



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 1177 du 10 décembre 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 24-21.299

Décision attaquée : 28 mai 2024 de la cour d'appel de Colmar

Mme [Y] [L]

C/

La société GSF Saturne

Par contrat à durée déterminée du 09 janvier 2018, la société GSF Saturne a engagé Mme [Y] [L] en qualité d'agent de service à temps partiel pour assurer le remplacement d'une salariée absente.

Le 18 janvier 2019, l'employeur a adressé à la salariée un solde de tout compte. La relation de travail s'est poursuivie après cette date, l'employeur indiquant dans une lettre du 27 février 2019 que la sortie de la salariée des effectifs résultait d'une erreur de manipulation du logiciel de gestion du personnel.

Le 19 mars 2021, l'employeur a informé la salariée de la rupture de son contrat de travail le 16 mars 2021 en raison du retour de la salariée remplacée.

Le 23 août 2021, la salariée a saisi le conseil de prud'hommes de Mulhouse aux fins de requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée et contester les modalités de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 1^{er} février 2022, le conseil de prud'hommes a notamment déclaré la demande de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée irrecevable en raison de la prescription ; dit que la rupture du contrat de travail à durée déterminée est intervenue à l'arrivée du terme consécutif au retour de la salariée remplacée ; débouté la salariée de l'ensemble de ses demandes relatives à la rupture du contrat de travail ; débouté la salariée de sa demande de maintien des salaires consécutifs aux arrêts maladie.

Sur appel de la salariée, la cour d'appel de Colmar, dans un arrêt prononcé le 28 mai 2024 a notamment confirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions.

La salariée s'est pourvue en cassation.

Par les préliminaires de paix de Versailles du 26 février 1871, la France a cédé à l'Empire allemand le Bas-Rhin et certaines parties du territoire des départements du Haut-Rhin, de la Moselle, de la Meurthe et des Vosges. L'article 1 de ce traité fixait les nouvelles frontières des deux États français et allemand. La loi d'Empire du 9 juin 1871 a mentionné la réunion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire d'Allemagne, ces territoires devenant ainsi une province gouvernée et administrée directement par la puissance impériale.

Lors du rattachement des territoires annexés à l'Empire allemand, la plupart des lois françaises sont restées en vigueur dans ces territoires en considération de la compatibilité d'une telle situation avec la mise en place d'un droit fédéral encore embryonnaire. Par la suite, au fur et à mesure de l'assimilation de la province, un nouveau droit allemand a remplacé progressivement un certain nombre de règles françaises. L'Allemagne étant un pays fédéral, l'Alsace Lorraine constituée en « Reichsland Elsass-Lothringen » (« Terre d'Empire Alsace-Lorraine »), disposait d'un pouvoir législatif propre, lequel a permis de développer une législation spécifique à ce territoire.

Cependant, la Constitution allemande du 16 avril 1871 donnant compétence à la fédération dans de nombreux domaines, l'Alsace-Lorraine s'est vu progressivement appliquer des lois fédérales, dont notamment celles sur l'organisation judiciaire (27 janvier 1877), sur le code de procédure civile (30 janvier 1877), sur le nouveau code civil allemand (loi du 18 août 1896). Une loi d'introduction du 17 avril 1899, a précisé les conditions d'insertion du nouveau code civil dans le droit local alsacien mosellan, tandis qu'en parallèle, une loi du 29 novembre 1899 a abrogé une

centaine de textes français d'avant 1870, ainsi qu'une trentaine de textes d'adaptation postérieure à l'annexion.

En 1918, la législation en vigueur en Alsace et en Lorraine juxtaposait donc trois éléments : des textes français antérieurs à 1870, des lois dites d'Alsace-Lorraine à caractère local, et les lois dites d'Empire applicables à toute l'Allemagne. Par la convention d'armistice du 11 novembre 1918, l'Allemagne a renoncé à tous droits et prétentions sur les territoires de l'Alsace et de la Lorraine. Aux trois districts allemands locaux ont été substitués des départements. Au moment de ce retour de l'Alsace-Lorraine à la France il a été préféré, par la loi du 17 octobre 1919 sur le régime transitoire de l'Alsace et de Lorraine, une introduction progressive et sélective des lois françaises plutôt que la substitution immédiate de leur ensemble aux dispositions locales.

