déclaration des heures délégations pour les missions CHSCT.

Un certain nombre d'entre vous déclarent des heures en code 08 " direction » (donc à la demande de celle-ci) pour réaliser des points ou études sur le terrain sans que le bien fondé ait été validé par le C. H. S. C. T. et en particulier sans en référer au Président du C. H. S. C. T. Nous vous rappelons que le passage des heures en code 08 " direction " n'est possible qu'avec l'accord de la direction sur convocation ou avec validation mentionnée dans les divers comptes rendus "

-28 juillet 2008 : écrit de Mme G..., directrice du site Montifaut traiteur à Mme X...qui rappelle à la salariée qu'en juin 2008 elle s'était vue confier par la direction une mission " de recherche de solution sur le nettoyage de nuit de la ligne Surimi " en tant que membre du C. H. S. C. T.. que la mission s'est finie le 27 juin 2008 et que ses heures de délégation portées code 08 en juillet, elles, ne seront pas prises en compte en sus du crédit d'heures de délégation car la direction " n'a pas sollicité " Mme Sophie X...entre le 7 juillet 2008 et le 25 juillet 2008 ;

- 1er septembre 2008 : nouvel écrit de Mme G..., directrice du site Montifaut traiteur à Mme X..., indiquant :

" En réponse à votre courrier en date du 14 août nous tenons à vous rappeler que conformément à la réglementation : nous mettons à votre disposition un crédit d'heures collectif de 15 heures par mois conformément à la législation

-les heures que vous effectuez pour : les réunions du C. H. S. C. T. : les enquêtes menées après un accident grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave, ainsi que le temps consacré à a recherche de mesures préventives, dans toute situation d'urgence ou de gravité sont portées en code 08 dès lors que vous précisez de quoi il s'agit, et ne sont pas déduites de votre crédit d'heures ".

Le courrier énumère ensuite les heures de délégation que Mme X...a portées en code 08 en juillet 2008, rappelle que la direction ne lui avait pas confié de mission, et ajoute :

" Comme nous le partageons avec Gérard F..., DRH du groupe, si nous concevons que les élus du C. H. S. C. T. puissent avoir des dépassements en cas de circonstances exceptionnelles, à notre connaissance et sauf erreur de notre part les élus du site de Montifaut Traiteur n'ont à aucun moment justifié de l'existence de circonstances exceptionnelles (bons de délégation mentionnant seulement " C. H. S. C. T.'), nous vous demandons donc par la présente de nous indiquer les activités pour lesquelles les heures ont été utilisées. "

-8 octobre 2008 : écrit de Mme G..., en réponse à un écrit de Mme X...du 17 septembre 2008 :

" Nous mettons à votre disposition un crédit d'heures collectif de 15 heures par mois conformément à la législation. Les heures que vous effectuez pour les réunions de CHSCT ; les enquêtes menées après un accident grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave ainsi que la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité sont portées en code 08 dès lors vous précisez de quoi il s'agit et ne sont pas déduites de votre crédit d'heures.

Les heures déclarées pour réaliser les comptes-rendus entrent dans le cadre des heures de délégation. Comme nous vous l'avons également précisé dans notre précédent courrier en date du 1 " septembre 2008, si nous concevons que les élus du CHSCT puissent avoir des dépassements en cas de circonstances exceptionnelles, vous devez apporter la preuve de circonstances exceptionnelles justifiant le dépassement de crédit d'heures légalement prévu. "

¿

A compter de ce jour nous tenons à vous préciser que toutes les heures que vous porterez en code 08 (code direction) et pour lesquelles nous ne vous aurons pas sollicités ou que vous n'aurez pas justifié comme étant nécessaires du fait de circonstances exceptionnelles ne vous seront plus payées.

-16 janvier 2009 : écrit de M. Chambet, répondant à un écrit de Mme X...du 12 janvier 2009 :

" Nous vous précisons que nous sommes tout à fait d'accord sur le fait que le temps passé en heures de délégation est de plein droit considéré comme temps de travail effectif et payé à l'échéance normale ; Mais en l'occurrence le non-paiement effectué ne porte pas sur des heures de délégation, mais des heures de direction, qui sont d'une nature différente.

