



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° X2416837	
Décision attaquée : 25 avril 2024 de la cour d'appel de Paris	

le syndicat CGT des salariés de DHL International Express C/ la société DHL International Express France	
Renaud Halem, avocat général référendaire	AVIS de l'avocat général

Répondant à une aspiration sociale de meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle, le développement du temps partiel à la faveur de la loi n° 81-64 du 28 janvier 1981 s'est également accompagné d'une volonté d'éviter la précarisation des salariés exerçant leur activité sous ce régime tout comme leur traitement défavorable par rapport aux salariés à temps complet.

L'un des outils de cet équilibre a été, dès le projet de loi initial, l'instauration d'un " *droit au retour* " des salariés à temps partiel vers un poste à temps plein, dans la sphère proche de leur établissement ou de leur entreprise et ressortissant à leur catégorie professionnelle. Bien que le législateur ait, au fil des réformes, élargi les possibilités de transition du temps partiel vers le temps complet, renforcées par une obligation d'information ciblée du chef d'entreprise quant aux postes disponibles, il n'a pour autant jamais franchi les frontières de l'entreprise. Les multiples formes que cette dernière peut revêtir, comme les relations contractuelles qu'elle noue avec des prestataires extérieurs pour la prise en charge de certaines tâches, implique dès lors de définir les limites juridiques et fonctionnelles de la priorité légale.

Les deux premières branches du moyen du pourvoi principal vont ainsi permettre d'en préciser le périmètre au regard de la pratique de la sous-traitance, en répondant à la question suivante : la priorité d'accès prévue par l'article L. 3123-3 du code du travail pour les salariés à temps partiel à un emploi à temps complet dans le même établissement ou la même entreprise et l'obligation d'information corrélative de l'employeur sur la disponibilité

d'un tel emploi porte-t-elle sur ceux pourvus ou que celui-ci envisagerait de pourvoir en recourant à la sous-traitance ? ¹

La première branche du moyen du pourvoi incident , pose une question plus classique liée à la définition de la notion d'intérêt collectif de la profession qui fonde l'intérêt des syndicats professionnels à agir en justice : le droit d'agir en justice reconnu par l'article L. 2132-3 du code du travail à ces syndicats peut-il porter sur la méconnaissance par l'employeur d'un engagement unilatéral ? ²

La situation ayant conduit au litige s'inscrit en effet dans le cadre de la contestation par un syndicat du recours par une entreprise de transports à la sous-traitance pour faire face à une augmentation de son activité.

Celui-ci a donc saisi la juridiction prud'homale le 28 avril 2021 afin que l'employeur soit condamné au recrutement de plusieurs salariés en qualité de démarcheurs-livreurs, à informer les salariés à temps partiel de tout nouveau poste de même catégorie ou vacant avant recours à la sous-traitance ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts pour violation de la priorité d'emploi et d'un engagement unilatéral de non-augmentation de la proportion de sous-traitants.

Le jugement par lequel le tribunal judiciaire de Bobigny a, le 26 janvier 2023, condamné la société à l'embauche de démarcheurs-livreurs prioritairement parmi les salariés à temps partiels et au paiement de dommages-intérêts pour manquement à l'engagement patronal précité mais rejeté la demande d'information préalable des mêmes salariés de tout nouveau poste vacant avant sous-traitance, ayant été confirmé par arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 avril 2024, le syndicat s'est pourvu en cassation le 25 juin 2024.

DISCUSSION

Les moyens relatifs à l'objet de la priorité d'accès des salariés à temps partiel aux emplois à temps complet (I - moyen du pourvoi principal) et au droit d'agir en justice des syndicats professionnels (II - moyen du pourvoi incident) seront successivement étudiés.

I - Sur l'objet de la priorité d'accès des salariés à temps partiel aux emplois à temps complet (moyen du pourvoi principal)

La priorité d'accès des salariés à temps partiel au temps complet a évolué afin d'accroître au maximum leurs possibilités de reclassement à l'intérieur de l'entreprise sans toutefois en dépasser les frontières ni précariser leur emploi (1). Elle ne peut donc s'exercer que sur les emplois de l'établissement ou de l'entreprise équivalents ou de même catégorie que celui à temps partiel précédemment occupé mais sur tous ces emplois, comme dans d'autres hypothèses de reclassement (2). La sous-traitance ne saurait dès lors être considérée, au regard de ses spécificités contractuelle et économique, comme entrant dans le champ de cette priorité d'accès (3), ce qui n'imposait pas à l'employeur en l'espèce de proposer aux salariés à temps partiel les emplois occupés par ses sous-traitants ou de les informer au préalable de tout projet de recours à la sous-traitance (4).

1. La priorité d'accès des salariés à temps partiel au temps complet a évolué afin d'accroître au maximum leurs possibilités de reclassement à l'intérieur de l'entreprise sans toutefois en dépasser les frontières ni précariser leur emploi.

1.1. La loi n° 81-64 du 28 janvier 1981, qui a substitué à la pratique des "horaires réduits" ouverte par celle du 27 décembre 1973 ³ un véritable régime légal du "travail à temps partiel", a eu pour objectif de répondre à une aspiration sociale d'un accès élargi à cette forme d'emploi, alors conçue comme un outil de flexibilité dans l'utilisation de la main-d'œuvre, sans en négliger la dimension qualitative ⁴.

L'une des propositions issue de cette réforme a donc consisté, afin de prévenir le risque de marginalisation des salariés occupés à temps partiel, à instaurer un droit d'accès prioritaire de ces derniers à l'exercice d'un emploi à temps plein, le temps partiel " *ne [devant] pas être une voie ouverte sans chemin de retour* ".