Ainsi, l'introduction des règles de droit français ne devait se faire que par des textes spéciaux fixant à chaque fois les modalités ainsi que les délais d'application. Ce choix s'est expliqué, tant par la volonté d'éviter les effets négatifs d'un remplacement brutal de la totalité d'une législation par une autre, que par le constat de la modernité et de l'efficacité d'un certain nombre de lois allemandes ou locales, plus favorables que le droit général, notamment en matière sociale, et le souhait de ne pas introduire une régression des droits de la population locale dans certains domaines.

Toutefois, en considération des difficultés régulières rencontrées quant à la concordance des deux droits applicables, la loi du 24 juillet 1921 sur les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace-Lorraine en matière de droit privé a été promulguée pour essayer de les résoudre.

Par la suite, le 1^{er} juin 1924, deux grandes lois d'introduction pour l'une de la législation civile et pour l'autre commerciale ont été promulguées et sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1925. Certaines dispositions du code du travail ont été partiellement introduites par la première. Concernant le domaine civil, il a été dérogé au principe de l'introduction intégrale et de nombreuses dispositions de droit local ont été maintenues, pour certaines avec une période transitoire, le temps pour le droit général d'une « mise à niveau »¹.

Ayant été supprimé après 1940 par le régime nazi, le droit local a été remis en vigueur en 1944, dans le cadre du « *rétablissement de la légalité républicaine* ».

Désormais, que sa source soit issue du code de travail ou des conventions ou accords collectifs de travail, la réglementation de droit général du travail s'applique

¹ Source : site internet de l'Institut du droit local Alsacien-Mosellan

en Alsace-Moselle. Seules certaines spécificités limitées sont maintenues : le maintien de la rémunération en cas d'absences du salarié, la problématique du repos dominical et des jours fériés, la durée du préavis, la clause de non-concurrence et le contrat d'apprentissage.

L'application des règles de droit local, y compris celles de droit du travail, est territorialement limitée. En l'absence de précisions dans les textes, la jurisprudence a défini le critère de rattachement : il s'agit du lieu où s'exerce principalement, et non exclusivement, l'activité du salarié, soit l'Alsace-Moselle.

En l'espèce, le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir débouté la salariée de sa demande de maintien de salaire consécutif à ses arrêts maladie.

Il soutient tout d'abord que la cour d'appel ne pouvait subordonner le maintien de salaire à une condition d'ancienneté d'un an en application de l'article L.1226-1 du code du travail, quand elle aurait dû faire application de l'article L.1226-23 du code du travail n'imposant aucune condition d'ancienneté pour les salariés exerçant leur activité dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

L'article L. 1226-1 du code du travail dispose « *Tout salarié ayant une année d'ancienneté dans l'entreprise bénéficie, en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident constaté par certificat médical et contre-visite s'il y a lieu, d'une indemnité complémentaire à l'allocation journalière prévue à l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale, à condition :*

1° D'avoir justifié dans les quarante-huit heures de cette incapacité, sauf si le salarié fait partie des personnes mentionnées à l'article L. 169-1 du code de la sécurité sociale ;

2° D'être pris en charge par la sécurité sociale ;

3° D'être soigné sur le territoire français ou dans l'un des autres Etats membres de la Communauté européenne ou dans l'un des autres Etats partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux salariés travaillant à domicile, aux salariés saisonniers, aux salariés intermittents et aux salariés temporaires.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les formes et conditions de la contre-visite mentionnée au premier alinéa.

Le taux, les délais et les modalités de calcul de l'indemnité complémentaire sont déterminés par voie réglementaire. »

Aux termes de l'article L. 1226-3 du code du travail dans sa version issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, « *Le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté et pour une durée relativement sans importance a droit au maintien de son salaire.*

Toutefois, pendant la suspension du contrat, les indemnités versées par un régime d'assurances sociales obligatoire sont déduites du montant de la rémunération due par l'employeur. »

Le pourvoi nous interroge sur l'éventuel cumul de la condition de l'année d'ancienneté dans l'entreprise du premier des textes précités, avec les conditions édictées par le second.

