



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

Arrêt n° 1251 du 4 décembre 2024 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-11.485

Décision attaquée : Conseil de prud'hommes de Mulhouse du 20 décembre 2022

La société Alsachimie

C/

M. [G] [N]

M. [G] [N] a été engagé le 25 janvier 2007 en contrat à durée indéterminée par la société Alsachimie.

Le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Mulhouse d'une demande en paiement de la somme retenue sur son salaire au titre de deux journées de congé prises pour s'occuper de son enfant malade, ainsi que des congés payés y afférents, et ce, en application de l'article L. 1226-23 du code du travail.

Par jugement prononcé le 20 décembre 2022, le conseil de prud'hommes a notamment déclaré les demandes du salarié recevables et bien fondées ; dit et jugé que le maintien du salaire doit être effectif pour les deux journées litigieuses ; condamné l'employeur à payer au salarié une somme au titre de rappel de salaire ainsi qu'une somme au titre des congés payés y afférents.

L'employeur s'est pourvu en cassation.

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

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

Cependant, la Constitution allemande du 16 avril 1871 donnant compétence à la fédération dans de nombreux domaines, l'Alsace-Lorraine s'est vu progressivement appliquer des lois fédérales, dont notamment celles sur l'organisation judiciaire (27 janvier 1877), sur le code de procédure civile (30 janvier 1877), sur le nouveau code civil allemand (loi du 18 août 1896). Une loi d'introduction du 17 avril 1899, a précisé les conditions d'insertion du nouveau code civil dans le droit local alsacien mosellan, tandis qu'en parallèle, une loi du 29 novembre 1899 a abrogé une centaine de textes français d'avant 1870, ainsi qu'une trentaine de textes d'adaptation postérieure à l'annexion.

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

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

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

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

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

Désormais, que sa source soit issue du code de travail ou des conventions ou accords collectifs de travail, la réglementation de droit général du travail s'applique en Alsace-Moselle. Seules certaines spécificités limitées sont maintenues : le maintien de la rémunération en cas d'absences du salarié, la problématique du repos dominical et des jours fériés, la durée du préavis, la clause de non-concurrence et le contrat d'apprentissage.

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

En l'espèce, le pourvoi soumet à la Cour la question de l'éventuel maintien de salaire pour un salarié absent en raison de la maladie de son enfant. Il soutient qu'en application de la règle *specialia generalibus derogant*, le texte particulier doit s'appliquer par exception à la règle générale ; qu'en l'espèce le conseil de prud'hommes aurait dû appliquer l'article L. 1225-61 du code du travail et non l'article L. 1226-23 de ce même code. Le pourvoi argue encore, à titre subsidiaire, que le conseil de prud'hommes ne pouvait pas faire application des anciennes dispositions de l'article 616 du code civil local codifiées à l'article L. 1226-23 du code du travail par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 dès lors que ces dispositions ont été ultérieurement modifiées par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, ce qui ne permettait pas à la juridiction de se référer à une interprétation jurisprudentielle des dispositions antérieures à la nouvelle loi applicable au salarié. Enfin, le pourvoi prétend que les dispositions de l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, supposent que le salarié a été empêché d'effectuer sa mission pour une cause qui lui était personnelle ; que ce texte n'est pas applicable dans l'hypothèse où l'absence du salarié est causée par la maladie de son enfant.

Aux termes de l'article 616 du code civil local, l'obligé à la prestation de services ne perd pas son droit à rémunération par le seul fait qu'il est empêché, pour

¹ Source : site internet de [l'Institut du droit local Alsacien-Mosellan](http://www.institutdroitlocal.com)

un temps relativement sans importance, de fournir la prestation de services pour une raison tenant à sa personne mais sans qu'il y ait de faute de sa part. Cette disposition a été maintenue en vigueur par l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924 sur l'introduction de la législation civile dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. En effet, ce texte, protecteur des droits des salariés, ne connaissait pas d'équivalent dans la loi française en 1924. Il n'en a pas plus connu par la suite.

Si la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle a mis en place une garantie de ressources minimale du salarié qui s'applique en l'absence de dispositions conventionnelles plus favorables, cette dernière est instaurée au profit des salariés en maladie ou en accident du travail, sous certaines conditions non exigées par le droit local (codification à l'article L. 1226-1 du code du travail).

La loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille a, pour sa part, dans son article 14, envisagé la situation du salarié lorsque la cause de l'absence est due à la maladie ou à l'accident d'un enfant de moins de seize ans. Cette disposition était codifiée à l'ancien article L. 122-28-8 du code du travail, devenu l'article L. 1225-61 du code du travail.

