



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° X2416837	21 novembre 2025	SO	
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	
rapporteur : Laurence Le Quellec	RAPPORT

TABLEAU SYNOPTIQUE DU RAPPORTEUR	
Appréciation de la question posée	☐ question complexe ☒ question nouvelle importante ☐ question transversale à plusieurs chambres

	☐ question sériele
Formation proposée (lorsque l'affaire n'est pas déjà audencée)	☐ formation restreinte ☒ formation de section ☐ option possible : formation restreinte ou de section
En cas de publication de l'arrêt à rendre, intérêt de la diffusion du rapport sur Judilibre	☒ Oui ☐ Non
Nombre de projets d'arrêt préparés	☒ plusieurs projets d'arrêt : deux projets le cas échéant : ☐ avec variantes

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 28 avril 2021, le syndicat CGT des salariés de DHL International Express (le syndicat) a saisi le tribunal judiciaire de Bobigny afin que soit ordonné à la société DHL International Express (la société) d'embaucher des démarcheurs-livreurs sous astreinte, d'informer les salariés à temps partiel de tout nouveau poste de même catégorie ou de tout emploi vacant avant de le pourvoir par le recours à la sous-traitance sous astreinte et que la société soit condamnée à lui payer une somme à titre de dommages-intérêts pour violation des dispositions sur la priorité d'emploi et des engagements unilatéraux de l'employeur.

Par jugement du 26 janvier 2023, le tribunal judiciaire de Bobigny a condamné la société à embaucher 23 démarcheurs livreurs dans le délai d'un mois à compter de la signification du jugement, sous astreinte, étant rappelé la priorité d'embauche instituée par l'article L.3123-3 du code du travail, à payer au syndicat la somme de

50 000 euros à titre de dommages-intérêts et celle de 2 500 euros au titre des frais irrépétibles, a rejeté le surplus des demandes et condamné la société aux dépens.

Par arrêt du 25 avril 2024, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement entrepris et a laissé à la charge de chacune des parties les dépens et les frais exposés en cause d'appel.

C'est la décision attaquée par un **pourvoi du syndicat formé le 25 juin 2024**.

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvoi	N° X2416837 Du 25 juin 2024
Mémoire ampliatif	Déposé le 25 octobre 2024 (article 700 CPC : 3 500 euros).
Mémoires en défense et pourvoi incident	- Mémoire en défense et pourvoi incident de l'employeur avec demande de cassation sans renvoi : déposé le 20 décembre 2024 (article 700 CPC : 4 000 euros). - Mémoire en défense à pourvoi incident du syndicat : déposé le 20 janvier 2025

La procédure semble régulière et l'affaire en état d'être jugée.

2 - Exposé des moyens

2.1 - Pourvoi principal

2.1.1 - MOYEN UNIQUE

Le syndicat fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à ce qu'il soit ordonné, sous astreinte, à la société d'informer les salariés à temps partiel de tout nouveau poste de même catégorie ou de tout emploi vacant avant de le pourvoir par le recours à la sous-traitance, alors :

1 °/ qu'en vertu de l'article L. 3123-3 du code du travail, la priorité d'emploi dont bénéficient les salariés à temps partiel pour occuper un emploi à temps plein, et l'obligation corrélatrice d'information pesant sur l'employeur de l'existence d'emplois à temps plein disponibles, est applicable à tout « emploi disponible » de « même catégorie » ou « équivalent » à ceux occupés par des salariés à temps partiel ; que selon 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/CE du 15 décembre 1997, les travailleurs à temps partiel bénéficient d'une priorité de « transfert [...] à un travail à temps plein » ; qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que cette priorité est applicable à un emploi de même catégorie ou équivalent que l'employeur envisagerait d'occuper par le recours à la sous-traitance ; qu'en jugeant au contraire que les dispositions de l'article L. 3223-3 du code du travail ne font pas peser sur l'employeur une obligation de proposer les emplois occupés par les sous-traitants aux salariés occupés à temps

partiel de la société DHL ni n'impose que tout recours à la sous-traitance doive au préalable faire l'objet d'une information des salariés à temps partiel de la société DHL, la cour d'appel a 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/CE du 15 décembre 1997 ;

2 °/ qu'en cas de litige, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation en établissant, soit qu'il a porté à la connaissance du salarié la liste des postes disponibles ressortissant de sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent, soit en justifiant de l'absence de tels postes ; qu'en retenant que le syndicat procède par " affirmations [...] générales sur la similarité entre les emplois des sous-traitants et ceux des salariés à temps partiel de la société DHL, que cette dernière conteste ", quand il appartenait à la société DHL de justifier que les emplois disponibles pourvus par la sous-traitance ne ressortissaient pas de la catégorie professionnelle ou d'emplois équivalents occupés par ses propres salariés à temps partiel, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-3 du code du travail ;

3 °/ que le juge ne peut dénaturer les conclusions des parties ; qu'en retenant que le syndicat procède par " affirmations [...] générales sur la similarité entre les emplois des sous-traitants et ceux des salariés à temps partiel de la société DHL " quand celui-ci exposait précisément et offrait de prouver cette similarité, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

4 °/ que le juge ne peut modifier l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties ; qu'en déboutant le syndicat de sa demande aux motifs que celle-ci "tendrait par sa généralité à opérer une requalification automatique de contrats commerciaux en contrats de travail, ce qui relève toutefois de l'office du juge dans le cadre de litiges

individuels et ne peut résulter que d'une analyse in concreto des contrats de sous-traitance et de la situation des travailleurs concernés", alors que le syndicat demandait qu'il soit ordonné à la société DHL d'informer les salariés à temps partiel [de la société DHL] de tout nouveau poste de même catégorie ou de tout emploi vacant avant de le pourvoir par le recours à la sous-traitance et non la requalification des contrats des travailleurs employés par les sous-traitants, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile.

2.2 - POURVOI INCIDENT

2.2.1 - MOYEN UNIQUE

La société fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au syndicat une certaine somme à titre de dommages-intérêts , alors :

1 °/ qu'en application de l'article L. 2132-3 du code du travail, un syndicat peut agir en justice uniquement 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'avenir à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a condamné l'employeur à payer au syndicat CGT des salariés de DHL International Express la somme de 50 000 euros au titre du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession, en raison de la méconnaissance de son engagement unilatéral du 30 novembre 2016 aux termes duquel il s'obligeait, d'une part, à ne pas augmenter la proportion de livraisons déléguées à la sous-traitance et, d'autre part, à remplacer les démarcheurs livreurs (DL) quittant l'entreprise par d'autres DL et non par des sous-traitants ; qu'en statuant ainsi, cependant que les obligations prétendument méconnues par l'employeur ne résultaient d'aucune disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, ni de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, la cour d'appel a violé le texte précité ;