Selon l'article 616 du code civil local, l'obligé à la prestation de services ne perd pas son droit à rémunération par le seul fait qu'il est empêché, pour un temps relativement sans importance, de fournir la prestation de services pour une raison tenant à sa personne mais sans qu'il y ait de faute de sa part. Cette disposition a été maintenue en vigueur par l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924 sur l'introduction de la législation civile dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

En effet, ce texte, protecteur des droits des salariés, ne connaissait pas d'équivalent dans la loi française en 1924. Il n'en a pas plus connu par la suite. Si la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle a mis en place une garantie de ressources minimale du salarié qui s'applique en l'absence de dispositions conventionnelles plus favorables, cette dernière est instaurée au profit des salariés en maladie ou en accident du travail, sous certaines conditions. Il s'agit de l'article L. 1226-1 du code du travail précité.

La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit a habilité le Gouvernement à adapter par ordonnance la partie législative du code du travail. La loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social a prorogé le délai fixé par le texte précité.

Son article 57 dispose notamment « *I. - Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du code du travail à droit constant, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification.*

II. - Les dispositions codifiées en vertu du I sont celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet.

[...]. »

Dans un rapport rédigé au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie

législative), par Mme Jacqueline Irles, députée², il est mentionné dans un paragraphe

intitulé « II.- Les options du nouveau code A. Le périmètre : un code recentré sur les dispositions de portée générale » : «A contrario, et conformément à l'habilitation législative, le nouveau code intègre des dispositions de lois non codifiées ou d'autres codes concernant le droit du travail. Sont ainsi codifiées les dispositions très importantes, pour les salariés, de la loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (n° 78-49 du 19 janvier 1978) : principe du salaire mensualisé, garantie d'indemnités maladies complémentaires et du paiement des jours fériés. De même, sont intégrées au nouveau code des règles de droit local applicables seulement en Alsace-Moselle qui figurent actuellement dans des codes locaux (code civil, code du commerce et code professionnel) ou des textes légaux remontant à la période bismarckienne comme l'ordonnance du 16 août 1892 sur les jours fériés. »

Au cours des travaux de la commission des affaires sociales du Sénat réunie le mercredi 12 décembre 2007, il était relevé : « Mme Catherine Procaccia, rapporteur, n'a pas jugé utile de revenir en détail sur le processus d'élaboration du nouveau code,

ni sur les grandes options qui ont été retenues pour son plan et la rédaction de ses articles, dans la mesure où elle les a déjà présentés le 19 septembre dernier. Elle a toutefois rappelé les objectifs de la recodification, qui doit rendre le code plus lisible, cohérent et facile à utiliser pour les non-spécialistes, mais sans modifier le fond du droit. Elle a souligné que le respect de ce principe de recodification à droit constant a souvent été mis en doute lors des débats au Sénat et à l'Assemblée nationale. Pourtant, les conditions d'élaboration du nouveau code ont apporté toutes les garanties souhaitables en la matière : confiée à une équipe de juristes du ministère du travail, sa rédaction a été suivie par un comité d'experts et par une commission des partenaires sociaux, puis l'Assemblée générale du Conseil d'Etat s'est réunie pour examiner l'ordonnance ; les deux assemblées ont ensuite pu contrôler le travail accompli et ont adopté de nombreux amendements - une soixantaine au Sénat et une quarantaine à l'Assemblée nationale - à chaque fois qu'un doute est apparu sur la réalité du droit constant.

Le Sénat a poursuivi trois objectifs principaux en première lecture : tout d'abord, corriger les erreurs de recodification ; ensuite, actualiser le nouveau code, en y intégrant des dispositions adoptées récemment et qui n'avaient pu être prises en compte ; enfin, veiller à une codification correcte des dispositions du droit local applicable en Alsace-Moselle. »³

Dans son rapport n° 459 (2006-2007), déposé le 19 septembre 2007, la sénatrice avait indiqué : « b) Le problème particulier posé par la codification du droit d'Alsace-Moselle. L'institut du droit local d'Alsace-Moselle et l'ensemble des syndicats de ces départements ont déposé un recours devant le Conseil d'Etat le 10

² <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0436.asp>

³ <https://www.senat.fr/rap/l07-130/l07-1302.html#toc6>

mai 2007 au motif que le nouveau code remettrait en cause certaines dispositions propres à ces territoires, concernant notamment l'interdiction du travail dominical, le maintien du salaire en cas d'absence, la durée du préavis en cas de rupture du contrat et la clause de non-concurrence.