Ainsi, le droit général, avant la recodification réalisée en 2008, ne prévoyait pas l'avantage figurant dans le droit local. La recodification du code du travail a t'elle remis en cause cette situation plus favorable pour les salariés d'Alsace-Moselle ?

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

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

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

[...]. »

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

travail (partie législative), par Mme Jacqueline Irles, députée², il est mentionné dans un paragraphe intitulé « *II.- Les options du nouveau code A. Le périmètre : un code recentré sur les dispositions de portée générale* » : « *A contrario, et conformément à l'habilitation législative, le nouveau code intègre des dispositions de lois non codifiées ou d'autres codes concernant le droit du travail. Sont ainsi codifiées les dispositions très importantes, pour les salariés, de la loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (n° 78-49 du 19 janvier 1978) : principe du salaire mensualisé, garantie d'indemnités maladies complémentaires et du paiement des jours fériés. De même, sont intégrées au nouveau code des règles de droit local applicables seulement en Alsace-Moselle qui figurent actuellement dans des codes locaux (code civil, code du commerce et code professionnel) ou des textes légaux remontant à la période bismarckienne comme l'ordonnance du 16 août 1892 sur les jours fériés.* »

Au cours des travaux de la commission des affaires sociales du Sénat réunie le mercredi 12 décembre 2007, il était relevé : « *Mme Catherine Procaccia, rapporteur, n'a pas jugé utile de revenir en détail sur le processus d'élaboration du nouveau code, ni sur les grandes options qui ont été retenues pour son plan et la rédaction de ses articles, dans la mesure où elle les a déjà présentés le 19 septembre dernier. Elle a toutefois rappelé les objectifs de la recodification, qui doit rendre le code plus lisible, cohérent et facile à utiliser pour les non-spécialistes, mais sans modifier le fond du droit.*

Elle a souligné que le respect de ce principe de recodification à droit constant a souvent été mis en doute lors des débats au Sénat et à l'Assemblée nationale. Pourtant, les conditions d'élaboration du nouveau code ont apporté toutes les garanties souhaitables en la matière : confiée à une équipe de juristes du ministère du travail, sa rédaction a été suivie par un comité d'experts et par une commission des partenaires sociaux, puis l'Assemblée générale du Conseil d'Etat s'est réunie pour examiner l'ordonnance ; les deux assemblées ont ensuite pu contrôler le travail accompli et ont adopté de nombreux amendements - une soixantaine au Sénat et une quarantaine à l'Assemblée nationale - à chaque fois qu'un doute est apparu sur la réalité du droit constant.

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

Dans son rapport n° 459 (2006-2007), déposé le 19 septembre 2007, la sénatrice avait indiqué : « *b) Le problème particulier posé par la codification du droit d'Alsace-Moselle.*

L'institut du droit local d'Alsace-Moselle et l'ensemble des syndicats de ces départements ont déposé un recours devant le Conseil d'Etat le 10 mai 2007 au motif que le nouveau code remettrait en cause certaines dispositions propres à ces territoires, concernant notamment l'interdiction du travail dominical, le maintien du

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

³ <https://www.senat.fr/rap/107-130/107-1302.html#toc6>

salaire en cas d'absence, la durée du préavis en cas de rupture du contrat et la clause de non-concurrence.

Des spécialistes du droit local examinent actuellement les griefs adressés au nouveau code, en concertation avec les parlementaires des départements concernés. Attentive au respect des particularismes de la législation alsacienne et mosellane, votre commission souhaite que les éventuelles erreurs de codification soient corrigées par voie d'amendement lors du débat en séance publique. »⁴

Ainsi, depuis le 1^{er} mai 2008, date d'entrée en vigueur du nouveau code, les dispositions de droit local sur le maintien du salaire en cas d'absence du salarié de l'ancien article 616 du code civil local sont intégrées dans le code du travail à l'article L. 1226-23⁵.

À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, dans une décision du 5 août 2011, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité du droit local alsacien mosellan et a érigé son maintien en principe fondamental reconnu par les lois de la République⁶.