2 °/ que les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner et analyser tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, l'employeur produisait ses bilans sociaux, au titre des années 2016, 2019 et 2020, détaillant l'évolution des effectifs de la société, année par année et catégorie professionnelle par catégorie professionnelle (cadres, ETAM, ouvriers non roulants, ouvriers roulants), dont il résultait que l'effectif de l'entreprise avait augmenté, toute catégorie professionnelle confondues, y compris celle des ouvriers roulants qui regroupait les « Conducteurs VL moins de 3,5T », les « Démarcheurs Livreurs », les « Démarcheurs Livreurs - Agents Quai », les « Conducteurs PL de 3,5T à 11T », les « Conducteurs PL de 3,5T à 11T & FIMO », les « Conducteurs PL de 11T à 19T », les « Conducteurs PL de plus de 19T », les « Conducteurs Courte Distance », les « Conducteur Courte Distance HQ », les « Conducteurs Grand Routier » etc... ; que pour condamner l'employeur à payer au syndicat CGT des salariés de DHL international express la somme de 50 000 euros au titre du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession, en raison de la méconnaissance par l'employeur de son engagement unilatéral du 30 novembre 2016 aux termes duquel il s'obligeait, d'une part, à ne pas augmenter la proportion de livraisons déléguées à la sous-traitance et, d'autre part, à remplacer les démarcheurs livreurs (DL) quittant l'entreprise par d'autres DL et non par des sous-traitants, la cour d'appel a relevé que l'employeur, qui évoquait une augmentation du nombre de salariés entre 2016 et 2020, faisait seulement état de données globales ; qu'en statuant ainsi, sans s'expliquer sur les éléments précis et chiffrés versés aux débats par celui-ci et qui,

combattant ceux avancés par le syndicat, démontraient l'absence d'incidence réelle du recours accru à la sous-traitance sur le volume des salariés, y compris sur celui des ouvriers roulants, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que lorsqu'une organisation syndicale se prévaut d'un préjudice qui aurait été porté à l'intérêt collectif des professions qu'elle représente, il appartient au juge de rechercher s'il est caractérisé ; qu'en se bornant à entériner l'évaluation du préjudice retenue par les premiers juges lesquels avaient seulement énoncé que "la violation par l'employeur de son engagement unilatéral cause un important préjudice à l'intérêt collectif des salariés qui justifie que soit allouée en réparation au syndicat la somme de 50 000 €", sans autrement justifier en quoi le manquement éventuellement commis par l'employeur à ses engagements avait causé, à l'intérêt collectif de la profession représenté par le syndicat CGT des salariés de DHL International Express, un préjudice d'une telle ampleur, ni tenir compte des circonstances survenues depuis le jugement, l'employeur évoquant avoir embauché 23 démarcheurs livreurs dans l'intervalle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2132-3 du code du travail, ensemble l'article 1240 du code civil.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- La priorité d'emploi dont bénéficient les salariés à temps partiel pour occuper un emploi à temps plein et l'obligation corrélative d'information de l'employeur de l'existence d'emplois disponibles correspondants est-elle applicable en cas de recours à la sous-traitance ? (pourvoi principal)

- Les dispositions de l'article L.2132-3 du code du travail trouvent-elles application en cas de méconnaissance d'un engagement unilatéral ? (pourvoi incident)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - Sur la question de la priorité d'emploi dont bénéficient les salariés à temps partiel pour occuper un emploi à temps plein et l'obligation d'information pesant sur l'employeur : Moyen du pourvoi principal

4.1.1 Textes et jurisprudence

L'article L.3123-3 du code du travail (sous cette numérotation depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 puis l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017), accorde aux salariés d'une entreprise une priorité d'attribution des emplois ouverts dans le même établissement mais avec une durée du temps de travail différente.

Cette priorité a été instaurée par la loi n° 81-64 du 28 janvier 1981, d'abord codifiée sous le numéro L. 212-4-5 dans le code du travail, lui-même plusieurs fois modifié dans le sens du développement des obligations de communication de l'employeur, puis passée à l'article L. 212-4-9 du même code de 2000 à 2008. Du 1er mai 2008 au 10 août 2016, elle figurait sous une formulation légèrement modifiée à l'article L. 3123-8.

L'article L.212-4-9 alinéa 1 du code du travail disposait : *"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."*

Il a été abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 13 mars 2007 et codifié à droit constant pour devenir l'article L.3123-8 du code du travail.

Ce texte a connu depuis plusieurs modifications législatives :

- Avant la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, la priorité d'emploi ne concernait que des postes disponibles dans le même établissement ou dans la même entreprise, et qui relevaient de la même catégorie professionnelle ou étaient équivalents à l'emploi que les salariés occupaient. La loi du 14 juin 2013 a étendu le champ de cette priorité en disant qu'une convention ou un accord d'entreprise ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu pouvait toutefois autoriser l'employeur à proposer également au salarié à temps partiel un emploi à temps complet présentant des caractéristiques différentes ;

- L'ordonnance n° 2015-82 du 29 janvier 2015 est venue préciser que les salariés à temps partiel bénéficiaient d'une priorité d'emploi non seulement sur les postes à temps plein, mais également sur les emplois à temps partiel au moins égal à la durée minimale légale ou conventionnelle. Auparavant, seule la durée légale était visée.

L'article L.3123-8 du code du travail est devenu, avec la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'article L. 3123-3 du code du travail.

Il disposait : *« 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 de branche étendu le prévoit, d'un emploi présentant des caractéristiques différentes.*

L'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants.»

Il a été modifié par l'ordonnance n° 2017-1708 du 20 décembre 2017 concernant les normes étendant la priorité sur des emplois présentant des caractéristiques différentes.

L'article L. 3123-3 du code du travail dispose désormais :

« 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.

L'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants. »

La clause 5: *« Possibilités de travail à temps partiel »* de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997 mis en oeuvre par la directive 1997/81/CE du 15 décembre 1997, prévoit :

« 1. Dans le contexte de la clause 1 du présent accord et du principe de non-discrimination entre travailleurs à temps partiel et à temps plein:

a) les États membres, après consultation des partenaires sociaux conformément aux législations ou pratiques nationales, devraient identifier et examiner les obstacles de nature juridique ou administrative qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, les éliminer.

b) les partenaires sociaux, agissant dans leur domaine de compétence et au travers des procédures prévues dans les conventions collectives, devraient identifier et examiner les obstacles qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, les éliminer.

2. Le refus d'un travailleur d'être transféré d'un travail à temps plein à un travail à temps partiel, ou vice versa, ne devrait pas en tant que tel constituer un motif valable de licenciement, sans préjudice de la possibilité de procéder, conformément aux législations, conventions collectives et pratiques nationales, à des licenciements pour d'autres raisons telles que celles qui peuvent résulter des nécessités du fonctionnement de l'établissement considéré.