Des spécialistes du droit local examinent actuellement les griefs adressés au nouveau code, en concertation avec les parlementaires des départements concernés. Attentive au respect des particularismes de la législation alsacienne et mosellane, votre commission souhaite que les éventuelles erreurs de codification soient corrigées par voie d'amendement lors du débat en séance publique. »

Ainsi, depuis le 1^{er} mai 2008, date d'entrée en vigueur du nouveau code, les dispositions de droit local sur le maintien du salaire en cas d'absence du salarié de l'ancien article 616 du code civil local sont intégrées dans le code du travail à l'article L. 1226-23⁴.

À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, dans une décision du 5 août 2011, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité du droit local alsacien mosellan et a érigé son maintien en principe fondamental reconnu par les lois de la République⁵.

⁴ Article L. 1226-23 du code du travail dans sa version issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 : « Le salarié dont le contrat de travail est temporairement suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté a droit au maintien de son salaire.

Toutefois, pendant la suspension du contrat, les indemnités versées par un régime d'assurances sociales obligatoire sont déduites du montant de la rémunération due par l'employeur. »

Puis dans sa version issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 : « Le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté et pour une durée relativement sans importance a droit au maintien de son salaire.

Toutefois, pendant la suspension du contrat, les indemnités versées par un régime d'assurances sociales obligatoire sont déduites du montant de la rémunération due par l'employeur. »

⁵ Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011 : « [...] 3. Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la loi du 17 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine, adoptée à la suite du rétablissement de la souveraineté de la France sur ces territoires : « Les territoires d'Alsace et de Lorraine continuent, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises, à être régies par les dispositions législatives et réglementaires qui y sont actuellement en vigueur » ; que les lois procédant à l'introduction des lois françaises et notamment les deux lois du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française et portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ont expressément maintenu en vigueur dans ces départements certaines législations antérieures ou édicté des règles particulières pour une durée limitée qui a été prorogée par des lois successives ; qu'enfin, selon l'article 3 de l'ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle : « La législation en vigueur à la date du 16 juin 1940 est restée seule applicable et est provisoirement maintenue en vigueur » ;

4. Considérant qu'ainsi, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de

Par la suite, la Cour de cassation, s'agissant des dispositions de droit local relatives au maintien du salaire en cas d'absence du salarié, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au fait que le particularisme du droit local d'Alsace-Moselle violerait le principe d'égalité des citoyens devant la loi, a dit n'y avoir lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel. Elle a jugé que la question ne présentait pas un caractère sérieux « *en ce que le principe fondamental reconnu par les lois de la République justifie le maintien de dispositions particulières applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au nombre desquelles figure la disposition contestée dont l'origine est antérieure à 1919 ;* » (Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 13-40.028, Bull. 2013, V, n° 184).

Ainsi, il résulte de l'ensemble de ces éléments que les articles L. 1226-1 et L.1226-23 du code du travail ont des sources différentes, l'avantage figurant dans le droit local étant bien antérieur à celui inscrit dans le droit général.

Par ailleurs, une lecture littérale de l'article L. 1226-23 du code du travail démontre qu'il soumet le maintien du salaire à trois conditions cumulatives seulement : deux concernant la nature de l'empêchement (cause personnelle et indépendante de la volonté du salarié), et la troisième la durée de l'absence (relativement sans importance). La disposition n'énonce que ces trois conditions, sans aucun renvoi à l'article L. 1226-1 du code du travail, et notamment à la condition d'une année d'ancienneté dans l'entreprise.

En outre, l'article L. 1226-23 du code du travail est issu de la codification, à droit constant, lors de la refonte du code du travail, de l'article 616 du code civil local, disposition maintenue en vigueur par la loi du 1^{er} juin 1924. Or, cet article ne prévoyait pas de condition d'une année d'ancienneté dans l'entreprise pour le maintien du salaire.

Si les articles L. 1226-1 et L. 1226-23 du code du travail figurent tous les deux dans la première partie « *Les relations individuelles de travail* », livre II « *Le contrat de travail* », Titre II « *Formation et exécution du contrat de travail* », Chapitre VI « *Maladie, accident et inaptitude médicale* », ils se trouvent dans des sections distinctes, dans la Section 1 « *Absences pour maladie ou accident* » pour le premier et dans la Section 4 « *Dispositions particulières aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin* » pour le second.