Il est intéressant de relever que la commission des affaires sociales du Sénat, devant lequel le projet de loi avait été déposé, avait envisagé le jeu de cette priorité, dans le cas d'un passage au temps partiel, comme le résultat " *d'une transformation ou d'une division de postes à temps complet existant dans l'entreprise* ", " *lorsqu'un poste correspondant à leur qualification était offert dans l'entreprise* " ⁵.

Elle avait également souligné, dans le cas du passage d'un " *travail à horaire normal à une activité d'une durée réduite* ", les " *inconvenients lorsque l'entreprise comprend plusieurs établissements qui peuvent être éloignés de l'établissement d'origine* ", de sorte qu'elle avait proposé " *d'instituer cette priorité dans le même établissement d'abord, ou à défaut dans la même entreprise* " ⁶.

C'est pourquoi l'article L. 212-4-5 du code du travail créé par la loi du 28 janvier 1981 a initialement limité pour les salariés à temps partiel cette priorité à un " *emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, [et] ressortissant à leur catégorie professionnelle* " ⁷.

1.2. Prenant en compte l'hostilité des organisations syndicales qui dénonçaient les lacunes du texte quant aux droits et garanties des salariés à temps partiel, l'ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982 s'est efforcée de renforcer " *la sécurité des salariés d'une entreprise pour occuper les emplois à temps partiel disponibles ou pour, s'ils étaient à temps partiel, se voir affectés à des emplois à temps complet libérés ou créés (...)* " ⁸.

La nouvelle mouture de l'article L. 212-4-5 du code du travail précité, issue de cette ordonnance, a donc élargi l'objet de la priorité d'affectation des salariés à temps partiel, toujours " *dans le même établissement, ou à défaut, dans la même entreprise* ", à " *emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou (...) un emploi équivalent* ", assortie d'une obligation pour l'employeur de " *porte[r] à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants* " ⁹.

1.3. Le dispositif a ensuite été peu modifié pendant dix ans s'agissant du champ des emplois concernés par la priorité d'accès, la loi n° 91-1 du 3 janvier 1991 prévoyant notamment la fixation par convention collective de branche ou accord collectif étendu des conditions dans lesquelles les salariés à temps partiel peuvent bénéficier de la priorité d'accès au temps plein ¹⁰, et celle n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite "Aubry II" détaillant la procédure de demande de passage du temps partiel au temps complet " *dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise* " ¹¹.

Ce périmètre a en revanche été élargi de manière importante par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 ayant inséré, au second alinéa de l'article L. 3123-8 du code du travail, la faculté pour " *Une convention collective ou un accord de branche étendu [de] prévoir la possibilité pour l'employeur de proposer au salarié à temps partiel un emploi à temps complet ne ressortissant pas à sa catégorie professionnelle ou un emploi à temps complet non équivalent* " .

Il convient de souligner que cette possibilité, qui figurait dans le projet de loi initial (article 8) et a été finalement conservée dans la version finale du texte, avait suscité des craintes, relayées par le rapporteur du texte, quant à la propension de l'employeur à " *ne proposer aux salariés à temps partiel que des emplois d'une catégorie professionnelle inférieure ou des emplois non équivalents* " ¹².

1.4. Les deux dernières réformes significatives de la priorité d'accès ont consisté à en étendre au maximum le champ sur la durée et la nature de l'emploi mais toujours à l'intérieur de la seule entreprise.

D'une part, l'ordonnance n° 2015-82 du 29 janvier 2015 a permis le jeu de la priorité d'accès des salariés à temps partiel sur un emploi lui-même à temps partiel mais d'une durée minimale de vingt-quatre heures par semaine voire une durée inférieure à celle-ci, fixée par accord de branche moyennant une durée globale équivalente ¹³.

D'autre part, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 dite "Travail" a remplacé la possibilité pour les partenaires sociaux de prévoir un passage du salarié à temps partiel vers un emploi à temps complet d'une autre catégorie professionnelle ou non équivalent par celle d'une transition vers " *un emploi présentant des caractéristiques différentes* " ¹⁴, ce qui constitue un correctif face aux risques de dégradation de l'emploi attachés à la précédente formulation.

Alors que cette réforme confiait cette faculté seulement à une convention ou à un accord de branche étendu, l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 l'a, en quelque sorte, ramenée vers l'entreprise, en l'attribuant prioritairement à une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, la négociation ou niveau de la branche occupant un rôle subsidiaire.

L'article L. 3123-3 du code du travail issu de cette dernière évolution et visé par le moyen dispose ainsi, en son premier alinéa :

" *Les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi d'une durée au moins égale à celle mentionnée au premier alinéa de l'article L. 3123-7 ou un emploi à temps complet et les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent ou, si une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu le prévoit, d'un emploi présentant des caractéristiques différentes* " .

1.5. Enfin, s'agissant de la directive 97/81 du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, également invoquée par le moyen, si celui-ci vise à faciliter le recours au travail à temps partiel, il adopte à l'instar du droit interne un périmètre limité à l'établissement ou à l'entreprise pour toute évolution vers le temps complet.

La clause 5, point 3, c) et d), de cet accord prévoit en effet que :

" Autant que possible, les employeurs devraient prendre en considération : (...)

c) la fourniture en temps opportun d' informations sur les postes à temps partiel et à temps plein disponibles dans l'établissement de façon à faciliter les transferts d'un travail à temps plein à un travail à temps partiel ou vice versa ".

Il peut d'ailleurs être noté que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a admis la régularité, au regard de la clause 5, point 2, du même accord d'" *une réglementation nationale en vertu de laquelle l'employeur peut ordonner la transformation d'un contrat de travail à temps partiel en un contrat de travail à temps plein sans l'accord du travailleur concerné "* [15](#).

2. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, élaborée dans ce cadre, que la priorité d'emploi ne peut s'exercer que sur les emplois de l'établissement ou de l'entreprise équivalents ou de même catégorie que celui à temps partiel précédemment occupé mais sur tous ces emplois, comme dans d'autres hypothèses de reclassement.

2.1. La jurisprudence a en effet anticipé l'assouplissement législatif opéré par la loi du 14 juin 2013 en admettant que le salarié à temps partiel puisse faire jouer sa priorité légale sur un autre emploi à temps partiel créé ou devenu vacant dans l'établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, dès lors qu'il est compatible avec l'horaire, la durée et la répartition du travail du premier emploi occupé [16](#). Rien ne s'oppose à ce que cette priorité d'emploi puisse s'exercer sur un emploi à durée déterminée (CDD) [17](#), voire en passant d'un contrat à durée indéterminée à mi-temps à un CDD à trois quarts temps [18](#).

Dès lors qu'un salarié remplit les conditions prévues par la loi au titre de la priorité d'emploi à temps complet pour occuper un poste, l'employeur, qui doit prouver [19](#) avoir informé spécifiquement les salariés intéressés [20](#), a donc l'obligation d'accéder à sa demande [21](#).

Il convient de préciser que la notion de catégorie professionnelle visée par l'article L. 3123-3 du code du travail désigne l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune [22](#). La comparaison s'effectue à partir de la qualification (aptitude du salarié à occuper l'emploi), de la classification (classement professionnel au sein des grilles conventionnelles, degré d'autonomie et de responsabilité), des perspectives de carrière et du niveau hiérarchique des différents postes [23](#).

L'employeur peut donc refuser d'accorder un poste à temps plein au salarié à temps partiel s'il ne correspond pas à sa qualification [24](#). Il peut également s'opposer au cumul de deux emplois à temps partiel en invoquant une incompatibilité d'horaires et de durées maximales de travail [25](#).

La priorité d'emploi ne s'exerce en outre que sur les postes disponibles, c'est-à-dire qui ne sont occupés par aucun salarié ou deviendront libres à terme, par exemple en cas de création ou de vacance de poste, par suite du départ définitif de l'entreprise ou de la mutation interne du salarié qui l'occupait.

Enfin, si toute violation de la priorité légale d'affectation peut causer au salarié un préjudice dont il peut demander réparation [26](#), tel n'est toutefois pas le cas à défaut d'équivalence entre les postes [27](#) ou si le poste vacant est de qualification inférieure [28](#).

2.2. La comparaison opérée au rapport avec d'autres dispositifs de maintien de l'emploi est éclairante, en ce que la priorité de réembauche se limite également aux postes disponibles dans l'entreprise, à l'exclusion des entités tierces.

En matière de reclassement du salarié inapte, l'article L. 1226-2 du code du travail prévoit en effet que l'employeur " (...) lui propose un autre *emploi approprié à ses capacités* , *au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant* , situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel " [29](#).

L'adéquation des compétences requises par le poste de reclassement doit dans ce cadre être prise en compte [30](#).

En matière de reclassement d'un salarié licencié pour motif économique, la priorité de réembauche, assortie elle aussi d'une obligation d'information de l'employeur, prévue par l'article L. 1233-45 du code du travail, porte sur " *tout emploi devenu disponible et compatible avec [la] qualification* " du salarié.

Il a même été considéré à cet égard que la priorité légale ne pouvait s'exercer que lorsque l'employeur procède à des embauches et non lorsqu'il propose en interne un poste aux salariés de l'entreprise [31](#). De la même manière, l'absence temporaire d'un salarié ne rend pas pour autant l'emploi disponible [32](#).

Les démarches de recherches n'ont en particulier pas à être étendues auprès des entreprises sous-traitantes [33](#), ni à des postes que l'employeur a l'intention de créer pour assurer la prospection et la commercialisation de ses produits [34](#).

3. Dans ce contexte, la sous-traitance ne saurait être considérée, au regard de ses spécificités contractuelle et économique, comme entrant dans le champ de la priorité d'accès des salariés à temps partiel au temps complet.

3.1. Selon l'article 1^{er} de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, " (...) *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ".

En d'autres termes, il s'agit d'une variété de contrat d'entreprise par lequel une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter totalement ou partiellement les engagements qu'elle a elle-même souscrits vis-à-vis d'un tiers. Il y a donc en principe une cloison étanche entre l'entreprise donneur d'ordre et les salariés de l'entreprise sous-traitante exécutant la prestation que la première lui confie, lesquels ne sauraient être placés en situation de subordination vis-à-vis de la première, censée être cantonnée à un rôle de cliente.

Pour ne pas être requalifié en prêt de main d'œuvre à but exclusivement lucratif, pénalement prohibé par les articles L. 8241-1, L. 8243-1 à L. 8243-3 du code du travail [35](#), les salariés réalisant la prestation doivent en effet travailler sous la direction et le contrôle effectifs de l'entreprise sous-traitante.

La validité de l'opération de sous-traitance est dès lors examinée au regard de plusieurs critères tenant notamment à [36](#) :

- l'exécution d'une tâche précisément définie, nécessitant un savoir-faire spécifique de l'entreprise sous-traitante dans le cadre d'une opération temporaire [37](#) ;
- l'exécution de cette tâche par le personnel du sous-traitant qui doit avoir autorité sur celui-ci [38](#) ;
- la fourniture par le sous-traitant des moyens matériels nécessaires à la réalisation de la tâche [39](#) ;
- le caractère forfaitaire de la rémunération du contrat, qui doit être indépendante du nombre de salariés affectés, de leur classification et des heures effectuées [40](#).