3. Autant que possible, les employeurs devraient prendre en considération:

a) les demandes de transfert des travailleurs à temps plein à un travail à temps partiel qui devient disponible dans l'établissement;

b) les demandes de transfert des travailleurs à temps partiel à un travail à temps plein ou d'accroissement de leur temps de travail si cette possibilité se présente;

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;

d) les mesures visant à faciliter l'accès au travail à temps partiel à tous les niveaux de l'entreprise, y compris les postes qualifiés et les postes de direction, et, dans les cas appropriés, les mesures visant à faciliter l'accès des travailleurs à temps partiel à la formation professionnelle pour favoriser la progression et la mobilité professionnelles;

e) la fourniture, aux organes existants représentant les travailleurs, d'informations appropriées sur le travail à temps partiel dans l'entreprise. »

Ainsi selon l'article L.3123-3 du code du travail le salarié à temps partiel souhaitant occuper ou reprendre un emploi d'une durée au moins égale à la durée minimale de travail ou un emploi à temps plein dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise a priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. Si une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu le prévoit, un emploi présentant des caractéristiques différentes ou un emploi à temps complet ou d'une durée au moins égale à la durée minimale de travail ressortissant à une autre catégorie professionnelle ou un emploi à temps complet non équivalent peut lui être proposé. L'employeur porte à sa connaissance la liste des emplois disponibles correspondants.

Le salarié à temps partiel peut solliciter l'obtention d'un emploi à temps plein ou à temps partiel plus long (Cass. soc. 24-9-2008 n° 06-46.292 FS-PBR : RJS 11/08 n° 1133) ou, s'ils sont compatibles, le cumul de son poste avec un autre poste à temps partiel (Cass. soc. 26-10-1999 n° 97-41.551 PB : RJS 12/99 n° 1542).

La demande du salarié peut porter tant sur les emplois à durée indéterminée que sur ceux à durée déterminée :

* Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-46.292, Bull. 2008, V, n° 189 (précité)

« Vu l'article L. 212-4-9, alinéa 1er, devenu L. 3123-8 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 oeuvre par la Directive 1997/81/CE du 15 décembre 1997 et l'article L. 122-3-3, alinéa 1er, devenu L. 1242-14 du code du travail;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces deux premiers textes que le salarié à temps partiel qui souhaite occuper ou reprendre un emploi à temps complet, ou accroître son temps de travail dans le même

établissement ou à défaut dans la même entreprise, a priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent ; que selon le dernier de ces textes, les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagée sans détermination de durée par l'Association pour la protection de l'enfance et de l'adolescence (APEA) depuis le 11 décembre 1972 en qualité de psychologue clinicienne à mi-temps, Mme [Q] a été affectée au service de l'Action éducative en milieu ouvert (AEMO) avec, à partir du mois de juillet 2000, un horaire hebdomadaire de 18 heures 41 ; que souhaitant remplacer la titulaire du poste de psychologue clinicien au service d'Investigation et d'orientation éducative (IOE) en congé maladie, l'employeur a proposé son remplacement en interne, par contrat à durée déterminée à trois quart temps ; que sa candidature n'ayant pas été retenue, Mme [Q] a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité d'emploi prévue par l'article L. 212-4-9 du code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande, la cour d'appel a énoncé que l'emploi pour lequel elle postulait, proposé dans le cadre d'un contrat à durée déterminée à trois quart temps, n'était pas compatible avec l'emploi à mi-temps qu'elle occupait et qu'aucun préjudice ne pouvait résulter de l'impossibilité pour la salariée de changer son poste en contrat à durée indéterminée pour un poste en contrat à durée déterminée ;

Qu'en statuant ainsi, alors d'une part, que l'article L. 212-4-9, alinéa 1er, devenu L. 3123-8 du code du travail n'exclut pas que la priorité d'emploi qu'il prévoit puisse s'exercer sur un emploi à durée déterminée, alors d'autre part, que la salariée n'entendait pas cumuler les deux emplois à temps partiel, de sorte que, dès l'instant qu'elle remplissait les conditions prescrites, l'employeur avait l'obligation d'accéder à sa demande, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Sauf stipulations conventionnelles, la demande du salarié n'est soumise à aucun formalisme (Cass. soc. 2-6-2010 n° 09-41.395 FS-PB : RJS 8-9/10 n° 710).

C'est à 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 :

* Soc., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-19.742, FS-B : RJS 6/23 n° 317 :

« Vu l'article L. 3123-8 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'article L. 3123-3 du même code et l'article 1315 devenu 1353 du code civil :

5. Selon les deux premiers de ces textes, 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 désormais L. 3123-7, alinéa 1, ou 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 ou d'un emploi équivalent. L'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants.

6. Il en résulte **qu'en cas de litige, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation en établissant, soit qu'il a porté à la connaissance du salarié la liste des postes disponibles ressortissant de sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent, soit en justifiant de l'absence de tels postes.**

7. Pour débouter la salariée de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité d'emploi, l'arrêt retient qu'elle ne justifie pas qu'il y avait des emplois à temps plein correspondant à sa catégorie professionnelle à pourvoir, l'employeur contestant avoir recruté des salariés à temps complet dans sa catégorie professionnelle pendant la période litigieuse.

8. En statuant ainsi, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés. »

Si la voie électronique est admise, l'employeur ne peut pas se contenter d'une simple mise en ligne de la liste des emplois disponibles dans l'entreprise. Il doit procéder à une diffusion

spécifique des emplois auxquels les intéressés peuvent prétendre :

* Soc., 20 avril 2005, pourvoi n° 03-41.802, Bull. 2005, V, n° 152

« Mais attendu que si l'employeur peut porter à la connaissance de ses salariés les emplois disponibles par voie de communication électronique, notamment sur le réseau INTRANET de l'entreprise, il est tenu, en application de l'article L. 212-4-9 du Code du travail, de procéder à une diffusion spécifique concernant les emplois pouvant correspondre à la catégorie professionnelle, ou à un emploi équivalent, des salariés à temps partiel souhaitant occuper un emploi à temps complet, ou des salariés à temps complet souhaitant un emploi à temps partiel ; que l'arrêt n'encourt dès lors pas le grief du moyen ; »

L'employeur est tenu d'accepter la demande du salarié si celui-ci remplit les conditions pour occuper le poste :

* Soc., 29 mars 1995, pourvoi n° 91-45.378, 91-45.757, Bulletin 1995 V N° 116 (RJS 6/95 n° 728) :

« Vu l'article L. 212-4-5 du Code du travail dans sa rédaction alors applicable ;

Attendu qu'aux termes de cet article, les salariés 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 ou d'un emploi équivalent ;

Attendu que, pour rejeter la demande de la salariée en paiement de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité d'emploi prévue par ce texte, la cour d'appel a énoncé que le texte susvisé n'imposait pas à l'employeur de faire droit à la demande de tout salarié ayant fait acte de candidature ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur avait l'obligation d'accéder à la demande de la salariée dès l'instant qu'elle remplissait les conditions prévues à l'article L. 212-4-5 du Code du travail pour occuper le poste, la cour d'appel a violé ce texte ; »

En cas de pluralité de candidatures pour un même emploi, l'employeur est libre de choisir entre les intéressés s'il justifie son choix par des éléments objectifs :

* Soc., 7 juillet 1998, pourvoi n° 95-43.443, Bulletin civil 1998, V, n° 373 :

« Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir déboutée de sa demande de dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que les salariés à temps partiel bénéficient d'une priorité d'embauche pour un emploi de leur catégorie professionnelle à temps plein ; qu'en cas de pluralité de demandes pour un même poste, il appartient à l'employeur de prendre en considération la situation de famille et l'ancienneté de chaque salarié ; que la salariée soutenait que le seul motif de son licenciement était l'embauche à temps plein de Mme [U] en ses lieu et place ; qu'en affirmant que le juge ne pouvait pas contrôler la légitimité du choix de l'employeur d'embaucher à temps plein Mme [U] plutôt que Mme [N], et par la suite, en refusant de rechercher si le véritable motif du licenciement n'était pas celui invoqué par Mme [N], la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs au regard des articles L. 212-4-5 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

Mais attendu que s'il est exact que les salariés à temps partiel bénéficient d'une priorité d'embauche pour occuper un emploi à temps complet relevant de leur catégorie professionnelle, l'employeur doit, en cas de pluralité de candidatures pour le même emploi, choisir entre les intéressés ; qu'en cas de contestation, il appartient à l'employeur de communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté que le choix de l'employeur était motivé par des impératifs d'organisation de l'entreprise ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; »

Lorsque les juges ne vérifient pas la réalité de la justification alléguée par l'employeur, la décision encourt la censure :

* Soc., 25 mai 2016, pourvoi n° 14-19.234

« Vu l'article L. 3123-8 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [D], employé entre le 16 mars 2009 et le 1er décembre 2010 par la société ISS Abilis en qualité d'agent de service, a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes indemnitaires ;

Attendu que, pour débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi en raison du non-respect des dispositions légales et conventionnelles relatives aux travailleurs à temps partiel, l'arrêt retient que l'employeur a fait connaître au salarié, par lettre du 30 décembre 2009, que d'autres salariés étaient prioritaires en raison de la mise en oeuvre par l'employeur de recherches de reclassement dans le cadre de licenciement pour motif économique et de la fermeture de certains sites ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier la réalité de la justification alléguée par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; »

En cas de violation de la priorité d'accès, le salarié peut prétendre à des dommages-intérêts (Cass. soc. 29-3-1995 n° 91-45.378 PF précité) .

Il peut paraître intéressant d'examiner la question de la priorité de réembauche après un licenciement pour motif économique, dans cette hypothèse, la chambre sociale juge qu'en cas de litige il appartient à l'employeur de prouver qu'il a satisfait à ses obligations en établissant avoir proposé des postes disponibles ou en justifiant de l'absence de tels postes (en produisant notamment le registre du personnel) :

* Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-44.640, Bull. 2009, V, n° 162

« Attendu que la société fait grief à l'arrêt de la condamner au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité de réembauche, alors, selon le moyen, qu'en statuant comme elle l'a fait, sans avoir constaté l'existence d'un emploi devenu disponible au sein de la société postérieurement à la demande de Mme [T], et compatible avec la qualification de celle-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 321-14 codifié à l'article L. 1233-45 du code du travail ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 1233-45 du code du travail, il incombe à l'employeur d'informer le salarié licencié pour motif économique qui a manifesté le désir d'user de la priorité de réembauche, de tous les postes disponibles et compatibles avec sa qualification ; qu'il en résulte qu'en cas de litige il appartient à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation en établissant soit qu'il a proposé les postes disponibles, soit en justifiant de l'absence de tels postes ;

Et attendu qu'ayant relevé que l'employeur qui ne produisait pas le registre unique du personnel, malgré la demande de la salariée, a légalement justifié sa décision ; »

* Soc., 16 septembre 2020, pourvoi n° 19-14.078

« Vu l'article L. 1233-45 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014, et l'article 1315 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

10. Selon le premier de ces textes, il incombe à l'employeur d'informer le salarié licencié pour motif économique qui a manifesté le désir d'user de la priorité de réembauche de tous les postes disponibles et compatibles avec sa qualification. Il en résulte qu'en cas de litige, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation soit en établissant qu'il a proposé les postes disponibles, soit en justifiant de l'absence de tels postes.

11. Pour débouter le salarié de sa demande dirigée contre la société Blé des Lys au titre du non-respect de la priorité de réembauche, l'arrêt, après avoir constaté que la société avait reçu le 29 juillet 2011 la demande du salarié, licencié le 1er avril 2011, retient qu'il ne démontre nullement qu'il existait au sein de la société

des postes, pourvus par le biais de contrats en intérim, qu'il pouvait occuper et qui ne lui ont pas été proposés durant la période au cours de laquelle cette société était tenue à l'obligation d'information.

12. En statuant ainsi, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés. »

L'employeur porte à la connaissance des salariés la liste des emplois disponibles correspondants.

En matière de reclassement d'un salarié déclaré inapte, il a été jugé :

* Soc., 15 novembre 2006, pourvoi n° 05-40.408, Bull. 2006, V, n° 339

« Selon le deuxième moyen :

1 °/ qu'en énonçant, par voie de pure affirmation, que l'employeur ne pouvait reclasser M. [Z] dans un poste d'entretien des espaces verts "occupé par un employé extérieur" sans rechercher concrètement, en considération de la nature, de la durée, des conditions de la convention à l'origine de cette occupation, si la résiliation n'en était pas envisageable aux fins de permettre le reclassement d'un salarié médicalement inapte, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-24-4 du code du travail et 1134 du code civil ;

2 °/ que l'avis du médecin du travail, non contesté devant l'inspecteur du travail, s'impose aux parties, et au juge prud'homal, qui n'est pas en droit de se substituer au praticien pour apprécier l'aptitude ou l'inaptitude du salarié ; qu'en l'espèce le médecin du travail, lors des visites en date des 8 et 23 juillet 1997, avait déclaré M. [Z] apte à un poste d'entretien des espaces verts ; qu'en énonçant que ce poste "s'avérait (...) peu compatible avec l'état de santé de [A] [Z] en ce qu'il comprenait la conduite d'un véhicule", la cour d'appel a violé l'article L. 241-10-1 du code du travail ;

Et selon le troisième moyen, qu'en laissant sans réponse les écritures du salarié soutenant que cette proposition, qui le privait de dix-neuf années d'ancienneté acquise, avait été effectuée en violation des dispositions conventionnelles applicables, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que le reclassement par mutation du salarié déclaré inapte par le médecin du travail auquel l'employeur est tenu de procéder en application des dispositions de l'article L. 122-24-4 du code du travail doit être recherché parmi les emplois disponibles dans l'entreprise ; que l'employeur ne peut être tenu d'imposer à un autre salarié une modification de son contrat de travail à l'effet de libérer son poste pour le proposer en reclassement à un salarié ; »

Et en matière d'obligation de reclassement pour licenciement pour motif économique, il a été jugé :

* Soc., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-15.530, Bull. 2012, V, n° 272

« Vu l'article L. 1233-4 du code du travail ;