Je considère donc que les articles L. 1226-1 et L. 1226-23 du code du travail doivent être appliqués distinctement ; le premier dans les situations soumises au droit général seulement et le second dans celles relevant des départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, sans passerelle permettant de soumettre les

traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de dispositions particulières applicables dans les trois départements dont il s'agit ; que ce principe doit aussi être concilié avec les autres exigences constitutionnelles ; [...] »

situations relevant du second texte, outre celles qu'il énonce, aux conditions du premier.

Je ne m'associe pas au mémoire en défense qui soutient que la cour d'appel n'a pas subordonné l'application de l'article L. 1226-23 du code du travail à la condition d'ancienneté exigée par l'article L. 1226-1 du même code mais a constaté que cette dernière n'était pas remplie seulement pour répondre à l'argumentation de la salariée qui se prévalait de la disposition litigieuse.

En effet, si la salariée, dans ses conclusions devant la cour d'appel (page 27 - production MA n° 2), citait l'article L. 1226-1 du code du travail et indiquait avoir satisfait à l'exigence de son deuxième alinéa, la cour d'appel, si elle n'envisageait pas le cumul des conditions des deux dispositions, aurait dû écarter l'application de ce premier texte, sans rechercher si ses conditions de mise en oeuvre étaient effectivement remplies en l'espèce, pour se consacrer à la seule application de l'article L. 1226-23 du code du travail.

La cour d'appel a cumulé l'application des deux textes, ce que leur lecture littérale, a minima, n'envisage pas.

Je conclus à la cassation du moyen pris en sa première branche.

Le pourvoi argue également que l'objet du litige étant déterminé par les prétentions respectives des parties, la cour d'appel ne pouvait pas débouter la salariée qui demandait au titre du maintien de salaire une somme de 1 142,53 euros brut, aux motifs inopérants qu'elle « *ne démonstr[ait] pas que l'employeur resterait redevable d'une somme de 304,50 euros au titre d'un rappel de salaire.* », montant qui ne correspondait pas à la demande.

Dans le dispositif de ses conclusions devant la cour d'appel (production MA n° 2), la salariée sollicitait une somme de 1 142,53 euros brut au titre du maintien de salaire pour les arrêts maladie.

Dans la motivation de ses conclusions (pages 28 et 29), la salariée soutenait que sur la somme de 1 142,53 euros, l'employeur avait déduit une somme de 304,50 euros, non pas pour arrêt maladie mais pour une absence non rémunérée du 13 au 20 novembre 2018 alors qu'elle avait travaillé pendant cette période ; qu'il avait ensuite régularisé la somme au mois de décembre, tout en la déduisant à nouveau et en l'imputant « *sur une retenue comme maladie ce qui n'est pas exact* ». La salariée concluait « *C'est par ces motifs que dans la demande de rappel de salaire comprend les retenues maladie mais aussi cette somme de 304,50 euros qui a été imputée par l'Employeur sur une retenue comme maladie ce qui n'est pas exact.* »

Ainsi, la salariée considérait que la retenue de la somme de 304,50 euros n'était pas justifiée car ne correspondant pas à un arrêt maladie.

Dans sa motivation, la cour d'appel n'a pas, pour débouter la salariée, au titre des rappels de salaire, seulement envisagé une somme de 304,50 euros alors

qu'était réclamée une somme de 1 142,53 euros, mais a énoncé une motivation spécifique, répondant ainsi aux conclusions, pour rejeter, au sein de la somme globale réclamée, celle de 304,50 euros.

En effet, alors que la retenue de cette somme par l'employeur au titre d'un arrêt maladie était contestée par la salariée, la cour d'appel était tenue, dans un premier temps, de statuer spécifiquement sur cette somme, pour savoir si elle correspondait bien à une absence et devait ou non être prise en compte à ce titre. Elle a ensuite examiné si le maintien de salaire réclamé entraînait dans les conditions de l'article L. 1226-23 du code du travail, ce que la cour d'appel a fait dans un nouveau paragraphe, à la suite de celui relatif à l'examen de la somme de 304,50 euros.

Si la cour d'appel avait considéré que la retenue de la somme de 304,50 euros était indue pour ne pas correspondre à une absence, elle aurait été écartée de l'examen de l'application de l'article L. 1226-23 du code du travail.