En effet :

Nous vous rappelons que l'affectation d'heures en code 08 n'est possible qu'avec l'accord de la direction ou pour des heures étant nécessaires du fait de circonstances exceptionnelles ces dernières justifiant le dépassement du crédit heures.

A plusieurs reprises nous vous avons rappelé les règles d'affectation des heures en code 08 et vous avons demandé de nous donner une explication quant à ces affectations " .

Il ressort de ces différents écrits :

- une confusion quant au contenu de la codification 08 puisqu'il est tantôt dit qu'elle doit être utilisée pour les heures exceptionnelles (qui ne sont payées que si le salarié justifie de cette circonstance exceptionnelle) et tantôt pour les heures utilisées pour les enquêtes ou les recherches de solutions préventives, (qui s'ajoutent au crédit d'heures de délégation, et sont payées à l'échéance normale),

- une confusion quant aux critères exigés par la direction pour l'utilisation d'heures de délégation pour enquêtes ou recherches de solutions préventives, puisque celle-ci dit à la fois que leur nature doit être précisée pour qu'elles soient prises en compte, et par ailleurs qu'elle doivent se rapporter à une mission " validée " par elle ;

Cette dernière exigence est à la fois nouvelle de la part de la sas Fleury Michon traiteur et contraire aux prescriptions du code du travail, qui ne donnent pas à l'employeur, en ce qu'il est également Président du C. H. S. C. T. le pouvoir de " valider " ou non l'utilisation faite, par un des membres du comité, de ses heures de délégation dans le cadre de son mandat, que l'article L4612-1 du code du travail définit dans ces termes :

" Le C. H. S. C. T. a pour mission :

1° de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ;

2° de contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;

3° de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières ;

Or, il n'est pas établi ni même allégué par la sas Fleury Michon traiteur que Mme X...ait utilisé ses heures de délégation à des activités n'entrant pas dans le cadre de l'exercice de son mandat de membre du C. H. S. C. T., la contestation de la société portant exclusivement sur l'utilisation de la codification " 08 " en ce qu'elle permettait le recours à un dépassement du crédit légal d'heures de délégation ;

L'imprécision de ces différents courriers d'autre part, et l'absence de tout courrier antérieur, établit, ainsi que l'inspecteur du travail le relève dans son avis du 19 avril 2010 qu'" il y a clairement une réelle approximation chez Fleury Michon sur la définition et le mode d'exercice du " code 08 "

L'inspecteur ajoute : " cette ambiguïté a conduit avec le temps à instaurer une forme d'usage, en accordant en l'espèce une grande liberté en la matière aux représentants du personnel, liberté qui depuis 2008 pose de grandes difficultés à la direction " .

Mme X...invoque l'existence d'un usage, pratiqué au sein de l'entreprise depuis de nombreuses années, aux termes duquel l'employeur, jusqu'en avril 2008, n'exigeait aucune précision sur l'utilisation des heures codifiées " 08 ", et par conséquent admettait un dépassement " illimité " du crédit légal ;

Elle soutient que les membres du C. H. S. C. T. du site Fleury Michon Traiteur ont bénéficié, de manière effective, d'un crédit d'heures de délégation illimité, ce qui permettait un bon fonctionnement du C. H. S. C. T et le réel exercice de leur mission ; que cette pratique étant générale, constante et fixe, elle a bien constitué un usage ;

C'est en référence à cet usage qu'elle a le 14 août 2008, puis le 12 janvier 2009, indiqué, par écrits adressés à la sas Fleury Michon traiteur, que les heures portées par elle en code " 08 " entraient dans le fonctionnement légal du C. H. S. C. T., conformément aux dispositions de l'article L4614-6 du code du travail ;