Attendu que, pour reconnaître le salarié créancier de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel, après avoir constaté qu'il n'existait pas de possibilité de reclassement dans l'entreprise et dans le groupe auquel elle appartenait, **a retenu que les démarches effectuées à cette fin auprès de sociétés sous-traitantes étaient insuffisantes, en raison des informations contenues dans les lettres qui leur étaient adressées ;**

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans qu'il résulte de ses constatations que les entreprises sous-traitantes appartenaient au même groupe que l'employeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
»

* Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 07-44.480, Bull. 2009, V, n° 95

« Vu les articles L. 122-14-3 et L. 321-1 devenus L. 1235-1 et L. 1233-4 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [W], engagé le 14 décembre 1989 en qualité de directeur produits par la société Jag Diffusion, a été licencié le 28 mai 2004 pour motif économique ;

Attendu que pour décider que le licenciement du salarié était dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient qu'en ne lui proposant pas un des postes de commerciaux qu'il avait l'intention de créer pour assurer la prospection et la commercialisation de ses produits, l'employeur avait manqué à son obligation de reclassement ;

Attendu, cependant, que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut être prononcé que si son reclassement dans l'entreprise, ou dans le groupe auquel elle appartient, est impossible ; qu'il en résulte que **seuls les emplois salariés doivent être proposés dans le cadre du reclassement** ;

Qu'en statuant ainsi, **sans constater que les agents commerciaux occupaient des emplois salariés au service de l'entreprise**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Par un arrêt en assemblée plénière, la Cour de cassation a jugé que les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emplois, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, que dès lors, a violé les articles L. 321-1 et L. 122-14-3 du code du travail, la cour d'appel qui a jugé dépourvus de cause économique réelle et sérieuse les licenciements prononcés par une entreprise ayant choisi la solution du regroupement d'activités sur l'un de ses sites et de la fermeture d'un autre, au motif qu'elle avait excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré en n'intégrant pas dans ses calculs le concept de préservation de l'emploi, alors d'une part, qu'elle avait retenu que la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité étaient assurés dans les trois hypothèses de réorganisation envisagées par l'employeur, et d'autre part qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles : Ass. plén., 8 décembre 2000, pourvoi n° 97-44.219, Bull. 2000, Ass. plén., n° 11.

4.1.2 Eléments de discussion

Dans la première branche du moyen, le syndicat fait grief à la cour de juger que les dispositions de l'article L.3223-3 du code du travail ne font pas peser sur l'employeur une obligation de proposer les emplois occupés par les sous-traitants aux salariés occupés à temps partiel de la société DHL ni n'impose que tout recours à la sous-traitance doive au préalable faire l'objet d'une information des salariés à temps partiel de la société.

Par son mémoire ampliatif, il soutient que les dispositions de l'article susvisé obligent l'employeur à porter à la connaissance de ses salariés à temps partiel la liste des emplois à temps plein disponibles ressortissant de leur catégorie professionnelle ou équivalents qu'il entend pourvoir en interne, pour lesquels ces salariés bénéficient d'une priorité, mais que rien ne fait obstacle à ce qu'elle soient également applicables à l'employeur qui ayant un emploi disponible, entend le pourvoir par le recours à des salariés employés par une société sous-traitante, qu'à défaut, l'externalisation dudit emploi aurait si ce n'est pour objet, en tout cas pour effet de vider de toute portée la priorité instituée.

Il ajoute que de la même manière le texte conventionnel instituant une priorité sur un « travail » à temps plein, cette priorité ne saurait être limitée aux seuls emplois salariés de la société concernée mais est applicable à tout emploi disponible, que l'employeur envisage

de pourvoir par un salarié directement employé par lui ou par un salarié employé d'une société sous-traitante.

Par son mémoire en défense, l'employeur réplique que par analogie avec les solutions consacrées à propos de l'obligation de reclassement, la priorité d'emploi dont bénéficient les salariés à temps partiel qui souhaitent accroître leur temps de travail ou les salariés à temps plein qui souhaitent occuper un emploi à temps partiel concerne les seuls emplois salariés disponibles et qu'elle ne s'étend pas aux activités confiées à des sous-traitants ou à des prestataires sous statut libéral.

Il ajoute que le vocable de « travail » utilisé par l'accord-cadre ne correspond pas au travail en tant que tel mais à une forme de travail, un travail en tant qu'il est associé à un statut, celui de salarié. Il en conclut que le moyen, qui pris en sa première branche, postule une lecture contraire des dispositions de l'article L.3123-3 du code du travail, est donc infondé.

La deuxième branche fait grief à la cour de retenir que le syndicat procède par affirmations générales sur la similarité entre les emplois des sous-traitants et ceux des salariés à temps partiel de la société DHL, que cette dernière conteste, quand il appartenait à l'employeur de justifier que les emplois disponibles pourvus par la sous-traitance ne ressortissaient pas de la catégorie professionnelle ou d'emplois équivalents occupés par ses propres salariés à temps partiel.

Par son mémoire en défense, l'employeur réplique que la critique est inopérante en ce qu'elle porte sur un motif surabondant de l'arrêt, la cour d'appel ayant relevé que la demande du syndicat tendant à enjoindre à l'employeur d'informer les salariés à temps partiel de tout nouveau poste de même catégorie ou de tout emploi vacant avant de le pourvoir par le recours à la sous-traitance n'entraîne pas dans les prévisions de l'article L.3123-3 du code du travail et qu'il n'était pas justifié d'un engagement unilatéral en ce sens de sa part, le rejet de cette demande étant suffisamment justifié.

Il ajoute que les critiques sont inopérantes car même si elles reposaient sur des développements précis et étayés, elles ne pouvaient justifier de faire droit à la demande puisque leur admission entraînerait, de fait, une requalification automatique de tous les contrats commerciaux, présents et à venir, en contrat de travail.

Il soutient encore que les critiques manquent en fait, que la thèse du syndicat ne se limitait pas à considérer que les postes confiés à la sous-traitance et ceux attribués aux salariés en interne était de même catégorie, il prétendait que, sous couvert de statuts différents, ces collaborateurs seraient placés dans des conditions d'emploi strictement similaires, argument qui conduirait à une requalification systématique des contrats commerciaux en contrats de travail, alors qu'une telle requalification relève de l'office du juge à l'issue d'une analyse in concreto, dont la preuve pèse sur celui qui l'invoque.

Il soutient enfin que la deuxième branche manque en droit, que dès lors que les emplois confiés à la sous-traitance ne sont pas couverts par la priorité d'emploi qui est limitée aux seuls postes disponibles, l'employeur n'a pas à établir qu'ils sont de la même catégorie que ceux occupés par les salariés à temps partiel, qu'aucune preuve en ce sens ne peut être mise à sa charge dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article L.3123-3 du code du travail.

Dans sa troisième branche, le syndicat reproche à l'arrêt d'avoir violé l'article 4 du code de procédure civile par dénaturation des conclusions en retenant que le syndicat procède par

affirmations générales sur la similarité entre les emplois quand il exposait précisément et offrait de prouver cette similarité.