► Je conclus au rejet du moyen pris en sa deuxième branche.

Le pourvoi soutient encore que le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour une cause indépendante de sa volonté et pour une durée relativement sans importance a droit au maintien de son salaire ; que les juges du fond sont tenus d'apprécier si, au vu des circonstances de l'espèce, les absences constituent un temps relativement sans importance ; ce que n'a pas fait la cour d'appel en se bornant à affirmer que *« le seul fait que les arrêts de travail auraient été d'une durée inférieure à six semaines est insuffisant pour démontrer que l'absence de la salariée aurait été d'une durée relativement sans importance »* sans rechercher si, concrètement, les arrêts de travail, pour lesquels il était demandé un maintien de salaire, portaient sur une durée relativement sans importance.

En soumettant le maintien du salaire à la condition d'une « durée relativement sans importance », l'article L. 1226-23 du code du travail ne fixe pas un nombre de jours mais renvoie l'appréciation de la durée de l'absence aux parties, sous le contrôle du juge.

Cette appréciation de la durée de l'absence, question de fait, doit être réalisée au regard des circonstances, au cas par cas, absence par absence ; les juges du fond devant examiner si chacune d'elle constitue un temps relativement sans importance, sans faire une appréciation globale de l'absentéisme du salarié (Soc., 19 juin 1996, pourvoi n° 95-40.213 ; Soc., 11 mars 1997, pourvoi n° 94-40.301, 94-40.302).

La Cour n'envisage pas une fixation de la durée « relativement sans importance » par analogie avec l'article L. 1226-24 du code du travail⁶, applicable au

⁶ Article L. 1226-24 du code du travail dans sa version issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 : *« Le commis commercial qui, par suite d'un accident dont il n'est pas fautif, est dans l'impossibilité d'exécuter son contrat de travail a droit à son salaire pour une durée maximale de six semaines. »*

commis commercial et a déjà jugé « *Aucune durée n'étant prévue par l'article 616 du code civil local, il appartient au juge d'apprécier si, compte tenu des circonstances de l'espèce, les absences du salarié constituent un temps relativement sans importance. Dès lors, viole ce texte, le conseil de prud'hommes qui, par une disposition d'ordre général, décide que par analogie à d'autres dispositions du droit local, la durée du "temps relativement sans importance" ne saurait excéder 6 semaines.* » (Soc., 25 novembre 1992, pourvoi n° 90-41.118, Bulletin 1992 V N° 574 ; Soc., 2 mars 1994, pourvoi n° 91-42.424).

Le législateur a expressément fait le choix de ne pas mentionner une durée de six semaines à l'article L. 1226-23 du code du travail, contrairement à l'article suivant. Les deux dispositions proviennent de deux codes distincts, code civil local pour la première et code du commerce local pour l'article L. 1226-24 du code du travail. En outre, la durée de six semaines prévue par le second texte est une durée d'indemnisation (« *a droit à son salaire pour une durée maximale de six semaines* »), tandis que la durée « relativement sans importance » du premier constitue une condition de son application. Ces éléments justifient l'absence d'analogie possible entre les deux textes.

En l'espèce, en jugeant que « *le seul fait que les arrêts de travail auraient été d'une durée inférieure à six semaines est insuffisant pour démontrer que l'absence de la salariée aurait été d'une durée relativement sans importance* », la cour d'appel n'a pas apprécié de façon séparée chacun des arrêts de travail soumis. En effet, les termes « les arrêts de travail » et « l'absence », démontrent une appréciation globale, et non au cas par cas, des absences de la salariée justifiées par des arrêts de travail.

Je considère que la motivation de la cour d'appel est insuffisante à caractériser le défaut de « durée relativement sans importance » pour chacune des absences de la salariée.

► Je conclus à la cassation du moyen pris en sa troisième branche.

Le pourvoi prétend en outre que les juges ne pouvant méconnaître les termes du litige, déterminé par les prétentions respectives des parties, la cour d'appel ne pouvait pas retenir, pour débouter la salariée de sa demande de maintien de salaire, qu'elle ne justifiait que de certains arrêts de travail quand l'employeur ne contestait pas les arrêts de travail pour lesquels la salariée demandait un maintien de salaire et produisait lesdits arrêts de travail.