Il est acquis qu'elle a en effet constamment renseigné ses bons de délégation en indiquant sur la ligne " autres (à préciser) 08 ", ligne qui se trouve dans un encadré " direction ", la mention " C. H. S. C. T.", et porté un nombre d'heures ; Il appartient dès lors à la cour de vérifier l'existence d'un tel usage, plus favorable que les dispositions légales, qui ne stipulent qu'un crédit minimal, et permettant aux membres du C. H. S. C. T. de dépasser le crédit d'heures légal, de manière illimitée et sans spécifier la nature de l'utilisation des heures utilisées au-delà de celui-ci ;

Celui-ci peut s'être valablement instauré dans l'entreprise, et le régime juridique des heures en cause est alors assimilé à

celui du crédit normal ; il ne pourrait alors pas plus être reproché à Mme X...un dépassement de son crédit d'heures de délégation qu'une mauvaise utilisation des bons de délégation ;

Sur l'existence d'un usage au sein de la sas Fleury Michon traiteur :

L'existence d'une pratique, instaurée par l'employeur, de dépassement, non limité, du crédit d'heures de délégation des membres du C. H. S. C. T., est évoquée par l'inspecteur du travail dans son avis, puisqu'il nomme " une forme d'usage ", ayant " laissé une grande liberté " aux représentants du personnel quant à l'utilisation du code " 08 " ;

Il faut que cette pratique ait été générale, constante et fixe, pour être devenue un usage ;

Quant à la généralité de l'usage invoqué, il ne s'agit pas de l'examiner " au sein du site de Fleury Michon Montifaut Traiteur " mais de celui de l'ensemble des C. H. S. C. T. de l'U. E. S. de Vendée, tous concernés par l'accord sur la structure de représentation sociale du 25 mars 2003, puisque la sas Fleury Michon traiteur dispose, comme la loi et la jurisprudence le requièrent, d'un C. H. S. C. T par établissement industriel ;

Ce sont, pour les sociétés Fleury Michon Charcuterie, Fleury Michon Traiteur, Fleury Michon logistique et Solution Repas Automatique, les C. H. S. C. T des sites de Chantonay charcuterie, Montifaut jambons, Montifaut traiteur, Mouilleron plats cuisinés, TLM, Aides culinaires, Pouzauges ;

Mme X...produit des bons de délégation de M. H...membre du C. H. S. C. T. de Montifaut traiteur, les siens, et de nombreuses attestations de salariés et de membres de divers C. H. S. C. T ;

Il apparaît que M. H...portait régulièrement des heures en code " 08 " ; en octobre 2004, le nombre des heures mentionnées est 18H28, Mme X...a tout au long de l'année 2007 procédé également de cette manière, et en novembre 2007 elle a porté un nombre d'heures de 27H23.

Aucun rappel du crédit d'heures légal et collectif de 15 heures mensuelles, le C. H. S. C. T. de Montifaut traiteur ayant trois membres, ne leur a été adressé par l'employeur ;

M. Van Poucke, secrétaire du C. H. S. C. T. de Mouilleron plats cuisinés de 1999 à 2005 soit pendant trois mandats de 2 ans, indique l'ensemble des membres CHSCT CFDT avaient un contingent d'heures de délégation illimité pour faire fonctionner le C. H. S. C. T. de Mouilleron qui est un site de plus de six cents salariés, dont l'évolution industrielle est très importante. Sur cette période, les différents présidents du C. H. S. C. T. dont M. I...cautionnaient parfaitement ce fonctionnement et n'ont jamais contesté aucune de mes heures de délégation, ni celles des autres membres, prises dans le cadre du C. H. S. C. T.