Dans son mémoire ampliatif, le syndicat soutient que c'est au prix d'une dénaturation des conclusions que la cour a estimé que celui-ci procède par affirmation, alors que dans ses écritures il exposait précisément et offrait de prouver cette similarité, que la cour d'appel, tant par motifs propres qu'adoptés, a condamné la société à embaucher des démarcheurs livreurs, rappelant la priorité d'embauche instituée par l'article L.3123-3, que la possibilité de substitution entre salariés employés et salariés sous-traitants a été admise tant par l'employeur dans le cadre de son engagement unilatéral que par les juges du fond et que la priorité d'emploi avait vocation à être mise en oeuvre dans le cadre de cette injonction judiciaire, qu'en retenant que le syndicat procédait par affirmations générales, la cour a dénaturé ses conclusions.

L'employeur réplique qu' outre l'inopérance des critiques en ce qu'elles portent sur un motif surabondant, la cour d'appel n'a pas donné aux conclusions du syndicat un sens incompatible avec leur lettre, qu'elles renvoyaient à des considérations générales, sans faire état de la situation concrète des sous-traitants concernés, que tout au plus le syndicat se prévalait d'une décision de justice qui concernait la situation particulière d'un sous-traitant.

Par la quatrième branche du moyen, le syndicat fait grief à la cour de modifier l'objet du litige.

Dans son mémoire ampliatif, le syndicat soutient qu'il demandait qu'il soit ordonné à l'employeur d'informer les salariés à temps partiel de tout nouveau poste de même catégorie ou de tout emploi vacant avant de le pourvoir par le recours à la sous-traitance et non la requalification des contrats des travailleurs employés par les sous-traitants, que la violation de l'objet du litige est patente.

Par son mémoire en défense, l'employeur réplique que la critique est inopérante en ce qu'elle vise un motif surabondant de l'arrêt . Il soutient de plus que la cour d'appel n'a pas méconnu les termes du litige mais a seulement considéré que si elle devait être admise, cette demande, par l'identité d'emploi qu'elle postule entre les salariés et les sous-traitants, impliquerait que tous les contrats commerciaux et ceux que l'employeur envisagerait de conclure à l'avenir seraient des contrats de travail déguisés, qu'une telle requalification relève de l'office du juge et suppose une appréciation in concreto. Il invoque enfin que cette question était dans le débat puisqu'il faisait lui-même valoir que suivre le raisonnement du syndicat reviendrait à opérer une requalification quasi-automatique de contrats commerciaux en contrat de travail.

4.1.3 Au cas d'espèce , la cour d'appel a statué comme suit :

« L'article L.3123-3 du code du travail dispose que :

« 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.

L'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants.»

Il s'ensuit que la priorité d'emploi s'applique aux emplois disponibles à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise.

La sous-traitance peut être définie comme une opération par laquelle une entreprise, le donneur d'ordre ou l'entrepreneur principal, confie à une autre, le sous-traitant, le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli une partie des actes de production et de services dont elle a elle-même été chargée et dont elle conserve la responsabilité économique finale.

Si, interrogée par un délégué CGT, l'inspectrice du travail a indiqué par courriel du 09 novembre 2020, a mentionné que : « le salarié à temps partiel peut se prévaloir de la priorité d'emploi à l'égard de tout emploi créé (ou devenu vacant) », elle a néanmoins aussi clairement indiqué en ce sens que :

« La priorité d'emploi concerne tout emploi correspondant à la catégorie professionnelle du salarié ou tout emploi équivalent disponible dans l'établissement ou, à défaut, dans l'entreprise.

La priorité d'emploi s'applique qu'il s'agisse d'un emploi permanent ou temporaire (contrat à durée déterminée).

Selon moi, pour que la priorité d'embauche s'applique, il faut donc qu'il y ait création d'emploi.

Le fait de recourir à de la sous-traitance ne signifie pas qu'il y ait création d'emploi.

Il s'agit d'un choix de la société de recourir à la sous-traitance et on ne peut pas, à mon sens, considérer qu'il existerait une priorité d'emploi des salariés à temps partiel aboutissant à restreindre le recours par l'employeur à de la sous-traitance.

Même si je comprends votre raisonnement, je ne pense pas que la sous-traitance puisse être assimilée à une création d'emploi emportant obligation de respecter les priorités de réembauchages (...) ».

Si le Syndicat rappelle que la Société a été condamnée par la chambre sociale de la cour d'appel de Douai par un arrêt du 24 septembre 2021 ayant retenu dans ses motifs l'existence d'un prêt illicite de main d'œuvre puis dans ses motifs et son dispositif une situation de co-emploi vis-à-vis de DHL concernant une salariée de deux sociétés sous-traitantes de DHL, et nonobstant les développements généraux de l'appelant se rapportant au développement du recours à la sous-traitance par la Société, et ses affirmations, là encore générales, sur la similarité entre les emplois des sous-traitants et ceux des salariés à temps partiel de la société DHL, que cette dernière conteste, il demeure que, comme le relève justement la société intimée, la demande telle que formée par le Syndicat, de voir ordonner à la Société d'informer les salariés à temps partiel de tout nouveau poste de même catégorie ou de tout emploi vacant avant de le pourvoir par le recours à la sous-traitance, reviendrait à considérer que la Société aurait pour l'avenir recours systématiquement à la sous-traitance afin de pourvoir des emplois permanents et tendrait par sa généralité à opérer une requalification automatique de contrats commerciaux en contrats de travail, ce qui relève toutefois de l'office du juge dans le cadre de litiges individuels et ne peut résulter que d'une analyse in concreto des contrats de sous-traitance et de la situation des travailleurs concernés.

Cette demande dépasse en tout état de cause les prévisions de l'article L.3123-3 du code du travail précité, qui contrairement à ce que soutient le Syndicat dans ses écritures, ne fait pas peser sur l'employeur une obligation de proposer les emplois occupés par ses sous-traitants aux salariés de l'entreprise ni n'impose que tout recours à la sous-traitance doive au préalable faire l'objet d'une information des salariés à temps partiel de DHL.

En outre, si la société DHL international express a manqué, comme l'ont justement relevé les premiers juges, à ses deux obligations résultant de son engagement unilatéral du 30 novembre 2016 sans pourtant l'avoir régulièrement dénoncé, elle souligne toutefois à bon droit qu'elle n'avait pris aucun engagement sur une quelconque priorité d'emploi au bénéfice des salariés à temps partiel préalablement au recours à la sous-traitance, ce qu'admet au demeurant le Syndicat dans ses écritures.

En conséquence, le jugement sera aussi confirmé en ce qu'il a débouté le Syndicat concluant de sa demande tendant à ce qu'il soit ordonné sous astreinte à la Société d'informer les salariés à temps partiel de

tout nouveau poste de même catégorie ou de tout emploi vacant avant de le pourvoir par le recours à la sous-traitance. »

La chambre devra se prononcer sur les mérites du moyen au regard de l'ensemble de ces éléments.