*Pendant cette durée, les indemnités versées par une société d'assurance ou une mutuelle ne sont pas déduites du montant de la rémunération due par l'employeur. Toute stipulation contraire est nulle.
Est un commis commercial le salarié qui, employé par un commerçant au sens de l'article L. 121-1 du code de commerce, occupe des fonctions commerciales au service de la clientèle. »*

Devant la cour d'appel, la salariée sollicitait un rappel de salaire pour ses arrêts de travail du 29 octobre au 11 novembre 2018, ainsi que du 21 novembre 2018 au 11 janvier 2019 (pages 27 des conclusions devant la cour d'appel - production MA n° 2).

Ainsi qu'il a été précédemment rappelé, pour caractériser la condition de « *la durée relativement sans importance* » édictée à l'article L. 1226-23 du code du travail, les juges du fond doivent examiner chacune des absences, donc des arrêts de travail quand ils en sont la cause, pour en déterminer individuellement la durée. Dès lors, l'absence de production de ceux-ci peut s'avérer déterminante dans la résolution du litige.

En l'espèce, dans ses conclusions devant la cour d'appel (production MA n° 3), l'employeur énonçait « *Force est de constater que [la salariée] a été régulièrement en arrêt de travail pour cause de maladie non professionnelle pendant toute la durée de sa relation de travail déterminée, entre le 9 janvier 2018 et la fin de l'année 2019. Elle a ainsi été absente, au titre de la première année, en 2018 :*

- [...]

- du 29 octobre au 5 novembre 2018, prolongé jusqu'au 12 novembre 2018, puis du 21 novembre 2018 au 11 janvier 2019.

[...]

Cf pièce n° 13 : Arrêts de travail de 2018 à 2020 » (page 10 et 11 des conclusions).

Dans le bordereau de pièces figurant en annexe des conclusions figure la mention : « *Pièce n°13 : Arrêts de travail de 2018 à 2020* ».

Ainsi, contrairement à ce que soutient le mémoire en défense, je considère que, devant la cour d'appel, l'employeur, ne contestait pas la réalité des arrêts de travail aux périodes évoquées par la salariée, sans qu'aucune ambiguïté ne puisse être relevée sur ce point dans ses conclusions et notamment sans que l'on puisse considérer que l'employeur, tout en reconnaissant des absences, ne considérait pas qu'elles étaient toutes justifiées par des arrêts de travail. Il convient, pour achever de s'en convaincre, de constater que, dans les conclusions de l'employeur, la discussion sur la demande de rappel de salaire présentée par la salariée figure dans un paragraphe « *Sur la demande de rappel de salaire au titre des absences maladie* » ; tandis que dans le développement de celui-ci, il n'est pas discuté d'absences pour d'autres causes que des arrêts de travail.

Dès lors, alors que l'employeur reconnaissait l'existence des arrêts de travail revendiqués par la salariée et en justifiait par la production de pièces, la cour d'appel ne pouvait pas reprocher à la salariée de ne justifier « *que de certains arrêts de travail* ».

► **Je conclus à la cassation sur le troisième moyen.**

Enfin, le pourvoi, soutenant que les juges du fond ne peuvent, sans méconnaître leur office, débouter le salarié de sa demande au motif qu'elle ne serait pas chiffrée et a fortiori insuffisamment détaillée, considère que la cour d'appel ne

pouvait pas débouter la salariée de sa demande de maintien de salaire relative à ses arrêts de travail non contestés aux motifs qu'elle ne précisait pas les montants qu'elle revendiquait au titre du maintien de salaire pour chaque arrêt de travail, quand tant les bulletins de salaire que le relevé des indemnités journalières de sécurité sociale étaient versés aux débats.

Dans sa motivation, la cour d'appel a, dans un premier temps; examiné si les conditions d'application des articles L. 1226-1 et L. 1226-3 du code du travail étaient remplies ; jugé que ce n'était pas le cas, avant, dans un dernier paragraphe d'ajouter : *« Il convient en outre de relever que [la salariée] ne justifie que de certains arrêts de travail et qu'elle ne précise pas les montants qu'elle revendique au titre du maintien de salaire pour chacun de ces arrêts. »*

Ainsi, le pourvoi critique un motif surabondant s'agissant de l'absence des montants précisés par la salariée, relevée par la cour d'appel.

► **Je conclus au rejet du moyen pris en sa cinquième branche.**