Par la suite, la Cour de cassation, s'agissant des dispositions de droit local relatives au maintien du salaire en cas d'absence du salarié, saisie d'une question

⁴ <https://www.senat.fr/rap/106-459/106-4598.html#toc91>

⁵ Article L. 1226-23 du code du travail dans sa version issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 : *« Le salarié dont le contrat de travail est temporairement suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté a droit au maintien de son salaire.*

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

Article L. 1226-23 du code du travail dans sa version issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 : *« Le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté et pour une durée relativement sans importance a droit au maintien de son salaire.*

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

⁶ Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011 : *« [...] 3. Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la loi du 17 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine, adoptée à la suite du rétablissement de la souveraineté de la France sur ces territoires : « Les territoires d'Alsace et de Lorraine continuent, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises, à être régies par les dispositions législatives et réglementaires qui y sont actuellement en vigueur » ; que les lois procédant à l'introduction des lois françaises et notamment les deux lois du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française et portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ont expressément maintenu en vigueur dans ces départements certaines législations antérieures ou édicté des règles particulières pour une durée limitée qui a été prorogée par des lois successives ; qu'enfin, selon l'article 3 de l'ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle : « La législation en vigueur. . . à la date du 16 juin 1940 est restée seule applicable et est provisoirement maintenue en vigueur » ;*

4. Considérant qu'ainsi, la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de dispositions particulières applicables dans les trois départements dont il s'agit ; que ce principe doit aussi être concilié avec les autres exigences constitutionnelles ; [...] »

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

Toutefois, est-ce que, pour l'absence d'un salarié en raison d'un enfant malade, l'article L. 1226-23 du code du travail doit être écarté au profit de l'article L. 1225-61 du code du travail⁷ ainsi que le soutient le pourvoi dès lors que cette dernière disposition évoque spécifiquement le congé non rémunéré en cas de maladie ou d'accident d'un enfant de moins de seize ans dont le salarié assume la charge ?

L'article L. 1226-23 du code du travail figure dans la première partie « *Les relations individuelles de travail* », livre II « *Le contrat de travail* », Titre II « *Formation et exécution du contrat de travail* », Chapitre VI « *Maladie, accident et inaptitude médicale* », Section 4 « *Dispositions particulières aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin* ». L'article L. 1225-61 du code du travail se situe pour sa part dans les mêmes partie, livre et titre mais dans un Chapitre V « *Maternité, paternité, adoption et éducation des enfants* », section 4 « *Congés d'éducation des enfants* », sous-section 2 « *Congés pour maladie d'un enfant* », paragraphe 1 « *Congé pour enfant malade* ».

La Cour a déjà jugé « *Mais attendu qu'aux termes de l'article L.1226-24 du code du travail, applicable dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, le commis commercial qui, par suite d'un accident dont il n'est pas fautif, est dans l'impossibilité d'exécuter son contrat de travail, a droit à son salaire pour une durée maximale de six semaines ; que l'absence du salarié pour une courte durée, nécessitée par la garde de son enfant malade, qui suspend le contrat de travail pendant la durée de l'absence, entre dans les prévisions de ce texte ;* » (Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-42.677).

Il s'agissait certes de l'application de l'article L. 1226-24 du code du travail concernant le commis commercial mais, à l'instar de l'article L. 1226-23 du code du travail⁸, cette disposition est une recodification à droit constant du droit local, article 63 du code de commerce local, également maintenu en vigueur par l'article 5 de la loi commerciale d'introduction du 1^{er} juin 1924 et n'évoque pas spécifiquement

⁷ Article L. 1225-61 du code du travail : « *Le salarié bénéficie d'un congé non rémunéré en cas de maladie ou d'accident, constatés par certificat médical, d'un enfant de moins de seize ans dont il assume la charge au sens de l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale.*

La durée de ce congé est au maximum de trois jours par an. Elle est portée à cinq jours si l'enfant est âgé de moins d'un an ou si le salarié assume la charge de trois enfants ou plus âgés de moins de seize ans. »

⁸ Article L. 1224-26 du code du travail, alinéas 1 et 2 : « *Le commis commercial qui, par suite d'un accident dont il n'est pas fautif, est dans l'impossibilité d'exécuter son contrat de travail a droit à son salaire pour une durée maximale de six semaines.*

Pendant cette durée, les indemnités versées par une société d'assurance ou une mutuelle ne sont pas déduites du montant de la rémunération due par l'employeur. Toute stipulation contraire est nulle. »

l'absence du commis commercial, consécutive à son enfant malade. La solution de cette décision est donc tout à fait transposable à l'application de l'article L. 1226-23 du code du travail.