3.2. La finalité égalitaire de la priorité d'accès des salariés à temps partiel au temps plein et la séparation juridique entre les acteurs de la sous-traitance ne permettent pas à cette garantie de s'exercer auprès de l'entreprise sous-traitante ou en renonçant à une telle opération.

3.2.1. Depuis sa création par la loi du 28 janvier 1981, la priorité d'accès des salariés à temps partiel au temps complet a eu pour but premier d'éviter leur marginalisation et d'assurer une égalité de traitement entre eux et les salariés à temps plein de l'entreprise. Il s'agissait également de limiter les inconvénients, pour le salarié à temps partiel, liés à l'éloignement du nouvel établissement de celui d'origine, lorsque l'entreprise en comporte plusieurs. Ces objectifs expliquent que ce droit a depuis lors vocation à s'exercer d'abord auprès de la plus proche collectivité de salariés, celle de l'établissement, et subsidiairement au sein de l'entreprise, à l'occasion d'une création ou de la libération d'un poste existant.

Outre le fait que ce périmètre n'a jamais été remis en cause, le souhait du législateur d'éviter toute dégradation de leur emploi l'a conduit, après la faculté ouverte aux partenaires sociaux par la loi du 14 juin 2013 d'autoriser l'exercice de la priorité légale sur un emploi ne ressortissant pas à la catégorie professionnelle ou non équivalent à celui occupé par le salarié à temps partiel, à en resserrer le champ, toujours par accord collectif, sur un emploi présentant seulement des caractéristiques différentes.

Cette évolution, non remise en cause par la directive 97/81 du 15 décembre 1997 privilégiant le reclassement dans l'établissement, a également été suivie par la Cour de cassation qui a certes admis l'exercice de la priorité sur un large panel d'emplois, y compris à durée déterminée ou dans le cadre de cumul de postes dès lors que la durée du travail du salarié à temps partiel s'en trouvait augmentée, mais dans la limite de la seule entreprise et sous réserve d'une stricte équivalence de catégorie professionnelle et de qualification. Le reclassement du salarié inapte privilégie de la même manière les emplois disponibles au sein de l'entreprise ou du groupe, à l'instar de la priorité de réembauche du salarié licencié pour motif économique, à l'exclusion des entreprises sous-traitantes ou des créations de postes seulement envisagées.

3.2.2. Le jeu de la priorité d'affectation auprès de l'entreprise sous-traitante apparaît également incompatible avec le régime même du contrat de sous-traitance.

La sous-traitance se fonde en effet sur la séparation étanche entre l'entreprise donneur d'ordre et les salariés de l'entreprise prestataire de service. L'entrepreneur principal, lié à l'entreprise sous-traitante par un contrat commercial, non seulement ne peut avoir de

visibilité sur les emplois disponibles au sein de celle-ci mais ne peut davantage lui imposer le recrutement de ses salariés à temps partiel pour l'exécution des tâches qu'elle lui confie, sauf à s'exposer à des pénalités contractuelles, s'il la menace à cette fin d'une résiliation du contrat, voire à un risque pénal au regard d'une possible confusion des masses salariales [41](#). L'exercice du devoir d'information corrélatif de l'employeur sur les postes disponibles au sein de l'entreprise sous-traitante en est d'autant plus paralysé.

Lorsque l'entreprise donneur d'ordre envisage seulement le recours à la sous-traitance, elle ne peut nécessairement y renoncer pour en confier les missions à ses éventuels salariés à temps partiel. Par définition en effet, la sous-traitance ne porte que sur une tâche précise et temporaire, non sur l'externalisation d'un emploi complet en tant que tel. Il peut dès lors en résulter un décalage de périmètre entre le champ précis des travaux confiés au sous-traitant et le contenu d'un véritable contrat de travail, en tout cas permettant une durée supérieure à celle des salariés à temps partiel.

D'un point de vue pratique d'ailleurs, le recours à la sous-traitance se justifie la plupart du temps par le défaut des compétences nécessaires chez l'entrepreneur principal, y compris parmi les salariés à temps partiel, ce qui ne permet pas d'y substituer une création de poste en interne, outre les coûts et contraintes juridiques supplémentaires qu'elle impliquerait pour l'employeur par rapport à la sous-traitance. Il n'y a donc la plupart du temps aucun emploi disponible au sens de l'article L. 3123-3 du code du travail au sein de l'entreprise principale susceptible d'être prioritairement réattribué aux salariés à temps partiel.

Enfin, une telle interprétation, qui imposerait à l'employeur en dehors de toute disposition légale expresse de renoncer à la conclusion d'un contrat de sous-traitance et de conclure un contrat de travail avec un salarié à temps partiel, pourrait être difficile à justifier au regard des principes constitutionnels de liberté contractuelle et de liberté d'entreprendre, tels que protégés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel [42](#). Cette approche a d'ailleurs été écartée en matière de licenciement économique par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, qui a rappelé qu'il n'appartenait pas au juge du fond de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les hypothèses de réorganisation envisagées [43](#).

4. En l'espèce, la cour d'appel a donc jugé à juste titre que la priorité de l'article L. 3123-3 du code du travail n'imposait pas à l'employeur de proposer aux salariés à temps partiel les emplois occupés par ses sous-traitants ou de les informer au préalable de tout projet de recours à la sous-traitance.

Il ne saurait donc lui être reproché par la première branche du moyen du pourvoi principal d'avoir, en retenant une telle motivation, violé l'article L. 3123-3 du code du travail, ensemble la clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 mis en œuvre par la directive 1997/81 du 15 décembre 1997.