4.2 - Sur la mise en oeuvre des dispositions de l'article L.2123-3 du code du travail (Moyen du pourvoi incident) :

Sur la méconnaissance de l'employeur d'un engagement unilatéral et l'action du syndicat sur le fondement de l'article L.2132-3 du code du travail :

Le syndicat soulève l'irrecevabilité du moyen pris de la violation des dispositions de l'article L. 2132-3 du code du travail qui fait grief à la cour d'appel de condamner l'employeur à payer des dommages-intérêts au titre du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession en raison de la méconnaissance de son engagement unilatéral du 30 novembre 2016 consistant, d'une part, à ne pas augmenter la proportion de livraisons déléguées à la sous-traitance et, d'autre part, à remplacer les démarcheurs livreurs quittant l'entreprise par d'autres démarcheurs livreurs et non par des sous-traitants. Il soutient qu'un tel moyen est incompatible avec la position prise en appel, ou encore contraire à celle-ci.

La société demandait, aux termes du dispositif de ses conclusions, d'« *infirmer le jugement en ce qu'il a condamné la société DHL International Express à payer au syndicat CGT des salariés de DHL International Express la somme de 50 000 euros à titre de dommages-intérêts* » et statuant de nouveau de « *ramener à de plus juste proportion le montant des dommages et intérêts sollicité par le syndicat* ». Dans le corps des conclusions, elle relevait que « *la motivation du tribunal est très contestable concernant la reconnaissance d'un engagement unilatéral. Et pour cause, le raisonnement du Tribunal revient à conférer une force obligatoire à une simple projection annoncée lors d'une procédure d'information-consultation sur les orientations stratégiques et dont il ne saurait résulter d'une volonté claire et non équivoque de l'employeur. Toutefois, la société DHL International Express ayant procédé à l'embauche de 23 démarcheurs livreurs, elle n'entend donc pas interjeter appel du jugement sur ce point.* » (page 3). Par ailleurs, la société soutenait que « *le syndicat CGT des salariés de DHL International Express ne démontre pas que la violation de l'engagement unilatéral de l'employeur a entraîné un préjudice au détriment de l'intérêt collectif des salariés.* » (page 13).

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur la recevabilité de la première branche du moyen.

4.2.1 Textes et jurisprudence

L'article L.2132-3 du code du travail dispose :

« 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, la chambre sociale a précisé les conditions de recevabilité des demandes présentées par un syndicat :

* Soc., 22 novembre 2023, pourvoi n° 22-11.238 :

« 3. Aux termes de l'article L. 2132-3 du code du travail, 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.

4. Il en résulte qu'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'avenir à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte.

5. L'arrêt retient que l'action du syndicat tend, sur le fondement de l'égalité de traitement, à solliciter des augmentations générales de salaire revalorisées dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire de l'article L. 2242-8 du code du travail, au regard de la qualification professionnelle et suivant un coefficient identique.

6. La cour d'appel en a déduit à bon droit que l'action du syndicat, qui tend à la reconnaissance d'une irrégularité au regard du principe de l'égalité de traitement et à mettre fin à cette irrégularité, relève de la défense de l'intérêt collectif de la profession, la circonstance que seuls quelques salariés de l'entreprise seraient concernés par la violation du principe d'égalité de traitement alléguée étant sans incidence sur le droit d'agir du syndicat.

7. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé. »

** Soc., 22 novembre 2023, pourvoi n° 22-14.807 :*

« 4. Aux termes de l'article L. 2132-3 du code du travail, 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.

5. Il en résulte 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.

6. La cour d'appel, qui a constaté que l'action de la fédération CFDT tendait à ce qu'il soit ordonné à la société de régulariser la situation individuelle des salariés concernés tant pour l'avenir que pour le passé en versant une prime de treizième mois aux salariés n'en bénéficiant pas, en a exactement déduit l'irrecevabilité de cette action collective dès lors qu'elle tend à la modification de la situation individuelle des salariés concernés.

7. Le moyen ne peut, dès lors, être accueilli.

Mais sur le moyen, en ce qu'il fait grief à l'arrêt de déclarer la fédération irrecevable en son action tendant à dire que l'absence de versement d'une prime de treizième mois à certains salariés de la société est constitutive d'une inégalité de traitement avec les salariés bénéficiant d'une telle prime, à dire que cette inégalité de traitement porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par la fédération, ainsi qu'à condamner la société au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession

Enoncé du moyen

8. La fédération fait grief à l'arrêt de la déclarer irrecevable en son action tendant à dire que l'absence de versement d'une prime de treizième mois à certains salariés de la société est constitutive d'une inégalité de traitement avec les salariés bénéficiant d'une telle prime, à dire que cette inégalité de traitement porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par la fédération ainsi qu'à condamner la société au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession, alors « que le syndicat peut agir en justice pour contraindre l'employeur à mettre fin à une

situation illicite ; que pour dire irrecevable la demande, la cour d'appel a retenu que l'application du principe d'égalité de traitement, qui suppose que la situation de chaque salarié soit comparée à celle des salariés placés dans la même situation ou dans une situation équivalente, ne peut faire l'objet d'une appréciation collective et que l'action intentée consiste donc en la revendication d'un droit lié à la personne et appartient à ce seul salarié, de sorte qu'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession ne peut pas être revendiquée ; qu'en statuant ainsi, quand l'action de la fédération syndicale tendait à voir ordonner à l'employeur de mettre fin à une inégalité de traitement et relevait donc de la défense de l'intérêt collectif de la profession, la cour d'appel a violé l'article L. 2132-3 du code du travail.»

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 2132-3 du code du travail :

9. Aux termes de ce texte, 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.

10. Il en résulte qu'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'avenir à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte.

11. Pour déclarer irrecevable l'action de la fédération tendant à dire que l'absence de versement d'une prime de treizième mois à certains salariés de la société est constitutive d'une inégalité de traitement avec les salariés bénéficiant d'une telle prime, à dire que cette inégalité de traitement porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par la fédération ainsi qu'à condamner la société au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession, l'arrêt retient que la fédération, qui ignore la distinction à faire entre gratification et salaire annuel payable sur treize mois, ne revendique pas l'exécution par l'employeur de dispositions conventionnelles mais l'application du principe d'égalité de traitement, qui suppose que la situation de chaque salarié soit comparée à celle de salariés placés dans la même situation ou dans une situation équivalente et qui ne peut donc faire l'objet d'une appréciation collective, de sorte que l'action intentée consiste en la revendication d'un droit lié à la personne du salarié, appartenant donc à ce seul salarié, et ne poursuit pas la réparation d'un préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession.

12. En statuant ainsi, alors que l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action et que l'action de la fédération, en ce qu'elle ne tendait pas à obtenir du juge qu'il condamne l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés concernés, était recevable, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Il a été jugé que l'inexécution par l'employeur d'un engagement unilatéral peut porter préjudice à l'intérêt collectif représenté par le syndicat :

* Soc., 14 juin 1984, pourvoi n° 82-14.385, Bulletin 1984 V N° 251 :

« Le procès-verbal d'une réunion du comité d'entreprise dont il résulte que l'employeur s'était engagé à verser un treizième mois à une catégorie de son personnel qui en était jusqu'alors privé, s'il n'a pas la force obligatoire d'une convention collective, **constitue néanmoins un engagement de l'employeur dont la violation peut porter un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession représentée par les organisations syndicales.** Dès lors se trouve légalement justifiée la décision qui déclare dans une telle circonstance recevable l'action d'un syndicat en se référant à l'article L 411-11 du Code du travail. » (sommaire).