Dans une réponse à une question écrite n° 21775 (M. Jung) (JOAN Q 29 octobre 2013, p. 11443)⁹ portant sur l'application de l'article 616 du code civil local et de l'article 63 du code du commerce local, en Alsace-Moselle, le ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social a notamment répondu « [...] *Après la codification, la Cour de cassation a considéré que l'absence justifiée par la garde d'un enfant malade entraine dans les prévisions de l'article L. 1226-24. La portée des dispositions des articles L. 1226-23 et L. 1226-24 du code du travail ayant ainsi été précisée par la jurisprudence, l'ensemble des entreprises est tenu de les appliquer.* »

En outre, en réponse à une question n° 13193, du 21 novembre 2023 d'une députée portant sur la suppression du certificat médical pour un congé enfant malade non rémunéré (article L. 1225-61 du code du travail) (JOAN 9 Janvier 2024, p. 301), le ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion a notamment répondu : « [...] Ce congé n'est pas légalement rémunéré mais il peut donner lieu au versement d'une rémunération par l'employeur, soit en vertu d'une obligation conventionnelle, d'un usage ou en application du droit local en Alsace-Moselle. [...] ».

Ainsi, le positionnement de l'article L. 1226-23 dans le code du travail est sans conséquence sur la nature de la cause de l'absence. En effet, le droit local ne s'est pas limité à la maladie du salarié s'agissant de l'application de l'article 616 du code civil local et la place de la disposition, telle qu'issue de la recodification du code du travail, ne peut pas avoir modifié ni restreint la portée de la norme qu'elle édicte puisque cette recodification a été réalisée à droit constant.

La codification avait pour objectif d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité des dispositions codifiées, non d'en revoir le contenu et les modalités d'application.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, je considère que la recodification des dispositions de droit local s'est faite à droit constant, au sens des dispositions d'origine, il s'agissait d'une volonté claire du législateur, et que, par conséquent, l'application de l'article L. 1226-23 du code du travail ne peut pas être écartée au profit de celle de l'article L. 1225-61 du code du travail pour les salariés exerçant principalement leur activité en Alsace-Lorraine.

Certes, ainsi que le souligne le mémoire ampliatif, la rédaction de l'article L.1226-23 du code du travail, telle qu'issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, a été modifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008¹⁰, la mention « *temporairement suspendu* » étant remplacée par celle de « *pour une durée relativement sans importance* ». Cependant, cette modification réalisée très à la marge, si elle clarifie et circonscrit la condition liée à la durée de l'absence, elle ne

⁹ <https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-21775QE.htm>

¹⁰ Cf note 5 pour le rappel des deux rédactions.

remet pas en cause le contenu de cette disposition issue du droit local et codifiée à droit constant.

Enfin, l'article L. 1226-23 du code du travail soumet à trois conditions cumulatives le maintien du salaire. Ainsi que rappelé ci-dessus, l'une concerne la durée de l'absence tandis que deux sont relatives à la nature de l'empêchement : une cause personnelle indépendante de la volonté du salarié. Une absence pour un enfant malade peut-elle caractériser une cause personnelle ?

Le terme « personnel », en ce qu'il signifie « qui est relatif à la personne », ne limite pas sa portée aux seuls événements intrinsèques à l'individu et permet de retenir un événement ayant trait à la sphère privée, sans qu'il ne l'affecte directement.

En tant que parent, le salarié est détenteur d'une obligation d'assurer la protection de la santé de son enfant. Une telle situation ne peut que caractériser une cause personnelle justifiant une absence professionnelle.

La Cour l'a d'ailleurs déjà jugé en application de l'article 616 du code civil local : *« L'absence de courte durée d'un salarié nécessitée par la garde de son enfant malade entre dans les prévisions de l'article 616 du code civil local, aux termes duquel l'obligé à la prestation de services ne perd pas sa prétention à la rémunération par le fait qu'il aurait été empêché d'effectuer la prestation de services pour une cause qui lui était personnelle, sans sa faute, pendant un temps relativement sans importance. »* (Soc., 19 juin 2002, pourvoi n° 00-41.736, Bulletin civil 2002, V, n° 206).