La critique par la deuxième branche du même moyen, fondée sur la violation du premier de ces deux derniers textes, relative au manquement de l'employeur à son devoir d'information préalable quant à l'existence ou à l'absence de postes de reclassement disponibles équivalents pourvus par la sous-traitance, apparaît par voie de conséquence inopérante. Elle se fonde en outre sur des motifs surabondants de la cour d'appel, tenant à l'absence de similarité entre les emplois à temps partiel et ceux des sous-traitants.

S'agissant des troisième et quatrième branches de ce moyen, tirées de la violation de l'article 4 du code de procédure civile, il y a lieu de relever, d'une part, que le rejet par la cour d'appel de l'argumentation du syndicat quant à la similarité entre les emplois à temps partiel de l'entrepreneur principal et ceux du sous-traitant ne révèle aucune modification du sens des conclusions de ce dernier auxquelles, quoiqu'étant détaillées sur ce point, il a été effectivement répondu par confirmation du débouté prononcé en première instance, et, d'autre part, que les motifs par ailleurs subsidiaires retenus par la juridiction au sujet du risque de requalification systématique des contrats de sous-traitance en contrats de travail induite par l'argumentation du syndicat n'en dénaturait pas l'objet mais visait plutôt à en critiquer les conséquences juridiques.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il conviendra par conséquent de **rejeter le moyen du pourvoi principal** pris en toutes ses branches.

II - Sur le champ du droit d'agir en justice des syndicats professionnels (moyen du pourvoi incident)

Les syndicats professionnels se sont vu conférer un intérêt à agir pour faire reconnaître et réparer toute atteinte à l'intérêt collectif de la profession, même lorsqu'elle procède de la violation par l'employeur d'un engagement unilatéral (1), de sorte qu'il ne saurait être reproché en tant que tel à la cour d'appel d'avoir fait droit à la demande d'indemnisation formée par le syndicat en l'espèce (2).

1. La jurisprudence administrative et judiciaire ⁴⁴ reconnaît depuis le début du XX^{ème} siècle à un syndicat professionnel la faculté d'agir dans l'intérêt collectif de la profession qu'il représente, droit ensuite consacré par la loi du 12 mars 1920 et à l'article L. 411-11 devenu L. 2132-3, du code du travail, selon lequel :

“ Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.

Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ”.

Dans deux arrêts du 22 novembre 2023, préfigurés par une décision de non-lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre ce dernier texte ⁴⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation a tracé la ligne de partage existant, au regard de l'action syndicale, entre intérêt collectif et intérêt individuel, écartant la possibilité pour le syndicat de demander au juge d'enjoindre à l'employeur de procéder à des régularisations de situations individuelles, en précisant que cela empiéterait sur la liberté personnelle des salariés ⁴⁶.

La référence dans ces arrêts, depuis confirmés ⁴⁷, aux “ *irrégularité[s] commise[s] par l'employeur au regard de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe d'égalité de traitement* ” ne doit dès lors pas être comprise au-delà de la volonté de cette Cour, explicitée dans son commentaire à la Lettre de la chambre sociale ⁴⁸, de “ (...) *séparer les demandes relevant effectivement de l'intérêt collectif de la profession de celles qui relèvent de la sphère individuelle des salariés et ne peuvent donc pas être présentées par un syndicat* ”.

C'est pourquoi il est jugé de longue date que l'action générale d'un syndicat professionnel dans l'intérêt collectif peut porter sur le non-respect par l'employeur d'un engagement unilatéral ⁴⁹ ou d'un usage d'entreprise ⁵⁰, cette inexécution " *causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession* ". Il en est de même lorsque l'engagement unilatéral concerne une catégorie particulière de salariés ⁵¹.

2. En l'espèce, il y a lieu de relever à titre liminaire que l'exception d'irrecevabilité du moyen du pourvoi incident soulevée par le syndicat est mal fondée, de même que les branches du moyen au demeurant.

2.1. Dans ses conclusions d'appel, l'employeur contestait en effet l'existence même de l'engagement unilatéral de limitation du recours à la sous-traitance au profit d'une augmentation des embauches de démarcheurs-livreurs, dont la violation lui est reprochée par le syndicat. Ce n'est qu'en raison de l'embauche récente de 23 salariés en cette qualité qu'il indiquait renoncer, cet engagement unilatéral contesté ayant donc été selon lui en toute hypothèse exécuté, à interjeter appel sur ce point (p. 3 des écritures de l'employeur, deux derniers paragraphes).

Dès lors, la contestation, à hauteur de cassation, des conséquences pécuniaires de la violation d'un tel engagement, non frappé d'appel pour des motifs d'opportunité procédurale, ne révèle aucune contradiction avec la position développée devant la juridiction d'appel.

L' exception d'irrecevabilité devra donc être **rejetée** .

2.2. Sur le fondement juridique de la critique en revanche, il a été rappelé plus haut que l'intérêt à agir d'un syndicat dans l'intérêt collectif de la profession s'étendait aux engagements unilatéraux pris par l'employeur, concernassent-ils une catégorie de salariés en particulier.

La première branche du moyen du pourvoi incident ne saurait donc reprocher à la cour d'appel, en condamnant l'employeur à indemniser le manquement à un engagement unilatéral lié à des priorités d'emploi et de limitation du recours à la sous-traitance, d'avoir violé l'article L. 2132-3 du code du travail.

S'agissant de la deuxième branche du moyen, la fixation à 50 000 euros par les juges d'appel des dommages-intérêts dus au syndicat en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession relève de leur pouvoir souverain d'appréciation du préjudice causé par le manquement fautif de l'employeur à son engagement unilatéral, sans qu'ils soient tenus d'entrer dans le détail de l'argumentation de celui-ci.

Il n'en résulte aucune forme de défaut de réponse aux conclusions de la société au sens de l'article 455 du code de procédure civile.