M. J..., agent de maîtrise, dit avoir été surpris et étonné du nombre d'heures que prenait, de 1999 à 2002, le secrétaire du C. H. S. C. T., Montifaut salade M. B..., lequel travaillait sous son autorité, et avoir questionné à ce sujet la direction, qui lui a répondu que c'était " normal " ;

De nombreux salariés attestent que M. B...n'était jamais dans les ateliers avec eux et M. K..., qui travaillait dans la même structure, indique que M. B..., questionné par lui sur cette absence, lui a dit " qu'un secrétaire de C. H. S. C. T. bénéficiait d'heures de délégation extensibles octroyées par la direction " ;

M. L..., secrétaire du C. H. S. C. T. Chantonay charcuterie de 2003 à 2005, puis de 2005 à 2007, dit : " mon fonctionnement en délégation était codifié en 18 ou en 08, ce qui n'a jamais été remis en cause ni demandé à être justifié puisque c'est un usage depuis de nombreuses années dans l'entreprise " ;

Mme M..., ouvrière et membre du C. H. S. C. T. de Pouzauges, puis de celui de Montifaut jambon, sur plusieurs mandats, dans les années 1990, atteste :

" j'ai fait office de secrétaire suppléante et n'ai jamais été limitée dans la prise d'heure de délégation pour assurer le fonctionnement du C. H. S. C. T. en dehors du contingent d'heures attribuées en tant que membre " ;

M. O..., membre du C. H. S. C. T. de Mouilleron en 2000 pendant un an atteste en ces termes : " aucune limite d'heures de délégation m'était imposé par la direction, et notamment par le PT du C. H. S. C. T. M. I...".

Ces nombreux témoignages, qui portent sur des C. H. S. C. T. divers de l'U. E. S. de Vendée, et sur une période ininterrompue depuis les années 1990, et particulièrement 2002 à 2007, ne mentionnent aucune exigence de la direction sur le libellé des heures portées en code " 08 " ;

Il n'apparaît donc pas, contrairement à ce que soutient la sas Fleury Michon traiteur, que les membres des C. H. S. C. T. de l'U. E. S. aient eu à justifier de la survenance d'un accident du travail pour utiliser des heures à une enquête, ou de la situation " d'urgence et de gravité " visée par le code du travail pour utiliser des heures à des " mesures préventives " ;

Si MM. C..., E..., A...et D..., indiquent quant à eux, dans les attestations produites par la sas Fleury Michon traiteur, qu'ils n'ont " pris " que le crédit d'heures légal ou pris ces heures avec l'accord du Président du C. H. S. C. T., c'est-à-dire de l'employeur ou de son représentant, il n'en demeure pas moins qu'aucun courrier d'interpellation n'est-versé aux débats par la sas Fleury Michon traiteur qui soit adressé aux nombreux membres et secrétaires de C. H. S. C. T. qui exposent

pour leur part avoir bénéficié de la possibilité d'un dépassement constant, sans nécessité de justification, de leur crédit d'heures ;

Il apparaît donc bien que lorsque la situation d'un site l'a nécessité, et dans le but de donner à son C. H. S. C. T. les moyens de son fonctionnement, les membres de cette instance ont pu, sans en justifier précisément, dépasser le crédit d'heures de délégation légal, sans qu'un nombre d'heures à ne pas dépasser leur soit notifié ;

La position de l'employeur ne s'est modifiée, ainsi que l'indique l'inspecteur du travail et comme le mentionne la cour d'appel de Poitiers dans son arrêt du 27 octobre 2009 statuant sur la contestation par la sas Fleury-Michon traiteur de l'organisation d'une expertise à la demande du C. H. S. C. T., que dans le cadre de la réindustrialisation du site " Montifaut traiteur ", lorsque la production de " salades " a été remplacée, en 2008, par celle de plats cuisinés surgelés destinés aux compagnies aériennes, l'outil de travail et les conditions de travail et d'hygiène étant modifiés à cette fin ; La pratique, établie jusque-là sur la majorité des sites de l'UES, constante au cours des années et fixe en ce qu'aucun plafond d'heures n'a jamais été donné par l'entreprise, le crédit d'heures étant dès lors qualifié par les membres des C. H. S. C. T. d'" extensible " ou " illimité ", réunit les trois critères jurisprudentiels qui, cumulés, caractérisent l'usage ; La sas Fleury Michon traiteur n'établit pas, ni même n'allègue, avoir dénoncé cet usage dans les formes requises, soit au terme d'un délai de prévenance permettant de consulter les instances de représentation du personnel, puisqu'elle soutient qu'il n'a jamais existé un tel usage au sein de l'UES Fleury Michon Vendée ;