Dès lors que l'article 616 du code civil local a été codifié à droit constant à l'article L. 1226-23 du code du travail, je considère que la solution de maintien de salaire en cas d'absence pour un enfant malade, retenue pour la première disposition, est transposable à la seconde. La Cour l'a d'ailleurs déjà jugé pour une absence d'une salariée justifiée par la maladie de son concubin, situation qui n'est pas non plus explicitement prévue par l'article L. 1226-23 du code du travail : *« Aux termes de l'article L. 1226-23 du code du travail, le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour une cause personnelle indépendante de sa volonté et pour une durée relativement sans importance a droit au maintien de son salaire. Justifie légalement sa décision le conseil de prud'hommes qui, pour faire droit à la demande d'une salariée à ce titre, retient que l'intéressée avait été absente pour une durée de seulement dix jours et que l'état de santé de son concubin nécessitait sa présence indispensable à son chevet, caractérisant ainsi une cause personnelle indépendante de la volonté de la salariée. »* (Soc., 15 mars 2017, pourvoi n° 15-16.676, Bull. 2017, V, n° 48).

► Je conclus au rejet sur les trois branches du premier moyen.

Par ailleurs, le pourvoi reproche au conseil de prud'hommes d'avoir condamné l'employeur à payer au salarié une somme au titre des congés payés afférents au rappel de salaire. Il soutient que, sauf exceptions strictement encadrées par le législateur, la rémunération, qui sert d'assiette à l'indemnité de congé payé,

s'entend de celle versée en contrepartie d'un travail effectif ; que l'article L. 1226-23 du code du travail n'assimile pas la période d'absence du salarié à un temps de travail effectif ouvrant droit à congés payés ; qu'il en résulte que les sommes versées en application de ce texte n'entrent pas dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congé payé.

Le mémoire en défense soutient que le moyen est irrecevable dans la mesure où l'employeur était resté taisant devant la cour d'appel sur la demande de congés payés afférents au rappel de salaire, présentée par le salarié.

L'article 619 du code de procédure civile dispose « *Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.*

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

1° Les moyens de pur droit ;

2° Les moyens nés de la décision attaquée. »

Il résulte des conclusions présentées par l'employeur devant la cour d'appel que s'il a conclu au rejet de toutes les demandes du salarié, il n'a pas sollicité subsidiairement le rejet de la demande relative aux congés payés afférents au rappel de salaire pour le cas où le conseil de prud'hommes accueillerait la demande principale du salarié (production MA 03).

Toutefois, je considère qu'en l'espèce, le moyen se rattache à des règles de pur droit, relevant de l'office du juge. En effet, pour accorder une somme au titre de congés payés afférents au rappel de salaire, le juge du fond aurait dû s'interroger sur les conditions d'application de l'article L. 3141-5 du code du travail¹¹ pour vérifier si la nature de la période d'absence pour laquelle le rappel de salaire était prononcé permettait la qualification de période de travail effectif ouvrant droit à des congés payés. Ainsi, le moyen soulevé ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond.

Or, d'une part, l'article L. 1226-23 du code du travail n'assimile pas les périodes de suspension du contrat de travail, pour une cause personnelle indépendante de la volonté du salarié pendant lesquelles son salaire est maintenu, à des périodes travaillées. D'autre part, l'article L. 3141-5 du code du travail qui énonce strictement les périodes considérées comme des périodes de travail effectif, ne mentionne pas ces périodes d'absence du salarié.

¹¹ Article L. 3141-5 du code du travail dans sa version antérieure à la loi n° 2024-364 du 24 avril 2024 : « *Sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé :*

1° Les périodes de congé payé ;

2° Les périodes de congé de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant et d'adoption ;

3° Les contreparties obligatoires sous forme de repos prévues aux articles L. 3121-30, L. 3121-33 et L. 3121-38 ;

4° Les jours de repos accordés au titre de l'accord collectif conclu en application de l'article L. 3121-44 ;

5° Les périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle ;

6° Les périodes pendant lesquelles un salarié se trouve maintenu ou rappelé au service national à un titre quelconque. »

La chambre a déjà énoncé, sous l'égide de l'article 616 du code civil local, que « *Si l'article 616 du code civil local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle instaure une garantie de salaire en cas d'absence de courte durée, il n'assimile pas, pour la détermination des droits à congés payés, les périodes d'absence pour maladie à un temps de travail effectif.* » (Soc., 24 mars 2004, pourvoi n° 02-40.525, Bull., 2004, V, n° 99).

Dès lors que j'ai rappelé précédemment que l'application de l'article L. 1226-23 du code du travail s'inscrivait dans les pas de celle de l'article 616 du code civil local, au regard des éléments que j'ai développés, il n'y a, à mon sens, pas lieu de revoir cette jurisprudence.

► Je conclus à la cassation sur le second moyen, laquelle pourrait être prononcée sans renvoi.