En ce qui concerne la troisième branche du même moyen, la cour d'appel a relevé que le manquement par l'employeur à son engagement de recours prioritaire au recrutement de démarcheurs-livreurs sur la sous-traitance était particulièrement préjudiciable aux salariés des sous-traitants, qui ne bénéficient pas des mêmes garanties sociales que les salariés de la société de transport principale et n'abondent pas le budget de représentation du personnel de ces derniers, ce sans excuse valable et alors que la situation économique de l'entreprise était satisfaisante.

L'arrêt attaqué a donc dûment motivé le préjudice constaté au détriment des intérêts collectifs de la profession, qu'elle a souverainement évalué à la somme de 50 000 euros.

Bien que la cour d'appel ait confirmé sur ce point le jugement du conseil de prud'hommes, aucun défaut de base légale au regard de la preuve d'un préjudice au sens de l'article L. 2132-3 du code du travail ni de la responsabilité extracontractuelle de l'article 1240 du code civil n'est donc caractérisé.

Ces différentes considérations conduisent à conclure au **rejet** de l'ensemble des branches du moyen du pourvoi incident .

PROPOSITION

Rejet des moyens du pourvoi principal et du pourvoi incident.

¹ Les troisième et quatrième branches du moyen du pourvoi incident portent sur des griefs de nature procédurale de dénaturation des conclusions du syndicat auteur du pourvoi (troisième branche), et de méconnaissance de l'objet du litige (quatrième branche) en violation de l'article 4 du code de procédure civile.

² La deuxième branche du moyen du pourvoi incident est tirée d'un défaut de prise en compte de certaines pièces produites par l'employeur, constitutif d'un défaut de motifs au sens de l'article 455 du code de procédure civile. La troisième branche du même moyen porte sur un défaut de justification du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession, constitutif d'un défaut de base légale au regard des articles L. 2132-3 du code du travail et 1240 du code civil.

³ Loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail.

⁴ Voir le rapport n° 64 (1980-1981) du sénateur M. Jean Gravier, déposé le 29 octobre 1980 (p. 7 et 8) : " À une époque où la valorisation du travail n'est plus ressentie aussi intensément que par le passé, les aspirations de nombreuses catégories socioprofessionnelles convergent vers la revendication d'un libre choix dans la répartition du temps entre le travail, la famille, le repos et les loisirs .

Face à ces revendications qualitatives, la réalité du monde du travail apparaît uniforme, monolithique, commandé par des modes de production hérités du passé, tant dans sa durée que dans ses modalités. (...)

Face à ces aspirations, l'offre de travail à temps partiel apparaît inadaptée, réduite et commandée pour l'essentiel par une organisation de la production largement héritée du passé ou d'un taylorisme rénové.

En fait, les emplois à temps partiel offerts dans certaines branches d'activité, sont loin de correspondre aux aspirations qualitatives exprimées par les populations intéressées, mais répondent plutôt aux besoins spécifiques de certains employeurs qui envisagent cette forme de travail comme un élément de souplesse dans l'utilisation de la main-d'œuvre .

L'ambiguïté du projet ne doit donc pas être sous-estimée et ce texte doit être également apprécié au vu du développement que l'on peut juger excessif, de certaines formules de travail entraînant une précarisation croissante de l'emploi " .

⁵ Voir le rapport n° 64 (1980-1981) du sénateur M. Jean Gravier précité, p. 38 et 39 : " *Comme il a été vu, le travail à temps partiel peut, aux termes du projet, résulter soit d'une transformation ou d'une division de postes à temps complet existant dans l'entreprise, soit d'un recrutement direct d'un travailleur à temps partiel extérieur à celle-ci.*

Dans l'hypothèse d'une transformation d'emploi , le rapport Lucas comme le projet ont eu le souci de ménager un passage entre ces deux formes d'emploi , dans un sens ou dans, l'autre : c'est l'objet de ce droit de priorité . Le temps partiel ne doit pas être une voie ouverte sans chemin de retour .

a) Les recommandations du rapport Lucas

L'une des propositions de la commission présidée par M. Lucas consistait à accorder un droit d'accès prioritaire à l'exercice d'un emploi à temps plein pour les salariés occupés à temps partiel lorsqu'un poste correspondant à leur qualification était offert dans l'entreprise, et ce, quelle que fut l'origine de l'emploi à temps partiel.

Cette priorité constitue un élément essentiel pour prévenir le risque de marginalisation des salariés à temps partiel”.

⁶ Voir le rapport n° 64 (1980-1981) du sénateur M. Jean Gravier précité, p. 56.

⁷ Voir l'article L. 212-4-5 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 81-64 du 28 janvier 1981: “ Les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel et les salarié à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise, ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ” (JORF du 29 janvier 1981, p. 370-371).

⁸ Voir le rapport au président de la république sur le projet d'ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982 relative au temps partiel : “ C'est dans la même perspective que la présente ordonnance prévoit que le travail à temps partiel ne pourra se pratiquer que sur la base du volontariat et que le fait pour un salarié à temps complet de refuser de travailler à temps partiel ne pourra être un motif de licenciement. C'est aussi pourquoi la sécurité des salariés d'une entreprise pour occuper les emplois à temps partiel disponibles ou pour, s'ils étaient à temps partiel, se voir affectés à des emplois à temps complet libérés ou créés a été renforcée et assortie de l'obligation pour le chef d'entreprise d'expliquer les raisons qui ont pu conduire à refuser à des salariés à temps complet de passer à temps partiel ou à des salariés à temps partiel de travailler à temps complet .

Cette dernière obligation doit d'ailleurs être replacée dans le cadre de l'obligation plus générale qui sera dorénavant faite à l'employeur de communiquer aux instances représentatives du personnel un bilan détaillé de travail à temps partiel dans l'entreprise qui fasse notamment apparaître le nombre, le sexe et la qualification des salariés concernés ” (§ 4 et 5).