Par voie d'infirmité du jugement, la sas Fleury Michon traiteur est déboutée de sa demande en remboursement par Mme X...de la somme de 2270, 34 €, portée devant la cour au montant de 2302, 79 € » ;

1. Alors que, d'une part, est également payé comme temps de travail effectif et n'est pas déduit des heures de délégation le temps passé par le représentant du personnel au CHSCT aux réunions, aux enquêtes menées après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave ou à la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité, notamment lors de la mise en oeuvre de la procédure de danger grave et imminent ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a expressément retenu que la codification « 08 » portée aux bons de délégation des membres du CHSCT de la société FLEURY MICHON TRAITEUR correspondait à ces hypothèses précises et que ceci avait été rappelé par l'employeur par une note adressée aux dits membres le 27 novembre 2007 ; que, dès lors, en s'étant fondée sur les circonstances, inopérantes, tirées des « approximations » et « imprécisions » ayant pu affecter un certain nombre de courriers adressés par l'employeur à Mme X...pour en conclure que celle-ci pouvait s'affranchir des limites ainsi fixées à la codification « 08 » et ne pas y affecter que les seules heures de dépassement répondant aux critères sus-énoncés, la Cour d'appel n'a pas tiré les conclusions qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé, par refus d'application, l'article L. 4614-6, alinéa 2 du Code du Travail ;

2. Alors que, d'autre part, un usage relatif à l'utilisation des heures de délégation ne peut résulter de la seule abstention antérieure de l'employeur de contester cette utilisation, une simple tolérance ne pouvant constituer un usage ; que, dès lors, en l'espèce, la Cour d'appel, qui a déduit l'existence d'un usage, au sein de l'UES FLEURY MICHON VENDEE, octroyant aux représentants du personnel aux CHSCT un crédit « extensible » et « illimité » d'heures de délégation, en se fondant sur la seule circonstance tirée de ce qu'il apparaissait, au vu des témoignages produits par Mme X..., que, jusqu'en 2007, la Direction n'avait pas exigé des salariés ayant porté des dépassements d'heures en code « 08 » qu'ils en justifient et qu'ils s'en expliquent et qu'aucune notification particulière ne leur avait été adressée en ce sens, a violé l'article L. 1221-1 du Code du Travail, ensemble ses articles L. 4614-3 et L. 4614-6 ;

3. Alors que, de plus, il faut que la pratique ait été générale, constante et fixe pour être devenue un usage ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel, qui a conclu à l'existence d'un usage général sur « l'ensemble » des CHSCT de l'UES FLEURY MICHON VENDEE en se fondant expressément sur une pratique n'affectant, selon elle, que « la majorité » des sites de cette UES, et non la totalité d'entre eux, n'a pas caractérisé le critère tiré de la généralité de ce prétendu usage et a donc privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-1 du Code du Travail, ensemble ses articles L. 4614-3 et L. 4614-6 ;

4. Alors qu'enfin et en tout état de cause, le bénéficiaire d'heures de délégation doit indiquer, à la demande de l'employeur, des précisions sur la nature des activités exercées pendant ces heures lui permettant de s'assurer que celles-ci ont été utilisées pour leur exercice ; qu'en l'espèce, en ayant, sur le fondement du prétendu usage dont elle constatait l'existence, dispensé Mme X...de fournir toute explication et toute justification quant à l'utilisation faite de ses heures de délégation, en général, et de ses heures de dépassement, en particulier, de sorte que, le cas échéant, il ne pourrait même pas lui être reproché une éventuelle « mauvaise utilisation des bons de délégation », la Cour d'appel a violé les articles L. 4614-3 et L. 4614-6 du Code du Travail.