* Soc., 25 juin 1987, pourvoi n° 83-45.592, Bulletin 1987 V n° 432 :

« Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué d'avoir condamné un employeur à verser des dommages et intérêts à un syndicat à l'occasion d'une demande individuelle tendant au paiement d'une prime de gestion formulée par une salariée alors que le non-versement par l'employeur d'une prime de gestion ne porte

atteinte qu'aux intérêts particuliers des salariés, qu'ainsi le conseil de prud'hommes a violé l'article L 411-1 du Code du travail ;

Mais attendu que l'accord invoqué constituait un engagement de l'employeur d'accorder certains avantages à une partie de son personnel et que sa violation pouvait porter un préjudice à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat ; que celui-ci était dès lors recevable à agir de ce chef ; que le moyen ne peut donc être accueilli ; »

* Soc., 21 janvier 1997, pourvoi n° 94-19.019 , Bulletin 1997, V, n° 30 :

« Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 411-1 du Code du travail, les syndicats professionnels peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à la profession qu'ils représentent ;

Et attendu que la cour d'appel a relevé **qu'après avoir annoncé une augmentation des salaires** , l'employeur en avait affecté une fraction au financement de la caisse de retraite, cette retenue figurant sur les bulletins de paie ; qu'elle en a exactement déduit que la demande des syndicats, qui portait, non sur le montant de l'augmentation, mais sur l'affectation d'une partie de cette augmentation en violation de l'article R. 731-8 du Code de la sécurité sociale décidée unilatéralement par l'employeur, touchait à l'intérêt collectif de la profession et que cette demande était donc recevable ; que le moyen n'est pas fondé ; »

Voir également Soc., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-11.257 et a. :

« Attendu, ensuite, que **le non-respect d'un engagement unilatéral concernant une catégorie de salariés portant atteinte à l'intérêt collectif de la profession, la cour d'appel a exactement décidé que la demande du syndicat devait être accueillie ; »**

Un arrêt rendu le 24 octobre 2018 montre que les juges apprécient le préjudice subi par le syndicat et fixent souverainement le montant de la réparation :

* Soc., 24 octobre 2018, pourvoi n° 16-15.898

« Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts au syndicat SNRT-CGT, alors, selon le moyen que l'action d'un syndicat en défense de l'intérêt collectif de la profession suppose de caractériser un préjudice porté à cet intérêt collectif ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, pour faire droit à la demande indemnitaire du syndicat, s'est bornée à relever que « les intérêts collectifs [de la profession] étaient en cause dans la présente instance » ; qu'en statuant par des motifs impropres à caractériser un quelconque préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 2132-3 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté qu'en méconnaissance des dispositions des articles L. 1242-1 et suivants du code du travail, l'employeur, d'une part, avait positionné le salarié sur un contrat à durée déterminée alors qu'il occupait un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et, d'autre part, n'avait pas respecté les dispositions conventionnelles relatives au paiement d'accessoires de salaire, **a pu décider que le non-respect de ces dispositions était de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession dont elle a souverainement évalué la réparation** ; que le moyen n'est pas fondé ; »

En revanche, il a été jugé que la violation des dispositions d'un accord de branche cause un préjudice à l'intérêt collectif de la profession, qu'il appartient à la cour d'appel d'évaluer ce préjudice : Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-16.283.

4.2.2 Au cas d'espèce , la cour d'appel a statué ainsi qu'il suit :

« L'inobservation des priorités d'emploi et le recours à la sous-traitance en méconnaissance de l'engagement unilatéral de l'employeur porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

Il est souligné que, comme l'ont justement relevé les premiers juges, l'employeur a clairement manqué aux deux obligations (d'une part, ne pas augmenter la proportion de livraisons déléguées à la sous-traitance ; d'autre part, remplacer les DL [démarcheur-livreur] quittant l'entreprise par d'autres DL et non par des sous-traitants) résultant de son propre engagement unilatéral du 30 novembre 2016 sans pourtant l'avoir régulièrement dénoncé et que l'employeur ne justifie d'aucune circonstance indépendante de sa volonté l'ayant empêché de respecter cet engagement ; il est rappelé que c'est en raison du pouvoir de direction de l'employeur, disposant de plusieurs options pour réduire la proportion de la sous-traitance, qu'il n'a pas été ordonné judiciairement de procéder à des embauches correspondant à sa première obligation non satisfaite.

Le Syndicat est ainsi fondé à rappeler, dans ce contexte, que les salariés des sous-traitants ne bénéficient pas des mêmes garanties sociales que les salariés de la société DHL, que les règles protectrices en matière de licenciement économique peuvent être différentes, ou que la masse salariale de l'ensemble des sous-traitants ne contribue pas au budget de la représentation du personnel.

En outre, les premiers juges ont souligné également la gravité du second manquement, l'absence de toute excuse invoquée et la bonne situation économique de l'entreprise.

Si la Société intimée souligne que le nombre de ses salariés a augmenté en 2020 en comparaison de l'année 2016, ses données demeurent globales, tandis que le Syndicat souligne que le litige porte sur les emplois d'agents d'exploitation et de démarcheurs livreurs, que le nombre des démarcheurs livreurs (DL) salariés par DHL International Express France a connu une diminution régulière et est passé de 404 (ETP) en 2009 à 314 (ETP) en 2020 et que le nombre d'ouvriers a continué à diminuer entre décembre 2021 et décembre 2022 en passant de 922 à 909 ETP malgré les promesses d'embauches.

Compte tenu de ces éléments, la cour estime que les premiers juges ont fait une exacte appréciation de la situation en estimant que le préjudice du Syndicat serait réparé par l'allocation de la somme de 50.000 euros ; en conséquence, le jugement sera également confirmé de ce chef. »

La chambre devra se pencher sur les mérites du grief de la première branche du moyen. En cas de cassation sur la première branche du moyen, celle-ci pourrait intervenir sans renvoi, en application de l'article L.411-3 du code de l'organisation judiciaire, dès lors que la Cour de cassation estimerait que la demande visée par le moyen ne relève pas de l'article L.2132-3 du code du travail. »

La société sollicite une cassation sans renvoi sur la première branche du pourvoi incident. Le syndicat s'y oppose en particulier sur les deuxième et troisième branches qui critiquent selon elle l'appréciation par la cour d'appel de l'étendue du préjudice. Il ajoute que la Cour ne pourra débouter le syndicat de sa demande alors que devant la cour d'appel, la société demandait seulement de ramener à plus juste proportion le montant des dommages-intérêts sollicité, une telle demande étant irrecevable à hauteur de cassation.

Il appartiendra à la chambre sociale de se prononcer sur les mérites du moyen.