⁹ Voir l'article L. 212-4-5 du code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 82-271 du 26 mars 1982 : “ Les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet et les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel dans le même établissement, ou à défaut, dans la même entreprise ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent . L'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants .

Le chef d'entreprise communique au moins une fois par an au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel un bilan du travail à temps partiel réalisé dans l'entreprise portant notamment sur le nombre, le sexe et la qualification des salariés concernés. Lors de la réunion où est discuté ce bilan, le chef d'entreprise explique les raisons qui l'ont amené à refuser à des salariés à temps complet de passer à temps partiel et à des salariés à temps partiel de travailler à temps complet . Ce bilan est également communiqué aux délégués syndicaux de l'entreprise ”.

¹⁰ Voir l'article L. 212-4-5 , alinéa 2, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 91-1 du 3 janvier 1991 : “ Les conditions de mise en place d'horaires à temps partiel à la demande des salariés sont fixées par convention collective de branche ou accord collectif étendu. Ces conventions et accords prévoient notamment les conditions dans lesquelles les salariés peuvent bénéficier du temps partiel et des priorités définies au premier alinéa du présent article , les modalités de la demande formulée par le ou les salariés intéressés, les motifs susceptibles d'être invoqués par l'employeur pour refuser, les modalités de communication de ce refus ainsi que les procédures d'interprétation et de conciliation en cas de contestation du refus ”.

¹¹ Voir l'article L. 212-4-9 , alinéa 2, du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 : " *Les conditions de mise en place d'horaires à temps partiel à la demande des salariés sont fixées par une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement. Cette convention ou cet accord prévoit :*

1° Les modalités selon lesquelles les salariés à temps complet peuvent occuper un emploi à temps partiel et les salariés à temps partiel occuper un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise ;

2° La procédure devant être suivie par les salariés pour faire part de leur demande à leur employeur ;

3° Le délai laissé au chef d'entreprise pour y apporter une réponse motivée. En particulier, en cas de refus, celui-ci doit expliquer les raisons objectives qui le conduisent à ne pas donner suite à la demande "

¹² Voir le rapport n° 847 déposé le 27 mars 2013 par le député M. Jean-Marc Germain (p. 253) : " *Outre que le projet de loi ne transpose pas le dispositif prévu par l'accord national d'une procédure spécifique par laquelle un accord de branche pourrait aménager le passage à temps plein des salariés à temps partiel, la transposition qu'il propose du second volet semble pouvoir remettre en cause le principe actuel de la priorité des salariés à temps partiel souhaitant passer à temps plein sur un emploi équivalent ou un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle. La rédaction proposée laisse en effet suggérer que dans le cadre de cette priorité, l'employeur pourrait, sur le fondement d'une convention collective ou d'un accord de branche, ne proposer aux salariés à temps partiel que des emplois d'une catégorie professionnelle inférieure ou des emplois non équivalents. Il est évident que tel n'est pas l'intention du législateur, aussi, votre rapporteur s'interroge sur la nécessité de préciser ce point "*

¹³ Voir l'article L. 3123-8 du code du travail, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2015-82 du 29 janvier 2015 : " *Les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi d'une durée au moins égale à celle mentionnée à l'article L. 3123-14-1 ou, le cas échéant, à celle fixée par convention ou accord de branche étendu sur le fondement des dispositions de l'article L. 3123-14-3 , ou un emploi à temps complet et les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel dans le même établissement, ou à défaut, dans la même entreprise ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent . L'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants.*

Une convention collective ou un accord de branche étendu peuvent prévoir la possibilité pour l'employeur de proposer au salarié à temps partiel un emploi à temps complet ne ressortissant pas à sa catégorie professionnelle ou un emploi à temps complet non équivalent "

¹⁴ Les travaux parlementaires de cette loi comportent toutefois peu d'indications sur l'objectif de la modification. Un rapport n° 3675 déposé le 7 avril 2016 de M. Christophe Sirugue, pour la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale devant laquelle celle-ci a été adoptée en première lecture, énonce seulement : " *les modalités de passage à temps partiel ou à temps complet, qui demeurent également inchangées sur le fond, et qui font désormais l'objet des articles L. 3123-2 et L. 3123-3. Seules sont reformulées les dispositions relatives à la possibilité pour l'employeur de proposer un emploi présentant des « caractéristiques différentes » à un salarié à temps partiel souhaitant reprendre un emploi à temps complet ou inversement, à un salarié à temps complet souhaitant occuper un poste à temps partiel : cette possibilité doit avoir été prévue par une convention ou un accord de branche étendu, ce qui est déjà le cas aujourd'hui. Le texte proposé se contente en fait de parler de caractéristiques différentes là où le droit actuel évoque un emploi ne ressortissant pas à la catégorie professionnelle du salarié ou un emploi non équivalent "*

¹⁵ CJUE, 15 octobre 2014, *Teresa Mascellani* , C-221/13 .

¹⁶ Soc, 26 octobre 1999, n° 97-41.551.

¹⁷ Soc, 24 septembre 2008, n° 06-46.292.

¹⁸ Soc, 18 décembre 2013, n° 12-17.925.

[19](#) Soc, 13 avril 2023, n° 21-19.742 : l'employeur de prouver qu'il a rempli son obligation en justifiant soit qu'il a informé le salarié de la liste des postes disponibles éligibles, soit de l'absence de tels postes.

[20](#) Soc, 20 avril 2005, n° 03-41.802 : l'employeur ne peut pas se contenter d'une simple mise en ligne de la liste des emplois disponibles dans l'entreprise.

[21](#) Soc, 29 mars 1995, n° 91-45.378 et 91-45.757.

[22](#) Soc, 13 février 1997, n° 95-16.648 ; Soc, 3 mars 1998, n° 95-41.610 : arrêts rendus au sujet de l'application de l'ordre des licenciements en matière de licenciement économique.

[23](#) Soc, 22 octobre 1997, n° 94-44.706 ; Soc, 24 janvier 1990, n° 89-41.003.

[24](#) Soc, 9 juin 2004, n° 01-45.463 .

[25](#) Soc, 26 octobre 1999, n° 97-41.551, précité.

[26](#) Soc, 14 novembre 2007, n° 06-44.271 ; Soc, 17 mars 2010, n° 08-43.297 ; Soc, 2 juin 2010, n° 09-41.395 ; Soc, 25 mai 2016, n° 14-19.234 .

[27](#) Soc, 18 mai 2011, n° 09-68.740.

[28](#) Soc, 1^{er} décembre 2009, n° 08-41.952.

[29](#) La Cour de cassation, avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ayant opéré cette précision textuelle sur le périmètre de reclassement, avait décidé que ce dernier devait être recherché parmi les emplois disponibles dans l'entreprise (Soc, 15 novembre 2006, n° 05-40.408).

[30](#) Soc, 11 mai 2016, n° 14-12.169 (menuisier inapte n'ayant aucune compétence en matière administrative et commerciale).

[31](#) Soc, 6 juillet 1999, n° 97-40.546.

[32](#) Soc, 17 juin 1992, n° 91-45.458 (salarié en congés payés).

[33](#) Soc, 23 octobre 2012, n° 11-15.530.

[34](#) Soc, 31 mars 2009, n° 07-44.480.

[35](#) Voir par exemple : Crim, 19 mars 2013, n° 11-86.552.

[36](#) Sur ces critères, voir Lamy droit du travail au quotidien, Thème 108 - Mise à disposition et prêt de main d'œuvre, Section 3 - Formes particulières de mise à disposition, *En quoi consiste la sous-traitance ?*

[37](#) Crim, 26 septembre 1995, n° 94-80.983 : un contrat prévoyant la mise à disposition de démonstrateurs pour réaliser des ventes pendant une durée déterminée ne répond pas à l'exigence de définition d'une tâche précisément définie.

[38](#) Soc, 4 mars 2020, n° 18-10.636.

[39](#) Crim, 5 juillet 1994, n° 93-84.801 : l'utilisation par le personnel de l'entreprise sous-traitante du matériel de l'entreprise au sein de laquelle la prestation est effectuée est un indice sérieux d'une opération de prêt de

main d'œuvre illicite. Dans le même sens : Crim, 19 mars 2013, n° 11-86.552, précité.

⁴⁰ Crim, 16 mai 2000, n° 99-85.485 : une facturation proportionnelle au nombre d'heures de travail exécutées par le personnel de l'entreprise sous-traitante est un indice sérieux d'une opération de prêt de main d'œuvre illicite.

⁴¹ Voir par exemple Crim, 25 avril 1989, n° 87-81.212 : une société mettant trois salariés à disposition d'une autre pour une prestation de maintenance, ceux-ci étant trois anciens intérimaires qui effectuaient, au sein de la même entreprise utilisatrice, des tâches parfaitement identiques sur les mêmes postes de travail, suivant les instructions de l'entreprise utilisatrice, se rend coupable du délit de marchandage.

⁴² Sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Sur la liberté contractuelle, voir Cons. const., 2000-437 DC, 19 décembre 2000, cons. 37 ; sur la liberté d'entreprendre, voir Cons. const., 81-132 DC, 16 janvier 1982, cons. 16.

⁴³ Ass plén, 8 décembre 2000, n° 97-44.219. Pour des applications par la chambre sociale de la Cour de cassation : Soc, 26 mars 2002, n° 00-40.898 ; Soc, 8 juillet 2009, n° 08-40.046.

⁴⁴ CE, 28 décembre 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges ; Civ, 5 avril 1913, DP 1914. 1. 65.

⁴⁵ Soc, 20 avril 2023, n° 23-40.003.

⁴⁶ Soc, 22 novembre 2023, n° 22-14.807 et n° 22-11.238 : "Il résulte de l'article L. 2132-3 du code du travail que si un syndicat peut agir en justice pour faire reconnaître l'existence d'une irrégularité commise par l'employeur au regard de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe d'égalité de traitement et demander, outre l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice ainsi causé à l'intérêt collectif de la profession, qu'il soit enjoint à l'employeur de mettre fin à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte, il ne peut prétendre obtenir du juge qu'il condamne l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés concernés , une telle action relevant de la liberté personnelle de chaque salarié de conduire la défense de ses intérêts " (sommaire du premier pourvoi).

⁴⁷ Voir par exemple : Soc, 6 novembre 2024, n° 22-17.106 .

⁴⁸ Lettre de la chambre sociale n° 22, novembre-décembre 2023, p. 9.

⁴⁹ Voir Soc, 28 juin 1967, n° 524 et Soc, 14 janvier 1982, n° 80-41.695 (assujettissement de travailleurs au régime général de la sécurité sociale) ; Soc, 14 juin 1984, n° 82-14.385 (accord salarial résultant d'un procès-verbal du comité d'entreprise) ; Soc, 25 juin 1987, n° 83-45.592 ; Soc, 21 janvier 1997, n° 94-19.01 (affectation d'une partie d'une augmentation de salaire à une caisse de retraite) ; Soc, 5 juillet 2006, n° 04-43.213.

⁵⁰ Soc, 25 mars 1985, n° 83-12.714.

⁵¹ Soc, 28 octobre 2015, n° 14-11.257.